
Datum: 23.11.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 43/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:1123.8U43.20.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 2 O 117/19
Schlagworte: Diesel-Abgasskandal, unzulässige Abschaltvorrichtung, Sittenwidrigkeit; Sachmangel, Fristsetzung zur Nacherfüllung
Normen: BGB §§ 323 Abs. 5 S. 2, 434, 437 Nr. 2, 439, 826

Leitsätze:

1.

Das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs, dessen Motor mit einer unzulässigen Motorsteuerungssoftware ausgestattet ist, die im realen Fahrbetrieb die zur Einhaltung der Stickoxid-Grenzwerte erforderliche Aufheizstrategie abschaltet, kann ein sittenwidriges Verhalten i.S.d. § 826 BGB sein.

2.

Die Sittenwidrigkeit entfällt nicht dadurch, dass die Herstellerin des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch einen Gebrauchtwagenkäufer das Kraftfahrt-Bundesamt sowie eigene Vertragshändler informiert hat, ohne sich allerdings an die Öffentlichkeit zu wenden (Abgrenzung zum Fall des Bundesgerichtshofs, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20).

3.

Gegenüber dem Fahrzeughändler besteht in dem Fall ein Recht zum Rücktritt nach Sachmängelgewährleistungsrecht. Die

Möglichkeit, ein zwischenzeitlich entwickeltes Software-Update aufspielen zu lassen, steht einem erheblichen Mangel nicht entgegen. Einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bedarf es nicht, wenn der Händler arglistig gehandelt hat, was dann anzunehmen ist, wenn er entweder von der unzulässigen Abschalteneinrichtung positive Kenntnis hatte oder ungeprüft falsche Angaben dazu ins Blaue hinein gemacht hat.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 31.01.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Detmold teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 12.102,09 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.07.2019 – sowie die Beklagte zu 2) allein weitere Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz vom 23.04.2019 bis zum 16.07.2019 - zu zahlen und den Kläger von weiteren Zahlungspflichten aus dem Darlehen an die B Bank - Zweigniederlassung der X Bank GmbH - mit der Vertragsnummer 0000000001 in Höhe von 24.176,12 € freizustellen, Zug um Zug gegen Abtretung des Anwartschaftsrechts des Klägers auf Übereignung sowie gegen Übergabe des Fahrzeugs der Marke B ##0 # mit der Fahrzeugidentifikationsnummer #####0#0##000001 gegen die B Bank - Zweigniederlassung der X Bank GmbH - aus dem Darlehen mit der Vertragsnummer 0000000001.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten im Annahmeverzug mit der Annahme des Anwartschaftsrechts des Klägers auf Übereignung und mit der Übergabe des Fahrzeugs der Marke B ##0 # mit der Fahrzeugidentifikationsnummer #####0#0##000001 gegen die B Bank - Zweigniederlassung der X Bank GmbH - aus dem Darlehen mit der Vertragsnummer 0000000001 befinden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen als Gesamtschuldner die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu

Gründe:

1

I.

2

Die Parteien streiten über Schadensersatz- und Mangelgewährleistungsansprüche aufgrund eines Kaufvertrags über einen gebrauchten Pkw B ##0 #, der – vermeintlich – vom sogenannten Abgas-Skandal betroffen ist. Der Kläger verfolgt seine vom Landgericht abgewiesenen Klageanträge im Berufungsverfahren weiter.

3

Der Kläger erwarb am 07.11.2018 von der Beklagten zu 2) den von der Beklagten zu 1) hergestellten Pkw der Marke B ##0 #, 3.0 l TDI, Euro 6, Fahrzeug-Identifizierungsnummer: #####0#0##000001, Erstzulassung: 09.10.2015, als Gebrauchtfahrzeug zu einem Kaufpreis in Höhe von 39.890,00 € brutto mit einem Kilometerstand von 41.746 km, der ihm am 23.11.2018 übergeben wurde. Wegen der weiteren Einzelheiten des Kaufs wird auf die verbindliche Bestellung vom 07.11.2018 (Anlage K1) und die Rechnung vom 08.11.2018 (Anlage K2) verwiesen. Zur Finanzierung des Fahrzeugkaufs nahm der Kläger neben der anteiligen Kaufpreiszahlung von 12.000,00 € bei der B Bank, Zweigniederlassung der X Bank GmbH, zur Vertragsnummer 0000000001 ein Darlehen über 27.890,00 € netto bzw. 30.176,12 € brutto auf. Danach ist der Kläger zum Ausgleich von Zinsen und Tilgung verpflichtet. Seit dem 01.12.2018 sind 48 Raten in Höhe von monatlich 250,00 € zu zahlen sowie eine Schlussrate in Höhe von 18.176,12 € zu entrichten. Der Zinsaufwand für das Darlehen beläuft sich in Summe auf 2.286,12 €. Bis zur Klageeinreichung geleistete sieben Raten (Dezember 2018 bis Juni 2019) beliefen sich auf eine Summe von 1.750,00 € (7 x 250,00 €). Bis zum Eingang der Berufungsbegründung wurden insgesamt 4.000,00 € (16 Raten à 250,00 €) gezahlt. Zum Zeitpunkt der Verhandlung vor dem Senat vom 23.11.2020 sind insgesamt 24 Raten à 250,00 €, also 6.000,00 € auf das Darlehen gezahlt worden.

4

Das Fahrzeug verfügt – was zwischen den Parteien erstinstanzlich in Streit gestanden hat – über einen Motor der Baureihe EA 897 oder EA 896 Gen. 2 und mehrere Technologien zur Reduktion des Stickoxidausstoßes, insbesondere eine sog. Aufheizstrategie. Die Beklagte zu 1) ist die Herstellerin des Fahrzeugs und des darin verbauten Dieselmotors. Laut Fahrzeugschein, Zulassungsbescheinigung und Übereinstimmungsbescheinigung lag für das streitgegenständliche Fahrzeug eine EG-Typengenehmigung vor, wonach es die Abgasnorm Euro 6 (NOx-Ausstoß von höchstens 80 mg/km) erfüllte (Anlagen K4 bis K6). Entsprechend von der Beklagten zu 2) dem Kläger ausgestellter Fahrzeug-Empfangsbescheinigung vom 23.11.2018 sollte das Fahrzeug keine technischen oder sonstigen Mängel aufweisen (Anlage K7). Laut der vom Kläger unter Angabe der Fahrzeug-Identifizierungsnummer seines Fahrzeugs auf einer von der Beklagten zu 1) angebotenen Homepage durchgeführten Online-Abfrage ist das Fahrzeug von zwei „Feldmaßnahmen zur A-Diesel Emissionsminderung“ betroffen (Anlage K8). Nach einem Untersuchungsbericht für das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) von April 2016 soll die Aufheizstrategie bei Fahrzeugen der Marke Q, die den gleichen von der Beklagten hergestellten 3.0 l V6-Dieselmotor nutzen, dazu führen, dass die Abgasmessungen im Realbetrieb des Fahrzeugs durchweg oberhalb des 6-fachen des o. g. Grenzwertes im NEFZ-Prüfstandbetrieb liegen (Anlage K 9).

5

Am 23.01.2018 veröffentlichte das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) eine Anordnung vom 08.12.2017 betr. für unzulässig gehaltener Abschaltvorrichtungen der Motoren u. a. des Typs

6

B ##0 3.0 I Diesel Euro 6 wegen unzulässiger Abschaltstrategien, u. a. der Aufheizstrategie, die zum Schutz der Motoren (insbesondere vor Versottung) nicht erforderlich seien. Das KBA erteilte der Beklagten zu 1) - unter dem Hinweis, dass es im Falle der Nichtbefolgung der Anordnungen dazu berechtigt sei, die betroffene Typengenehmigung ganz oder teilweise zu widerrufen oder zurückzunehmen - nachträgliche Nebenbestimmungen für die erteilten Typengenehmigungen zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit aller produzierten Fahrzeuge im Rahmen einer Rückrufaktion (Bl. 224 ff. d. A).

Mit Schreiben von Januar 2019, zugegangen am 06.02.2019, teilte die Beklagte zu 1) dem Kläger mit, dass aufgrund eines angeordneten Rückrufs für verschiedene B-Fahrzeuge ein Software-Update am Motorsteuergerät des Fahrzeugs des Klägers vorgenommen werden müsse. Hintergrund sei, dass Unregelmäßigkeiten in der Motorsteuerungssoftware dieser Fahrzeuge im Hinblick auf die Funktionsweise des Emissionsminderungssystems festgestellt worden seien. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe daraufhin die Entfernung dieser Unregelmäßigkeiten angeordnet. Die Beklagte zu 1) werde die Umrüstung durch ein Software-Update im Rahmen eines Rückrufes umsetzen. Wegen der Einzelheiten des Schreibens wird auf die Anlage K10 verwiesen. Der Kläger sah von dem Aufspielen lassen des Motorsoftware-Updates ab.

Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 08.04.2019 (Anlage K13) forderte der Kläger die Beklagte zu 1) zur Erstattung bislang erbrachter Leistungen von 13.250,00 € (Anzahlung in Höhe 12.000,00 € sowie fünf Darlehensraten à 250,00 €) abzüglich eines Nutzungsersatzes von 422,00 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs nebst Zubehör auf. Zugleich verlangte der Kläger Freistellung von allen zukünftigen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag und setzte der Beklagten zu 1) unter Angebot der Rückgabe des Fahrzeugs erfolglos eine Frist zur Anzeige der Regulierungsbereitschaft bis zum 18.04.2019. Der Bevollmächtigte stellte dem Kläger für seine Tätigkeit 1.965,88 € in Rechnung (Anlage K 14), von denen die P Rechtsschutzversicherungs-AG einen Teilbetrag von 1.556,94 € übernahm und den Kläger ermächtigte, diesen gerichtlich geltend zu machen.

Ebenfalls mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 08.04.2019 (Anlage K16) erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten zu 2) den Rücktritt von dem Kaufvertrag und forderte diese zur Erklärung ihrer Regulierungsbereitschaft bzgl. der gleichen Rechtsfolgen bis zum 18.04.2019 auf. Dieses Schreiben wie auch die Korrektur der Rücktrittserklärung vom 18.04.2019 (Anlage K17) wies die Beklagte zu 2) durch Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 23.04.2019 (Anlage K 18) als unbegründet zurück.

