
Datum: 10.12.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 184/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:1210.24U184.19.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 8 O 337/18
Schlagworte: sog. Dieselskandal, sekundäre Darlegungslast
Normen: BGB § 826; BGB § 31
Leitsätze:

1. Dem Käufer eines Fahrzeugs (hier: Audi Avant Ambition, 2.0 TDI), das mit einem Dieselmotor mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung (hier: Typ EA 189) ausgestattet ist, kann gegen den Hersteller des Motors und gegen den Hersteller des Fahrzeugs als Gesamtschuldner ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Erstattung des für den Erwerb des Fahrzeugs verauslagten Kaufpreises abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Übergabe sowie Übereignung des Wagens zustehen.
2. Dem Motorenhersteller obliegt im Rahmen der sekundären Darlegungslast, konkret dazu vorzutragen, welche Personen im Unternehmen die Entwicklung der streitgegenständlichen Softwarefunktion beauftragt bzw. welche diese bei einem Zulieferer bestellt haben, wie die üblichen Abläufe bei einer solchen Beauftragung und der Organisation von Entscheidungen solcher Tragweite sich gestaltet haben und wer auf oder unterhalb der Vorstandsebene wann welche Kenntnis von der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung gehabt hat, und ob entsprechende Kenntnisse an den Vorstand weitergegeben wurden oder nicht.
3. Dem Fahrzeughersteller obliegt im Rahmen der sekundären Darlegungslast im Hinblick auf die Verwendung eines mit

einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Motors eines anderen Herstellers, Vortrag zu ihrer damaligen Organisationsstruktur, ihrer Arbeitsorganisation und ihren internen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, zu Berichtspflichten, internen Ermittlungen und zum Informationsaustausch innerhalb des Konzerns zu halten.

Tenor:

Auf die Berufungen der Beklagten wird das am 15.04.2019 verkündete und mit Beschluss vom 23.09.2019 berichtigte Urteil des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagten bleiben als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 17.403,05 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 04.07.2018 Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs B, 2.0 TDI mit der Fahrzeug-Identnummer ABC123, und Rückgabe der Zulassungsbescheinigung Teil I und Teil II und der zugehörigen Fahrzeugschlüssel zu zahlen.
2. Die Beklagten bleiben als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.100,51 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 04.07.2018 zu zahlen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger 23% und die Beklagten als Gesamtschuldner 77%. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 42 % und die Beklagten als Gesamtschuldner zu 58 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sog. „Abgasskandal“ in Anspruch.

Der Kläger bestellte am 05.05.2009 von der T GmbH in S verbindlich das streitgegenständliche Fahrzeug B, 2.0 TDI mit der Fahrzeug-Identnummer ABC123 als Neufahrzeug (im Folgenden: das Fahrzeug) zu einem Brutto-Gesamtkaufpreis von 40.766,00 €. Unter Anrechnung eines Rabatts in Höhe von 4.431,00 € und der seitens der Beklagten zu 2) angerechneten sogenannten Umweltprämie von 2.500,00 € leistete der Kläger tatsächlich einen Kaufpreis in Höhe von 33.835,00 €. Das Fahrzeug wurde mit einem Kilometerstand von 10 km auf den Kläger zugelassen. 4

Der Kläger bestellte beim Autohaus M in J einen Satz Winterreifen für 820,59 € brutto; den entsprechenden Kaufpreis leistete er am 08.12.2009. Der Kläger bestellte am 20.04.2015 einen weiteren Satz Reifen für 586,98 € brutto; enthalten waren hierbei jeweils die entsprechenden Montagearbeiten. Der Kläger ließ überdies bei dem vorgenannten Autohaus den Keilriemen erneuern, wofür er ausweislich Rechnung vom 07.07.2017 360,57 € brutto leistete. 5

Das Fahrzeug war mit einem Dieselmotor vom Typ EA 189 EU5 ausgestattet, der von der Beklagten zu 1), der Herstellerin des Motors, mit einer Software ausgestattet worden war, die den Stickoxidausstoß im Prüfstandbetrieb optimiert und dafür sorgt, dass der Motor während der Prüfung die gesetzlich vorgegebenen Abgaswerte einhält, während diese Werte unter realen Fahrbedingungen überschritten werden. Die Beklagte zu 2) ist Herstellerin des Fahrzeugs. 6

Die Beklagte zu 2) bot dem Kläger ein Software-Updates an. Dieses Update wurde bei dem Fahrzeug durchgeführt. 7

Der Kläger hat behauptet, der Motor im Fahrzeug sei technisch nicht in der Lage, sämtliche vorgeschriebenen zugesicherten Grenzwerte im Fahrbetrieb und auf dem Prüfstand ohne die manipulierte Software einzuhalten. Die Beklagten hätten diesen Mangel am Fahrzeug bzw. Motor verschleiert. Die Beklagte zu 1) habe ihn vorsätzlich und sittenwidrig durch die Entwicklung, Herstellung und das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs sowie des darin verbauten Motors geschädigt. Sie habe ihn darüber getäuscht, dass die Emissionswerte des Fahrzeugs nicht der geltenden Euro-5-Abgasnorm entsprächen. Die Entscheidung über die Verwendung der Software sei mit Wissen und Wollen des Vorstands der Beklagten getroffen worden. Die schädigende Handlung der Beklagten zu 2) liege in der Herstellung und dem einhergehenden Verbau des Motors sowie dem Vertrieb des streitgegenständlichen Fahrzeugs; jedenfalls sei der Beklagten zu 2) die schädigende Handlung der Beklagten zu 1) zuzurechnen, da die Beklagte zu 2) Teil des Konzerns der Beklagten zu 1) sei. 8

Ihm sei durch das schädigende Verhalten der Beklagten ein Schaden dadurch entstanden, dass in seinem Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut worden sei. Hierdurch sei das Fahrzeug mit erheblichen Mängeln belastet. Ungeachtet des Umstandes, dass in den Innenstädten alsbald diese Fahrzeuge verboten werden könnten, sei eine dauerhafte Nutzung des Fahrzeugs im Straßenverkehr nicht möglich. Überdies sei durch die Manipulationen ein merkantiler Minderwert des Fahrzeugs bedingt worden. Sein Schaden liege mithin in dem getätigten Fahrzeugkauf, zu dem er sich ohne die Täuschung nicht entschieden hätte. 9

Das Software-Update habe den fahrzeugimmanenten Mangel nicht beseitigt und es sei damit zu rechnen, dass auch bei seinem Fahrzeug weitere Beeinträchtigungen aufträten. Auf den Kaufpreis müsse er sich zwar Gebrauchsvorteile – orientiert an einer zu erwartenden Laufleistung von mindestens 350.000 Kilometer – anrechnen lassen. Demgegenüber stehe ihm jedoch bis zum 03.07.2018 ein Zinsanspruch in Höhe von 14.702,57 € in Bezug auf den Kaufpreis und in Höhe von weiteren 370,90 € wegen der späteren Aufwendungen für Reifen und Reparaturen zu.

Der Kläger hat beantragt, 11

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn 41.375,64 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.07.2018 auf einen Betrag in Höhe von 26.112,17 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs B, 2.0 TDI, mit der Fahrzeug-Identnummer ABC123 mit dem amtlichen Kennzeichen XX-A 1, dessen Rückübereignung und Rückgabe der Zulassungsbescheinigung Teil I und II und der zugehörigen Fahrzeugschlüssel, 12

2. festzustellen, dass sich die Beklagten in Annahmeverzug mit der Rücknahme des im Antrag zu 1) aufgeführten Fahrzeugs befinden, 13

3. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.706,94 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.07.2018 zu zahlen und 14

4. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihm alle weiteren Schäden, welche ursächlich mit dem Kaufvertrag über das im Antrag zu 1) genannte Fahrzeug zusammenhängen, zu ersetzen. 15

Die Beklagten haben beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Die Beklagten haben behauptet, das Fahrzeug sei stets technisch sicher und fahrbereit gewesen und verfüge über alle erforderlichen Genehmigungen. Nach dem kostenlosen Software-Update könne das Fahrzeug weiterhin im Straßenverkehr genutzt werden. Etwaige Beeinträchtigungen durch das Software-Update bestünden nicht. Nach dem derzeitigen Stand ihrer eigenen Ermittlungen lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass einzelne Vorstandsmitglieder an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen seien. Die Entscheidung, die Motorsteuerungssoftware zu verändern, sei von Mitarbeitern der Beklagten zu 1) und der Vorstandsebene nachgeordneten Ebenen getroffen worden. Sie, die Beklagte zu 2), sei in die Entwicklung des Motors nicht involviert gewesen. Ein etwaiges Fehlverhalten der Beklagten zu 1) könne ihr, der Beklagten zu 2), nicht zugerechnet werden. Zudem sei dem Kläger weder durch den Einsatz der streitgegenständlichen Software noch durch das Software-Update ein Schaden entstanden; auch ein Wertverlust sei nicht substantiiert dargetan. 18

Das Landgericht Paderborn hat mit am 15.04.2019 verkündeten Urteil unter Klageabweisung im Übrigen die Beklagten gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger 17.993,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % aus einem Betrag von 33.835,00 € ab dem 29.06.2009 bis zum 03.07.2018 und von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag von 17.993,00 € seit dem 04.07.2018 und weitere 1.768,14 € nebst Zinsen in Höhe von 370,90 € bis zum 03.07.2018 und Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen 19

Basiszinssatz aus 1.768,14 € ab dem 04.07.2018 jeweils Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs nebst Winterreifen auf Felgen und weitere 1.242,84 € an Anwaltskosten zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.07.2018 zu zahlen und festgestellt, dass sich die Beklagten seit dem 11.03.2019 mit der Annahme des Fahrzeugs nebst Schlüsseln und Papieren im Verzug befinden.

