
Datum: 21.12.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 22/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:1221.8U22.20.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 2 O 49/19
Schlagworte: Diesel-Abgasskandal, unzulässige Abschaltvorrichtung, Sittenwidrigkeit
Normen: BGB § 826
Leitsätze:
Zur Haftung der Fahrzeugherstellerin auf Schadensersatz wegen Inverkehrbringens eines von ihr hergestellten Fahrzeugs, in das ein von der Volkswagen AG entwickelter Motor EA 189 mit einer Manipulationssoftware eingebaut wurde.

Tenor:

Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das am 13.12.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Siegen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 11.975,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.02.2019 zu zahlen Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des PKW B #0, FIN: #####0#####000001.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des obigen Angebots in Verzug befindet.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 57 % und die Beklagte 43 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des für sie aufgrund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sog. X-Dieselskandal.

Die Klägerin erwarb am 28.02.2013 zu einem Kaufpreis von 22.600,00 EUR ein gebrauchtes Fahrzeug B #0 T, 1,6 TDI mit einer Leistung 77 kW (Datum der Erstzulassung: 06.06.2012), das zu diesem Zeitpunkt eine Laufleistung von 3.050 km hatte (Anlage K 1).

Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor mit der internen Typbezeichnung EA 189 ausgestattet. Die Beklagte ist Herstellerin des Fahrzeugs und des in dem Fahrzeug verbauten Motors, wie sich aus der EG-Übereinstimmungsbescheinigung für das Fahrzeug (Anlage K 4) ergibt. Dieser ist ausweislich eines bestandskräftigen Bescheides des Kraftfahrtbundesamtes vom 15.10.2015 mit einer unzulässigen Motorsteuerungssoftware (Abschalteinrichtung) ausgestattet. Die Software erkennt, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befindet und schaltet in diesem Fall in den stickstoff-optimierten Modus 1. In diesem Modus findet eine relativ hohe Abgasrückführung statt mit niedrigem Stickoxidausstoß. Im normalen Fahrbetrieb schaltet der Motor in den Modus 0 um, bei dem die Abgasrückführung geringer und der Stickoxidausstoß höher ist. Die Beklagte informierte die Klägerin mit einem Schreiben aus Februar 2016 über die Betroffenheit ihres Fahrzeugs (eGA 185). Das für die betroffenen EA 189-Motoren entwickelte und von dem Kraftfahrt-Bundesamt freigegebene Software-Update wurde am 07.03.2017 an dem Fahrzeug der Klägerin durchgeführt.

Die Klägerin hat behauptet, der flächendeckende Einsatz der Manipulationssoftware sei mit Wissen und Wollen des Vorstandes der Beklagten und der Konzernleitung erfolgt. Die Beklagte habe den Motor EA 189 mitentwickelt. Durch die straffe und klare Organisationsstruktur und das Reportingsystem der Beklagten sei ausgeschlossen gewesen, dass der Entwicklungsauftrag und der Einsatzbefehl betreffend den Einsatz der entwickelten Betrugssoftware an den Modellen EA 189 von jemand anderem als dem Vorstand getroffen werden konnten. Ebenso sei ausgeschlossen, dass die internen und externen Warnhinweise an die Beklagte von Beteiligten, denen das Betrugsmodell der Beklagten aufgefallen sei, den Vorstand nicht erreicht hätten. Die Beklagte sei schon seit 1993 und sei auch heute noch zertifiziert nach ISO 9001. Die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 setze Lenkung und Steuerung des Unternehmens durch den Vorstand voraus, dem als Führung des Unternehmens nach den beschriebenen Organisationsstrukturen keine Informationen vorenthalten würden. Durch die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 sei gewährleistet, dass

die Leitung und Entscheidungsfindung durch den Vorstand erfolge. Da die Beklagte Motorenherstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei, worauf sie in der EG-Übereinstimmungsbescheinigung explizit hinweise, sei ihr jedenfalls aus dem Qualitätskontrollverfahren bekannt, wie der von ihr hergestellte Motor im Prüflauf und außerhalb des Prüfstandes (oder bei Temperaturänderung) sich verhalte, mithin mit einer Täuschungssoftware ausgestattet sei. Die Beklagte habe in eigenem Namen und in eigener Verantwortung die falsche Erklärung abgegeben, das streitgegenständliche Fahrzeug entspreche den gesetzlichen Anforderungen an den NOx-Ausstoß, wobei ihr die Bedeutung der Angabe des NOx-Ausstoßes für die Zulassungsfähigkeit bekannt gewesen sei.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ein Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen sei gem. § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig. Wer die Personen seien, welche die Entscheidung über die Entwicklung und den flächendeckenden Einsatz der Täuschungssoftware getroffen hätten, sei Gegenstand der eigenen Wahrnehmung der Beklagten. 7

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, ihr stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Ersatz ihres Schadens aus § 311 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 BGB, § 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 27 EG-FGV zu. Ihr sei durch das Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden. Wenn die Beklagte sie bei Vertragsanbahnung und Vertragsschluss darüber aufgeklärt hätte, dass das Fahrzeug mit einer das Abgasreinigungsverhalten manipulierenden Software ausgestattet ist, hätte sie das Fahrzeug nicht erworben. Dies entspreche bereits der allgemeinen Lebenserfahrung. 8

Die Klägerin hat gemeint, sie müsse sich eine Nutzung für die bis zur Klageerhebung gefahrenen 114.651 km (bei einer üblichen Gesamtleistung von 300.000 km) nicht anrechnen lassen. Ihr stehe ein Anspruch auf Zinsen in Höhe von vier Prozent p.a. aus dem gezahlten Kaufpreis von 22.600,00 EUR ab Zahlung des Kaufpreises ab dem 22.03.2013 zu. Die Klägerin hat hilfsweise die Aufrechnung ihres Zinsanspruchs in Höhe eines erstrangigen (Teil-) Betrages von 5.198,00 EUR gegenüber einem Anspruch der Beklagten auf Nutzungsersatz in Höhe von 8.726,00 EUR erklärt. 9

Die Klägerin hat beantragt, 10

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 22.600,00 EUR nebst Zinsen ab Kaufpreiszahlung in Höhe von vier Prozent fix und ab Rechtshängigkeit i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszins zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des PKW B #0 1,60, FIN: #####0####000001 an die Beklagte, 112
- 2. festzustellen dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebotes gemäß Ziff. 1 in Verzug befindet. 114

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagte hat bestritten, die Klägerin über Eigenschaften des in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motors getäuscht zu haben. Sie habe die Klägerin auch nicht in sonstiger Weise vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Die Klägerin habe bereits nicht substantiiert vorgetragen, welche konkreten Fehlvorstellungen sie zum Kaufvertragsschluss verleitet hätten und woraus sich eine besondere Verwerflichkeit des 17

Verhaltens der Beklagten ergeben solle. Sie habe den Dieselmotor des Typs EA 189 (EU5) nicht entwickelt und sei am Abschluss des Kaufvertrages nicht beteiligt gewesen. Sie sei lediglich Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Nach dem derzeitigen Ermittlungsstand lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass einzelne Mitglieder ihres Vorstands im aktienrechtlichen Sinne die Entwicklung der streitgegenständlichen Software (Umschaltlogik) für den Dieselmotor des Typs EA 189 seinerzeit in Auftrag gegeben oder gebilligt hätten. Nach dem derzeitigen Ermittlungsstand habe der Vorstand der Beklagten auch im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses im Februar 2013 von dem Einbau der Software (Umschaltlogik) in die betroffenen Fahrzeuge mit EG-Typgenehmigung keine Kenntnis gehabt. Die Klägerin differenziere im Übrigen schon nicht zwischen der X AG und der Beklagten. Die Annahme der Klägerin, die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 lasse auf einen „umfassend informierten und umfassend leitenden Vorstand“ schließen, gehe fehl, da diese keinerlei Auskunft über den Ablauf der Berichterstattung im zertifizierten Unternehmen gebe. Zudem hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben.