In dem **vorliegenden Rechtsstreit**, anhängig seit dem 26.06.2019 und rechtshängig gegen die Beklagte zu 1) seit dem 16.07.2019 und gegen die Beklagte zu 2) seit dem 13.07.2019, hat der **Kläger** von den Beklagten als Gesamtschuldner die Zahlung anteiligen Schadensersatzes und anteilige Freistellung von den weiteren Kosten der Finanzierung Zug um Zug gegen Abtretung des Anwartschaftsrechts an dem Fahrzeug sowie Feststellung des Annahmeverzuges und Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten verlangt. Er hat behauptet, in der Programmierung der Steuerungssoftware des Motors EA 897, der in seinem Pkw eingebaut sei, seien unzulässige „Abschalteinrichtungen“ vorhanden. Diese Abschalteinrichtungen seien nicht notwendig, um den Motor vor Beschädigung zu schützen. Sie bewirkten, dass die für den Fahrzeugtyp geltenden gesetzlichen Grenzwerte für den Ausstoß von Luftschadstoffen ausschließlich unter den vorgeschriebenen Testbedingungen des Prüfverfahrens eingehalten würden; im praktischen Fahrbetrieb würden die Grenzwerte um ein Vielfaches überschritten. Durch das Inverkehrbringen des Motors samt Abschalteinrichtungen sei er – der Kläger – von der Beklagten zu 1) vorsätzlich sittenwidrig

geschädigt worden. Diese habe vom Einbau der Abschaltvorrichtungen in das streitgegenständliche Fahrzeug gewusst, ihr Vorstand sei in die entsprechenden Vorgänge eingeweiht gewesen. Der Einbau könne nicht am Vorstand vorbei geschehen sein. Er – der Kläger - hätte den Pkw nicht gekauft, wenn er von den Abschaltvorrichtungen Kenntnis gehabt hätte. Auf das angebotene Motorsteuerungssoftware-Update müsse er sich nicht einlassen, weil er nicht vorhersehbare anderweitige Mängel durch dessen Einbau und einen merkantilen Minderwert befürchte. Im Verhältnis zu der Beklagten zu 2) stelle die Verwendung der illegalen Abgassoftware einen Sachmangel des gekauften Pkw dar. Eine Nachbesserung des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch Aufspielen eines Software-Updates sei physikalisch nicht möglich, führe im Übrigen zu einem schnelleren Verschleiß an den Partikelfiltern und habe von ihm – dem Kläger – daher nicht akzeptiert werden müssen. Der Kläger hat gemeint, gegen die Beklagte zu 2), der gegenüber er hilfsweise die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erklärt hat, einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages zu haben.

Der **Kläger** hat beantragt, 11

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn - den Kläger - 13.135,28 € 12
(Hauptsumme) nebst Zinsen in Höhe von 4 % aus der Summe von 39.890,00 € seit dem 08.11.2018 (Zinssumme) und nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus Haupt- und Zinssumme seit Rechtshängigkeit zu zahlen und von weiteren Zahlungspflichten aus dem Darlehen an die B Bank – Zweigniederlassung der X Bank GmbH - mit der Vertragsnummer 0000000001 in Höhe von 26.126,67 € freizustellen Zug um Zug gegen Abtretung seines – des Klägers - Anwartschaftsrechts bzw. Anspruchs auf Übereignung des Fahrzeugs der Marke B ##0 # mit der Fahrgestellnummer #####0#0##000001 gegen die B Bank Zweigniederlassung der X Bank GmbH aus dem Darlehen mit der Vertragsnummer 0000000001;

2. festzustellen, dass sich die Beklagten im Annahmeverzug mit der Annahme des 13
Anwartschaftsrechts bzw. seines - des Klägers - abgetretenen Anspruchs auf Übereignung des Fahrzeugs der Marke B ##0 # mit der Fahrgestellnummer #####0#0##000001 aus dem Darlehensvertrag gegen die B Bank - Zweigniederlassung der X Bank GmbH - mit der Vertragsnummer 0000000001 befinden;

3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an seine – des Klägers - 14
Rechtsschutzversicherung, P Rechtsschutzversicherungs- AG, zur Schaden-Nr. 0000000002 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.556,94 € zu zahlen;

4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihn - den Kläger - von der Zahlung 15
vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 408,94 € gegenüber seinen Prozessbevollmächtigten freizustellen.

Die **Beklagten** haben beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Die **Beklagten** haben die Ansicht vertreten, dass die in dem Fahrzeug verwendete Software 18
keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung von Seiten der Beklagten zu 1) begründe und im Verhältnis zur Beklagten zu 2) keinen Sachmangel darstelle. Sie behaupten, in dem Fahrzeug sei ein Motor des Typs EA896 Gen. 2 verbaut. Das Fahrzeug sei nicht von einem Widerruf der Typengenehmigung bzw. einem Zulassungsverbot bedroht. Es sei eine Nachbesserung durch Aufspielen des vom Kraftfahrtbundesamt gebilligten Updates möglich.

Zudem habe der Kläger beim Erwerb des Fahrzeugs Kenntnis davon gehabt, dass das Fahrzeug vom Kraftfahrt-Bundesamt einer technischen Überarbeitung unterzogen werde. Dies sei im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits seit knapp 10 Monaten bekannt gewesen. Darüber hinaus sei die „Diesel-Thematik“ allgemein bereits seit mehreren Jahren öffentlich bekannt. Schließlich stehe dem Kläger bei dem finanzierten Fahrzeug ein den Schaden ausschließendes verbrieftes Rückgaberecht zu.

Das **Landgericht** hat die **Klage mit Urteil vom 31.01.2020 abgewiesen**. Zur **Begründung** hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klage zulässig, jedoch bzgl. beider Beklagten unbegründet sei. Dem Kläger stehe kein Schadensersatzanspruch bzw. Rückabwicklungsanspruch zu. Gegen die Beklagte zu 1) schieden vertragliche Ansprüche aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 u. 3 BGB mangels Inanspruchnahme besonderen Vertrauens bei den Vertragsverhandlungen und mangels Anwendbarkeit der Grundsätze über die Prospekthaftung aus. Der Kläger habe auch keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1) wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus den §§ 826, 31 BGB. Allein das Inverkehrbringen eines ggf. mangelhaften Motors begründe kein sittenwidriges Handeln, ebenso wenig das Verschweigen des Vorliegens einer manipulierten Softwareprogrammierung des Motors. Der Kläger habe nicht hinreichend dargetan, dass das Vorhandensein irgendeiner nicht mit den geltenden Rechtsvorschriften zu vereinbarenden Abschaltsoftware vom Vorsatz der Beklagten zu 1) erfasst gewesen sei. Es bedürfe neben der Darlegung der Kenntnis der Organe des Herstellers zugleich auch der Darlegung des bestehenden Bewusstseins ihrer möglichen Unzulässigkeit verbunden mit einer billigen Inkaufnahme. Indizien hierfür seien nicht ansatzweise dargetan worden. Ein etwaiger Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 über die Typengenehmigung könne dahinstehen, weil der geltend gemachte Vermögensschaden nicht in deren Schutzbereich falle. Mangels eines deliktischen Haftungstatbestandes komme auch ein Schadensersatzanspruch aus § 831 BGB nicht in Betracht. Auch Ansprüche gegenüber der Beklagten zu 2) bestünden nicht. Ein Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises gegen die Beklagte zu 2) ergebe sich nicht aus §§ 437 Nr. 2, 346, 323 Abs. 1, 1. Alt., 348 BGB, da der Rücktritt nach §§ 438 Abs. 4, 218 Abs. 1 BGB unwirksam sei. Unabhängig vom Vorliegen eines Sachmangels des Pkw scheiterten Gewährleistungsansprüche daran, dass der Beklagten zu 2) unstreitig keine Gelegenheit zu einer eventuellen Nachbesserung gegeben worden sei. Dass eine Nachbesserung durch das Software-Update unmöglich oder für ihn unzumutbar sei, habe der Kläger nicht dargetan. Sofern der Motor tatsächlich Manipulationen am Abgassystem aufweisen sollte, sei nicht zu erkennen, warum nicht technische Behelfe zur Verfügung stehen sollten. Das Vorliegen eines Rechtsmangels oder eine Nichtigkeit des Kaufvertrages lasse sich nicht feststellen. Insbesondere habe der Kläger nicht nachgewiesen, dass die Übereinstimmungsbescheinigung i.S.d. § 27 Abs. 1 EG-FGV ungültig sei. Dem Kläger stehe auch kein Anspruch gegen die Beklagte zu 2) aus § 812 Abs. 1 S. 1, Alt. 1 BGB zu, da die Leistung der Zahlung des Kaufpreises nicht ohne Rechtsgrund erfolgt sei. Der Kaufvertrag sei nämlich nicht durch Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen. Ein Anfechtungsgrund bestehe weder aufgrund eines Irrtums des Klägers über den Schadstoffausstoß des Kraftfahrzeugs noch wegen einer arglistigen Täuschung der Beklagten zu 1), die der Beklagten zu 2) gem. § 123 Abs. 1 u. 2 BGB zuzurechnen wäre.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung des Klägers**, mit der er seine erstinstanzlichen Klageanträge – teilweise modifiziert im Hinblick auf die während des Verfahrens weiter geleisteten Darlehensraten - weiterverfolgt. Zur Begründung macht der Kläger im Wesentlichen Folgendes geltend:

- ? Es sei zugrunde zu legen, dass die Beklagte zu 1) vorsätzlich eine unzulässige Abschalteinrichtung in das streitgegenständliche Fahrzeug verbaut habe und damit sittenwidrig gehandelt habe. Die Einschätzung des KBA sei für das Zivilgericht verbindlich. Ebenso stufe die Rechtsprechung die temperaturabhängige Abgasregulierung als unzulässig ein. 21
- ? Eine unzulässige Abschalteinrichtung nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 setze keine gezielte Manipulation des Prüfstands voraus. Ausreichend sei, dass eine an sich unzulässige Abschalteinrichtung im Genehmigungsverfahren nicht offengelegt werde. 22
- ? Diese sei auch nicht nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a) der Verordnung gerechtfertigt. Motorschutzgesichtspunkte griffen nach Auffassung des KBA nicht. 23
- ? Die Beklagte zu 1) habe sittenwidrig gehandelt, indem sie das streitgegenständliche Fahrzeug in Kenntnis ihrer Organe hierüber in den Verkehr gebracht und entgegen den gesetzlichen Verpflichtungen hierüber nicht informiert habe. Dies stelle eine konkludente, bewusste und sittenwidrige Täuschung dar. 24
- ? Er – der Kläger – sei durch die Beklagte zu 1) kausal geschädigt worden. In Kenntnis der unzulässigen Abschalteinrichtung im Fahrzeug hätte er dieses nicht erworben. Er sei durch die ungewollt eingegangene Verbindlichkeit in seinem Vermögen geschädigt; das Update beseitige den Vermögensschaden nicht. 25
- ? Gegenüber der Beklagten zu 2) liege ein wirksamer Rücktritt vom Kaufvertrag vor. Aufgrund des angeordneten Rückrufs und der damit gegebenen Umrüstanordnung sei von einem erheblichen Sachmangel des Fahrzeugs auszugehen. 26
- ? Der Rücktritt vom Kaufvertrag gegenüber der Beklagten zu 2) scheitere nicht an einem unterlassenen Nachbesserungsverlangen, denn dieses sei gem. § 440 S. 1, 3. Fall BGB entbehrlich. 27
- ? In Anbetracht der unterlassenen Aufklärung über den Rückruf bei Verkauf sei die Vertrauensgrundlage für ein Nachbesserungsverlangen gegenüber der Beklagten zu 2) entfallen, sodass ein Rücktritt nach § 440 S. 1, 3. Fall BGB ohne Fristsetzung möglich gewesen sei. 28
- ? Weiterhin werde mit dem Update kein vertragsgemäßer Zustand herbeigeführt, sodass dieses nicht geeignet sei, den Mangel zu beheben. 29
- ? Zwischen ihm – dem Kläger – und der Beklagten zu 2) sei aufgrund der Erklärung des Rücktritts ein Rückabwicklungsschuldverhältnis zustande gekommen. Das Rücktrittsrecht sei nicht nach § 438 BGB verjährt, da das streitgegenständliche Fahrzeug am 23.11.2018 übergeben worden und der Rücktritt innerhalb Jahresfrist erklärt worden sei. 30
- ? Unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen (Kaufpreisanzahlung und Darlehensraten) ergebe sich abzüglich Nutzungsersatzes von 5.760,29 € nunmehr ein zu ersetzender Zahlbetrag von 12.239,71 € und ein Frestellungsbetrag von 24.176,12 €. 31
- ? Der Zinsanspruch von 4 % ab dem Kauf des Pkw ergebe sich aus § 849 BGB bzw. § 347 BGB. 32

? Da die Beklagten die Annahme des Fahrzeugs bereits dem Grunde nach abgelehnt hätten, befänden sie sich im Annahmeverzug.