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Feststellungsantrag zu 4) unzulässig sei, da weitere Schäden nicht dargetan seien. Auf die Besitzzeit des Klägers rückwirkende Nachteile in Form von Steuernachforderungen seien nicht ersichtlich. Die Annahme, dass die steuerliche Entlastung von Dieselfahrzeugen rückwirkend aufgehoben werden könne, entbehre einer tragfähigen Grundlage. 20

Demgegenüber stehe dem Kläger gegen die Beklagte zu 1) ein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 17.993,00 € zu. Die Beklagte zu 1) habe den Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Die schädigende Handlung liege in dem Inverkehrbringen von Dieselmotoren mit manipulierender Software. Die Schädigung sei auch sittenwidrig, da die Beklagte zu 1) im großen Umfang und mit erheblichem technischem Aufwand zur Kostensenkung und möglicherweise auch zur Umgehung technischer Probleme bei der Entwicklung einer rechtlich und technisch einwandfreien, aber teureren Lösung der Abgasreinigung zentrale gesetzliche Umweltvorschriften ausgehebelt und zugleich die Endkunden getäuscht habe. Die Beklagte 1) habe auch vorsätzlich gehandelt; sie müsse sich das Verhalten ihrer Repräsentanten zurechnen lassen. Die Beklagte zu 1) habe sich nicht einem einfachen Bestreiten begnügen dürfen, sondern sich im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast im Ganzen zur Frage, welches ihrer Organe Kenntnis von den Manipulationen der Motorsoftware gehabt habe und das Inverkehrbringen entsprechender Motoren veranlasst habe, erklären müssen. Dieser sekundären Darlegungslast sei die Beklagte zu 1) nicht nachgekommen. Der Kläger sei daher so zu stellen, wie er ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses stünde. Demgemäß müsse die Beklagte zu 1) ihm den Kaufpreis erstatten. Allerdings müsse sich der Kläger die gezogenen Nutzungen anrechnen lassen. Angesichts einer Gesamtlauflistung von 300.000 km sei für die gefahrenen 140.464 km ein Nutzungsvorteil in Höhe von 15.842,00 € anzusetzen. Daneben schulde die Beklagte zu 1) auch Zinsen aus dem gezahlten Kaufpreis von 30.835,00 € vom 29.06.2009 bis zum 03.07.2008 in Höhe von 4 % gemäß § 849 BGB und weitere Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 17.993,00 € ab dem 04.07.2018 aus Verzugs Gesichtspunkten. Mit Schreiben des Klägers vom 03.07.2017 sei die Beklagte zu 1) gemahnt worden. 21

Die Beklagte zu 1) schulde den Beklagten auch Ersatz seiner sonstigen Aufwendungen auf das Fahrzeug in Höhe von 1.768,14 € (Reifen: 820,59 € und 586,98 €; Austausch des Keilriemens: 360,57 €). Auch auf diesen Betrag könne der Kläger Zinsen in Höhe von 4 % verlangen, so dass sich bis zum 03.07.2018 ein Zinsschaden von 370,90 € ergebe. Ab dem 04.07.2016 stünden dem Kläger Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu. 22

Die Beklagte zu 1) befinde sich seit dem 11.03.2019 mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug. Der Kläger habe auch einen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.242,84 €. 23

Die Klage gegen die Beklagte zu 2) sei im gleichen Umfang begründet, wie die Klage gegen die Beklagte zu 1). Beide hafteten als Gesamtschuldner. Auch die Beklagte zu 2) habe den Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zumindest bedingt vorsätzlich geschädigt. Sie habe in Kenntnis der enthaltenen Softwaremanipulationen Dieselmotoren des 24

Typs EA 189 der Beklagten zu 1) in ihren Fahrzeugen eingebaut und damit aus eigennützigen Motiven eine Schädigung der Käufer ihrer Fahrzeuge in sittlich anstößiger Weise billigend in Kauf genommen. Mangels substantiierten Bestreitens sei davon auszugehen, dass mindestens einem Leitungsorganmitglied der Beklagten zu 2) oder einem ihrer sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter, dem eine bedeutsame wesensmäßige Funktion zur selbständigen Erfüllung zugewiesen gewesen sei, die systematische Verwendung der Manipulationssoftware bekannt gewesen sei und er deren Einsatz zur Steigerung des Absatzes der Fahrzeuge um den Preis bewusster Täuschung und Benachteiligung der Kunden gebilligt habe.

Die Beklagte zu 2) schulde ebenfalls Zinsen aus § 849 BGB und Verzugszinsen in gleicher Höhe wie die Beklagte zu 1). Auch sie befinde sich seit dem 11.03.2019 mit der Rücknahme des Fahrzeugs im Annahmeverzug und schulde vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.242,84 €.

25

Gegen dieses Urteil wenden sich – nach Rücknahme der Berufung des Klägers, mit der er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 9.040,75 € nebst Zinsen, weiterer 464,10 € an außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen und die Feststellung, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihm alle weiteren Schäden, welche ursächlich mit dem Kaufvertrag über das Fahrzeug zusammenhängen, zu ersetzen, begehrt hat – nur noch die Beklagten mit ihren Berufungen.

26

Die Beklagte zu 1) rügt, das Landgericht habe verkannt, dass dem Kläger kein ersatzfähiger Schaden entstanden sei, da der Vertragsschluss nicht wirtschaftlich nachteilig gewesen sei. Ein etwaiger Schaden sei jedenfalls nach Vornahme des Software-Updates entfallen. Auch habe keine Kausalität zwischen dem Kaufvertragsschluss und der bei Vertragsschluss unbekannten Umschaltlogik bestanden. Zinsen aus § 849 BGB seien nicht zuzusprechen gewesen.

27

Die Beklagte zu 2) rügt, das Landgericht habe ohne Beweisaufnahme seine tatsächlichen Feststellungen getroffen, so dass es in unzulässiger Weise Beweise vorweg gewürdigt habe. Es habe insbesondere ohne Beweisaufnahme und im Ergebnis unzutreffend entschieden, dass auf ihrer – der Beklagten zu 2) – Seite als bloße Herstellerin des Fahrzeugs eine zurechenbare vorsätzliche Täuschung gegenüber dem Kläger vorliege und hierdurch ein kausaler Schaden entstanden sei. Denn allein das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs sei nicht als sittenwidrig einzustufen. Die Software sei allenfalls - was weiterhin bestritten werde - als ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen anzusehen, was nicht genüge, um einen Mangel annehmen zu können. Ungeachtet dessen sei die ursprüngliche Software auf Herstellerkosten ohne negative Folgen beseitigt worden. Ein Schaden sei nicht entstanden und das Landgericht habe auch nicht die Kausalität geprüft. Ein vorsätzliches Verhalten ihrerseits könne nicht angenommen werden und das Landgericht wende die Grundsätze der sekundären Darlegungslast fehlerhaft an. Demgegenüber habe das Landgericht im Ansatz zutreffend einen Nutzungsvorteil berücksichtigt, aber fehlerhaft einen Zinsanspruch nach § 849 BGB zuerkannt.