Wegen des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird im Übrigen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. 18

Das Landgericht hat die Beklagte durch das angefochtene Urteil vom 13.12.2019 verurteilt, an die Klägerin 10.387,95 EUR nebst Zinsen in Höhe von vier Prozent aus 10.387,95 EUR vom 22.03.2013 bis zum 25.02.2019 (= Tag der Rechtshängigkeit) sowie in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.02.2019 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des PKW B #0 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer #####0#####000001. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Beklagte habe dem Kläger (*richtig: der Klägerin*) in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt. Die von der Beklagten, bei der es sich um ein fast 100%iges Tochterunternehmen der X AG handele, vorgenommene Optimierung und Einbau der Motorsteuerungssoftware sei gesetzeswidrig. Die schädigende Handlung der Beklagten liege im Inverkehrbringen – unter Verschweigen der gesetzeswidrigen Softwareprogrammierung – von Dieselmotoren zum Zwecke des Weiterverkaufs u.a. in Fahrzeugen. Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB setze voraus, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklichen müsse. Diese Voraussetzung liege vor. Die Beklagte habe ihre sekundäre Darlegungslast nicht erfüllt. Die Klägerin habe als Verbraucherin keinen Einblick in die internen Entscheidungsprozesse der Beklagten. Sie habe den ihr zumutbaren Vortrag erbracht, die zur Verfügung stehenden öffentlichen Quellen ausgewertet und die entsprechenden Tatsachenbehauptungen schriftsätzlich vorgetragen. Die Beklagte habe auch mit Schädigungsvorsatz gehandelt. Für den Vorstand der Beklagten sei aufgrund der – zu unterstellenden – Kenntnis vom Einbau der Software zwingend ersichtlich gewesen, dass damit Kunden Fahrzeuge erwerben würden, welche nicht ihren Vorstellungen entsprachen und objektiv mangelhaft waren. Die sich daraus ergebende Schädigung der Kunden habe die Beklagte damit billigend in Kauf genommen. Wegen des unzureichenden Bestreitens der Beklagten gelte der klägerische Vortrag als zugestanden, dass Vorstandsmitglieder der Beklagten von dem gesamten Sachverhalt Kenntnis hätten und dass der Softwareeinbau mit ihrem Wissen und Wollen erfolgt sei. Die Klägerin habe durch den Erwerb des Fahrzeugs einen Schaden erlitten, da sie ein Fahrzeug erworben habe, welches nicht ihren Vorstellungen entsprochen habe. Der eingetretene Schaden in Gestalt des Vertragsschlusses beruhe kausal auf der vorsätzlich begangenen Schädigungshandlung. Dem Anspruch stehe nicht die Einrede der Verjährung nach § 214 BGB entgegen. 19

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung verfolgt die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihren Antrag auf Klageabweisung in vollem Umfang weiter. Bei dem Fahrzeug habe es sich um einen Gebrauchtwagen gehandelt. Sie – die Beklagte – sei an dem Abschluss des Kaufvertrags zwischen der Klägerin und dem Verkäufer nicht beteiligt gewesen und habe hiervon keine Kenntnis. Sie habe in diesem Zusammenhang somit weder täuschend noch in sittenwidriger Art und Weise auf das Vorstellungsbild der Klägerin einwirken können. Sie sei Herstellerin des Fahrzeugs, den in dem Fahrzeug verbauten Motor EA 189 habe sie indes nicht entwickelt. Es sei daher nicht verwunderlich, dass die Klägerin schon nicht substantiiert vortrage, dass sie von der Verwendung der als unzulässig gerügten Softwarekonfiguration Kenntnis gehabt habe. Vorsorglich habe sie darüber hinaus bereits bestritten, dass ihre Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne zum Kaufvertragszeitpunkt von der Programmierung oder von der Verwendung der streitgegenständlichen Software in Fahrzeugen mit einer EG-Typgenehmigung Kenntnis gehabt hätten.

Für die Fragen der sekundären Darlegungslast und einer Repräsentantenhaftung habe der Bundesgerichtshof inzwischen in seinem Urteil vom 25.05.2020 maßgeblich auf den Umstand abgestellt, dass die X AG den Dieselmotor vom Typ EA 189 entwickelt habe. Die maßgeblichen Umstände, nämlich die Entwicklung der Motoren des Typs EA 189 und der in diesen Motoren zum Einsatz kommenden Umschaltlogik, hätten sich bei der X AG und damit außerhalb ihres unmittelbaren Verantwortungsbereichs abgespielt. Sie selbst sei bloße Nutzerin des von der X AG als Bauteilspender vollumfänglich bereitgestellten Bauteils. Sie habe der X AG keine konkreten Vorgaben hinsichtlich des NOx-Ausstoßes der Motoren des Typs EA 189 gemacht. Die Entwickler der X AG hätten für jede Variante der Motorsteuerungssoftware die sog. Konstruktionsfreigabe (auch „K-Freigabe“) erteilt. Mit dieser Freigabe sei die Software zur Vermeidung von Fremdeinflüssen außerhalb der Entwicklungsverantwortung systemisch so verriegelt und verschlossen worden, dass darauf später im tatsächlichen Produktionsprozess kein Einfluss mehr hätte genommen werden können. Mit der Konstruktionsfreigabe werde der jeweilige Datensatz der Motorsteuerungssoftware auf dem konzernweiten Produktionssystem (sog. „System P 42“), das sich auf dem Konzernserver befinde, zum Download bereitgestellt. Von diesem Konzernserver sei bei der Produktion sämtlicher Konzernfahrzeuge die entsprechende Variante der Motorsteuerungssoftware vollautomatisch auf das bestellte Fahrzeug heruntergeladen worden. Dritte, insbesondere ihre eigenen Mitarbeiter, hätten darauf keine Einflussmöglichkeit, sie hätten die Motorsteuerungssoftware weder ändern, übersteuern noch darüber entscheiden können.