Der **Kläger** beantragt, 34

das angefochtene Urteil abzuändern und 35

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn - den Kläger – 12.239,71 € 36
(Hauptsumme) nebst Zinsen in Höhe von 4 % aus der Summe von 39.890,00 € seit dem 08.11.2018 (Zinssumme) und nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus Haupt- und Zinssumme seit Rechtshängigkeit zu zahlen und ihn von weiteren Zahlungspflichten aus dem Darlehen an die B Bank - Zweigniederlassung der X Bank GmbH - mit der Vertragsnummer 0000000001 in Höhe von 24.176,12 € freizustellen Zug um Zug gegen Abtretung seines – des Klägers - Anwartschaftsrechts sowie Übergabe des Fahrzeugs der Marke B ##0 # mit der Fahrzeugidentifikationsnummer #####0#0##000001 gegen die B Bank - Zweigniederlassung der X Bank GmbH - aus dem Darlehen mit der Vertragsnummer 0000000001;

2. festzustellen, dass sich die Beklagten im Annahmeverzug mit der Annahme seines - des 37
Klägers – Anwartschaftsrechts auf Übereignung sowie der Übergabe des Fahrzeugs der Marke B ##0 # mit der Fahrzeugidentifikationsnummer #####0#0##000001 gegen die B Bank - Zweigniederlassung der X Bank GmbH - aus dem Darlehen mit der Vertragsnummer 0000000001 befinden;

3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an seine – des Klägers - 38
Rechtsschutzversicherung, die P Rechtsschutzversicherungs- AG zur Schadennummer 0000000002 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten von 1.556,94 € zu zahlen,

4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihn - den Kläger - von der Zahlung 39
vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten von 408,94 € gegenüber der B1 Rechtsanwälte GbR freizustellen.

Die **Beklagten** beantragen, 40

die Berufung zurückzuweisen. 41

Die **Beklagten** verteidigen das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen 42
Vortrags gegen die Berufungsangriffe des Klägers. Insoweit wird insbesondere Bezug genommen auf die Berufungserwiderungen der Beklagten zu 1) vom 30.10.2020 und der Beklagten zu 2) vom 14.10.2020 sowie den weiteren Schriftsatz vom 18.11.2020 nebst Anlagen BE-1 1 bis BE 1-14.

Im **Verhandlungstermin vor dem Senat vom 23.11.2020** haben die Parteien nach Vorlage 43
eines Fotos durch den Kläger einen Kilometerstand des betroffenen Pkw am Tage der Verhandlung von **79.930 km** unstreitig gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der 44
gewechselten Schriftsätze und der zu den Gerichtsakten gereichten Unterlagen verwiesen.

II. 45

Die Berufung des Klägers ist zulässig und ganz weitgehend begründet. 46

47

A. Zulässigkeit der Berufung:

- I. 48
- Die Berufung des Klägers ist gemäß § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO gegen das in erster Instanz ergangene Endurteil des Landgerichts, das ihn mit mehr als 600,- € beschwert, statthaft. Sie ist auch fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 517 ZPO schriftlich beim Oberlandesgericht eingelegt worden (§ 519 Abs. 1 ZPO) und innerhalb der Begründungsfrist des § 520 Abs. 2 S. 1 ZPO vor dem Senat begründet worden. 49
- II. 50
- Die Klageänderung im Berufungsverfahren bzgl. des geänderten Anspruchs auf Schadensersatzzahlung und reduzierten Anspruchs auf Freistellung ist zulässig. Eine derartige Antragsumstellung wird gem. § 264 Nr. 3 ZPO schon nicht als Klageänderung behandelt (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 264 Rn. 5). 51

B. Begründetheit der Berufung: 52

Die Berufung des Klägers ist weit überwiegend begründet, weil das Landgericht die Klage in der Hauptsache und bzgl. der Nebenforderungen weitgehend zu Unrecht abgewiesen hat. 53

I. Zulässigkeit der Klage: 54

1. Das Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO für den Klageantrag zu 2) auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten bzgl. der Abtretung des Anwartschaftsrechts auf Übereignung und der Übergabe des Pkw folgt aus der hierdurch gem. den §§ 756, 765 ZPO bewirkten Vollstreckungserleichterung. 55
2. Anderweitige Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen nicht, die vom Landgericht angenommene örtliche und sachliche Zuständigkeit unterliegt gem. § 513 Abs. 2 ZPO nicht der Überprüfung durch den Senat. 56

II. Begründetheit der Klage: 57

Der Klage ist in der Hauptsache entgegen den - vor der Verkündung des Grundsatz-Urteils des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, juris) - ergangenen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil sowohl gegen die Beklagte zu 1) als auch gegen die Beklagte zu 2) weitgehend stattzugeben. 58

1. Hauptsacheanspruch aus den §§ 826, 31, 249, 251, 257 BGB gegen die Beklagte zu 1): 59

Der Hauptsacheanspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1) folgt aus den §§ 826, 31, 249, 251, 257 BGB. Die Beklagte zu 1) hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen ersatzfähigen Schaden zugefügt, der zu dem tenorierten Zug um Zug abzuwickelnden Schadensersatzanspruch führt. Für die deliktische Haftung der Beklagten zu 1) als diejenige, die den streitgegenständlichen Motor für den B ##0 # 3.0 I TDI hergestellt und in Verkehr gebracht hat, ist es rechtlich unerheblich, dass die Beklagte zu 1) nicht Vertragspartnerin des Klägers gewesen ist und von dem konkreten Vertragsschluss auch nichts mitbekommen hat. 60

a) Konkludente Täuschung über unzulässige Abschalt Einrichtung 61

Die Beklagte zu 1) hat die zuständige Genehmigungsbehörde durch das Herstellen und Inverkehrbringen des Motors mit einer manipulierten Motorsteuerungssoftware konkludent getäuscht. Mit dem Antrag auf Erteilung einer Typengenehmigung für ein Fahrzeug nebst Motor gibt ein Hersteller gegenüber der Genehmigungsbehörde die Erklärung ab, dass der Einsatz dieses Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist, d. h. insbesondere, dass das Fahrzeug eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis erhalten darf, 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 werden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typengenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen Kraftfahrt-Bundesamtes erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für den Erhalt und die Fortdauer der EG-Typengenehmigung einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Trifft dies nicht zu, steht es wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung des Pkw-Käufers gleich (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020; VI ZR 252/19, Rn. 25; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris, Rn. 45).

62

Entgegen dem Vortrag der Beklagten zu 1) lag eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor. Zwar greift nicht unmittelbar die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) betreffend das X-Dieselaggregat EA 189. Jedoch gibt es auch vorliegend einen bestandskräftigen Bescheid des KBA vom 08.12.2017 (so S. 3 des Tatbestands des angefochtenen Urteils, bzgl. dessen keine Seite Berichtigung beantragt hat), veröffentlicht am 23.01.2018 (S. 2 der Berufungserwiderung der Beklagten zu 1, Bl. 370 Rs. d. A.), der Anordnungen betr. für unzulässig gehaltener Abschaltvorrichtungen der Motoren des Typs B ##0 3.0 l Diesel Euro 6 u. a. wegen der Aufheizstrategie (Strategie A) enthält, die zum Schutz der Motoren (insbesondere vor Versottung) nicht erforderlich sei. Das KBA hat der Beklagten zu 1) nachträgliche Nebenbestimmungen für die erteilten Typengenehmigungen zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit aller produzierten Fahrzeuge im Rahmen einer Rückrufaktion auferlegt (Bl. 224 ff. d. A): Nach dem Bescheid muss eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Nr. 2.16 i.V.m. Nr. 5.1.2.1 der UN-Regelung Nr. 83 und Art. 3 Nr. 10 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 darstellende Strategie aus dem Emissionskontrollsystem aller betroffenen Fahrzeuge entfernt werden und hatte die Beklagte zu 1) bis zum 29.12.2017 eine technische Maßnahme sowie einen Zeitplan zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit durch Umrüstung aller Fahrzeuge im Rahmen einer Rückrufaktion vorzustellen. Nach dem Inhalt des Bescheids vom 08.12.2017 hatte das KBA festgestellt, dass B im Emissionskontrollsystem des genannten Motortyps eine Strategie verwendet, die nahezu ausschließlich unter den Bedingungen der Prüfung Typ 1 genutzt wird (dreistufige Aufheizstrategie, Engine Heat Up Mode, alternatives Aufheizen), um die Überschreitung des NOx-Grenzwertes von 80 mg/km bei der Prüfung Typ 1 sicher zu vermeiden. Die von der Beklagten zu 1) applizierten Schaltkriterien seien so gewählt, dass die Aufheizstrategie mit Sicherheit im NEFZ nicht abgeschaltet werde. Demgegenüber werde sie schon bei geringsten Abweichungen von den Prüfbedingungen des NEFZ, die im realen Verkehr nutzerunabhängig praktisch immer eintreten, abgeschaltet. Darin liege eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Die von der Beklagten zu 1) vorgebrachten Motorschutzargumente würden als nicht tragfähig erachtet.

63

Der Senat lässt offen, ob aus diesem öffentlich-rechtlichen Bescheid eine für das vorliegende Verfahren rechtlich unmittelbare Bindungswirkung folgt. Jedenfalls ist der Vortrag zu dem Nichtvorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung widersprüchlich und daher nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB unbeachtlich, soweit die Beklagte zu 1) einerseits den Bescheid des KBA unstreitig hat bestandskräftig werden lassen und dessen Auflagen

64

inhaltlich befolgt, andererseits aber dem Anspruch des Klägers entgegenzuhalten versucht, dass gleichwohl keine unzulässige Manipulierung der Motorsoftware vorliege.