28

Die Beklagte zu 1) beantragt,

29

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

30

Die Beklagte zu 2) beantragt,

31

in Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen,

32

hilfsweise unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts Bielefeld zurückzuverweisen.	33
Der Kläger beantragt,	34
die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen.	35
Der Senat hat den Kläger in der mündlichen Verhandlung am 10.12.2020 persönlich angehört. Wegen des wesentlichen Ergebnisses der Parteianhörung wird auf den Inhalt des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2020 und den Inhalt des Vermerks des Berichterstatters vom 10.12.2020 verwiesen.	36
II.	37
Die Berufungen der Beklagten sind zulässig, indes nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Die Berufungen der Beklagten sind nur insoweit begründet, soweit sich die Beklagten gegen die Verurteilung zur Zahlung von Aufwendungsersatz in Höhe von 1.768,14 €, die Zuerkennung von Zinsen in Höhe von 4 % nach § 849 BGB, gegen die Höhe der zu berücksichtigen gezogenen Nutzungen in Höhe von 589,95 €, gegen die Zuerkennung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 142,33 € nebst anteiliger Zinsen und gegen die Feststellung des Annahmeverzuges wenden; im Übrigen sind ihre Berufungen unbegründet.	38
1.	39
Dem Kläger stehen gegen die Beklagte zu 1) aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung die titulierten Ansprüche zu.	40
a)	41
Dem Kläger steht gegen die Beklagte zu 1) aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB ein Anspruch auf Zahlung von 17.403,05 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs zu.	42
aa)	43
Gemäß § 826 BGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, diesem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.	44
Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 2019 – VI ZR 512/17 - zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 541/15 - zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 19. November 2013 – VI ZR 336/12 - zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 31. März 2020 – I-27 U 134/19 – zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. November 2020 – 17 U 635/19 – zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 29. September 2020 – 12 U 449/19 – zitiert nach juris).	45
Diese Voraussetzungen liegen hier in Bezug auf den Kläger vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19 - zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 - zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 8.	46

Januar 2019 – VIII ZR 225/17 - zitiert nach juris), der der Senat folgt, liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung eines Fahrzeugkäufer vor, wenn der Fahrzeughersteller auf der Grundlage einer für seinen Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch, langjährig und in hohen Stückzahlen in Deutschland in eigenen und in Fahrzeugen der weiteren Konzernunternehmen Dieselmotoren der Baureihe EA189 in Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt (heimlich) so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (Abl. L 171 vom 29. Juni 2007 S. 1 ff.) nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Denn damit einher geht einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zum Fahrzeugkäufer, der eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung erwarb, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 - zitiert nach juris; vgl. zur Sittenwidrigkeit auch OLG Hamm, Urteil vom 5. März 2020 – 13 U 326/18 - zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 - zitiert nach juris OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. November 2020 – 17 U 635/19 – zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 - zitiert nach juris; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 - zitiert nach juris; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 - zitiert nach juris; Heese, NJW 2019, 257 (259, 262)).

Gleiches gilt im vorliegenden Fall, der sich von der vorgenannten Fallkonstellation lediglich dadurch unterscheidet, dass die Beklagte zu 1) nicht Herstellerin des Fahrzeugs, sondern nur des mit der unzulässigen Software ausgestatteten Motors ist. Denn die Beklagte zu 1) hat – konzerntypisch – den Motor entwickelt und hergestellt, damit dieser auch in anderen Fahrzeugen des Konzerns eingesetzt wird, wie es vorliegend geschehen ist. Dabei wusste sie, dass es für die (Fehl-)Vorstellung sowohl des KBA über die Verwendung der Software und die so erlangte Typgenehmigung als auch für die (Fehl-)Vorstellung der Endkunden über eine Gefährdung des unveränderten Bestands dieser Genehmigung keinen Unterschied macht, ob sie nur den Motor oder auch das Fahrzeug herstellt und ob die Herstellerin des Fahrzeugs bei Beantragung der Typgenehmigung und Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung bösgläubig war oder ihrerseits einem Irrtum unterlag (vgl. Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 – 13 U 86/18 - zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424; OLG Köln, Beschluss vom 1. Juli 2019 – 27 U 7/19 - zitiert nach juris; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 - zitiert nach juris, OLG Köln, Beschluss vom 29. November 2018 – 18 U 70/18 - zitiert nach juris; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 - zitiert nach juris). Die Sittenwidrigkeit ergibt sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens der Beklagten zu 1) unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – NJW 2020, 2796; BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962). Die Beklagte zu 1) ging bei der Lieferung des Motors an die Herstellerin des Fahrzeugs – die Beklagte zu 2) – von einer Weiterveräußerung an einen ahnungslosen

Dritten aus (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 – 13 U 86/18 - zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424; OLG Köln, Beschluss vom 1. Juli 2019 – 27 U 7/19 - zitiert nach juris; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 - zitiert nach juris, OLG Köln, Beschluss vom 29. November 2018 – 18 U 70/18 - zitiert nach juris).	
bb)	48
Durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten zu 1) hat der Kläger einen Vermögensschaden erlitten.	49
(1)	50
Dieser Schaden ist in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962; OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. November 2020 – 17 U 635/19 – zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 - zitiert nach juris; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 - zitiert nach juris), weshalb es für den Schaden und dessen Fortbestand weder auf eine objektive Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962) noch auf eine nachträgliche Entfernung der unzulässigen Software durch die von der Beklagten entwickelte technische Lösung (Softwareupdate) ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 367/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 - zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 – 13 U 86/18 - zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 03. September 2020 – 26 U 59/19 – zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19 - zitiert nach juris; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547; OLG Karlsruhe, Urteil vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 - zitiert nach juris; siehe auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 - zitiert nach juris).	51
(2)	52
Die täuschungsgleiche Handlung war kausal für die Willensentschließung des Klägers, den streitgegenständlichen Kaufvertrag abzuschließen.	53
Das Landgericht hat in nicht zu beanstandender Art und Weise festgestellt, dass dieser den Kaufvertrag in Kenntnis der illegalen Abschalt Einrichtung nicht abgeschlossen hätte. Dabei hat es seiner Würdigung zulässigerweise einen sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäfts ergebenden Erfahrungssatz zugrunde gelegt, wonach kein durchschnittlich informierter und wirtschaftlich vernünftig denkender Verbraucher ein Fahrzeug erwürbe, das mit einer gesetzeswidrigen Software ausgestattet ist (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 31. März 2020 – I-27 U 134/19 – zitiert nach juris). Bei einem zur eigenen Nutzung erworbenen Kraftfahrzeug sind dessen Gebrauchsfähigkeit und ständige Verfügbarkeit für den Eigentümer von so großer Bedeutung, dass die vorübergehende Entziehung eines Kraftfahrzeugs auch bei der Anlegung des gebotenen strengen Maßstabs einen Vermögensschaden darstellt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 31. März 2020 – I-27 U 134/19 – zitiert nach juris).	54

Der Verlust der Nutzungsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs wirkt sich typischerweise als solcher auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant aus; bei generalisierender Betrachtung erfolgen Anschaffung und Unterhaltung eines Kraftfahrzeugs in erster Linie um des wirtschaftlichen Vorteils willen, der in der Zeitersparnis liegt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 – VI ZR 57/17 - zitiert nach juris). Das rechtfertigt nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Annahme, dass ein Käufer, der – wie hier der Kläger – ein Fahrzeug zur eigenen Nutzung erwirbt, bei der bestehenden Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung von dem Erwerb des Fahrzeugs abgesehen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris).	55
cc)	56
Die Beklagte hat auch vorsätzlich gehandelt.	57
Die Haftung einer juristischen Person wie der Beklagten zu 1) aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. November 2020 – 17 U 635/19 – zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris). Dabei müssen die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 - zitiert nach juris).	58
Vorliegend ist davon auszugehen, dass jedenfalls ein verfassungsmäßig berufener Vertreter umfassende Kenntnis von dem Einsatz der manipulierenden Software hatte und in der Vorstellung die Erstellung und das Inverkehrbringen der mangelhaften Motoren veranlasste, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis an Kunden weiterveräußert werden würden. Denn es hätte der Beklagten zu 1) im Rahmen einer sekundären Darlegungslast obliegen, näher dazu vorzutragen, inwieweit ein nicht als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB tätiger Mitarbeiter für die Installation der Software verantwortlich sein soll (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962).	59
Es bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung für die greifbar rechtswidrige Software mit Einbindung des Vorstands oder eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters gefallen ist. Wer die Entscheidung des konzernweiten Einsatzes der Software für Millionen von Neufahrzeugen erteilt, muss nicht nur eine gewichtige Funktion in einem Unternehmen haben und mit erheblichen Kompetenzen ausgestattet sein (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 31. März 2020 – I-27 U 134/19 – zitiert nach juris). Es handelte sich zudem um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern und massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen. Dem Handeln eines untergeordneten Konstrukteurs hätte in Anbetracht dieser arbeitsrechtlichen und strafrechtlichen Risiken kein annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenübergestanden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 - zitiert nach juris; OLG Karlsruhe Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 - zitiert nach juris). Angesichts der Tragweite der Entscheidung über die riskante Gestaltung der Motorsteuerungssoftware erscheint es demnach mehr als fernliegend, dass die Entscheidung für die Entwicklung und den Einsatz einer greifbar rechtswidrigen Software ohne Einbindung des Vorstands oder eines verfassungsmäßig bestellten Vertreters erfolgt und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte (vgl. OLG	60

Hamm, Urteil vom 31. März 2020 – I-27 U 134/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 – I-13 U 86/18 – zitiert nach juris). Soweit es sich dabei nicht um einen Vorstand gehandelt haben sollte, spricht alles dafür, dass es sich jedenfalls um einen Repräsentanten im Sinne des § 31 BGB handelte (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 20. März 2020 – I-45 U 28/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 – I-13 U 86/18 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – I-13 U 149/18 – zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019 – 13 U 142/18 – zitiert nach juris).