21

Ihre grundsätzliche Entscheidung, Motoren des Typs EA 189 in Fahrzeuge der Marke B zu verbauen, gehe auf eine Entscheidung aus dem Jahr 2005/2006 zurück. Hauptverantwortlich für diese Entscheidung sei das Produkt-Strategie-Komitee (PSK), welches sich aus Mitgliedern des Vorstands sowie Mitgliedern aus den Fachabteilungen zusammengesetzt habe. Sie habe im Nachgang zu dieser grundsätzlichen Entscheidung nochmals gesonderte Entscheidungen getroffen, diesen Motor konkret in einzelne Fahrzeugmodelle zu verbauen. Für die Motoren des Typs EA 189 habe die X AG für sämtliche Marken des Konzerns, unter anderem B, sodann das für die Emissions-Typgenehmigung erforderliche Zulassungsverfahren, einschließlich der hierbei durchzuführenden Tests, organisiert und begleitet. Im Falle des streitgegenständlichen Fahrzeugs habe der von ihr beauftragte technische Dienst B1 die gesetzlich vorgeschriebenen Tests in X1 durchgeführt. Dabei seien keine ihrer Mitarbeiter anwesend gewesen, sondern ausschließlich Mitarbeiter der Typprüfabteilung der X AG. Die Durchführung des Typprüfverfahrens vermittele im Übrigen keine Kenntnis der Einzelbedatungen des Motorsteuerungsgeräts, da diese im Rahmen eines

22

gewöhnlichen NEFZ-Prüfverfahrens nicht erkannt werden könnten. Auch die Produktionsabläufe zeigten, dass es keine Grundlage für eine deliktische Haftung gebe. Die Motoren des Typs EA 189 seien in verschiedenen Werken des X-Konzerns produziert worden. Die Motoren seien anschließend zum Einbau in ihre Fahrzeuge an die B-Produktionsstätten für den Fahrzeugbau geliefert worden. Die Hardware für die Motorsteuerungssoftware habe sie von Zulieferern erhalten. In einem weiteren Fertigungsschritt sei die jeweilige Variante der Motorsteuerungssoftware auf den hochautomatisierten Fertigungslinien von dem Konzernserver vollautomatisch, ohne Beeinflussungsmöglichkeiten von Dritten, auf die Motorsteuerungssoftware geladen worden. Die Produktion der Fahrzeuge – und damit auch des streitgegenständlichen Fahrzeugs – erfolge nahezu ausschließlich aufgrund automatisierter Prozesse und in weiten Teilen rein maschinell. Der Herstellungsvorgang in ihren Produktionsstätten, in denen die Motoren des Typs EA 189 in die B-Fahrzeuge verbaut worden seien, habe sich in der Herstellung von Schraubverbindungen und dem Zusammenführen von Kabeln erschöpft. Darüber hinausgehende Arbeiten am Motor seien nicht erfolgt. Auch im Rahmen der Qualitätskontrolle von Motoren und Fahrzeugen habe keine Möglichkeit bestanden, die Umschaltlogik zu entdecken. In Werken, in denen Motoren hergestellt würden (sogenannte „Motorbauende Werke“), finde grundsätzlich eine mehrschichtige Ausgangskontrolle statt, die jedoch keine Prüfung des Abgasverhaltens beinhalte. Im Rahmen der Qualitätskontrolle des Fahrzeugs werde das grundsätzliche Funktionieren des Emissionskontrollsystems überprüft, indem die emissionsrelevanten Bauteile automatisiert angesteuert und die Plausibilität der zurückgemeldeten Werte überprüft würden. Die sodann zu überprüfende Übereinstimmung der einzelnen produzierten Fahrzeuge mit dem durch die EG-Typgenehmigung genehmigten Fahrzeugtyp, insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung der Emissionswerte, sei nicht im Rahmen der Abschlussprüfungen am Ende der Produktion erfolgt. Dies sei vielmehr dadurch sichergestellt worden, dass sie ein Kontrollsystem zur sog. Übereinstimmung der Produktion [englisch: Conformity of Production (CoP)] unterhalten habe bzw. noch unterhalte. Das KBA als zuständige Genehmigungsbehörde habe dieses Kontrollsystem mit Hilfe des technischen Dienstes auf seine Wirksamkeit überprüft. Sie – die Beklagte – habe die von ihr hergestellten Serienfahrzeuge nur daraufhin zu überprüfen gehabt, ob ihr Bauzustand mit den EG-Typgenehmigungsunterlagen, insbesondere den Beschreibungsbögen, übereinstimme (Ziff. 2.3.5 Anhang X der RL 2007/46/EG). Nach erteilter EG-Typgenehmigung habe sie ihre Serienproduktion also lediglich fortlaufend daraufhin überwachen müssen, dass die genehmigte Produktion nicht aus dem Serienprozess hinauslaufe, was in Bezug auf die Einhaltung der Emissionswerte die Prüfung der Abgasemissionen der Fahrzeuge bei Umgebungsbedingungen (sog. Prüfung Typ I) im NEFZ (kalt) auf dem Rollenprüfstand beinhalte. Im Rahmen des Typ I-Tests habe die „Umschaltlogik“ der Motorsteuerungssoftware aber gerade nicht erkannt werden können, da sie die Prüfungsbedingungen erkannt und die Abgasrückführung des Fahrzeugs innerhalb des Tests erhöht habe.

Aufgrund der fehlenden Mitwirkung an der Entwicklung der Motoren des Typs EA 189 sei es fernliegend, dass Mitglieder ihres Vorstands oder als Repräsentanten i.S.d. § 31 BGB (analog) einzuordnende Personen im hier relevanten Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs bzw. des Kaufvertragsschlusses am 28.02.2013 Kenntnis von der in den Motoren des Typs EA 189 verbauten Umschaltlogik gehabt hätten. Gleichwohl habe sie neben der X AG nach Bekanntwerden der Dieseldiagnostik im Herbst 2015 umfassende Untersuchungen in Auftrag gegeben. Der Schwerpunkt der Untersuchungen habe bei ihr im Bereich des Dieselmotors V6 3.0 TDI gelegen. Trotz umfassender Untersuchungen lägen bis heute keine Erkenntnisse darüber vor, dass ihre Vorstandsmitglieder vor dem 18.09.2015 Kenntnis von der „Umschaltlogik“ in der Software für

den Motorentyp EA 189 und dem Einsatz in Fahrzeugen auf dem europäischen Markt gehabt hätten, sodass auch ein vertiefendes Vorgehen nicht angezeigt gewesen sei. Es lägen auch keine Erkenntnisse darüber vor, dass eine aus ihrer Sicht als Repräsentant einzuordnende Person unterhalb des Vorstands Kenntnis von der Umschaltlogik im maßgeblichen Zeitpunkt des Inverkehrbringens bzw. des Fahrzeugerwerbs durch die Klägerin gehabt hätte, wobei zu berücksichtigen sei, dass nach einem von ihr in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten nicht jeder „leitende Angestellte“ als Repräsentant qualifiziert werden könne. Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beklagten zur Repräsentantenhaftung und zu ihrer Organisations- und Berichtsstruktur nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 02.10.2020 (S. 28 bis 33 und S. 38 bis 42).