Von diesem Bescheid war und ist der Kläger auch konkret selbst betroffen. Mit Schreiben von Januar 2019 hat die Beklagte zu 1) ihm mitgeteilt, dass aufgrund eines angeordneten Rückrufs für verschiedene B-Fahrzeuge ein Software-Update am Motorsteuergerät des Fahrzeugs des Klägers vorgenommen werden müsse. Hintergrund sei, dass Unregelmäßigkeiten in der Motorsteuerungssoftware dieser Fahrzeuge im Hinblick auf die Funktionsweise des Emissionsminderungssystems festgestellt worden seien. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe daraufhin die Entfernung dieser Unregelmäßigkeiten angeordnet. Die Beklagte zu 1) werde die Umrüstung durch ein Software-Update im Rahmen eines Rückrufes umsetzen. 65

Der Kläger hat damit am Maßstab der Rechtsprechung des Senats gemessen mit dem Vortrag zu den dargelegten unstreitigen Bescheiden und Schreiben hinreichend substantiiert und die Beklagte nicht wirksam bestritten, dass die Aufheizstrategie des vorliegend betroffenen Motortyps eine unzulässige Abschalteneinrichtung darstellt. 66

Der in der Berufungsinstanz weiter vertiefte und unter Sachverständigenbeweis gestellte Vortrag der Beklagten zu 1), dass keine unzulässige Abschalteneinrichtung, sondern eine Vorkehrung zum Motorschutz vorliege und das Fahrzeug die Stickoxidgrenzwerte im Rahmen des NEFZ einhalte, gebietet keine Beweisaufnahme. Bereits wegen der verwendeten Abschalteneinrichtung musste jeder Erwerber eines Pkw B ##0 ab dem Inverkehrbringen mit einem Diesellaggregat 3.0 l TDI Euro 6 damit rechnen, dass – wie der Bescheid des KBA und das folgende Anschreiben an den Kläger von Januar 2019 ausdrücklich zeigen - die mit anderweitigen Angaben (zulässige Motorsteuerungssoftware) erreichte Typengenehmigung widerrufen und das Fahrzeug daher stillgelegt würde. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass die o. g. konkludente Täuschung über die uneingeschränkte Betriebszulässigkeit entfielen, wenn ein Gutachten bzgl. des betroffenen Fahrzeugs etwa ergäbe, dass dieses im Normalbetrieb die Abgaswerte einhält. 67

b) Objektive Zurechnung zur beklagten AG analog § 31 BGB 68

Das schädigende Verhalten ist der Beklagten zu 1) auch analog § 31 BGB zuzurechnen, denn es ist entgegen der Auffassung des Landgerichts davon auszugehen, dass die Organe der beklagten AG an der zumindest konkludenten Täuschung des KBA – die einer Täuschung des Klägers gleichsteht – verantwortlich beteiligt waren. Mit der Folge, dass der Vortrag des Klägers gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zu gelten hat, ist die Beklagte zu 1) auch im vorliegenden Fall aus vergleichbaren Gründen wie in der Rechtsprechung des BGH dargelegt (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19) ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen. Die dortigen Grundsätze sind auf die vorliegende Konstellation zu übertragen. Der Kläger hat zu den in der Sphäre der Beklagten zu 1) liegenden Umständen hinreichend konkret vorgetragen. Er hat bereits in der Klageschrift auf S. 7 behauptet und unter Zeugenbeweis gestellt, dass X1 (damaliger Aufsichtsratsvorsitzender der Beklagten zu 1) und T (damaliger Vorstandsvorsitzender der Beklagten zu 1) seinerzeit Kenntnis von der Tatsache gehabt hätten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug des Baujahres 2015 weiterhin – wie auch im Jahr 2018 – mit der Abschalteneinrichtung versehen gewesen sei. Ihnen sei auch bekannt gewesen, dass von der Beklagten zu 1) hergestellte Fahrzeuge im Rahmen des Gebrauchtwagenhandels weiterveräußert worden seien und damit auch spätere Erwerber von den Nachteilen der streitgegenständlichen Manipulation betroffen sein könnten. Die Entwicklung und Inverkehrgabe von Motoren mit der inkriminierten Steuerungssoftware einschließlich deren Wirkungsweise ist in der Tat nach aller Lebenswahrscheinlichkeit nicht 69

auf der unteren Mitarbeiter- oder Ingenieurebene der Beklagten zu 1) gesteuert worden, sondern vom Konzernvorstand bzw. einem oder mehreren für diese technischen Prozesse intern zuständigen Vorstandsmitgliedern. Wie auch betreffend den X-Motor EA 189 gemäß Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) trifft vorliegend die Beklagte zu 1) eine sekundäre Darlegungslast, dass und warum der Vorstand in die Entwicklung nicht involviert gewesen sei. Dieser ist die Beklagte zu 1) mit ihrem Vortrag nicht hinreichend nachgekommen. Sie legt nicht plausibel dar, wie eine derartige Software ohne Wissen des Vorstands entwickelt und verbaut worden sein soll.

c) Sittenwidrigkeit

70

Der Senat ist der Überzeugung, dass die Beklagte zu 1) nicht nur bei der Herstellung und Anmeldung zur Typengenehmigung sowie dem Inverkehrbringen des Motors sittenwidrig gehandelt hat, sondern die Sittenwidrigkeit auch noch zum Zeitpunkt des Kaufs des Pkw durch den Kläger und die Übereignung an ihn fortgewirkt hat.

71

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 07.05.2019, VI ZR 512/17, juris, Rn. 8).

72

bb) Die sittenwidrige Handlung lag grundsätzlich entsprechend der höchstrichterlichen Klärung zum X-Aggregat EA 189 im Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) in der Entwicklung und dem Inverkehrbringen des streitgegenständlichen, mit dem Motor EA 897 oder 896 Gen. 2 ausgestatteten Fahrzeugs des Klägers, das zur Erlangung einer EG-Typgenehmigung mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen war. Wenn aufgrund des Bescheids des KBA vom 08.12.2017 feststeht, dass die Beklagte zu 1) in den vorliegend in Streit stehenden Motor – ob EA 896 oder 897 Gen. 2 spielt ausweislich des insoweit nicht differenzierenden Bescheidinhalts keine Rolle – eine unzulässige Abschalteinrichtung eingebaut hat, gibt es keinen Grund, die Frage der Sittenwidrigkeit im Ansatz anders als bei dem Motor EA 189 zu beurteilen. Die Gründe für die Annahme der Sittenwidrigkeit in dem zitierten Urteil sind grundsätzlich sinngemäß auf den vorliegenden Fall zu übertragen.

73

cc) Anders als die Beklagte zu 1) meint, steht der Sittenwidrigkeit ihres Handelns auch nicht entgegen, dass die Betroffenheit des streitgegenständlichen Motors durch die Abschalteinrichtung grundsätzlich durch die Veröffentlichung des KBA vom 23.01.2018 – also rund 9 ½ Monate vor dem streitgegenständlichen Kauf des betroffenen Pkw durch den Kläger – öffentlich gemacht worden ist.

74

(1) Hinsichtlich des X-Dieselaggregats vom Typ EA 189 hat der Bundesgerichtshof in seiner weiteren Grundsatzentscheidung vom 30.07.2020 die Auffassung vertreten, dass nach dem Bekanntwerden des Abgasskandals, speziell der Ad-hoc-Mitteilung und der Presseerklärung vom 22. September 2015, Käufer nicht mehr damit hätten rechnen können, dass die Abgastechnik den Vorgaben entspreche. Eine Täuschung und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung von Käufern sei ab diesem Zeitpunkt nicht mehr feststellbar (BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az. VI ZR 5/20, Rn. 30 ff.). Da für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig in einer Gesamtschau (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 16) dessen Gesamtcharakter zu ermitteln sei, sei das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen. Dies werde

75

insbesondere dann bedeutsam, wenn die erste potenziell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfielen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert habe. Die X AG habe am 22. September 2015 eine Ad-hoc-Mitteilung und eine gleichlautende Pressemitteilung herausgegeben, in der sie "Unregelmäßigkeiten" in Bezug auf die verwendete Software bei Dieselmotoren vom Typ EA 189 eingeräumt und von einer "auffälligen Abweichung" zwischen Prüfstandwerten und realem Fahrbetrieb sowie davon gesprochen habe, an der Beseitigung dieser Abweichungen mit technischen Maßnahmen zu arbeiten und hierzu im Kontakt mit den zuständigen Behörden und dem KBA zu stehen. Über die Verwendung der Abschaltvorrichtung sei ab September 2015 in Presse, Funk und Fernsehen umfangreich und wiederholt berichtet und in der breiten Öffentlichkeit diskutiert worden, ebenso über die Einrichtung des Links zur Suchmaschine auf der Website der X AG, die Maßnahmen des KBA und die Bereitstellung des Software-Updates. Dieses Vorgehen sei geeignet gewesen, die Arglosigkeit potentieller Käufer zu beseitigen. Die X AG habe ihre strategische unternehmerische Entscheidung, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse das KBA und letztlich die Fahrzeugkäufer zu täuschen, ersetzt durch die Strategie, an die Öffentlichkeit zu treten, Unregelmäßigkeiten einzuräumen und in Zusammenarbeit mit dem KBA Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes zu erarbeiten, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu bannen. Damit scheide sittenwidriges Verhalten aus (BGH, a.a.O., Rn. 30 ff.).

(2) An diesem Maßstab gemessen ist vorliegend zum Zeitpunkt des Kaufs vom 07.11.2018 noch eine sittenwidrige Täuschung des Klägers durch die Beklagte zu 1) anzunehmen. Das schuldrechtliche Geschäft vom 07.11.2018 und nicht die Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger vom 23.11.2018 ist der maßgebliche Zeitpunkt, denn hierin liegt die Eingehung der ungewollten Verbindlichkeit. Zum 07.11.2018 hatte die Beklagte zu 1) ihr Verhalten bezogen auf Fahrzeuge mit dem streitgegenständlichen Motor nach außen hin noch nicht in einer Weise geändert, die die sittenwidrige Täuschung entfallen lassen könnte. Zwar hat die Beklagte zu 1) seit dem Bescheid vom 08.12.2017 „hinter den Kulissen“ damit begonnen, mit dem KBA Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes zu erarbeiten, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu bannen. Auch hat sie intern ihre Vertragshändler mit einer Handelsinformation und einer TPI-Meldung mit einer vorgeschlagenen Kundenbenachrichtigung (Anlagen BE-14 und BE1-5) darauf hingewiesen, dass die betroffenen Fahrzeuge nur nach vorheriger Aufklärung des Kunden über die Betroffenheit verkauft werden dürften, sofern das Software-Update noch nicht aufgespielt worden sei. Des Weiteren hat die Beklagte zu 1) ihre Händler am 25.01.2018 mit einer Informationsmeldung darüber unterrichtet, dass sie – die B AG – mit dem KBA mit Hochdruck an der Abstimmung von Software-Lösungen arbeite (Anlage BE-1 2). An einem weiteren entscheidenden Merkmal für den vom Bundesgerichtshof bzgl. des X-Aggregats EA 189 angenommene Strategiewechsel fehlt es vorliegend jedoch: Die Beklagte zu 1) selbst ist mit dem Bekanntwerden des Bescheides vom 08.12.2017 gerade nicht an die Öffentlichkeit getreten und so ihre potentiellen Kunden nicht proaktiv über die bei dem streitgegenständlichen Motor entstandene Problematik unterrichtet. Vor dem Pkw-Kauf des Klägers vom 07.11.2018 – und auch vor der Übergabe vom 23.11.2018 – hat die Beklagte zu 1) keinerlei Pressepublikation in den Print- und digitalen Medien veranlasst, um mögliche Käufer neuer oder gebrauchter Fahrzeuge mit Motoren des vorliegend betroffenen Typs selbst aktiv darüber zu informieren, dass diese nach dem – bestandskräftig gewordenen – Bescheid des KBA eine unzulässige Abschaltvorrichtung aufwiesen und zukünftig von einer alle Fahrzeuge betreffenden Rückrufaktion betroffen sein würden.