Danach wäre es Sache der Beklagten zu 1) gewesen, durch konkreten Tatsachenvortrag Umstände darzulegen, aufgrund derer eine Kenntnis des Vorstands oder sonstiger Repräsentanten ausscheidet (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris). Dies hätte vorliegend konkret die Benennung derjenigen Personen im Unternehmen notwendig gemacht, die die Entwicklung der streitgegenständlichen Softwarefunktion beauftragt bzw. welche diese bei einem Zulieferer bestellt haben sowie die Darstellung der üblichen Abläufe bei einer solchen Beauftragung und der Organisation von Entscheidungen solcher Tragweite (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 03. September 2020 – 26 U 59/19 – zitiert nach juris). Sofern die Beklagte sich dann auf einen Handlungsexzess eines untergeordneten Mitarbeiters hätte berufen wollen, hätte sie Umstände vortragen müssen, die geeignet gewesen wären, einen solchen Ablauf ohne Kenntnis weiterer insbesondere leitender Mitarbeiter hinreichend wahrscheinlich erscheinen zu lassen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris).

61

Die Beklagte zu 1) ist ihrer sekundären Darlegungslast jedoch nicht nachgekommen. Ihr Vortrag erschöpft sich im Wesentlichen darin vorzutragen, dass nach dem derzeitigen Stand der internen Ermittlungen Vorstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis von der Entwicklung oder Verwendung der Software gehabt hätten bzw. keine Erkenntnisse dafür vorlägen. Konkreter Vortrag zu den Ergebnissen der internen Ermittlungen fehlt vollständig (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962). Warum es ihr nicht möglich sein soll, in Erfahrung zu bringen und vorzutragen, wer unterhalb der Vorstandsebene wann welche Kenntnis gehabt hat, und ob entsprechende Kenntnisse an den Vorstand weitergegeben wurden oder nicht, ist nicht plausibel (vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - NJW 2020, 1962; OLG Frankfurt, Urteil vom 03. September 2020 – 26 U 59/19 – zitiert nach juris; OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 - 5 U 1318/18 - NJW 2019, 2237). Da die Beklagte zu 1) ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt, gilt die Behauptung des Klägers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 367/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 18. Dezember 2019 – XII ZR 13/19 – zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris; OLG Köln, Urteil vom 05. November 2020 – 7 U 35/20 – zitiert nach juris).

62

Die Kenntnis einer entweder der Unternehmensleitung angehörenden Person oder eines sonstigen Repräsentanten von der serienmäßigen rechtswidrigen Verwendung der Software schließt zwangsläufig die Billigung der Schädigung sämtlicher Erst- und Folgeerwerber der damit ausgestatteten Fahrzeuge ein (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris). Ein entsprechender Vorsatz ergibt sich zudem schon aus der Art der Vorgehensweise (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2019 – V ZR 244/17 – NJW 2019, 3638; OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris), die nach der Wirkweise der Software auf Verheimlichung angelegt war (vgl. OLG Stuttgart, Urteil

63

vom 30. Juli 2019 – 10 U 134/19 – zitiert nach juris). Auch die maßgeblichen Umstände für die Bewertung dieses Vorgehens als sittenwidrig sind bei dieser Sachlage der entscheidenden Person bekannt gewesen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03. September 2020 – I-27 U 113/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 – I-13 U 86/18 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – I-13 U 149/18 – zitiert nach juris).

dd) 64

Der Schadensersatzanspruch scheitert auch nicht aufgrund des Schutzzwecks des § 826 BGB beziehungsweise der §§ 6, 27 Abs. 1 EG-FGV (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 367/19 - zitiert nach juris; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19, BeckRS 2019, 25843; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 – 17 U 45/19 - zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 - zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 31. Oktober 2019 – 13 U 178/18 - zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 – 13 U 86/18 - zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 juris, OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/19 - zitiert nach juris). 65

ee) 66

Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juni 2020 – VIII ZR 315/19 - zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 28. April 2008 – II ZR 264/06 - zitiert nach juris). Auf der Rechtsfolgende kann der Kläger also verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn er den unerwünschten Kaufvertrag nicht geschlossen hätte. Ohne das sittenwidrige Verhalten der Beklagten hätte der Kläger den Kaufvertrag nicht geschlossen. 67

(1) 68

Bei der konkreten Schadensberechnung sind grundsätzlich alle adäquaten Folgen des haftungsbegründenden Umstands bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, dem aus prozessualen Gründen letztmöglichen Beurteilungszeitpunkt, in die Schadensberechnung einzubeziehen. Dies führt jedoch nicht zu einer Verringerung oder gar einem Entfallen des dem Kläger entstandenen Schadens. Der gemäß § 249 Abs. 1 BGB nach den obigen Ausführungen mit dem Vertragsschluss entstandene Anspruch des Klägers auf (Rück-)Zahlung des für das Fahrzeug gezahlten Kaufpreises erlischt nicht, wenn sich der (objektive) Wert oder Zustand des Fahrzeugs in der Folge aufgrund neuer Umstände wie etwa der Aufdeckung des verdeckten Sachmangels oder der Durchführung des Updates verändern. Dies geht vielmehr angesichts des Umstands, dass das Fahrzeug Zug um Zug gegen (Rück-)Zahlung der Beklagten zu 1) zur Verfügung zu stellen ist, jeweils zu ihren Lasten oder Gunsten (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962). Dementsprechend ist der Schaden auch nicht durch das später durchgeführte Update wieder entfallen. Der unter Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Klägers sittenwidrig herbeigeführte ungewollte Vertragsschluss, der im Rahmen des § 826 BGB den Schaden begründet, wird durch das später - zumal angesichts einer anderenfalls drohenden Betriebsuntersagung - durchgeführte Software-Update nicht rückwirkend zu einem gewollten Vertragsschluss. Dies führt dazu, dass der Kläger dem Grunde nach einen Anspruch auf Zahlung in Höhe des hingegebenen Kaufpreises Zug um Zug gegen Fahrzeugrückgabe hat. 69

(2)

Der Kläger muss sich aber – entgegen der zunächst in der Berufungsinstanz bis zur Berufungsrücknahme geäußerten Ansicht des Klägers – die von ihm durch die Nutzung des Fahrzeugs gezogenen Gebrauchsvorteile anrechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – NJW 2020, 1962; OLG Hamm, Urteil vom 5. März 2020 – 13 U 326/18 - zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris). 71

Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung gelten auch für einen Anspruch aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB. Das Landgericht hat die von dem Kläger gezogenen Vorteile gemäß § 287 ZPO zutreffend geschätzt, indem es den von dem Kläger gezahlten Bruttokaufpreis für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt - 300.000 km - geteilt und diesen Wert mit den gefahrenen Kilometern multipliziert hat (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 16. Oktober 2020 – 11 U 2/20 – - zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2020 – 23 U 2640/19 – - zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris). 72

(a) 73

Auszugehen ist zunächst von dem tatsächlich gezahlten Kaufpreis in Höhe von 33.835,00 €. 74

Soweit die Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Frage ausgeworfen haben, ob der Kläger neben dem auf den ursprünglichen Kaufpreis von 40.766,00 € gewährten Nachlass von 4.431,00 € und der von der Beklagten zu 2) angerechneten Umweltprämie in Höhe von 2.500,00 € ein weiteres Mal die in der verbindlichen Bestellung vom 05.05.2009 (Anlage K1) angesprochene, seitens des Autohauses online reservierte sog. „Abwrackprämie“ von 2.500,00 € realisiert hat, ist nicht feststellbar, dass an den Kläger diese „Abwrackprämie“ gezahlt worden ist. Der Kläger hat in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat vorgetragen, dass er diese Prämie nicht selbst beantragt und auch nicht vom Autohaus neben den im Kaufvertrag bereits vorgenommenen Abzügen eine weitere Erstattung erhalten habe. 75