Obgleich sie mit ihrem Sachvortrag einer etwaigen sekundären Darlegungslast bereits gerecht geworden sei, würde eine solche vorliegend nicht nur nicht der Sachlage gerecht werden, sondern zugleich zu einer systemwidrigen Haftungsverschärfung führen. Eine Haftung nach § 826 BGB lasse sich auch nicht auf anderen Wegen konstruieren. Dies gelte insbesondere für angebliche Sorgfaltspflichtverletzungen, vermeintliches Organisationsverschulden oder eine – unzulässige – konzernweite Wissenszusammenrechnung. Insbesondere habe sie im Zusammenhang mit dem EG-Typengenehmigungsverfahren keine Angabepflichten verletzt, da diese zum jeweils relevanten Zeitpunkt keine Pflicht vorgesehen hätten, Angaben zur Funktionsweise der Software in Bezug auf Emissionsstrategien zu machen. Bezogen auf die Emissionen seien die in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 692/2008 genannten Prüfungen des Fahrzeugs auf dem Prüfstand vorgesehen gewesen. Auch unter dem Gesichtspunkt deliktischer Verkehrssicherungspflichten habe ihr keine umfassende Prüfungspflicht des von der X AG bezogenen Motors oder eine diesbezügliche Erklärungspflicht nach außen oblegen. Selbst wenn aus öffentlich-rechtlicher Sicht eine Pflicht zu Erklärungen gegenüber der Typgenehmigungsbehörde bestanden hätte, würde hieraus nicht automatisch eine zivilrechtliche Deliktpflicht resultieren. Sie habe daher nach dem allgemein geltenden Vertrauensprinzip ohne eine detaillierte Prüfung oder gar ein vollständiges Nachvollziehen des Entwicklungsprozesses auf die Gesetzeskonformität der von der X AG entwickelten Motoren des Typs EA 189 vertrauen dürfen.

24

Infolge der Vornahme des angebotenen Software-Updates sei die mit der Klage beanstandete Umschaltlogik in dem Fahrzeug nicht mehr vorhanden. Ein Schaden der Klägerin scheide somit aus. Rechtsfehlerhaft unterstelle das Landgericht zudem einen Kausalzusammenhang zwischen der der Klägerin bei Vertragsschluss unbekannten Umschaltlogik und ihrer Kaufentscheidung. Das Landgericht übergehe, dass die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hinsichtlich eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Verwendung der Umschaltlogik und dem Abschluss des Kaufvertrags darlegungs- und beweisfällig geblieben sei, es fänden weder die Grundsätze des Anscheinsbeweises noch Vermutungsregelungen Anwendung.

25

Die Einrede der Verjährung hat die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 12.10.2020 fallengelassen.

26

Die Beklagte beantragt,

27

das am 13.12.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Siegen, 2 O 49/19 im Umfang ihrer Beschwer abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

28

Die Klägerin beantragt,

29

30

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen.	31
Mit ihrer unselbständigen Anschlussberufung hat die Klägerin zunächst ihren erstinstanzlichen Zahlungsantrag in vollem Umfang, d.h. ohne Anrechnung einer Nutzungsentschädigung und mit Deliktzinsen aus dem gezahlten Kaufpreis, und den Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs weiterverfolgt. Hinsichtlich der in erster Instanz ausgeurteilten Deliktzinsen bis zur Rechtshängigkeit hat die Klägerin die Klage mit Schriftsatz vom 09.10.2020 zurückgenommen. In Höhe der Differenz des Nutzungsersatzes bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.	32
Nunmehr beantragt die Klägerin im Wege der Anschlussberufung,	33
• 1. unter Abänderung des am 13.12.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Siegen Az. 2 O 49/19 die Beklagte zu verurteilen, an sie 22.600,00 EUR	335
• abzüglich eines vom Gericht zu bestimmenden Abzugs für von ihr gezogene Nutzungen des Fahrzeugs	36
• nebst Zinsen aus dem sich ergebenden Betrag i.H.v. fünf Prozentpunkten p.a. über dem jeweils gültigen Basiszins der EZB ab Rechtshängigkeit zu zahlen,	37
Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des PKW B #0, FIN #####0####000001 an die Beklagte;	38
• 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebotes gemäß Ziff. in 1 Verzug befindet.	390
Die Beklagte beantragt,	41
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	42
Wegen der näheren Einzelheiten des wechselseitigen Vortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	43
II.	44
Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin führt aufgrund der vom Senat vorgenommenen Neuberechnung der Nutzungsentschädigung zu einem höheren Zahlungsanspruch der Klägerin und zu der Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Fahrzeugs in Verzug befindet.	45
1. Klageantrag zu 1): Erstattungsanspruch aus §§ 826, 31, 249, 251 BGB	46
Das Landgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus §§ 826, 31 BGB im Ergebnis zu Recht für begründet gehalten. Die Beklagte hat eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Klägerin begangen, indem sie den in dem von der Klägerin erworbenen B #0 T 1,6 TDI eingebauten Motor EA 189 mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung	47

(Motorsteuerungssoftware) in Verkehr gebracht hat.

a) schädigende Handlung

48

Die Schädigungshandlung liegt darin, dass die Beklagte das Fahrzeug mit einem Dieselmotor hergestellt und in Verkehr gebracht hat, dessen Steuerungssoftware so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte durch eine im Vergleich zum Normalbetrieb höhere Abgasrückführungsrate nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Dies stellt ein Verhalten dar, das einer bewussten arglistigen Täuschung zumindest gleichsteht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris; BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, juris Rn. 11). Denn die Käufer der bemakelten Fahrzeuge, gleichgültig, ob sie das Fahrzeug neu oder gebraucht erwerben, gingen arglos davon aus, dass die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden. Die Käufer durften darauf vertrauen, dass das erworbene Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden kann, über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt und die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren rechtmäßig durchlaufen worden sind. Tatsächlich enthielt der Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs jedoch zum Zeitpunkt des Kaufs eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb gezielt durch Einsatz einer entsprechenden Motorsteuerungssoftware reduziert worden ist. Dies hatte zur Folge, dass die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde bestand und ein weiterer Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr möglicherweise nicht (mehr) möglich war (BGH, Hinweisbeschluss vom 08.01.2019, VIII ZR 225/17, juris; BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/10, juris).

b) Sittenwidrigkeit

50

Das Handeln der Beklagten war gegenüber den Käufern der betroffenen Fahrzeuge – und damit auch gegenüber der Klägerin – sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB.

aa) 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. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 28.06.2016, VI ZR 536/15, juris Rn. 16; Urteil vom 07.05.2019, VI ZR 512/17, juris Rn. 8). Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen; dabei kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 15)

bb) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Verhalten des Mutterkonzerns der Beklagten, der das streitgegenständliche Aggregat EA 189 maßgeblich entwickelt hat, im Verhältnis zu den Endkunden sittenwidrig ist. Denn die X AG hat auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes systematisch, langjährig und in Bezug

auf den Dieselmotor der Baureihe EA 189 in siebenstelligen Stückzahlen in Deutschland Fahrzeuge in Verkehr gebracht, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Damit gingen einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 16 ff.; BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, juris Rn. 33).

