OLG München, Endurteil v. 29.01.2021 – 21 U 317/20

Titel:

Schadensersatz wegen des Erwerbs eines vom Diesel-Abgasskandal betroffenen Audi-Fahrzeugs (hier: Audi A4, Avant allroad, 2.0 TDI)

Normenketten:

BGB § 31, § 826, § 831
ZPO § 540 Abs. 1 Nr. 1
VO (EG) 715/2007 Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 S. 1
RL 70/220/EWG
RL 98/69/EG Erwägungsgründe Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, Nr. 11, Nr. 12
EG-FGV § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 5 S. 1, § 4 Abs. 4

Leitsätze:

1. Zur VW-Abgasskandal-Thematik vgl. grundlegend BGH BeckRS 2020, 10555; vgl. auch OLG Celle BeckRS 2020, 35127; OLG Jena BeckRS 2020, 30910; OLG München BeckRS 2020, 34041; BeckRS 2020, 32848; BeckRS 2020, 34151; BeckRS 2020, 34153; BeckRS 2020, 36057; BeckRS 2020, 38370; OLG Bamberg BeckRS 2020, 29603; BeckRS 2020, 33045; BeckRS 2020, 33157; BeckRS 2020, 35123; sowie die Aufzählung ähnlich gelagerter VW-Diesel-Fälle bei OLG München BeckRS 2020, 25691 (dort Ls. 1); OLG München BeckRS 2020, 27215 (dort Ls. 1); OLG Köln BeckRS 2019, 42328 (dort Ls. 1); OLG Koblenz BeckRS 2020, 14352 (dort Ls. 1), OLG Stuttgart BeckRS 2020, 7002 (dort Ls. 1), OLG Jena BeckRS 2020, 8618 (dort Ls. 1), OLG Oldenburg BeckRS 2020, 6234 (dort Ls. 1) und KG BeckRS 2019, 29883 (dort Ls. 5); mit gegenteiligem Ergebnis noch: OLG München BeckRS 2019, 33738; BeckRS 2019, 33753; OLG Braunschweig BeckRS 2019, 2737. (redaktioneller Leitsatz)
2. Dem Käufer eines vom Diesel-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs steht gegen die Herstellerin (hier: Audi AG), auch wenn diese den Motor nicht hergestellt hat (hier Motorherstellerin VW AG), ein Schadensersatzanspruch nach §§ 826, 31 BGB nicht allein aufgrund einer Zurechnung fremden Fehlverhaltens, sondern aufgrund eigenen deliktischen Handelns zu aufgrund des von ihr zu verantwortenden Inverkehrbringens des Fahrzeugs mit einer manipulativen, auf Täuschung ausgerichteten unzulässigen Abschalteinrichtung. (Rn. 33) (redaktioneller Leitsatz)
3. Der Audi AG ist vorzuwerfen, dass die Abgabe einer eigenen Erklärung gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt als EG-Typgenehmigungsbehörde die Verpflichtung einschloss, den Motor eigenständig auf Funktionsmäßigkeit und Gesetzesmäßigkeit zu überprüfen, weil mit dem Antrag auf Erteilung einer EG-Typgenehmigung zumindest konkludent erklärt wird, dass das Fahrzeug die gesetzlichen Vorschriften einhält, insbesondere über keine unzulässige Abschalteinrichtung verfügt, und der Hersteller im EG-Typengenehmigungsverfahren umfassend verantwortlich ist. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)
4. Für den Eigentümer eines Audi-Fahrzeugs, der erst im Jahr 2016 positive Kenntnis erlangt hat, dass auch sein Fahrzeug vom Diesel-Abgasskandal betroffen ist, kann nicht angenommen werden, dass ihm bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB anzulasten ist. (Rn. 78) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Fahrzeug, Audi, EA 189, Schadensersatz, VW-Dieselabgasskandal, sittenwidrige Schädigung, Abschalteinrichtung, Kenntnis, grob fahrlässige Unkenntnis, Verjährung

Vorinstanz:

LG Ingolstadt, Urteil vom 10.12.2019 – 21 O 520/19

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 23.03.2022 – VII ZR 139/21

Weiterführende Hinweise:

Revision zugelassen

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 10.12.2019, Az. 21 O 520/19, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 8.338,81 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.04.2019 Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs Audi A4 Avant allroad 2.0 TDI 130 kw (177), Fahrzeugidentifikationsnummer …90, zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen werden die Berufung der Klagepartei und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt die Klagepartei 69% und die Beklagte 31%.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klagepartei 67% und die Beklagte 33%.