(b) 76

Demgemäß ergibt sich bei Ansatz des Kaufpreises in Höhe von 33.835,00 € und der jetzigen – unstreitigen – Laufleistung von 145.700 km ein Nutzungsvorteil von 16.431,95 € (33.835,00 € x 145.690 gefahrene Kilometer (145.700 km abzgl. 10 km Stand bei Übergabe) ./ 299.990 km (300.000 km abzgl. 10 km Stand bei Übergabe)). Dementsprechend ist die Beklagte zu 1) zur Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 33.835,00 € abzüglich des Nutzungsvorteils in Höhe von 16.431,95 €, mithin von 17.403,05 €, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verpflichtet. 77

b) 78

Ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 4% aus 33.835,00 € für die Zeit vom 29.06.2009 bis zum 03.07.2018 steht dem Kläger hingegen nicht nach § 849 BGB zu, da der Kläger als Gegenleistung für die Hingabe des Kaufpreises ein in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbares Fahrzeug erhalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19 - zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. November 2020 – 17 U 635/19 – zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 03. September 2020 – 26 U 59/19 – zitiert nach juris; OLG Koblenz, Urteil vom 28. August 79

2019 - 5 U 1218/18- zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18- zitiert nach juris; OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18- zitiert nach juris; a.A. etwa Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2020 – 2 U 1031/19 – zitiert nach juris).

Zwar hat der Kläger durch den ungewollten Vertragsschluss einen Schaden erlitten, weil dem Fahrzeug eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohte und im Zeitpunkt des Erwerbs für den Kläger nicht absehbar war, ob überhaupt, wenn ja zu welchem Zeitpunkt und wie - vor allem ohne Nachteil für ihn - der Mangel behoben werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – zitiert nach juris). Gleichwohl war das Fahrzeug im Streitfall aber tatsächlich nutzbar, weil sich die bestehende Gefahr nicht realisierte (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19 - zitiert nach juris). Die tatsächliche Möglichkeit, das Fahrzeug zu nutzen, kompensierte damit den Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Geldes (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19 - zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 03. September 2020 – 26 U 59/19 – zitiert nach juris). Eine Verzinsung gemäß § 849 BGB entspricht nach dem Gesagten nicht dem Normzweck, sondern käme einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Überkompensation gleich (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19 - zitiert nach juris). Der kompensierende Leistungsaustausch (Geld gegen Fahrzeug), der zur Unanwendbarkeit des § 849 BGB führt, fand unabhängig davon statt, ob und in welchem Ausmaß das Fahrzeug später tatsächlich genutzt wurde; maßgebend ist hier die Möglichkeit der Nutzung (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19 - zitiert nach juris). Vor dem Hintergrund der uneingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit des erlangten Fahrzeugs kommt schließlich auch keine Verzinsung eines Teils des Kaufpreises - etwa in Höhe eines wirtschaftlichen Minderwerts des Fahrzeugs - in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19 - zitiert nach juris).

c) 81

Ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 17.993,00 € steht dem Kläger jedoch nach den §§ 280 Abs. 2, 286, 288 Abs. 1 BGB entsprechend § 187 Abs. 1 BGB ab dem 04.07.2018 zu. 82

d) 83

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz in Höhe von 1.768,14 € steht dem Kläger gegen die Beklagte zu 1) hingegen nicht zu. 84

Soweit die Kosten für die Reifensätze betroffen sind, handelt es sich entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht um einen erstattungsfähigen Schaden im Rahmen des § 249 BGB. Vielmehr handelt es sich um Erhaltungskosten, die im Zusammenhang mit dem Betrieb des Fahrzeugs entstanden sind und dem Kläger ermöglichten, das Fahrzeug zu nutzen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19 – zitiert nach juris). Der Kläger hat sich diese Kosten im Rahmen des Vorteilsausgleichs daher in voller Höhe abziehen zu lassen, da er die als Gegenleistung erhaltenen Reifen jedenfalls anteilig verbraucht hat. Im Übrigen ist anzunehmen, dass der Kläger, sofern er um die Manipulation gewusst hätte, ein anderes Fahrzeug erworben hätte. Die geltend gemachten Kosten wären demnach auch ohne das schädigende Ereignis angefallen. 85

Soweit der Austausch des Keilriemens betroffen ist, ist beachtlich, dass die Reparatur von Verschleißteilen ebenfalls nicht zu einer auszugleichenden Vermögenseinbuße geführt hat, weil sie ebenso wie eine Tankfüllung oder der Reifenabrieb unmittelbar der ungestörten Nutzung des Fahrzeuges dienen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 02. September 2020 – 4 U 174/19 – zitiert nach juris). 86

Diese Investitionen in Höhe von insgesamt 1.768,14 € in den laufenden Betrieb des Fahrzeuges werden bereits durch die bestehende Nutzungsmöglichkeit aufgewogen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 02. September 2020 – 4 U 174/19 – zitiert nach juris; KG Berlin, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 77/18 - juris). Diese Kosten sind nicht durch die zum Schadensersatz verpflichtende sittenwidrige Handlung der Beklagten verursacht worden (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 20. November 2019 - 10 U 731/19 - zitiert nach juris; LG Trier, Urteil vom 31. Oktober 2018 – 5 O 114/18 – zitiert nach juris). Die nur mittelbar auf dem Kauf beruhenden Kosten, die in gleicher Weise auch für jedes andere vom Kläger erworbene Fahrzeug angefallen wären, werden nicht mehr vom Schutzzweck der Norm erfasst (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 05. März 2020 - I-13 U 326/18 - zitiert nach juris). Das sittenwidrige Handeln des Motorenherstellers ergibt sich bei den vom sogenannten „Dieselskandal“ betroffenen Fahrzeugen aus der von diesem bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen durch arglistige Täuschung des KBA zu erschleichen, die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen und dabei die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt auszunutzen, wobei das Inverkehrbringen der Fahrzeuge gerade mit dem Ziel erfolgt, möglichst viele der bemakelten Fahrzeuge abzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 - zitiert nach juris). Ausgehend hiervon entstammen Reparatur- oder Verschleißkosten nicht dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich, denn sie entstehen ungeachtet der möglichen Konsequenzen der Software für die Typzulassung, nämlich durch die Nutzung des Fahrzeugs, Verschleiß oder Unfall (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 02. September 2020 – 4 U 174/19 – zitiert nach juris). 87

e) 88

Der Feststellungsantrag zu 2) ist ebenfalls unbegründet. Die Beklagten haben sich bis zuletzt mit der Rücknahme des von dem Kläger erworbenen Fahrzeugs nicht in Annahmeverzug befunden. Die insofern einschlägigen Voraussetzungen der §§ 293, 295 Satz 1 BGB sind vorliegend nicht erfüllt. 89

aa) 90

Ein Annahmeverzug lässt sich nicht bereits ab dem 03.07.2018 feststellen. 91

Die außergerichtlichen Anwaltsschreiben des Klägers vom 19.06.2018 (Anlage K 9a und Anlage 9b) waren nicht geeignet, einen Annahmeverzug zu begründen, worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat. Diese Schreiben enthielten eine erhebliche Zuvielforderung und kein taugliches Angebot der von dem Kläger seinerseits geschuldeten Gegenleistung. Darin hat nämlich der Kläger die Beklagte zu 1) der Höhe nach zu Unrecht aufgefordert, ihm einen Betrag in Höhe von insgesamt 41.493,00 € zu erstatten. Auf Grundlage einer bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Laufleistung von 139.204 km hätte ihm aber nur ein Anspruch in Höhe von 33.835,00 € abzüglich gezogener Nutzungen im Wert von 15.699,29 € also 18.135,71 € zugestanden. Die Beklagte zu 1) hätte jedoch nur dann in Annahmeverzug geraten können, wenn ihr seitens des Klägers auch die Gegenleistung ordnungsgemäß angeboten worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 275/04 – zitiert nach juris; OLG 92

Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2020 – 23 U 2640/19 – zitiert nach juris).

bb) 93

Ein dahingehendes taugliches Angebot, das die Beklagte zu 1) aufgrund kontinuierlicher Verweigerungshaltung zumindest konkludent hätte ablehnen können, hat der Kläger sodann auch nicht im Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits abgegeben. 94