cc) Diese Erwägungen treffen auch auf die Beklagte zu, wobei offenbleiben kann, ob die Beklagte, wie die Klägerin behauptet, an der Entwicklung des Aggregats EA 189 beteiligt war. Der Senat geht, wie nachstehend unter c) auszuführen sein wird, davon aus, dass Vorstandsmitglieder bzw. Repräsentanten der Beklagten Kenntnis von der Funktionsweise der Motorsteuerungssoftware inklusive der sog. „Umschaltlogik“ hatten, als die Entscheidung gefasst wurde, den Motor EA 189 massenhaft in die von der Beklagten hergestellten Fahrzeuge einzubauen. Hieraus ergibt sich, dass die Beklagte die EG-Typengenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug ebenfalls unter bewusster und gewollter Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes erschlichen hat (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 18). Denn die Beklagte bzw. ihr Vorstand war selbst verantwortlich für die Richtigkeit ihrer Angaben im Rahmen des Zulassungsverfahrens (OLG München, Urteil vom 08.06.2020, 21 U 4760/19, juris Rn. 32). Sie kann sich mithin nicht darauf zurückziehen, die X AG habe das für die Emissions-Typgenehmigung erforderliche Zulassungsverfahren einschließlich der hierbei durchzuführenden Tests organisiert und begleitet. Die Entscheidung, den mit der Manipulationssoftware ausgestatteten Motor flächendeckend in ihren eigenen Fahrzeugen einzusetzen, begründet damit im Verhältnis der Beklagten zu ihren Endkunden ebenfalls das Verdikt der Sittenwidrigkeit. 54

c) objektive Zurechnung des Verhaltens und Schädigungsvorsatz 55

Das Landgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass dieses schädigende Verhalten der Organe der Beklagten gem. § 31 BGB zuzurechnen ist und dass diese mit Schädigungsvorsatz handelten. 56

aa) Die Zurechnung erfasst neben den Vorstandsmitgliedern und verfassungsmäßig berufenen besonderen Vertretern über den Wortlaut hinaus auch sog. Repräsentanten, d.h. Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (BGH, Urteil vom 14.03.2013, III ZR 296/11, juris Rn. 12). Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt. Hierzu kann unter Umständen auch der Personenkreis der leitenden Angestellten gezählt werden (BGH, Urteil vom 05.03.1998, III ZR 183/96, juris Rn. 18), so dass mindestens der Leiter einer Entwicklungsabteilung als Repräsentant eingestuft werden kann (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 33). Abgesehen davon haftet die Beklagte nach §§ 826, 31 BGB auch für die Tätigkeit anderer Mitarbeiter, die in die Verwendung der illegalen Software eingebunden waren, so dass für die Frage einer sittenwidrigen Schädigung durch diese Personen letztlich nichts grundsätzlich anderes gelten würde als für Repräsentanten und den Vorstand (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 43). 57

bb) Die Behauptungen der Klägerin, sowohl der Vorstand der Beklagten als auch die Entwicklungsingenieure und Leiter der Entwicklungsabteilungen der Beklagten hätten Kenntnis von der Steuerungssoftware gehabt und der flächendeckende Einsatz der Manipulationssoftware sei mit Wissen und Willen des Vorstandes erfolgt, gelten nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Die Beklagte trifft in diesem Zusammenhang, ebenso wie es der Bundesgerichtshof für die X AG angenommen hat (BGH, Urteil vom 25.05.2019, VI ZR 252/19, juris Rn. 34 ff.; BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, juris Rn. 14 f.), eine sekundäre Darlegungslast, die sie nicht erfüllt hat. 58

aaa) Nach allgemeinen Grundsätzen trägt zwar derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, d.h. sowohl für die Umstände, die die Schädigung und deren Sittenwidrigkeit in objektiver Hinsicht begründen, als auch für den zumindest bedingten Vorsatz des Schädigers hinsichtlich des Vorliegens dieser Umstände. Der Anspruchsteller hat daher auch darzulegen und zu beweisen, dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) des in Anspruch genommenen Unternehmens die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 35). Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dem Bestreitenden obliegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast auch, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist. Die sekundäre Darlegungslast führt jedoch weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozess Erfolg benötigten Informationen zu verschaffen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 37 m.w.N.). 59

bbb) Nach dieser Maßgabe trifft die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast. Denn die Klägerin als beweisbelastete Partei hat keinen Einblick in die internen Entscheidungsvorgänge bei der Beklagten, keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung. Der Beklagten als Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs und des darin verbauten Motors wäre es demgegenüber möglich und zumutbar, nähere Angaben insbesondere zum Wissensstand ihrer damaligen Vorstandsmitglieder und Entscheidungsträger zu machen (OLG Naumburg, Urteil vom 30.10.2019, 3 U 42/19, BeckRS 2019, 51205 Rn. 38; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020, 45 U 22/19, juris Rn. 115; OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020, 6 U 1715/19, juris Rn.10). 60

(1) Es liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass der damalige Technikvorstand und die für die technische Entwicklung maßgebend tätigen und verantwortlichen Mitarbeiter der Beklagten Kenntnis von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung in den Motoren des Typs EA 189 hatten. Der Senat übersieht dabei nicht, dass zahlreiche der mit der Klageschrift vorgetragenen Indizien nicht auf die Beklagte, sondern auf die X AG zutreffen, und dass eine Wissenszurechnung im Konzern ausscheidet (vgl. dazu im Einzelnen OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020, 45 U 22/19, juris Rn. 114). 61

(a) Maßgeblich für die Annahme einer sekundären Darlegungslast ist in erster Linie der auch von der Klägerin herausgestellte Umstand, dass die Beklagte den in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor selbst hergestellt hat (vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020, 6 U 1715/19, juris Rn. 9 f.). In der EG-Übereinstimmungsbescheinigung vom 15.05.2012 (Anlage K 4) ist als Hersteller der Antriebsmaschine die Beklagte genannt. In der Berufungsinstanz räumt die Beklagte ein, dass Motoren des Typs EA 189 in verschiedenen Werken des X-Konzerns, mithin auch in ihren eigenen, gebaut worden seien. Es ist wenig wahrscheinlich, dass die Beklagte in ihren eigenen Werken Motoren produzierte, deren genaue Funktionsweise niemand in ihrem Unternehmen kannte, zumal es sich bei dem Motor um das Kernstück eines jeden Fahrzeugs handelt. Darüber hinaus wurde das streitgegenständliche Fahrzeug von der Beklagten produziert und in Verkehr gebracht.

(b) Das Verfahren zur Erteilung der EG-Typgenehmigung, für das vom 05.09.2007 bis zum 31.08.2020 (also im hier maßgeblichen Zeitraum) die Richtlinie 2007/46/EG galt, begründet eine Verantwortung des Vorstandes, die Fahrzeugproduktion so zu organisieren, dass die hergestellten Fahrzeuge den europäischen Vorgaben entsprechen. Aus den Erwägungsgründen (2), (4) und (23) der Richtlinie folgt, dass das Ziel der Richtlinie in erster Linie die Vollendung europäischen Binnenmarktes ist; darüber hinaus sollte sie die technischen Anforderungen in Rechtsakten harmonisieren und spezifizieren, wobei diese Rechtsakte vor allem auf hohe Verkehrssicherheit, Gesundheits- und Umweltschutz, rationelle Energienutzung und wirksamen Schutz gegen unbefugte Nutzung abzielten (OLG München, Urteil vom 04.12.2019, 3 U 2420/19, juris Rn. 55). Der Europäische Gesetzgeber erwartet von den Kraftfahrzeugherstellern, dass sie in vollem Umfang die Verantwortung für die Gesetzeskonformität ihrer Fahrzeuge übernehmen, vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG. Dieser lautet: „Der Hersteller ist gegenüber der Genehmigungsbehörde für alle Belange des Genehmigungsverfahrens und für die Sicherstellung der Übereinstimmung der Produktion verantwortlich, und zwar auch dann, wenn er nicht an allen Stufen der Herstellung des Fahrzeugs, des Systems, des Bauteils oder der selbstständigen technischen Einheit unmittelbar beteiligt ist.“ Nach dem Erwägungsgrund (13) zu der Richtlinie 2007/46/EG stellt das Verfahren zur Überwachung der Übereinstimmung der Produktion den „Eckpfeiler“ des gemeinschaftlichen Typengenehmigungsverfahrens dar, und damit dieses ordnungsgemäß funktioniert, sollen die Hersteller regelmäßig durch die zuständige Behörde oder einen dafür bestellten und ausreichend qualifizierten Technischen Dienst überprüft werden. Demzufolge schreibt § 16 EG-FGV vor, dass der Antragsteller gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt das Vorhandensein eines wirksamen Systems zur Überwachung der Übereinstimmung der Produktion nach Anhang VI der Richtlinie 2002/24/EG nachzuweisen hat. Die Verantwortung für eine diesen Anforderungen entsprechende Organisation der Produktion trifft nicht nur nachgeordnete Unternehmensteile, sondern den Vorstand, was sich auch daraus ergibt, dass die EG-Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug von dem damaligen Vorstand der Beklagten T1 gezeichnet wurde.