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

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 18.354,59 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Klagepartei macht gegen die Beklagte Ansprüche im Zusammenhang mit dem Erwerb eines vom sog. Dieselabgasskandal betroffenen Fahrzeugs geltend.

2
1. Mit Kaufvertrag vom 01.07.2014 erwarb die Klagepartei von einem Autohaus den hier streitgegenständlichen Audi A4, Avant allroad, 2.0 TDI, Euro 5, 130 kw (177 PS), Erstzulassung 08.11.2013, zu einem Kaufpreis von 39.700,00 € brutto als Gebrauchtwagen. Zum Zeitpunkt des Kaufs hatte der Wagen einen Kilometerstand von 5.940 km, zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat von 238.234 km. Die Beklagte ist Herstellerin des Fahrzeugs, in dem ein Motor vom Typ EA 189 der VW-AG verbaut ist.

3
Die im Zusammenhang mit dem Motor verwendete Software erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wird und schaltet in diesem Fall in den Abgasrückführungsmodus 1, einen Stickoxid (NOx)-optimierten Modus. In diesem Modus findet eine Abgasrückführung mit niedrigem Stickoxidausstoß statt. Im normalen Fahrbetrieb außerhalb des Prüfstands schaltet der Motor dagegen in den Abgasrückführungsmodus 0, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer und der Stickoxidausstoß höher ist. Grundlage der Erteilung der Typgenehmigung waren die Abgasmessungen auf dem Prüfstand. Die Stickoxidgrenzwerte der Euro 5-Norm wurden nur im Abgasrückführungsmodus 1 eingehalten.

4
Die Verwendung der von der Beklagten als „Umschaltlogik“ bezeichneten Steuerungssoftware wurde dem Kraftfahrtbundesamt weder von der VW-AG noch von der Beklagten im Rahmen der Tests bzw. Antragstellung zur Erreichung der EG-Typgenehmigung offengelegt. Erst am 22.09.2015 veröffentlichte die VW-AG eine Ad-hoc-Mitteilung, mit der Auffälligkeiten bei Fahrzeugen mit dem Motor vom Typ EA 189 eingeräumt wurden.

5

Nach Bekanntwerden der Softwareproblematik verpflichtete das Kraftfahrtbundesamt die Beklagte zur Entfernung der als unzulässige Abschalteinrichtung qualifizierten „Umschaltlogik“ und dazu, geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen. Daraufhin wurde ein Softwareupdate entwickelt, welches auf das Fahrzeug der Klagepartei am 07.11.2016 aufgespielt worden ist.

6
Die Klage vom 05.03.2019, bei Gericht eingegangen am 06.03.2019, wurde der Beklagten am 09.04.2019 zugestellt. Mit der Klage forderte die Klagepartei die Verurteilung zur Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs nebst Delikts- und Verzugszinsen, die Feststellung von Annahmeverzug der Beklagten mit der Rücknahme des Wagens und die Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

7
Die Klagepartei vertritt die Ansicht, dass sie von der Beklagten vorsätzlich sittenwidrig geschädigt worden sei. Der im Fahrzeug verbaute Motor sei mit Wissen des Vorstands der Beklagten mit einer Betrugssoftware versehen worden, um preiswerte und scheinbar saubere Dieselfahrzeuge in hoher Stückzahl veräußern zu können und gegenüber der Konkurrenz über den geringeren Preis einen entscheidenden Marktvorteil zu haben. Die Beklagte habe bei der Entwicklung des streitgegenständlichen Motors eine tragende Rolle gespielt. Sie habe die Manipulationssoftware mitentwickelt. Es stehe außer Zweifel, dass der Vorstand der Beklagten und führende Mitarbeiter von der Manipulation des Motors Kenntnis gehabt hätten, da sie selbst für die Entwicklung zuständig gewesen seien bzw. den Auftrag erteilt hätten. Auch unter dem Gesichtspunkt Organisationsverschulden sei eine Haftung der Beklagten anzunehmen, ebenso greife die Zurechnung nach § 31 BGB bzw. § 831 BGB. Die Klagepartei habe ein Fahrzeug erhalten, das wegen des überhöhten Schadstoffausstoßes nicht den Anforderungen der EG-Typgenehmigung genüge. Damit habe die Gefahr bestanden, dass das Fahrzeug stillgelegt werden muss. Das Fahrzeug habe zudem einen erheblichen Wertverlust erlitten. Die Klagepartei hätte den Wagen nicht gekauft, wenn ihr diese Umstände bekannt gewesen wären.