Ausweislich seiner Anträge hat er zwar in begrenztem Umfang eine Nutzungsentschädigung von der Kaufpreishöhe in Abzug gebracht. Zugleich hat er jedoch im Rahmen seiner Hauptsacheforderung bis zuletzt jeweils ausgerechnete Deliktzinsen gemäß § 849 BGB und die Aufwendungen für Reifen und Keilriemen in Höhe von insgesamt 1.768,14 € hinzugerechnet (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris). In der mündlichen Verhandlung erster Instanz hat der Kläger nicht unter etwaigem Verzicht auf die von ihm geltend gemachten Zinsforderungen die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs angeboten. Damit aber hätte der Kläger, selbst wenn dem Ansatz des Landgerichts zu folgen wäre, wonach er jedenfalls einen Nutzungsvorteil auf der Grundlage der geltend gemachten gefahrenen Kilometer von 140.464 km zu berücksichtigen gewillt war, kein taugliches Angebot gemacht. 95

cc) 96

Auch soweit der Kläger seine Berufung zurückgenommen hat, hat er kein taugliches Angebot gemacht, da er auch hierbei nicht deutlich gemacht hat, gegebenenfalls die seitens des Landgerichts titulierten Zinsen gemäß § 849 BGB und die Aufwendungen für Reifen und Keilriemen in Höhe von insgesamt 1.768,14 € nicht mehr geltend machen zu wollen. 97

Die angebotene Rückübereignung war damit durchgehend an eine überhöhte Zahlungsforderung geknüpft, auf welche die Beklagte zu 1) nicht eingehen musste. Ein zur Begründung von Annahmeverzug auf Seiten der Beklagten zu 1) geeignetes Angebot ist unter diesen Umständen nicht gegeben. 98

f) 99

Demgegenüber steht dem Kläger ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nach den §§ 826, 249 Abs. 1, 250 Satz 2 BGB ausgerichtet an einem Gegenstandswert von 17.403,05 € in Höhe von 1.100,51 € zu. 100

Vor Abfassung der anwaltlichen Schreiben vom 19.06.2018 bestand zwar noch kein Verzug, so dass ein Anspruch nach den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten nicht in Frage kommt. Indes sind die Anwaltskosten als Rechtsverfolgungskosten nach § 249 BGB ersatzfähig. Ein Schädiger hat auch ohne Verzug mit der Hauptforderung solche Rechtsverfolgungskosten des Geschädigten zu ersetzen, die auf Maßnahmen beruhen, die aus der ex-ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person in der Situation des Geschädigten nach den Umständen des Falles zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig gewesen sind (vgl. BGH, Urteil vom 25. November 2015 – IV ZR 169/14 - zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 – XI ZR 148/11 - zitiert nach juris). Zwar mag die Rechtsansicht der Beklagten zu 1), nicht anspruchspflichtig zu sein, aus der Presseberichterstattung allgemein bekannt gewesen sei. Auch ist eine vorgerichtliche Aufforderung nicht zweckmäßig, wenn der Schuldner bekanntermaßen zahlungsunwillig ist und der Versuch einer außergerichtlichen 101

Forderungsdurchsetzung auch nicht aus sonstigen Gründen erfolgversprechend erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 – XI ZR 148/11 - zitiert nach juris). Indes folgt aus einer allgemein geäußerten Ansicht nicht, wie sich die Beklagte zu 1) im individuellen Fall stellte und ob eine Forderungsdurchsetzung einschließlich eines etwaigen Vergleichs von vornherein aussichtslos ist (vgl. KG, Urteil vom 12. November 2019 – 4 U 9/19 - zitiert nach juris; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19 - zitiert nach juris). Ohne Belang ist wegen § 250 Satz 2 BGB, ob der Kläger die Rechtsanwaltskosten bislang gezahlt hat (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 – III ZR 144/10 - zitiert nach juris).

Anzusetzen ist indes ein Gegenstandswert von 17.403,05 €. Die Abweisung seines Antrags auf Feststellung einer weitergehenden Ersatzpflicht nimmt der Kläger infolge seiner Berufungsrücknahme hin. Die begehrte Feststellung des Annahmeverzuges wirkt sich ebenso wie der Zinsanspruch und der Anspruch auf vorgerichtliche Anwaltskosten als Nebenforderungen nicht gegenstandswerterhöhend aus. Es ergibt sich eine 1,3 Geschäftsgebühr von 904,80 €; zuzüglich der Pauschale in Höhe von 20,00 € und Umsatzsteuer von 175,71 € ergeben sich 1.100,51 €. 102

2. 103

Die Berufung der Beklagten zu 2) erweist sich im gleichen Umfang als begründet wie die Berufung der Beklagten zu 1), im Übrigen aber unbegründet. Ansprüche des Klägers bestehen in gleicher Höhe gegen die Beklagte zu 2). 104

a) 105

Gegen die Beklagte zu 2) steht dem Kläger wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB zu. Auch die Beklagte zu 2) hat den Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise jedenfalls bedingt vorsätzlich geschädigt, weil sie ein Fahrzeug hergestellt und in Verkehr gebracht hat, dessen Motor mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist. 106

aa) 107

Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der im Fahrzeug des Klägers installierten Einrichtung um eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Das Inverkehrbringen eines Motors mit dieser unzulässigen Abschaltvorrichtung unter bewusstem Verschweigen der (gesetzwidrigen) Softwareprogrammierung stellt, ebenso wie das Inverkehrbringen des hiermit ausgestatteten Fahrzeugs, eine konkludente Täuschung dar. 108

Ein Hersteller, der ein Kraftfahrzeug in Verkehr bringt, bringt jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck nicht nur im Straßenverkehr eingesetzt werden kann, sondern auch eingesetzt werden darf, das heißt über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei der Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typgenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen KBA erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 05. Juni 2020 – 8 U 1803/19 – zitiert nach juris). 109

bb) 110

Die Beklagte zu 2) hat – neben der Genehmigungsbehörde – auch den Kläger als Endkunden 111
getäuscht.

Wer ein Fahrzeug erwirbt, um dieses im Straßenverkehr zu verwenden, vertraut darauf, dass 112
die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden, wovon die erteilte Typgenehmigung zeugt
(vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 05. Juni 2020 – 8 U 1803/19 – zitiert nach juris). Der
Fahrzeugkäufer weiß, dass der Konstrukteur bzw. Hersteller eines Fahrzeugs bzw. des darin
verbauten Motors kraft seiner Fachkenntnis ihm gegenüber zwangsläufig über einen
Wissensvorsprung verfügt. Da der Endkunde einen Einblick in die technischen Vorgänge
nicht haben kann, bringt er denjenigen, die für die Entwicklung und Zulassung der Fahrzeuge
verantwortlich sind, ein besonderes Vertrauen entgegen, das sich auch in der
Markenauswahl beim Erwerb eines Fahrzeugs niederschlägt. Dies hat die Beklagte zu 2) zu
ihrem wirtschaftlichen Vorteil ausgenutzt (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 05. Juni 2020 – 8 U
1803/19 – zitiert nach juris).

cc) 113

Die Entscheidung der Beklagten zu 2), den streitgegenständlichen Pkw unter Verwendung 114
der oben genannten unzulässigen Abschaltvorrichtung mit der für die betreffenden Fahrzeuge
erschlichenen Typgenehmigung in den Verkehr zu bringen, stellt eine sittenwidrige Handlung
im Sinne des § 826 BGB dar.

Wie bereits ausgeführt, ist objektiv sittenwidrig ein Verhalten, das nach Inhalt oder 115
Gesamtcharakter, der durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und
Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden
verstößt, das heißt mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht
vereinbar ist. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche
Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden
hervorrufen. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die
sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung
oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Dabei kann es auf Kenntnisse, Absichten und
Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als
verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung
ergeben. Bezüglich des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden kommt es
wesentlich auf die berechtigten Verhaltenserwartungen im Verkehr an. Hieran gemessen
erweist sich das Handeln der Beklagten zu 2) als objektiv sittenwidrig.