(c) Die Beklagte muss aufgrund der geltenden Compliance-Regelungen dafür Sorge tragen, dass in ihrem Unternehmen Strukturen vorhanden sind, die gewährleisten, dass der Vorstand alle wesentlichen Entscheidungen selbst trifft oder über sie informiert ist. Dies ergibt sich auch aus dem Vorbringen der Beklagten zu ihrer eigenen Organisations- und Berichtsstruktur. Demnach sind selbst die an der Spitze der zweiten Berichtsebene stehenden Bereichsleiter trotz ihrer hohen Position in der Unternehmenshierarchie den Weisungen und der Kontrolle des für das jeweilige Vorstandsressort zuständigen Vorstandsmitglieds im aktienrechtlichen Sinne unterstellt (S. 31, 39 ff. des Schriftsatzes vom 02.10.2020). Es erscheint daher unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen wenig

63

64

wahrscheinlich, dass der Vorstand von Manipulationen, die die Rechtsgültigkeit der EG-Typgenehmigung der betroffenen Fahrzeuge gefährdeten und ein solches Ausmaß und eine solche Tragweite hatten, keine Kenntnis erlangte, zumal mit dieser Vorgehensweise ganz erhebliche persönliche Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden waren (BGH, Urteil vom 25.05.2019, VI ZR 252/19, juris Rn. 39; OLG München, Urteil vom 08.06.2020, 21 U 4760/19, juris Rn. 40). Insofern schildert die Klägerin hier einen Lebenssachverhalt, dessen Richtigkeit sich geradezu aufzudrängen scheint und der ohne entsprechenden Gegenvortrag von sachgerechter Substanz nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann (OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020, 45 U 22/19, juris Rn. 115).

(d) Weiter spricht auch die Bedeutung der gesetzlichen Grenzwerte und die für die Geschäftstätigkeit der Beklagten entscheidende Frage, wie diese technisch und wirtschaftlich kostengünstig eingehalten werden können, für eine Kenntnis des Vorstandes bzw. maßgeblicher Entscheidungsträger der Beklagten. Die Beklagte entwickelt selbst Dieselmotoren (vgl. die Ausführungen im Schriftsatz vom 02.10.2020, S. 39 ff.) und ist daher mit der Problematik der Einhaltung der vorgeschriebenen Abgaswerte vertraut. Sie hat daher ein Interesse zu wissen, wie es der Mutterkonzern geschafft hat, die Vorgaben einzuhalten (OLG München, Urteil vom 08.06.2020, 21 U 4760/19, juris Rn. 40). Dass zu diesen Punkten kein Austausch innerhalb des Konzerns stattgefunden haben soll, erscheint ebenfalls nicht naheliegend, zumal Vorstandsmitglieder in dem hier interessierenden Zeitraum innerhalb des Konzerns von einem zum anderen Unternehmen wechselten. 65

(2) Die Beklagte hat ihre sekundäre Darlegungslast zu den damaligen Entscheidungsprozessen in ihrem Unternehmen nicht erfüllt. 66

(a) In der ersten Instanz hat die Beklagte sich auf den ersichtlich unzureichenden Vortrag beschränkt, dass nach dem derzeitigen Ermittlungsstand keine Erkenntnisse dafür vorlägen, dass einzelne Mitglieder ihres Vorstands im aktienrechtlichen Sinne die Entwicklung der streitgegenständlichen Software (Umschaltlogik) für den Dieselmotor des Typs EA 189 (EU5) seinerzeit in Auftrag gegeben oder gebilligt hätten; ihr Vorstand habe auch im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses im Februar 2013 von dem Einbau der Software (Umschaltlogik) in die betroffenen Fahrzeuge mit EG-Typgenehmigung keine Kenntnis gehabt. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang bestritten, dass Herr I und Herr X2 Kenntnis von diesen Umständen gehabt hätten. 67

(b) In der Berufungsinstanz hat die Beklagte mit dem Schriftsatz vom 02.10.2020 ihren Vortrag substantiiert. Der Senat lässt offen, ob die Voraussetzungen für eine Zulassung des erstmals im Berufungsrechtszug geltend gemachten Vorbringens nach § 531 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, denn auch unter Berücksichtigung des neuen Vortrags gelten die schlüssigen Behauptungen der Klägerin zu der Kenntnis von Organen und Mitarbeitern der Beklagten als zugestanden. Es bleibt nämlich nach wie vor die Frage unbeantwortet, dass und warum niemand im Unternehmen der Beklagten Kenntnis von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug gehabt haben soll, obwohl ihr dies als Herstellerin des Fahrzeugs und des Motors möglich gewesen wäre (OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020, 6 U 1715/19, juris Rn. 11). 68

Im Einzelnen: 69

(aa) Die Beklagte trägt nunmehr vor, ihre grundsätzliche Entscheidung, Motoren des Typs EA 189 in Fahrzeuge der Marke B zu verbauen, gehe auf eine Entscheidung aus dem Jahr 2005/2006 zurück. Hauptverantwortlich für diese Entscheidung sei das Produkt-Strategie-Komitee (PSK), welches sich aus Mitgliedern des Vorstands sowie Mitgliedern aus den 70

Fachabteilungen zusammengesetzt habe. Zudem seien im Zuge der Entwicklung der einzelnen Fahrzeugmodelle nochmals gesonderte Entscheidungen getroffen worden, in welches ihrer Modelle der Motor EA 189 eingebaut werden sollte. Allerdings bleibt offen, welche konkreten Personen dem Produkt-Strategie-Komitee (PSK) zum damaligen Zeitpunkt angehörten und welchen Informationsstand dieses Gremium im Jahr 2005/2006 hatte. Die Beklagte offenbart auch nicht, wann für das streitgegenständliche Modell A3 T 1,6 TDI 77 kW Diesel die Entscheidung getroffen wurde, den Motor EA 189 zu verwenden, wer für diese Entscheidung verantwortlich war und auf welchem Kenntnisstand und auf welcher Grundlage diese Entscheidung beruhte.