8
Die Beklagte hingegen hält Schadensersatzansprüche der Klagepartei nicht für gegeben. Sie meint, dass das Fahrzeug keine unzulässige Abschalteinrichtung enthält, und es wurde bestritten, dass der Klagepartei ein Schaden entstanden ist. Das Fahrzeug verfüge über eine wirksame EG-Typengenehmigung. Eine sittenwidrige Schädigung durch die Beklagte liege nicht vor, auch fehle es an der Kausalität zwischen angeblicher Täuschung und Schaden. Jedenfalls sei ein etwaiger Schaden durch das Aufspielen des Updates entfallen. Eine - unterstellt von der Beklagten verursachte - Fehlvorstellung der Klagepartei über die Schadstoffemission sei für deren Kaufentscheidung nicht maßgeblich gewesen. Eine Haftung der Beklagten scheide auch deshalb aus, weil sie den Motor nicht entwickelt habe. Die Klagepartei trage schon nicht substantiiert vor, dass die Beklagte von der Verwendung der als unzulässig gerügten Software Kenntnis gehabt habe. Abgesehen davon habe die Beklagte nach dem Stand der Ermittlungen keine Erkenntnisse dazu, dass Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinn zum Zeitpunkt des Kaufvertrags von der Verwendung der streitgegenständlichen Software in Fahrzeugen mit einer EG-Typgenehmigung Kenntnis hatten bzw. die Entwicklung der Software in Auftrag gegeben haben bzw. deren Einsatz billigten.

9
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im landgerichtlichen Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

10
2. Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 10.12.2019 teilweise stattgegeben. In Bezug auf den Abzug eines Betrages wegen der gezogenen Nutzungen, die beantragten Delikts- und Verzugszinsen, die Feststellung des Annahmeverzugs und hinsichtlich der beantragten Rechtsanwaltskosten blieb der Urteilsausspruch hinter dem Klageantrag zurück.

11
Zur Begründung wurde ausgeführt, dass sich der klägerische Anspruch aus § 826 BGB ergibt. Die Beklagte habe die Klagepartei durch das Inverkehrbringen von Dieselmotoren mit der gesetzeswidrigen Softwareprogrammierung zur Abgasreduktion bei erkanntem Prüfstandslauf geschädigt, und zwar in vorsätzlicher und gegen die guten Sitten verstoßender Weise. Die der Beklagten zuzurechnende

Schädigungshandlung sei nur vorsätzlich denkbar, weil die Programmierung der hier in Rede stehenden Software ein aktives und ergebnisorientiertes Handeln voraussetzten. Im Übrigen sei die Beklagte auch der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht ausreichend nachgekommen. Ein eigenmächtiges Handeln von Mitarbeitern, die nicht Repräsentanten der Beklagten sind, sei nicht vorstellbar. Welcher konkrete Repräsentant der Beklagten vorsätzlich gehandelt habe, müsse vor diesem Hintergrund nicht festgestellt werden. Abzustellen sei auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens der Fahrzeuge. Das Verhalten der Beklagten verstoße gegen die guten Sitten, weil zur Kostensenkung und Erzielung von Wettbewerbsvorteilen um den Preis der bewussten Täuschung die Kunden benachteiligt worden seien. Die Schädigungshandlung sei kausal für den Erwerb des Wagens und damit den Schaden geworden, denn zur Überzeugung des Landgerichts hätten potentielle Erwerber vom Kauf abgesehen, wenn sie gewusst hätten, dass die Inverkehrgabe der Fahrzeuge rechtlichen Bedenken unterliegt. Durch die Bindung an den nicht erwartungsgerechten Vertrag sei der Klagepartei ein Schaden entstanden, der den Anspruch auf Rückabwicklung auslöse. Die Klagepartei müsse sich aber den Abzug von Gebrauchsvorteilen in Form einer Nutzungsentschädigung gefallen lassen. Insoweit sei die Klage abzuweisen.