Der Beweggrund für die Verwendung der Software ist in einer – auch – von der Beklagten zu 116
2) angestrebten Profitmaximierung zu sehen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 –
45 U 22/19 – zitiert nach juris). Zwar ist ein Handeln aus Gewinnstreben allein nicht als
verwerflich zu beurteilen. Hinzu kommt jedoch die verwerfliche Art und Weise der Täuschung.
Die Beklagte zu 2) hat zentrale Zulassungsvorschriften umgangen und zugleich die
Fahrzeugkäufer konkludent getäuscht. Es lag also seitens der handelnden Personen eine
bewusste Täuschung sowohl der Aufsichtsbehörden als auch der Verbraucher vor, um die
entsprechenden Typgenehmigungen für die mit den Motoren ausgestatteten Fahrzeuge und
damit deren Inverkehrbringen zu sichern, um dadurch entsprechende Vertragsschlüsse der
Händler mit den Kunden herbeiführen zu können. Die später erfolgte nachträgliche
Entfernung der unzulässigen Software durch die von der Beklagten zu 1) entwickelte
technische Lösung (Softwareupdate), ändert – wie bereits ausgeführt – an dem
Verwerflichkeitsurteil nichts.

dd) 117

Die Verwendung der Software erfolgte vorsätzlich.	118
(1)	119
In subjektiver Hinsicht setzt der Schädigungsvorsatz gemäß § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei jener nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss. Für den Vorsatz genügen das Bewusstsein, dass die Schädigung im Bereich des Möglichen liegt, sowie die billigende Inkaufnahme des Schädigungsrisikos. Nicht erforderlich ist, dass der Handelnde die Schädigung eines anderen anstrebt oder als sichere Folge des eigenen Handelns akzeptiert (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 05. Juni 2020 – 8 U 1803/19 – zitiert nach juris).	120
(2)	121
Die Beklagte zu 2) hat die Folgen ihres Handelns jedenfalls billigend in Kauf genommen. Auch die Beklagte zu 2) muss sich dabei das Handeln ihrer Mitarbeiter gemäß § 31 BGB zurechnen lassen.	122
Die Beklagte zu 2) beruft sich zwar darauf, einen von der Beklagten zu 1) entwickelten Motor ohne Kenntnis der Software-Manipulation in ihre Fahrzeuge eingebaut zu haben. Jedoch haftet auch die Beklagte zu 2) aus den §§ 826, 31 BGB gegenüber dem Kläger - und zwar nicht aufgrund einer Zurechnung fremden Fehlverhaltens, sondern aus eigenem deliktischem Handeln (vgl. OLG München, Urteil vom 30. November 2020 – 21 U 3457/19 – zitiert nach juris). Dies beruht auf dem von ihr zu verantwortenden Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs.	123
(a)	124
Der Umstand, dass die beteiligten Gesellschaften in einem Konzern verbunden sind, genügt für sich genommen nicht, um eine Wissenszurechnung zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 – IVa ZR 177/88 – NJW-RR 1990, 285; OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 30. November 2020 – 21 U 3457/19 – zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 25. April 2017 – 6 U 146/16 – MDR 2017, 816; OLG Frankfurt, Urteil vom 04. September 2019 – 13 U 136/18 – NZG 2020, 348).	125
Entscheidend ist vielmehr, ob und inwieweit ein Konzernunternehmen im Sinne einer sog. Wissensorganisationspflicht Zugriff auf die in einem anderen Konzernunternehmen vorhandenen Informationen hat, den es vorwerfbar nicht nutzt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 04. September 2019 – 13 U 136/18 – NZG 2020, 348). Eine derartige Verantwortung kann sich etwa aus den Pflichten der Konzernobergesellschaft in Bezug auf den Konzern ergeben, mit der Folge, dass ihr das Wissen der Tochtergesellschaften zuzurechnen ist, soweit sie es nach diesen Pflichten organisieren muss (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris;). Hier geht es hingegen um den umgekehrten Fall der Zurechnung des Wissens der Beklagten zu 1) als Konzernobergesellschaft zu der Beklagten zu 2) als Tochtergesellschaft. Es ist schon nicht vorgetragen, dass die Beklagte zu 2) für die Wissensorganisation im Konzern verantwortlich wäre (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 04. September 2019 – 13 U 136/18 – zitiert nach juris).	126

(b)	127
Der Senat hält allerdings im vorliegenden Rechtsstreit den Vortrag des Klägers für ausreichend, um bei der Beklagten zu 2) eine sekundäre Darlegungslast zu ihrer angeblichen Unkenntnis von der manipulierten Software in gleicher Weise auszulösen wie bei der Beklagten zu 1).	128
Der Kläger hat schon in der Klageschrift vom 10.07.2018 behauptet, dass es angesichts eines vorhandenen Compliance-Systems bei der Beklagten zu 2) faktisch nicht möglich sei, den Einbau der manipulierten Motorsteuersoftware ohne Kenntnis der Geschäftsführung durchzuführen. Damit hat der Kläger ausreichend und entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2) schlüssig dargelegt, warum davon auszugehen ist, dass die damals bei den Beklagten tätigen Repräsentanten, nicht notwendig der Vorstand im aktienrechtlichen Sinn, Kenntnis von der Entwicklung des Motors, dessen Einbau sowie Verwendung und letztlich dem Inverkehrbringen der so manipulierten Fahrzeuge gehabt haben müssen. Ein weitergehender Vortrag, insbesondere die Nennung von Namen, war ihm wegen des fehlenden Einblicks in die internen Entscheidungsvorgänge bei den Beklagten nicht möglich (vgl. OLG München, Urteil vom 08. Juni 2020 – 21 U 4760/19 – zitiert nach juris).	129
Zwar hat grundsätzlich jede Partei die ihr günstigen Tatsachen vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen. Zugunsten des Klägers greift indes eine Erleichterung der Darlegungslast. Steht nämlich ein (primär) darlegungspflichtiger Anspruchsteller außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs und kennt der Anspruchsgegner alle wesentlichen Tatsachen, so genügt nach den höchstrichterlichen Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast das einfache Bestreiten seitens des Anspruchsgegners nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2007 – XI ZR 423/06 – NJW-RR 2008, 1269; BGH, Urteil vom 11. Juni 1990 – II ZR 159/89 – zitiert nach juris; OLG Köln, Urteil vom 05. November 2020 – 7 U 35/20 – zitiert nach juris).	130
Die Beklagte zu 2) hätte im Rahmen der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast darlegen müssen, wie die Entscheidungsstrukturen zur damaligen Zeit waren, welche Organe oder Repräsentanten wann Kenntnis von der Funktionsweise der Motorsteuerungssoftware hatten und wer den Einbau und das Inverkehrbringen der so ausgerüsteten Fahrzeug veranlasst hat (vgl. OLG München, Urteil vom 08. Juni 2020 – 21 U 4760/19 – zitiert nach juris). Dies aber hat sie – obgleich das Landgericht in dem angefochtenen Urteil auf diese sekundäre Darlegungslast abgestellt hat – auch in der Berufungsinstanz versäumt.	131
Ungeklärt ist nach wie vor, wer den Einsatz der EA 189 Motoren in Fahrzeugen der Beklagten zu 2) beschlossen hat. Dass dies durch die Beklagte zu 1) erfolgt ist, erscheint ausgeschlossen, da die Beklagte zu 2) eine eigenständige rechtliche Person ist. Demgemäß kann sich die Beklagte zu 2) nicht darauf zurückziehen, dass sie den Motor samt Software nur als externes Produkt von der Beklagten zu 1) zugekauft hat und dieser vertrauen durfte.	132
Einem Unternehmer, der für die von ihm hergestellten Geräte vorgefertigte Einbauteile verwendet, obliegen grundsätzlich die Sorgfaltspflichten eines Herstellers (vgl. BGH, Urteil vom 03. Juni 1975 – VI ZR 192/73 – VersR 1975, 922; OLG München, Urteil vom 30. November 2020 – 21 U 3457/19 – zitiert nach juris). Davon kann es zwar Ausnahmen geben, wovon hier allerdings schon wegen der Bedeutung des Motors für das Fahrzeug keine Rede sein kann. Der Motor eines Fahrzeugs ist eben nicht bloß ein Zuliefererteil wie jedes andere. Die Beklagte zu 2) durfte sich vorliegend nicht allein auf die fachliche Betriebserfahrung ihrer Konzernmutter und deren durchgeführte Prüfungen verlassen. Sie musste vielmehr die konkreten Eigenschaften bei der VW-AG erfragen und sich selbst von der mangelfreien	133

Beschaffenheit des Motors im Hinblick auf ihre eigene Verantwortlichkeit im EG-Typgenehmigungsverfahren überzeugen (vgl. OLG München, Urteil vom 30. November 2020 – 21 U 3457/19 – zitiert nach juris). Beachtlich ist zudem, dass die Beklagte zu 2) den betroffenen Motor in zahlreiche Modelle ihrer Pkw eingebaut hat. Es handelte sich auch insoweit um eine strategische Entscheidung mit weitreichender Bedeutung für die Beklagte zu 2). Vor diesem Hintergrund erscheint sehr lebensnah, dass es zwischen den Verantwortlichen der beiden Beklagten einen Austausch über die Einhaltung von Abgasnormen und die Art der technischen Umsetzung gegeben hat.