(a) Vor dem Zeitpunkt des Kaufs vom 07.11.2018 hatte lediglich das KBA mit seiner Veröffentlichung vom 23.01.2018 mitgeteilt, dass B-Fahrzeuge u. a. des Typs ##0 mit 3.0 l

TDI-Motoren von unzulässigen Abschaltvorrichtungen und damit von einer Rückrufaktion betroffen seien. An einer ad-hoc- oder Pressemitteilung der Beklagten zu 1), mit der diese sich an die breite Öffentlichkeit gewandt haben könnte, fehlte es anders als bei der X AG zum EA 189. Jedenfalls ist eine solche nicht vorgetragen. Allein der Umstand, dass das KBA den wesentlichen Inhalt seines Bescheids vom 08.12.2017 an die Beklagte zu 1) am 23.01.2018 öffentlich machte und die Beklagte zu 1) die o. g. internen Maßnahmen veranlasste, lässt die sittenwidrige Täuschung nicht entfallen. Diese internen Maßnahmen der Beklagten zu 1) – die im Jahr 2018 anders als im X-Diesel-Abgasskandal einige Jahre zuvor nicht zu der eine Arglosigkeit von Kunden ausschließenden öffentlichen Wahrnehmung eines „B-Abgasskandals“ geführt haben – hätten für sich genommen die Sittenwidrigkeit des Vorgehens ggf. dann entfallen lassen können, wenn die Beklagte zu 1) einen verlässlichen Kontrollmechanismus installiert hätte, mit dem sie sichergehen durfte, dass ihre Vertragshändler bei Gebrauchtwagenverkäufen verlässlich jeden potentiellen Kunden entsprechend informieren würden. Dies ist jedoch offensichtlich nicht geschehen. Die Beklagte zu 1) hat lediglich pauschal vorgetragen, dass sie davon ausgehe, dass die Beklagte zu 2) dem Kläger ein entsprechendes Informationsschreiben ausgehändigt habe. Auch die Beklagte zu 2) hat sich in der erstinstanzlichen Klageerwiderung wie auch im Berufungsverfahren lediglich darauf berufen, dass der Kläger wegen der knapp 10 Monate vor dem Kauf erfolgten Veröffentlichung des KBA vom 23.01.2018 von der Betroffenheit des am 07.11.2018 erworbenen Fahrzeugs gewusst habe/hätte wissen müssen, ohne konkret darzulegen, dass und wie der Kläger konkret vor dem Entschluss zum Kauf über die Betroffenheit des Fahrzeugs bzw. des Motors informiert worden sei. Der Kläger wiederum hat zu Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 13.12.2019 bekundet, dass bei dem Kauf nicht über die Notwendigkeit des Softwareupdates gesprochen worden sei und er später nach dem Eingang des Schreibens zu dem Softwareupdate den Händler – also die Beklagte zu 2) – danach gefragt habe, dieser aber bestätigt habe, im Zeitpunkt des Kaufs nichts davon gewusst zu haben.

(b) Soweit die Beklagte im Verhandlungstermin gemeint hat, zur Beseitigung des Vorwurfs sittenwidrigen Handelns sei es letztlich unerheblich, ob sie oder das KBA an die Öffentlichkeit getreten sei, kann der Senat dem nicht folgen. Routinemäßige Presseerklärungen des KBA erzeugen nicht annähernd die Wirkung in den Medien wie etwa ein Eingeständnis der Fahrzeugherstellerin. Die Beklagte hat auch keine nennenswerte Resonanz in der Presse als Reaktion auf die Veröffentlichung des KBA dargelegt. 78

d) Schädigungsvorsatz: 79

Entsprechend der objektiven Zurechnung handelte die Beklagte zu 1) auch subjektiv mit Schädigungsvorsatz. Hier scheitern die Einwände aus den gleichen Gründen wie im Rahmen der objektiven Zurechnung nach § 31 BGB analog. 80

In subjektiver Hinsicht muss sich die beklagte AG grundsätzlich das Wissen der für sie handelnden Leitungsorgane zurechnen lassen (z. B. BGH, Urteile vom 26. April 2016, XI ZR 108/15 und XI ZR 167/15, juris). Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob man in dogmatischer Hinsicht mit der sog. „Vertretertheorie“ eine Wissenszurechnung nach § 166 BGB (direkt oder analog) annimmt, nach der „Repräsentantentheorie“ die Wissenszurechnung direkt auf die Funktion als Organ einer juristischen Person stützt, auch auf der subjektiven Seite der Wissenszurechnung auf die Vereinsgrundsätze des § 31 BGB analog abstellt oder schließlich von einer Wissenszurechnung aufgrund innerbetrieblicher Organisationspflichten des Organs ausgeht. Da der Senat mangels hinreichender sekundärer Darlegungen der Beklagten zu 1) davon ausgeht, dass in objektiver Hinsicht ein anweisendes 81

bzw. in Kauf nehmendes Handeln des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten zu 1) und/oder eines/mehrerer verantwortlicher Vorstandsmitgliedes/r für die Planung, Entwicklung und Umsetzung der Aufheizstrategie in den Motoren u. a. des Fahrzeugs des Klägers vorgelegen hat und dieses Handeln auf den Zeitpunkt des Pkw-Erwerbs fortwirkte, ist in subjektiver Hinsicht zumindest von einem der Beklagten zu 1) zuzurechnenden bedingten Vorsatz im Sinne eines billigenden Inkaufnehmens auszugehen.

e) Kausalität/Keine Einschränkung durch den Schutzzweck der Norm

82

Der Schadensersatzanspruch ist auch nicht aufgrund des Schutzzwecks der Norm einzuschränken, sondern die haftungsbegründende Kausalität ist gegeben (vgl. Urteil des BGH vom 25.05.2020, VI ZR 252/19). In tatsächlicher Hinsicht ist nämlich nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass der Kläger den streitgegenständlichen Pkw nicht gekauft hätte, wenn er um die unzulässige Abgassoftware und die davon ausgehende Gefahr der nicht ordnungsgemäßen Betriebserlaubnis gewusst hätte. Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung entsprechend der Grundsatzentscheidung des BGH (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19) davon aus, dass bei lebensnaher Betrachtung kein informierter und wirtschaftlich vernünftig denkender Verbraucher ein Fahrzeug mit einer unzulässigen Software kaufen würde, welche zumindest erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der Betriebserlaubnis begründet. In dem vom BGH entschiedenen Fall ergab sich diese Einschätzung daraus, dass im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar war, ob das Problem behoben werden konnte (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 49, 52). Zwar war das Update der Motorsteuerungssoftware vorliegend zum Zeitpunkt des Kaufs vom 07.11.2018 schon seit einigen Monaten angefordert und in Arbeit, sodass möglicherweise eine Behebung des Problem grundsätzlich absehbar gewesen ist. Gleichwohl kommt es nicht entscheidungserheblich darauf an, aus welchen konkreten Motiven der Kläger den Pkw gekauft hat. Jedenfalls bestand für ihn zum Zeitpunkt des Kaufs noch die ungewollte Gefahr einer Stilllegung des Fahrzeugs. Dies hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 13.12.2019 dahingehend konkretisiert, dass der Kreis ihm erklärt habe, dass mögliche Folge des Nichtaufspielens des Softwareupdates eine Stilllegung des Fahrzeugs sei. Zudem hat der Kläger in seiner ergänzenden Anhörung vor dem Senat glaubhaft mitgeteilt, dass der den Pkw auch dann nicht erworben hätte, wenn er nicht nur über die Betroffenheit des Motors von dem Bescheid des KBA, sondern auch über die beabsichtigte Rückrufaktion und das geplante Software-Update informiert worden wäre, weil dies mit absehbarem Aufwand, Unsicherheit und Ärger verbunden gewesen wäre. Dafür spricht nicht zuletzt auch die E-Mail vom 07.02.2019, mit der der Kläger nach dem für ihn nicht vorhersehbaren Erhalt des Rückrufschreibens von Januar 2019 sehr verärgert und schockiert reagiert hat.

83

f) Vermögensschaden

84

Der Kläger hat am Maßstab der §§ 249 Abs. 1 u. 2, 251 BGB gemessen auch einen ersatzfähigen Schaden mit dem tenorierten Inhalt erlitten.

85

aa) Der Schaden liegt in dem Erwerb eines mit der Steuerungssoftware ausgerüsteten Fahrzeugs (BGH, a.a.O.; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019, I-13 U 149/18, juris, Rn. 49). § 826 BGB erfasst auch reine Vermögensschäden, da er nicht auf die Verletzung bestimmter absoluter Rechtsgüter wie § 823 Abs. 1 BGB abzielt (u. a. Wilhelmi, in: Erman, BGB, 15. Auflage 2017, § 826 BGB, Rn. 1). Unter einem Schaden im Sinne des § 826 BGB ist nicht nur die negative Einwirkung auf die Vermögenslage zu verstehen, sondern die nachteilige Beeinträchtigung jedes rechtlich anerkannten Interesses. Der Schaden kann deshalb auch in der Eingehung einer „ungewollten“ Verbindlichkeit bestehen, selbst wenn

86

dieser einer Forderung auf eine objektiv gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Dies ist der Fall, wenn die Leistung für die Zwecke des Erwerbers nicht brauchbar ist (BGH, Urteil vom 26. September 1997, V ZR 29/96, juris). Es ist für die Annahme eines Schadens nicht erforderlich, dass im Rahmen einer Mehrzahl verfolgter Zwecke keiner der Zwecke erreicht wurde; vielmehr genügt es, dass ein nicht völlig nebensächlicher Zweck nicht erreicht wurde (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.09.2019, 17 U 45/19, juris, Rn. 18 f.). Es kann offenbleiben, ob die betroffenen Fahrzeuge einen geringeren Marktwert oder sonstige unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteile haben. Auch die enttäuschte Erwartung und die Zweckverfehlung sind als Schaden anzusehen.

bb) Ausgehend hiervon liegt ein ersatzfähiger Schaden des Klägers vor. Zwar erfüllt das Fahrzeug seinen primären Zweck, das betriebs- und verkehrstechnisch sichere Fahren. Damit hat es den gewollten Nutzwert im engeren Sinne. Es verfügt aber über eine Einrichtung, bei deren Bekanntwerden die Typengenehmigung für das Fahrzeug nicht erteilt worden wäre. Aufgrund der Einrichtung unterliegt es einer Rückrufaktion der Beklagten zu 1), zu der diese durch den bestandskräftigen Bescheid des KBA verpflichtet worden ist, um die unzulässige Abschalteneinrichtungs-Software zu entfernen. Wie sich konkret aus dem Inhalt des Bescheids des KBA ergibt, drohte für den Fall der Nichtbefolgung der Anordnungen der vollständige oder teilweise Widerruf bzw. die Rücknahme der betroffenen Typengenehmigung gem. § 25 Abs. 3 EG-FGV und damit ohne die Durchführung des Software-Updates eine Betriebsuntersagung. Zweck des Erwerbs war aber die uneingeschränkte Teilnahme am Straßenverkehr, ohne dass durch Maßnahmen eine drohende Betriebsuntersagung abzuwehren gewesen wäre. Der Nutzwert des Pkw ist also für den Kläger von vornherein eingeschränkt gewesen. 87

cc) Der oben dargelegte Schaden ist auch nicht durch die nachträgliche Möglichkeit des Durchführens des Software-Updates wieder entfallen. Die Beklagte zu 1) beruft sich ohne Erfolg darauf, dass das von ihr entwickelte Software-Update die Motorsoftware ohne Folgebeeinträchtigungen so verändere, dass keine unzulässige Abschalteneinrichtung mehr vorliege, und dass der Kläger durch die Weigerung, das Update aufspielen zu lassen, die entscheidende Zweitursache für einen etwaigen Schaden selbst setze. Zum Zeitpunkt des Kaufs des streitgegenständlichen Pkw vom 07.11.2018 war das Software-Update noch in der Entwicklung. Seine Genehmigung erfolgte erst einige Wochen nach dem Kauf. Zur Überzeugung des Senats ist auch in dieser Situation eine ungewollte Verbindlichkeit anzunehmen, da der Erfolg der Bemühungen der Beklagten zu 1) letztlich noch offen war. Zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs bestand das ernsthafte Risiko einer Betriebsuntersagung, und ein sittenwidrig herbeigeführter ungewollter Vertragsschluss wird durch ein späteres Software-Update nicht rückwirkend zu einem gewollten Vertragsschluss (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 58). 88

dd) Der Schaden ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 10.08.2020, I-8 U 117/19) auch nicht entfallen durch die Vereinbarung eines verbrieften Rückgaberechts im Rahmen der Finanzierung des Fahrzeugs. 89