12
3. Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie an ihrem erstinstanzlichen Begehren festhält. Sie ist der Ansicht, dass das Landgericht der Klage rechtsfehlerhaft stattgegeben und zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch bejaht habe. In der Berufungsbegründung vom 24.03.2020 (Bl. 370 ff. d.A.) wiederholt und vertieft sie im Wesentlichen ihren bereits erstinstanzlich erfolgten Vortrag und stellt insbesondere darauf ab, dass sie nur Herstellerin des Fahrzeugs ist, den im Fahrzeug verbauten Motor des Typs EA 189 aber nicht entwickelt habe. Sie wendet sich gegen eine lineare Berechnungsweise in Bezug auf gezogene Nutzungen und stellt auf einen ungleichmäßigen Wertverlust von Fahrzeugen ab, der degressiv zu berechnen sei. Rechtsanwaltskosten seien jedenfalls nicht ersatzfähig, weil die außergerichtliche Rechtsverfolgung nicht erforderlich gewesen sei; es sei allgemein bekannt gewesen, dass die Beklagte nicht vergleichsbereit gewesen sei.

13
Außerdem beruft sie sich mit der Berufungsbegründung auf die Einrede der Verjährung. Sie behauptet, die Klagepartei habe von der konkreten Betroffenheit ihres Wagens vom Dieselabgasskandal noch im Jahr 2015 Kenntnis gehabt und trägt zu den Informationsmaßnahmen der VW-AG wie auch der Beklagten ab Herbst 2015 und der hierzu korrespondierenden Berichterstattung in den Medien vor. Angesichts der umfangreichen Berichterstattung könne dies der Klagepartei nicht verborgen geblieben sein. Sie ist der Meinung, dass der geltend gemachte Anspruch auch dann, wenn die Klagepartei keine konkrete Kenntnis von der Betroffenheit ihres Wagens noch im Jahr 2015 gehabt hätte, verjährt sei wegen dann vorliegender grober Fahrlässigkeit auf Seiten der Klagepartei. Dem Kläger als Fahrer eines Dieselfahrzeugs des VW-Konzerns hätte sich jedenfalls aufgrund der Medienberichterstattung die Möglichkeit aufdrängen müssen, dass sein Fahrzeug ebenfalls betroffen ist. Er wäre sodann verpflichtet gewesen, die konkrete Betroffenheit zu überprüfen.

14
Im den Schriftsätzen vom 08.09.2020/10.09.2020 (Bl. 538 ff., 558 ff. d.A.) und vom 05.01.2021, (Bl. 591 ff. d.A.) vertieft die Beklagte ihren Vortrag insbesondere zur Art der Entwicklung und Produktion ihrer Fahrzeuge und legt dar, weshalb aus ihrer Sicht die inzwischen ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Haftung der VW-AG auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragen werden könne.

15
Die Beklagte habe als Herstellerin des Fahrzeugs in den Jahren 2005/2006 durch ihr Produkt-Strategie-Komitee, dem jeweils auch einzelne Mitglieder des Vorstands angehörten, beschlossen, dass der von VW entwickelte Motor in bestimmten Fahrzeugen der Beklagten serienmäßig eingebaut wird. Der erste Einsatz sei im Jahr 2007 erfolgt. Im Nachgang zu der grundsätzlichen Entscheidung zur Verwendung des Motors EA 189 habe die Beklagte jeweils mit der Entwicklung weiterer Fahrzeugtypen erneut die Entscheidung zum Einsatz des Motors EA 189 getroffen. Die Beklagte habe den Motor samt Software als externes Produkt von der VW-AG zur Verwendung in ihren Fahrzeugen erworben. Die Hardware der Motorsteuerungsgeräte habe die Beklagte von den Zulieferern Bosch und Continental erhalten. Ohne Einflussmöglichkeit von Mitarbeitern der Beklagten sei die auf das jeweilige Fahrzeug abgestimmte Software ab 2008 auf den automatisierten

Fertigungslinien der Beklagten vom Konzernserver der VW-AG heruntergeladen worden. Die Software sei dabei zur Vermeidung von Einflussnahme außerhalb der Entwicklungsverantwortung verriegelt gewesen.