(bb) Der Vortrag der Beklagten zum Verfahren zur Erteilung der EG-Typgenehmigung, das Mitarbeiter der X AG für sie organisiert und begleitet hätten, entlastet sie nicht: Wie bereits dargelegt, trägt die Beklagte gegenüber den zuständigen Genehmigungsbehörden die volle Verantwortung für die Gesetzeskonformität ihrer Fahrzeuge und den Produktionsprozess. Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, dass die dabei zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Pflichten keine Schutzwirkung zugunsten der Endkunden entfalten. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Beklagte sich zur Einhaltung des Pflichtenkatalogs so organisieren muss, dass alle die Fahrzeugproduktion betreffenden Informationen bei ihr vorhanden und abrufbar sind. Der Vortrag der Beklagten liefert keine belastbaren Anhaltspunkte dafür, dass dies in Bezug auf die Funktionsweise des Aggregats EA 189 inkl. der Motorsteuerungssoftware anders gewesen sein könnte. 71

(cc) Gleiches gilt für den Vortrag der Beklagten zur Produktion der Motoren und der Fahrzeuge inkl. der Bedatung und der Endkontrolle. Es versteht sich von selbst, dass die Produktion mittlerweile standardisiert und vollautomatisiert verläuft und die in der Produktion tätigen Mitarbeiter keinen Einfluss auf die Motorsteuerungssoftware nehmen können; dies dient der Erfüllung der oben beschriebenen Vorgabe, nach der die Beklagte die Übereinstimmung der produzierten Fahrzeuge mit der EG-Typgenehmigung sicherstellen muss. Die Haftung der Beklagten knüpft aber – ebenso wie bei der X AG – an die der Produktion vorausgegangene grundsätzliche Entscheidung an, Motoren zu verwenden, deren Motorsteuerungssoftware manipuliert ist. Für das Gelingen der Manipulation war es im Übrigen unabdingbar, einer möglichst geringen Anzahl an Personen Einblick zu geben und die Manipulation so auszugestalten, dass sie während der Produktion und im Rahmen der Endkontrolle nicht auffällt. 72

(dd) Soweit die Beklagte sich auf die Ergebnisse von Untersuchungen (u.a. durch externe Rechtsberater) beruft, helfen diese für die Beurteilung einer Kenntnis in Bezug auf den Motor EA 189 nicht weiter. Die Untersuchungen durch die Kanzlei K im Zusammenhang mit den strafrechtlichen Ermittlungen in den V sind schon deshalb nicht aussagekräftig, weil der dortige Schwerpunkt im Bereich des Dieselmotors V6 3.0 TDI lag. Aus dem Geschäftsbericht der Beklagten für das Geschäftsjahr 2015 (Anlage BB 3, S. 128) ergibt sich, dass zur Aufklärung in der Dieselproblematik vom stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden entschieden worden war, den Experten von K die Untersuchung zur Dieselproblematik bei B zu übertragen. Hieraus ergibt sich indes nicht, dass von der Beklagten hergestellte Fahrzeuge mit dem Motor EA 189 überhaupt in die Untersuchungen mit einbezogen waren. Welche konkreten Untersuchungen durch die Kanzlei H vorgenommen wurden und zu welchen Ergebnissen sie führten, teilt die Beklagte nicht mit. Zu den Ermittlungen betreffend den Motor des Typs EA 189 verweist die Beklagte auf spezifische weltweite Untersuchungen, so beispielsweise durch das Bundesgericht von B2 (Federal Court of B2), ohne dass Inhalte und Ergebnisse offenbart werden. Zu Untersuchungen betreffend die Vorstandsmitglieder teilt die Beklagte wiederum nur mit, bis heute lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass 73

Vorstandsmitglieder vor dem 18.09.2015 Kenntnis von der „Umschaltlogik“ in der Software für den Motorentyp EA 189 und dem Einsatz auf dem europäischen Markt gehabt hätten, so dass auch ein vertieftes Vorgehen nicht angezeigt gewesen sei. Diese Sichtweise teilt der Senat nicht, weil die Beklagte diesen Motor über einen langen Zeitraum ebenfalls massenhaft in ihre Fahrzeuge verbaute. Entsprechendes wiederholt die Beklagte in Bezug auf potentielle Repräsentanten. In diesem Zusammenhang vermag der Senat nicht zu erkennen, warum Befragungen auf der Ebene der Bereichsleiter nicht praktisch umsetzbar gewesen sein sollen, selbst wenn im Zeitraum von 2006 bis 2015 jeweils ca. 70 Personen dieser Ebene angehörten. Denn die Befragungen hätten von vornherein gezielt auf diejenigen Einzelpersonen beschränkt werden können, die aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs mit den maßgeblichen Fragestellungen zu tun haben konnten. Die Sichtweise der Beklagten, dass vermeintlich schon kein Anlass für Untersuchungen bestanden hätte, führt jedenfalls nicht dazu, dass im Rahmen der sekundären Darlegungslast der Beklagten genug dazu vorgetragen ist, dass eine Kenntnis von Vorstand und relevanten Repräsentanten nicht bestand.

(ee) Ob die Entwicklungsverantwortung für den Motor einschließlich der Software ausschließlich bei der X AG lag oder die Beklagte in diese Vorgänge eingebunden war, kann vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen dahinstehen: Denn die Haftung der Beklagten knüpft daran an, dass sie in Kenntnis der relevanten Umstände entschied, diese Motoren in ihre eigenen Fahrzeuge einzubauen, unter Vorspiegelung falscher Tatsachen eine EG-Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug erwirkte, den Motor für das Fahrzeug selbst in einem ihrer Werke herstellte und das Fahrzeug anschließend in den Verkehr brachte. 74

cc) Auf der Grundlage der obigen Feststellungen hat das Landgericht zu Recht einen Schädigungsvorsatz der handelnden Personen, die Kenntnis von der sittenwidrigen strategischen Unternehmensentscheidung hatten, bejaht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 60 ff.). 75

d) kausaler Vermögensschaden 76

Der Klägerin ist durch die Verletzungshandlung ein Schaden entstanden (§§ 826, 249 BGB), denn sie ging aufgrund des sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten eine ungewollte Verbindlichkeit in Gestalt des Kaufvertrages über das bemakelte Fahrzeug ein. 77

aa) Im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage, ob der Käufer den Kaufvertrag in Kenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung nicht getroffen hätte, hat der Bundesgerichtshof die Anwendung eines Erfahrungssatzes gebilligt, wonach auszuschließen ist, dass ein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem behoben werden kann (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 49 ff.). Auf einen solchen Erfahrungssatz hat auch das Landgericht – ohne persönliche Anhörung der Klägerin – zutreffend abgestellt, indem es ausgeführt hat, die Anwendung der Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens führe hier zu dem Ergebnis, dass die Klägerin vom Erwerb des Fahrzeugs Abstand genommen hätte, wenn sie von dem geheim gehaltenen Täuschungsakt Kenntnis gehabt hätte: Hätte der Hersteller, so das Landgericht, wahrheitsgemäß angegeben, dass der Motor eine auf Täuschung aller Verbraucher, Händler und Behörden angelegte Steuerung aufweist, wäre vernünftigerweise nur die Abstandnahme vom Erwerb in Betracht gekommen. Diese zutreffende Feststellung des Landgerichts wird durch die Berufungsangriffe der Beklagten nicht in Frage gestellt. 78