(1) Allein durch die Vereinbarung eines verbrieften Rückgaberechts zu einem von vornherein festgelegten Kaufpreis ist der geltend gemachte Schaden nicht entfallen. Dieser lag darin, dass der Kläger eine ungewollte Verbindlichkeit eingegangen war, weil die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (BGH, a.a.O.). Der darin liegende Nachteil wurde nicht kompensiert durch die Möglichkeit, in einigen Jahren das Fahrzeug – nach Zahlung der bis dahin geschuldeten Darlehensraten – zu einem festen Preis zurückverkaufen zu können. In der Zwischenzeit bestand die Gefahr der Betriebseinschränkung oder -untersagung. Auf die 90

objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung stellt der BGH ausdrücklich nicht ab. Ein rechnerisches Minus ist für die Bejahung des Schadens nicht erforderlich.

(2) Dies bleibt auch dann der Fall, wenn der Kläger zukünftig von der Möglichkeit der Veräußerung an die Beklagte zu 2) als Fahrzeughändlerin Gebrauch machen sollte. Weitere Ausführungen hierzu sind entbehrlich, da es ein künftiges Ereignis betrifft, dessen Eintritt derzeit nicht absehbar ist. 91

(3) Dabei bezieht sich das verbrieft Rückgaberecht nach der konkreten Vereinbarung vom 07.11.2018 (Anl. K 3) tatsächlich auch nur auf die letzte Darlehensrate (Schlussrate), nachdem der Kläger im Darlehensverhältnis sämtliche bereits vorausgehenden Darlehensraten vollständig beglichen haben wird. Diese etwaigen kausal durch die sittenwidrige Handlung der Beklagten zu 1) mitverursachten finanziellen Belastungen würden insofern keineswegs durch den Rückkauf im Verhältnis zum Händler ausgeglichen. 92

ee) Der Höhe nach setzt sich der zu ersetzende Schaden gem. den §§ 249 Abs. 2, 251, 257 BGB zum Teil aus Ersatz in Geld und zum Teil aus dem Anspruch auf Freistellung von den Verbindlichkeiten aus dem zur Teilfinanzierung abgeschlossenen Darlehensvertrag zusammen. Ausgehend von der Anzahlung des Klägers von 12.000,00 € und Ratenzahlungen von monatlich 250,00 € seit dem 01.12.2018 beläuft sich der Ersatzanspruch in Geld – vor Abzug des Nutzungsersatzes (dazu unten g) - zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 23.11.2020 auf 12.000,00 € + 24 x 250,00 € = **18.000,00 €**. 93

Die Freistellungsverpflichtung gegenüber der Finanzierungsbank greift ausgehend von noch weiteren 24 Raten zu je 250,00 € und der Schlussrate von 18.176,12 € i.H.v. **24.176,12 €**. 94

g) Den ersatzfähigen Schaden reduzierender Nutzungsersatz 95

Von dem an sich in der Hauptsache zu erstattenden Geldschadensersatz von 18.000,00 € ist jedoch ein Anspruch der Beklagten zu 1) gegen den Kläger auf Nutzungsersatz unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung entsprechend den §§ 346 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB in Abzug zu bringen. 96

aa) Dem Grunde nach hat der Kläger dies in beiden Instanzen akzeptiert und bei seiner Schadensberechnung berücksichtigt. 97

bb) Der Höhe nach folgt der Senat der linearen Berechnungsweise entsprechend dem Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19). Soweit die Beklagte zu 1) rügt, dass die lineare Berechnung verkenne, dass der Wertverlust eines Pkw zu Beginn direkt nach dem Kauf überproportional hoch sei, mag dies im Ansatz zutreffen. Unabhängig davon, dass dieser Gesichtspunkt beim Gebrauchtwagenkauf weniger als beim Kauf eines Neufahrzeugs durchgreift, folgt der Senat aus Zweckmäßigkeitsgründen der vom BGH im Rahmen einer Schätzung gem. § 287 ZPO gebilligten linearen Betrachtung, ebenso der Schätzung der zu erwartenden Gesamtleistung auf 300.000 km. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass die tatsächliche Nutzungsdauer moderner Dieselfahrzeuge bzw. zu erwartende Gesamtleistung eines solchen Pkw im für die Prognose maßgeblichen Durchschnitt bei 300.000 km liegen mag. Auch der Kläger legt diesen Wert seinen Berechnungen zugrunde. Entgegen dem von dem Klägervertreter im Zuge der Neuberechnung der Antragsbeträge im Senatstermin genannten aktuellen Kilometerstand von 79.039 km ist aufgrund des vom Kläger vorgelegten Fotos unstreitig geworden, dass dieser richtig 79.930 km beträgt. Nach der üblichen linearen Berechnungsformel ergibt dies folgenden Nutzungsersatz: 98

(79.930 km – 41.746 km) x 39.890,00 € = 5.897,91 €	99
(300.000 km – 41.746 km)	100
Schadensersatz in Geld also: 18.000,00 € - 5.897,91 € = 12.102,09 €.	101
h) Zug-um-Zug-Verurteilung:	102
Gem. §§ 273 Abs. 1, 274 BGB hat der Kläger seinen Antrag gegen die Beklagte zu 1) schließlich zu Recht unter die im Senatstermin vom 23.11.2020 präzisierte Zug-um-Zug-Einschränkung der Abtretung des Anwartschaftsrechts auf Übereignung des Pkw sowie dessen Übergabe gestellt.	103
2. Konkurrierende Hauptsacheanspruchsgrundlagen gegen die Beklagte zu 1):	104
Darauf, ob der klägerische Anspruch sich gegen die Beklagte zu 1) auch aus konkurrierenden Hauptsacheanspruchsgrundlagen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, Abs. 3 BGB, § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB mit Schutzgesetz, § 831 BGB) ergibt, kommt es nicht mehr entscheidungserheblich an.	105
3. Hauptsacheanspruch gegen die Beklagte zu 2) aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 1. Alt., 346, 348 BGB:	106
Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann der Kläger von der Beklagten zu 2) aus den §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 1. Alt., 346, 348 BGB die beantragte Rückabwicklung des Pkw-Kaufvertrages, also die Rückzahlung des Kaufpreises bzw. Freistellung von den Finanzierungsverbindlichkeiten Zug um Zug gegen Rückgabe und Abtretung des Anwartschaftsrechts an dem Pkw vom 07.11.2018 verlangen. Soweit der Rücktritt auf Rechtsfolgende gem. § 346 BGB nicht auch die Zahlung der Finanzierungskosten von 2.286,12 € umfassen sollte, kann der Kläger diese neben dem Rücktritt (§ 325 BGB) als Schadensersatz statt der Leistung gem. den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB geltend machen.	107
a) Rücktrittserklärung	108
Mit Schreiben seiner jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 08.04.2019, inhaltlich korrigiert durch weiteres Schreiben vom 18.04.2019, hat der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag vom 07.11.2018 i.S.d. § 349 BGB erklärt.	109
b) Rücktrittsgrund: Sachmangel der Kaufsache	110
Es liegt ein Rücktrittsgrund in Form eines Sachmangels des Pkw des Klägers vor.	111
aa) Der Kläger und die Beklagte zu 2) haben am 07.11.2018 einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB über den streitgegenständlichen Pkw geschlossen.	112
bb) Die oben beim Anspruch aus den §§ 826, 31 BGB geprüften objektiven Umstände der sittenwidrigen Täuschung und Schädigung begründen bei dem vertraglichen Anspruch einen Sachmangel des Pkw i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Die Tatsache, dass der streitgegenständliche Motor über eine unzulässige Abschalteneinrichtung in Form der Aufheizstrategie verfügt, die nach dem Bescheid des KBA ersetzt werden muss, weil ansonsten die Betriebsstilllegung droht, stellt einen Sachmangel dar. Zwar eignet sich der Pkw des Klägers trotz der Software grundsätzlich für die im Kaufvertrag vorausgesetzte	113

verkehrssichere Nutzung im Straßenverkehr (Nr. 1). Jedoch weist der Pkw mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung, die ohne Aufspielen des Updates die Gefahr der Betriebsstilllegung mit sich bringt, eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen gleicher Art nicht üblich ist und die der Käufer nach den obigen Feststellungen nach der Art der Sache nicht zur erwarten brauchte (Nr. 2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im Hinblick auf eine drohende Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV nicht erst dann vor, wenn der Hersteller aufgrund eines Bescheids des KBA eine Umrüstungsanordnung getroffen hat, sondern auch schon dann, wenn diese Behörde eine entsprechende Maßnahme gegenüber dem Hersteller noch nicht getroffen hat. Denn auch dann ist im Ansatz bereits ein Sachverhalt ("Mangelanlage"/Grundmangel) gegeben, der – ggf. mit weiteren Umständen - dazu führen kann, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung vornimmt, weil das Fahrzeug wegen einer gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG verstoßenden Abschaltseinrichtung nicht dem genehmigten Typ entspricht (BGH, Beschluss vom 08.01.2019, VIII ZR 225/17, juris, Rn. 20, BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, juris, Rn. 13). Damit liegt vorliegend erst Recht angesichts des bereits ergangenen KBA-Bescheides ein Sachmangel des Pkw des Klägers vor, der auch bei Gefahrübergang durch Übergabe gem. § 446 BGB am 23.11.2018 vorlag.