16
Im Auftrag der Beklagten habe die Konzernmutter das Emissions-Typgenehmigungsverfahren organisiert. Von Mitarbeitern der VW-AG seien die entsprechenden Fahrzeuge der Beklagten dem Technischen Dienst vorgestellt worden, die Beklagte habe lediglich die Rechnungen und die Protokolle mit den Testergebnissen bekommen.

17
Die Beklagte habe keinen Anlass gesehen, die von der VW-AG entwickelten Motoren im Rahmen oder in Vorbereitung des Typgenehmigungsverfahrens eigenständig zu überprüfen. Eine entsprechende Verpflichtung habe nicht bestanden. Dem Kraftfahrtbundesamt sei es mit den damals zur Verfügung stehenden Tests nicht möglich gewesen, die Umschaltlogik zu erkennen. Im Rahmen der Qualitätskontrolle der laufenden Produktion sei das grundsätzliche Funktionieren des Emissionskontrollsystems überprüft und überwacht worden, dass die Serienfahrzeuge mit den EG-Typgenehmigungsunterlagen übereinstimmen. Im Rahmen dieses „Conformity of Production (CoP)“ Tests habe die „Umschaltlogik“ nicht erkannt werden können.

18
Die Beklagte habe von der Programmierung keine Kenntnis gehabt, weil sie nicht an der Entwicklung des Motors beteiligt gewesen sei. Es handele sich um ein bloßes Zuliefererprodukt wie auch andere von der Beklagten bezogene Bauteile von Zulieferern. Sie habe der VW-AG vertrauen können und keine Verpflichtung gehabt, eigene Tests durchzuführen, zumal mit den damaligen Tests die Manipulation nicht erkannt habe werden können.

19
Die Haftung der Beklagten könne weder auf angebliche Sorgfaltspflichtverletzungen, vermeintliches Organisationsverschulden noch auf eine konzernweite Wissenszusammenrechnung gestützt werden. Insoweit verweist die Beklagte auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten von Prof. Dr. G. vom 21.09.2020. Sie habe im EG-Typengenehmigungsverfahren keine Angabepflichten verletzt; insbesondere sei in dem Antrag auf Erteilung der EG-Typengenehmigung keine Erklärung dahingehend zu sehen, dass das Fahrzeug sämtlichen gesetzlichen Anforderungen entspricht; im Rahmen des EG-Typengenehmigungsverfahrens sei vielmehr nur relevant gewesen, dass die erforderlichen Grenzwerte in den vorgeschriebenen Prüfstandstestverfahren eingehalten würden. Die Anträge auf Typengenehmigung enthielten gerade nicht die Aussage, dass das Fahrzeug über keine Abschalteinrichtungen verfügt.

20
Die Beklagte beantragt im Berufungsverfahren,

das am 10.12.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Ingolstadt, Az. 21 O 520/19 im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

21
Die Klagepartei beantragt (Schriftsatz vom 07.05.2020, Bl. 444 ff. d.A.),

1. Die Berufung der Beklagten wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Hilfsweise:

2. das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Ingolstadt, 21 O520/19, verkündet am 10.12.2019 wird aufgehoben und zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen,

hilfsweise

22
3. Die Revision wird zugelassen.

23
4. Auch die Klagepartei wendet sich gegen die Entscheidung des Landgerichts mit der Berufung mit Schriftsatz vom 17.02.2020 (Bl. 333 ff. d.A.) und hält im Wesentlichen an ihrem erstinstanzlichen Begehren fest. Sie wendet sich gegen den Abzug von Nutzungsentschädigung bzw. sieht eine höhere Laufleistung für

gerechtfertigt an; sie greift die Kürzung der Rechtsanwaltskosten an und hält an der Feststellung von Annahmeverzug fest. Die zunächst auch begehrte Verurteilung wegen deliktischer Zinsen hat die Klagepartei nicht mehr aufrecht erhalten (Schriftsatz vom 05.10.2020, Bl. 587 ff. d.A.).