- bb) Dem Beweisangebot der Beklagten auf Parteivernehmung der Klägerin aus dem Schriftsatz vom 02.10.2020 (S. 47) musste der Senat dabei nicht nachgehen, denn die von der Klägerin zu beweisende Tatsache steht schon aufgrund der Anwendung des o.g. Erfahrungssatzes fest. § 445 ZPO erlaubt im Übrigen nur die Vernehmung des Gegners der beweisbelasteten Partei, eine Parteivernehmung der beweisbelasteten Klägerin zum Zwecke des Gegenbeweises, wie sie die Beklagte hier offensichtlich anstrebt, kann diese über § 445 ZPO nicht erreichen (BeckOK ZPO/Bechteler, 38. Ed. 1.9.2020, § 445 Rn. 9; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.01.1995, 11 W 1/95, juris; OLG Köln, Urteil vom 07.02.2018, 5 U 128/16, NJW-RR 2018, 652, Rn. 47). Die Voraussetzungen für eine Parteivernehmung der Klägerin nach § 447 ZPO liegen mangels eines Einverständnisses der Klägerin nicht vor.
- cc) Durch das Aufspielen des angebotenen Software-Updates ist der Schaden nicht entfallen. Der im Februar 2013 unter Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der Klägerin sittenwidrig herbeigeführte ungewollte Vertragsschluss, der im Rahmen des § 826 BGB den Schaden begründet, wird durch die Durchführung des Software-Updates – zumal angesichts einer anderenfalls drohenden Betriebsuntersagung – nicht rückwirkend zu einem gewollten Vertragsschluss (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 58). 80
- e) Umfang des Schadensersatzanspruchs** 81
- aa) Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung des gezahlten Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung, der Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu erfüllen ist. Denn die Beklagte hat nach § 249 Abs. 1 BGB den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. 82
- aaa) Von dem Kaufpreis ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 64 ff.; Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 354/19, juris Rn. 11 ff.; Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, juris Rn. 34 ff.), der sich der Senat anschließt, ein Anspruch der Beklagten gegen den Kläger auf Nutzungsersatz unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung abzuziehen. Der Bundesgerichtshof hat dabei eine Schätzung nach § 287 ZPO im Wege der zeitanteiligen linearen Wertminderung, wie sie das Landgericht vorgenommen hat, gebilligt. Maßgeblich für die Höhe der anzurechnenden Vorteile ist die zu erwartende Gesamtaufleistung, die der Senat für das streitgegenständliche Fahrzeug in ständiger Rechtsprechung mit 300.000 km ansetzt. Die vom Landgericht angenommene Gesamtaufleistung von 250.000 km erscheint dem Senat dagegen zu gering mit der Folge, dass die Anschlussberufung der Klägerin zu einem geringeren Abzug von ihrem Zahlungsanspruch führt. 83
- bbb) Die Höhe des Nutzungsersatzes ausgehend von dem Kaufpreis von 22.600,00 EUR und der Fahrleistung, die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bei 139.594 km (142.644 km – 3.050 km) lag, im Verhältnis zu einer zu erwartenden Gesamtaufleistung im Erwerbszeitpunkt von 296.950 km (300.000 km – 3.050 km) ermittelt sich im Ergebnis wie folgt: 84
- $(22.600,00 \text{ EUR} \times 139.594 \text{ km}) : 296.950 \text{ km} = \mathbf{10.624,09 \text{ EUR.}}$ 85
- Der Betrag von **10.624,09 EUR** ist von dem Kaufpreis in Höhe von **22.600,00 EUR** abzuziehen, so dass sich der ausgeurteilte Betrag in Höhe von **11.975,91 EUR** errechnet. 86
- ccc) Soweit sich der Zahlungsanspruch der Klägerin nach Eintritt der Rechtshängigkeit durch die fortlaufende Anrechnung einer Nutzungsentschädigung infolge der Nutzung des 87

Fahrzeugs weiter reduziert hat, haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

bb) Der Zinsanspruch beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Wegen der Deliktzinsen aus dem gezahlten Kaufpreis für den Zeitraum ab Zahlung des Kaufpreises bis zur Rechtshängigkeit hat die Klägerin die Klage zurückgenommen, § 269 ZPO. 88

f) Einrede der Verjährung 89

Da die Beklagte die Einrede der Verjährung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat fallen gelassen hat, musste sich der Senat mit der Frage, ob die Beklagte gem. § 214 Abs. 1 BGB die Leistung verweigern kann, nicht mehr befassen, denn damit hat die Beklagte den prozessualen Zustand hergestellt, der vor der Erhebung der Einrede bestand (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.1956, III ZR 121/55, juris Rn. 13). 90

2. Klageantrag zu 2): Feststellung des Annahmeverzuges 91

Es kann auch festgestellt werden, dass sich die Beklagte mit der Annahme des streitgegenständlichen B #0 in Verzug befindet. Die Voraussetzungen der §§ 293, 295, 298 BGB liegen jedenfalls in der Berufungsinstanz vor. 92

a) Zwar hat die Klägerin der Beklagten das Fahrzeug zunächst nicht in Annahmeverzug begründender Weise angeboten, da sie sich zunächst keine Nutzungsentschädigung anrechnen lassen wollte und mit dem Klageantrag zu 1) Deliktzinsen beansprucht hat, die ihr nicht zustehen (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 85). 93

b) Allerdings begründet das prozessuale Vorgehen der Parteien in der Berufungsinstanz den Annahmeverzug der Beklagten. Mit dem in dem Schriftsatz vom 09.10.2020 neu gefassten Klageantrag zu 1) bietet die Klägerin die Leistung nunmehr zu den richtigen Bedingungen an, nämlich ohne Deliktzinsen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs und unter Anrechnung eines Nutzungsersatzes, den die Klägerin ausgehend von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 300.000 km berechnet wissen will. Dieses wörtliche Angebot der Klägerin, das sie am Ende des Schriftsatzes ausdrücklich formuliert, genügt nach §§ 295 Satz 1, 298 BGB, denn die Beklagte erklärt unverändert, nicht annahmebereit zu sein, indem sie beantragt, die Klage abzuweisen und die Anschlussberufung zurückzuweisen. 94

III. 95

1. Prozessuale Nebenentscheidungen 96

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 91a ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 Satz 1, 711 ZPO. 97

2. Zulassung der Revision 98

Der Senat lässt die Revision gegen das Urteil zu (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), da der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist (§ ZPO § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und es darüber hinaus auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung einer höchstrichterlichen Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf (§543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Die höchstrichterlich noch nicht entschiedene Rechtsfrage einer deliktischen Haftung der Beklagten wegen einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung hat im Hinblick auf die hohe Anzahl der bundesweit gegen die Beklagte anhängigen Schadensersatzklagen grundsätzliche Bedeutung, welche in der Rechtsprechung zudem unterschiedlich beurteilt 99

wird.

3. Streitwert

100

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 22.600,00 EUR (Wert der Berufung: 10.387,95 EUR; Wert der Anschlussberufung: 12.212,05 EUR) festgesetzt. Soweit die Klägerin mit dem Schriftsatz vom 09.10.2020 geänderte Anträge angekündigt hat, wurde dieser Schriftsatz der Gegenseite erst im Termin vom 12.10.2020 zugestellt, so dass sämtliche Gebühren nach dem höheren Wert der Anschlussberufung vom 14.03.2020 angefallen sind. Für eine Reduzierung des Streitwertes besteht daher kein Anlass.

101