cc) Soweit sich die Beklagte zu 2) in der Berufungserwiderung darauf beruft, dass dieser Mangel i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB unerheblich und der Rücktritt dadurch ausgeschlossen sei, greift dies nicht durch. Insbesondere kommt es nicht allein darauf an, dass der Mangelbeseitigungsaufwand durch das Aufspielen des Software-Update bei deutlich unter 100,00 € liege und damit unterhalb der Bagatellgrenze von weniger als 1 % des Kaufpreises von 39.890,00 €. Die Erheblichkeitsprüfung erfordert eine umfassende Interessenabwägung, innerhalb derer nicht nur zu berücksichtigen ist, ob der Mängelbeseitigungsaufwand mindestens 5 % der vereinbarten Gegenleistung ausmacht, sondern auch andere Gesichtspunkte wie das Verschulden des Schuldners und die Relevanz des Mangels für die verlässliche Nutzung der Kaufsache maßgeblich sind (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 323 Rn. 32 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Es mag sein, dass für die Beklagte zu 2) als Vertragshändlerin mit Werkstatt das Aufspielen des Motorsteuerungssoftware-Updates nur einen geringen wirtschaftlichen Aufwand verursacht. Entscheidend ist aber, dass der Pkw durch die unzulässige Abschaltseinrichtung aus den obigen Gründen von der Betriebsstilllegung bedroht war und ist und dass sich der Kläger nicht auf das in seinen Auswirkungen für ihn nicht überschaubare Software-Update einlassen musste. Dass die Manipulation der Software des Dieselmotors eines gekauften Pkw, der damit an sich keine Betriebserlaubnis und Typengenehmigung hätte erhalten dürfen, einen wesentlichen Sachmangel des Fahrzeugs darstellt, hält der Senat für evident.

c) Fristsetzung zur Nacherfüllung: 115

Entscheidend für das Schicksal des Anspruchs gegen die Beklagte zu 2) ist, dass der Gewährleistungsanspruch des Klägers nicht daran scheitert, dass er der Beklagten zu 2) – unstreitig – vor den beiden Rücktrittschreiben seiner Bevollmächtigten vom 08.04.2019 und 18.04.2019 keine Frist zur Nacherfüllung i.S.d. §§ 437 Nr. 1, 323 Abs. 1, 439 BGB gesetzt hat. Grundsätzlich kann der Käufer von dem Kaufvertrag erst zurücktreten, wenn er dem Verkäufer erfolglos die Möglichkeit des Rechts der zweiten Andienung eröffnet hat. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist der Senat jedoch davon überzeugt, dass vorliegend nach den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalles unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fristsetzung zur Nacherfüllung ausnahmsweise entbehrlich und der sofortige

Rücktritt zulässig gewesen ist, §§ 323 Abs. 2 Nr. 3, 440 S. 1, 3. Alt. BGB. Eine arglistige Täuschung – auch „ins Blaue hinein“ – durch den Verkäufer begründet i.d.R. eine Unzumutbarkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung i.S.d. o.g. Normen (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 323 Rn. 22; Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 440 Rn. 8).

aa) Der Senat geht mit der notwendigen Überzeugung i.S.d. § 286 ZPO davon aus, dass die 117
Beklagte zu 2) entweder wegen der intern durch die Beklagte zu 1) erteilten Informationen ihrerseits zum Zeitpunkt des Verkaufs und des Gefahrübergangs durch Übergabe des Pkw von den unzulässigen Abschaltseinrichtungen des Motors, dem Bescheid des KBA und der bevorstehenden Rückrufaktion **positiv wusste** oder den Kläger durch (konkludente) **ungeprüfte Angaben ins Blaue hinein** arglistig getäuscht hat, ohne dass es einer Beweisaufnahme vor dem Senat bedarf.

(1) Der Kläger hat behauptet und durch die Benennung des Zeugen S unter Beweis gestellt, 118
dass die Beklagte zu 1) Kenntnis von der Betroffenheit des Motors des klägerischen Fahrzeugs und von der bevorstehenden Rückrufaktion gehabt habe. Diesen Vortrag hat der Kläger auch nicht dadurch aufgegeben, dass er in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 13.12.2019 angegeben hat, dass der Händler – also die Beklagte zu 2) – ihm gegenüber *erklärt* habe, von der Notwendigkeit eines Updates nichts gewusst zu haben. Dass die Angabe der Wahrheit entsprach, hat der Kläger mit dieser Einlassung nicht zugestanden.

(2) Da die Beklagte zu 1) im Einzelnen dargelegt hat, dass und wie sie ihre Händler – ein 119
solcher ist die Beklagte zu 2) – nach dem Bescheid des KBA über ihr Portal über die Betroffenheit der Fahrzeuge und die Hinweispflichten gegenüber am Kauf interessierten Kunden informiert hat, hätte die Beklagte zu 2) ihre vom Kläger behauptete Kenntnis dieser Umstände substantiierter als erfolgt bestreiten müssen, sich insbesondere konkret dazu erklären müssen, ob und inwieweit sie die von der Beklagten zu 1) dargelegten und durch die Anlagen BE-1 4 folgende näher substantiierten Informationen über das genannte Portal erhalten hat oder nicht. Stattdessen hat die Beklagte zu 1) eingeräumt, dass im November 2018 öffentlich bekannt gewesen sei, dass der betroffene Motortyp einer teilweisen Überarbeitung unterzogen werde. Das impliziert, dass die analog § 31 BGB maßgeblichen Organe der Beklagten, also ihre Geschäftsführer, natürlich als Betreiber eines B-Autohauses mit Fachwerkstatt erst recht Kenntnis von der Betroffenheit des im streitgegenständlichen Pkw verbauten Motors hatten. Da der Kläger als Kunde und Verbraucher hiervon hingegen nicht in gleichem Maße Kenntnis hatte (s. o. und nachfolgend d), lag in dem Verschweigen der Betroffenheit des gekauften Pkw eine arglistige Täuschung.

(3) Im Übrigen läge ein arglistiges Täuschen der Beklagten zu 2) jedenfalls darin, dass diese 120
als B-Vertragshändlerin in Kenntnis der Grundproblematik unzulässiger Abschaltseinrichtungen von Diesel-TDI-Motoren und als sachkundige Unternehmerin gegenüber dem Kläger als Kunden und Verbraucher die Pflicht traf, vor dem Verkauf gebrauchter Dieselfahrzeuge ihrerseits Nachforschungen insbesondere durch Sichtung der KBA-Veröffentlichungen und FIN-Check-Portale anzustellen, um zu klären, ob ein zu verkaufendes Fahrzeug von einer potentiellen Rückrufaktion betroffen ist. Vor diesem Hintergrund liegt in der konkludenten Erklärung bei Verkauf und Übergabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs, dass dieses ordnungsgemäß und gesetzeskonform sei, ohne die Einholung der zur sachgemäßen Beantwortung erforderlichen Kenntnis ein arglistiges Verhalten der Beklagten zu 2) gegenüber dem Kläger (vgl. zum diesbezüglichen Maßstab BGH, Urteil vom 18.03.1981, VIII ZR 44/80, juris, Rn. 13; Urteil vom 27.09.2017, VIII ZR 271/16, juris, Rn. 46; Urteil vom 22.04.2016, VIII ZR 23/15, juris, Rn. 21 f.). Dies wird

vorliegend erhärtet durch den Inhalt der E-Mail des Verkäufers S an den Kläger vom 07.02.2019: Zwar hat er dargelegt, dass er selbst von der Rückrufaktion erst aufgrund der E-Mail des Klägers erfahren habe. Jedoch sei die Aktion im Service am 14.11.2018 eingestellt worden. Somit hatten die Verantwortlichen der Beklagten zu 2) jedenfalls vor dem für die Sachmängelgewährleistung maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 BGB) durch Übergabe des Fahrzeugs am 23.11.2018 die reale und naheliegende Möglichkeit gehabt, sich durch Einsichtnahme in das Serviceportal über die Rückrufaktion und die Betroffenheit des klägerischen Fahrzeugs in Kenntnis zu setzen. Es gehört zu den Pflichten der Verantwortlichen eines Vertrags-Autohauses, sich auf dem Portal des Pkw-Herstellers regelmäßig über aktuelle Entwicklungen zu unterrichten. Stattdessen ohne jede Nachprüfung und ohne jeden Hinweis in der Fahrzeug-Empfangsbescheinigung vom 23.11.2018 (Anlage K7) zu erklären, das an den Kläger übereignete Fahrzeug weise keine technischen oder sonstigen Mängel auf, ist vor diesem Hintergrund eine arglistige Täuschung „ins Blaue hinein.“

bb) Auch wenn der Senat nicht von einem arglistigen Verhalten der Beklagten zu 2) unter dem genannten Gesichtspunkt ausginge, ergäbe sich die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung auch aus der besonderen Art des Mangels (vgl. Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 440 Rn. 8). Hiervon ist im Hinblick darauf anzugehen, dass die vom KBA festgestellte unzulässige Abschalteinrichtung zu dem Risiko der gravierenden Folge der Betriebsstilllegung führt. Begegnet werden könnte dem nur durch das Aufspielen des Software-Updates, zu dem der Kläger aus den oben darlegten Gründen nicht verpflichtet ist, denn er kann nicht mit der notwendigen Gewissheit davon ausgehen, dass der Mangel dadurch ohne anderweitige Folgeerscheinungen behoben werden wird. Die etwaige Fristsetzung zur Nacherfüllung hätte die Beklagte zu 2) also allein zum Angebot einer Mangelbeseitigungsmaßnahme in Form des Software-Updates veranlassen können, auf welche sich der Kläger indes – jedenfalls bezogen auf den deliktsrechtlichen Anspruch gegen die Beklagte zu 1) – aus den obigen Gründen nicht einzulassen brauchte. Sähe man dies für den Gewährleistungsanspruch nunmehr anders und nähme man hier das Recht zu einer grundsätzlich zur Mangelbeseitigung geeigneten zweiten Andienung an, stünde dies in einem Wertungswiderspruch zu der Tatsache, dass der Kläger gerade nicht gezwungen werden darf, zur vermeintlichen Schadensbeseitigung das Software-Update aufspielen zu lassen.

d) Kein Ausschluss gem. § 442 Abs. 1 BGB 122

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte zu 2) darauf, dass der Gewährleistungsanspruch des Klägers gem. § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sei, weil er bei Vertragsschluss Kenntnis, zumindest aber grob fahrlässige Unkenntnis davon gehabt habe, dass das gekaufte Fahrzeug auf Anordnung des KBA einer technischen Überarbeitung unterzogen werden würde, da dies zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits seit zehn Monaten bekannt gewesen sei. Die Beklagte zu 2) trägt als Verkäuferin die Beweislast für die Tatsachen zur Kenntnis des Käufers bzw. zu dessen grober Fahrlässigkeit (vgl. Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 442 Rn. 6). Nach dem bereits oben Festgestellten begründen weder die öffentliche Bekanntheit des Diesel-Abgasskandal bzgl. Motoren des Typs EA 189 der X-AG noch die Veröffentlichung des KBA vom 23.01.2018 die Annahme, dass der Kläger bzgl. seines Pkw der Marke B ##0 mit einem Motor 3.0 l TDI, Euro 6, zum Zeitpunkt von Kauf und Gefahrübergang wusste oder wissen musste, dass dieses von einer unzulässigen Abschalteinrichtung und einer – zum 07.11. bzw. 23.11.2018 zwar intern durch die Beklagte zu 1) bereits eingeleiteten, aber gegenüber Kunden und Öffentlichkeit erst kurz danach öffentlich gemachten – konkreten Rückrufaktion betroffen sein würde. Der Kläger hat vor dem Landgericht glaubhaft bekundet, dass das – für alle Kunden ohne genaues Datum auf

„Januar 2019“ datierte - Rückrufschreiben ihn erst einige Zeit nach dem Kauf erreicht und er erst dadurch von der Betroffenheit des Motors seines Fahrzeugs erfahren habe. Hierfür spricht eindeutig auch der bereits oben dargelegte Inhalt der E-Mail des Klägers vom 07.02.2019.