Die Beklagte zu 2) erklärt sich in diesem Zusammenhang weder zu ihrer damaligen Organisationsstruktur, ihrer Arbeitsorganisation und ihren internen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, noch zu Berichtspflichten und internen Ermittlungen und auch nicht zum Informationsaustausch innerhalb des Konzerns; sie teilt nicht mit, ob und mit welchem Ergebnis die damaligen Organe oder Repräsentanten zu den Vorgängen befragt worden sind (vgl. OLG München, Urteil vom 08. Juni 2020 – 21 U 4760/19 – zitiert nach juris). Insofern kann dem Kläger auch im Verhältnis zu der Beklagten zu 2) zugebilligt werden, dass es sich bei seiner Darstellung nicht nur um eine streitige Behauptung im prozessualen Sinne handelt, sondern vielmehr um die Schilderung eines Lebenssachverhalts, dessen Richtigkeit sich geradezu aufzudrängen scheint und die ohne jeglichen Gegenvortrag von sachgerechter Substanz auch nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris). Angesichts dessen bestehen auch für die Beklagte zu 2) durchgreifend konkrete Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Behauptung des Klägers, zumindest ein Vorstandsmitglied oder Repräsentant der Beklagten zu 2) habe Kenntnis von der Softwaremanipulation gehabt. Ihrer damit entsprechend den vorstehenden Ausführungen zur Beklagten zu 1) ausgelösten sekundären Darlegungslast hat die Beklagte zu 2) aber nicht entsprochen. 134

Vor diesem Hintergrund genügt die Behauptung des Klägers, den Leitungsorganmitgliedern der Beklagten zu 2) seien sämtliche oben erörterten Umstände bekannt gewesen. Es ist nicht konkret darlegt, dass und wie einzelne Mitarbeiter unter Ausschluss des Vorstandes die Entscheidung über den Einsatz des Motors und seine Geeignetheit getroffen haben. Damit ist sowohl die Annahme umfassender Kenntnisse des Vorstandes der Beklagten zu 2) als auch die Anwendung des § 31 BGB im Sinne einer Zurechnung gerechtfertigt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020 – 45 U 22/19 – zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 08. Juni 2020 – 21 U 4760/19 – zitiert nach juris; OLG Koblenz, Urteil vom 05. Juni 2020 – 8 U 1803/19 – zitiert nach juris). Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 367/19 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 18. Dezember 2019 – XII ZR 13/19 – zitiert nach juris; OLG Köln, Urteil vom 05. November 2020 – 7 U 35/20 – zitiert nach juris). 135

ee) 136

Die Beklagte zu 2) hat dem Kläger vorsätzlich einen Schaden im Sinne von § 826 BGB zugefügt. Dieser Schaden ist – wie bereits ausgeführt – in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen, wobei es auf die nachträgliche Entfernung der unzulässigen Software durch die von der Beklagten entwickelte technische Lösung (Softwareupdate) nicht ankommt. Die täuschungsgleiche Handlung der Beklagten zu 2) war kausal für die Willensentschließung des Klägers, den streitgegenständlichen Kaufvertrag abzuschließen. 137

Dass die Beklagte zu 2) „lediglich“ Herstellerin des Fahrzeugs ist und der Kläger das Fahrzeug nicht unmittelbar von der Beklagten zu 2), sondern von der T GmbH erworben hat, 138

stellt den Kausalzusammenhang zwischen konkludenter Täuschung und Fahrzeugerwerb nicht in Frage. Denn durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit dem Motor hat die Beklagte zu 2) den Kausalverlauf bewusst in Gang gesetzt. Die hiermit verbundene konkludente Täuschung seitens der Beklagten zu 2) als Herstellerin des Fahrzeugs über das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die EG-Typgenehmigung wirkt bei allen weiteren Verkäufen in der Käuferkette vor Aufdeckung der Abschaltvorrichtung fort, weil die allgemeinen Herstellerangaben und die Typgenehmigung die Grundlage des Erwerbsgeschäftes bilden (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 - 5 U 1318/18 - zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 - zitiert nach juris).

ff) 139

Der vom Kläger geltend gemachte Schaden ist – wie bereits ausgeführt – vom Schutzzweck des § 826 BGB erfasst. Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat auf die Ausführungen hinsichtlich der Beklagten zu 1). Damit schuldet die Beklagte zu 2) neben der Beklagten zu 1) die Zahlung von 17.403,05 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit dem 04.07.2018 und Zahlung von 1.100,51 € an vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 04.07.2018. Demgegenüber besteht auch im Verhältnis des Klägers zur Beklagten zu 2) kein Anspruch auf Zahlung von Zinsen nach § 849 BGB und kein Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzuges; auf die Ausführungen zur Beklagten zu 1) wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. 140

Die gesamtschuldnerische Haftung rechtfertigt sich nach § 840 BGB. 141

3. 142

Der Hilfsantrag der Beklagten zu 2) ist unbegründet. 143

Das landgerichtliche Urteil leidet an keinem die Aufhebung und Zurückverweisung rechtfertigenden Mangel; § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Auch die Beklagte zu 2) zeigt wesentliche Verfahrensmängel im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nicht auf. 144

III. 145

Die Kostenregelung für die erste Instanz beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO und orientiert sich an dem Zahlungsbegehren des Klägers, der ausgehend von einem Kaufpreis von 33.835,00 € auf der Grundlage einer Gesamtfahrleistung von 350.000 km einen Vorteilsausgleich in Höhe von 14.084,46 € und damit einen Betrag in Höhe von 19.750,54 € neben den Kosten für Reifen und den Austausch des Keilriemens in Höhe von 1.768,14 €, mithin 21.518,68 € für begründet erachtet hat. Unter Berücksichtigung eines Streitwerts in Höhe von 1.000,00 € für den Feststellungsantrag zu 4), ergibt sich damit ein anzusetzender Gesamtstreitwert in Höhe von 22.518,68 €. Hierbei bleiben die vom Kläger mit seinem Klageantrag geltend gemachten kapitalisierten Zinsen als Nebenforderung unberücksichtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2012 ? XI ZR 261/10 - NJW 2012, 2446; OLG München, Beschluss vom 22. Januar 2013 – 15 W 186/13 - NJW-RR 2013, 1088; Wendtland, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, Stand: 01.09.2020, § 4 ZPO Rn. 15). Ausgerichtet an diesem Gesamtbetrag unterliegen die Beklagten mit einem Betrag i.H.v 17.403,05 €, so dass die Beklagten 77% und der Kläger 23% tragen. 146

Für die 2. Instanz beruht die Kostenregelung auf den §§ 92 Abs. 2, 516 Abs. 3 ZPO. Der Senat geht von einem Gesamtstreitwert von 29.801,89 € aus. Der Kläger hat sich ursprünglich gegen die Berücksichtigung eines Vorteilsausgleichs in Höhe von 9.040,75 € und die Abweisung seines Feststellungsantrags zu 4) – mit einem Streitwert in Höhe von 1.000,00 € – als unzulässig gewandt, so dass auf seine Berufung ein Teilstreitwert in Höhe von 10.040,75 € entfällt. Die Berufungsrücknahme erfolgte erst im Termin vor dem Senat, so dass sich die Terminsgebühr nach dem Gesamtstreitwert von 29.801,89 € richtet. Die Beklagten haben sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 17.993,00 € und weiteren 1.768,14 €, mithin gesamt 19.761,14 €, gewandt. Damit unterliegen die Beklagten im Hinblick auf den Gesamtstreitwert von 29.801,89 € mit einem Betrag in Höhe von 17.403,05 €, mithin 58 %. Der Kläger unterliegt mit insgesamt 10.040,75 € (Vorteilsausgleich: 9.630,70 € (9.040,75 € + 589,95 €); Aufwendungsersatz: 1.768,14 €; Feststellungsantrag zu 4): 1.000,00 €), mithin zu 42 %, ausgerichtet an dem Gesamtstreitwert in Höhe von 29.801,89 €.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 148

Die Revision ist gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Einige wesentliche Punkte sind zwar durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 geklärt; offen ist jedoch die Frage, ob auch die Beklagte zu 2) als Konzerntochter der Beklagten zu 1) für die von ihr hergestellten, mit einem Motor des Typs EA 189 (nebst unzulässiger Abschalttechnik) ausgestatteten Fahrzeuge deliktisch haften kann, wenn sie Angaben zu den Hintergründen der Verwendung des Motors unterlässt und damit nach Auffassung des Senats einer ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht nachkommt. 149