Eine grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers von der Betroffenheit des Motors im November 2018 könnte nur vorliegen, wenn man aufgrund der Veröffentlichungen im X-Dieselskandal und des dort betroffenen 2.0 l Diesel TDI-Motors EA 189 eine Nachforschungspflicht des Klägers dahingehend annähme, vor dem Kauf eines B mit einem 3.0 l Diesel TDI-Motor gezielt nach KBA-Veröffentlichungen und/oder FIN-Check-Portalen im Internet zu suchen. Das würde die Anforderungen an den Kläger als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB im Zuge seines Verbrauchsgüterkaufs mit der Beklagten zu 2) als Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB aber ganz deutlich überspannen. Er durfte vielmehr damit rechnen, dass ihn die Beklagte zu 2) – ggf. aufgrund ihrerseitiger Informierung durch die Beklagte zu 1) - vor dem Kaufvertragsabschluss eigeninitiativ darüber unterrichten würde, wenn das Kaufobjekt wegen Betroffenheit des Motors durch einen Bescheid des KBA mit einem Software-Update nachgerüstet werden musste.

e) Rechtsfolge: 125

Auf Rechtsfolgendeite haben der Kläger und die Beklagte zu 2) sich gem. den §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 348 BGB Zug um Zug die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. 126

aa) Die Beklagte zu 2) hat dem Kläger den Kaufpreis zurück zu gewähren, in Höhe der bereits erfolgten Anzahlung und Tilgungsleistungen durch Zahlung in Geld, in Höhe der noch offenen Tilgungsraten des Kaufpreises durch Freistellung von den Verbindlichkeiten gegenüber der Finanzierungsbank. 127

bb) Anders als bei der deliktischen Haftung der Beklagten zu 1) von dieser Rechtsfolge nicht mit umfasst sind die Kreditfinanzierungskosten. Diese hat zwar die Beklagte zu 1) dem Kläger zu ersetzen, nicht aber die Beklagte zu 2) im Rahmen des Rücktritts zurück zu gewähren, denn letztere hat insoweit keine Leistung empfangen i.S.d. § 346 Abs. 1 BGB. 128

cc) Dies ändert jedoch im Ergebnis nichts daran, dass die Beklagte zu 2) dem Kläger in gleicher Höhe wie die Beklagte zu 1) Zahlung und Freistellung schuldet. Im Umfang der Finanzierungszinsen besteht nämlich ein gem. § 325 BGB neben dem Anspruch aus Rücktritt gegebener Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1. u. 3, 281 BGB. 129

(1) Der Kaufvertrag über den Pkw ist das notwendige Schuldverhältnis im Sinne dieser Anspruchsgrundlage. 130

(2) Die Pflichtverletzung der Beklagten zu 2) liegt in der Schlechterfüllung dieses Kaufvertrages durch die Lieferung des sachmangelbehafteten Pkw. 131

(3) Eine auch hier gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB an sich notwendige erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung ist aus den oben dargelegten besonderen Umständen gem. § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich. 132

(4) Von ihrem gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermuteten Verschulden hat sich die Beklagte zu 2) aus den obigen Gründen nicht entlastet. 133

(5) Auf Rechtsfolgende hat die Beklagte zu 2) die durch ihre Pflichtverletzung kausal verursachten Finanzierungskosten von 2.286,12 € gem. den §§ 249 Abs. 2, 251 BGB in Geld neben dem anteiligen schon gezahlten Kaufpreis und der gem. § 257 BGB geschuldeten Freistellung zu ersetzen.	134
dd) Zug um Zug zurück zu gewähren hat der Kläger seinerseits auch hier die Abtretung des Anwartschaftsrechts an dem Pkw und Rückgabe desselben.	135
ee) Zudem ist auch hier auf Rechtsfolgende der Nutzungsersatz in obiger Höhe zu berücksichtigen. Da die Rückgewähr oder Herausgabe der gezogenen Nutzungen des Pkw nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, hat der Kläger gem. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB insoweit Wertersatz zu leisten.	136
f) Durchsetzbarkeit:	137
Der Anspruch des Klägers ist auch gegen beide Beklagten durchsetzbar.	138
aa) Gegenüber dem Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte zu 1) greift die Einrede der Verjährung aus § 214 BGB nicht durch. Kenntnis von den Umständen, die den Anspruch begründen, hat der Kläger erst im Jahre 2019 erlangt, sodass die Ende 2019 beginnende dreijährige Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB bei Klageerhebung am 16.07.2019 noch nicht einmal zu laufen begonnen hat und gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB rechtzeitig gehemmt worden ist.	139
bb) Soweit das Landgericht bezogen auf den Anspruch gegen die Beklagte zu 2) angenommen hat, dass der Rücktritt nach den §§ 438 Abs. 4, 218 Abs. 1 BGB unwirksam sei, hat es im Folgenden die Frage der Verjährung des zugrunde liegenden Nacherfüllungsanspruchs nicht geprüft, sondern nur – nach dem oben Gesagten zu Unrecht – gemeint, dass die Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht entbehrlich gewesen sei. Tatsächlich ist der zugrunde liegende Nacherfüllungsanspruch nicht verjährt und der Rücktritt damit nicht nach den o. g. Vorschriften unwirksam. Gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB verjährt der Nacherfüllungsanspruch in zwei Jahren ab der Ablieferung der Kaufsache. Vorliegend ist der streitgegenständliche Pkw dem Kläger am 23.11.2018 übergeben worden und die zweijährige Verjährungsfrist ist rechtzeitig gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die am 13.07.2019 erfolgte Klageerhebung gegen die Beklagte zu 2) (§§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO) gehemmt worden.	140
4. Konkurrierender Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB i.V.m. §§ 142, 143 BGB:	141
Ob daneben ein konkurrierender Hauptsacheanspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 2) mit dem oben genannten Inhalt aus Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB i.V.m. §§ 142, 143, 119, 123 BGB besteht, bedarf keiner Entscheidung durch den Senat.	142
5. Zinsanspruch	143
Der geltend gemachte Zinsanspruch besteht nur in der tenorierten Höhe.	144
a) Deliktzinsen von 4 % ab dem 08.11.2018 gem. § 849 BGB spricht der Senat aus den Gründen des BGH-Urteils vom 30.07.2020 (VI ZR 397/19), auf die in vollem Umfang verwiesen wird, nicht zu. Sie wären im Übrigen ohnehin jedenfalls nicht gegen die nicht deliktisch haftende Beklagte zu 2) zu erheben.	145
	146

b) Der gesetzliche Zinsanspruch ergibt sich dem Grunde nach aus §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286, 288 Abs. 1 S. 1, 291 BGB.

aa) Eine verzugsbegründende Mahnung vor Rechtshängigkeit i.S.d. § 286 BGB liegt nicht in den jeweiligen vorgerichtlichen Aufforderungsschreiben gegen die Beklagten zu 1) und zu 2) vom 08.04.2019 mit Fristsetzung zum 18.04.2019. Dabei lässt der Senat offen, ob die Forderung von Deliktzinsen von 4 % ab der Kaufpreiszahlung vom 07.11.2018, also seinerzeit erst für rund ein halbes Jahr, eine wesentlich zu hohe Forderung darstellt und daher dem Verzug entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19). Jedenfalls nämlich ist die jeweilige Aufforderung, bis zum 18.04.2019 die Regulierungsbereitschaft anzuzeigen, keine ernstliche und endgültige Leistungsaufforderung und damit keine Mahnung i.S.d. § 286 Abs. 1 BGB. 147

bb) Die **Beklagte zu 2)** befindet sich allerdings ab dem Zugang des Telefaxschreibens der jetzigen Beklagtenvertreter vom **23.04.2019** (Anlage K 18) bei dem Kläger-Vertreter gem. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Verzug, denn in diesem Schreiben liegt eine ernstliche und endgültige Leistungsverweigerung. 148

cc) Gegenüber der **Beklagten zu 1)** sind hingegen mangels Vortrags zu einer vorgerichtlichen Leistungsverweigerung nur Rechtshängigkeitszinsen begründet. Rechtshängigkeit gem. §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO durch Zustellung der Klage ist gegenüber der Beklagten zu 1) am 16.07.2019 eingetreten, sodass unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung in analoger Anwendung der §§ 187, 188 BGB ab dem Folgetag, dem **17.07.2019**, Rechtshängigkeitszinsen zuzusprechen sind. 149

6. Feststellung des Annahmeverzugs 150

Der Antrag des Klägers auf Feststellung des Annahmeverzuges ist gegenüber beiden Beklagten begründet. 151

a) Parallel zu der Feststellung, dass die beiden Schreiben an die Beklagten vom 08.04.2019 nicht geeignet waren, die Beklagten in Schuldnerverzug zu setzen, können sie auch nicht die Voraussetzungen für die Feststellung des Annahmeverzugs i.S.d. §§ 293, 295, 298 BGB begründen. 152

b) Allerdings stellen die bis auf die eher geringfügigen Deliktzinsen nunmehr in zutreffendem Umfang gestellten Klageanträge im Prozess ordnungsgemäße wörtliche Angebote an beide Beklagten gem. den §§ 293, 295, 298 BGB dar. 153

7. Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten 154

Demgegenüber haben die auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichteten Anträge keinen Erfolg. 155

a) Für die Erstattungsfähigkeit der vorgerichtlichen Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist nämlich nicht nur im Falle des Anspruchs aus §§ 280, 286 BGB, sondern auch desjenigen aus § 826 BGB oder §§ 280, 281 BGB Voraussetzung, dass der Kläger seinem Prozessbevollmächtigten zunächst ein auf die außergerichtliche Tätigkeit beschränktes Mandat erteilt hat (vgl. BGH, Urteil vom 15.08.2019, III ZR 205/17, NJW-RR 2019, S. 1332, juris, Rn. 43). Der Kläger hat vorliegend indes entsprechend der Berufungserwiderung der Beklagten zu 1) nicht schlüssig dargetan, dass er seinem Bevollmächtigten zunächst ein auf die außergerichtliche Tätigkeit beschränktes Mandat erteilt habe. 156

b) Bzgl. der Haftung der Beklagten zu 2) sind vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten für das 157
erstmals den Rücktritt erklärende und damit die Anspruchsvoraussetzungen schaffende
Schreiben vom 08.04.2019 ohnehin nicht ersatzfähig.

8. Gesamtschuldnerische Haftung 158

In dem Umfang, in dem der Kläger die Hauptforderung und die Zinsen Zug um Zug in gleicher 159
Höhe gegenüber beiden Beklagten beanspruchen, aber im Ergebnis nur einmal verlangen
kann, haften die Beklagten gem. § 421 BGB als Gesamtschuldner. Für die Zinsen vor
Rechtshängigkeit haftet indes nur die Beklagte zu 2).

III. 160

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 100 Abs. 4 ZPO, die 161
Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat sieht keinen Anlass, die Revision gem. § 543 Abs. 1 u. 2 ZPO zuzulassen, 162
nachdem die wesentlichen Grundsätze zur Haftung in Verfahren wie dem Vorliegenden durch
die zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs höchstrichterlich geklärt sind. Dies gilt
auch für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung, die der Senat im Einklang mit
der BGH-Rechtsprechung auf eine arglistige Täuschung durch die Beklagte zu 2) als
Verkäuferin stützt.