24
Die Klagepartei verteidigt im Übrigen die erstinstanzliche Entscheidung. Rechtsfehlerfrei sei ein für die Klagepartei nachteiliger Vertragsschluss und damit ein Schaden angenommen worden; die Klagepartei nimmt Bezug auf die Entscheidung des BGH zur VW-AG (Az.: VI ZR 252/19). Der Schaden sei auch nicht durch das Softwareupdate entfallen, welches im Übrigen nicht zu besseren Emissionswerten geführt habe und mit dem eine neue Abschalteinrichtung implementiert worden sei. Zutreffend habe das Landgericht die Kausalität bejaht. Ebenso korrekt habe das Landgericht eine Repräsentantenhaftung angenommen. Die Klagepartei vertieft hierzu ihren Vortrag.

25
Die Klagepartei führt aus, dass sie nicht bereits im Jahr 2015 Kenntnis gehabt habe von den anspruchsbegründenden Voraussetzungen. Sie rügt insoweit Verspätung. Erst im Jahr 2016 habe der Kläger Kenntnis erlangt von der Betroffenheit seines Wagens. Der Beklagten obliege die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers von der Betroffenheit seines Fahrzeugs.

26
Die Klagepartei beantragt zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 3.628,74 € abzüglich einer weiteren im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.04.2019 sowie Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz für 18.354,59 € seit dem 14.12.2018 bis zum 08.04.2019 sowie weitere außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.405,39 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.04.2019 zu zahlen sowie den Annahmeverzug der Beklagten hinsichtlich der Rücknahme des Fahrzeuges Audi A4 allroad 2.0 TDI mit der Fahrgestellnummer …90 seit dem 15.12.2018 festzustellen und im Übrigen die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Hilfsweise:

2. das erstinstanzliche Urteil des LG Ingolstadt 21 O 520/19 vom 10.12.2019, wird aufgehoben und zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen,

hilfsweise

3. die Revision zuzulassen.

27
Die Beklagte beantragt (Schriftsätze vom 08.09.2020/10.09.2020, Bl. 538 ff. d.A.),

die Berufung zurückzuweisen.

28
Der Senat hat über den Rechtsstreit am 18.01.2021 mündlich verhandelt und den Kläger persönlich angehört. Es wird auf das Sitzungsprotokoll, Bl. 668 ff. d.A., verwiesen.

29
Ergänzend wird auf die in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

30
Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur insoweit Erfolg, als sich die vom Kaufpreis in Abzug zu bringende Nutzungsentschädigung unstreitig wegen der weiteren Nutzung des Fahrzeugs erhöht hat. Im Ergebnis hat das Landgericht aber zu Recht angenommen, dass die Beklagte der Klagepartei nach § 826 BGB haftet; der Anspruch ist nicht verjährt. Im Übrigen ist die Berufung der Beklagten unbegründet. Auch die zulässige Berufung der Klagepartei ist unbegründet.

31

Der Senat berücksichtigt bei seiner Entscheidung auch den ergänzenden Sachvortrag der Beklagten in den Schriftsätzen vom 08.09.2020/10.09.2020 (Bl. 538 ff., 558 ff. d.A.) und vom 05.01.2021, Bl. 591 ff. d.A., dem die Klagepartei mit Schriftsatz vom 08.01.2020 entgegengetreten ist. Auch erstinstanzlich hat sie sich wiederholt dazu geäußert, dass und warum ihrer Ansicht nach die Beklagte verantwortlich ist für den Einsatz der manipulativen Software in dem von ihr hergestellten Fahrzeug und dies in dem genannten Schriftsatz weiter vertieft. Zur Überzeugung des Senats ist jedoch auch auf der Basis des ergänzenden Vortrags der Beklagten zu den Arbeitsabläufen und der arbeitsteiligen Aufgabenverteilung zwischen der Beklagten und der VW-AG eine Haftung der Beklagten zu bejahen. Im Einzelnen:

32
1. In weiten Teilen kann bezüglich der Haftung der Beklagten nach § 826 BGB auf die grundsätzliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Bezug auf die Konzernmutter, die VW-AG, Bezug genommen werden, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19. Die dort getroffenen Aussagen zur Frage der Täuschung, der Sittenwidrigkeit, des Vorliegens eines Schadens, der Kausalität, der Verpflichtung zu einer sekundären Darlegungslast und Teilen der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen können auch auf vorliegende Fallgestaltung übertragen werden. Gründe, die Sach- und Rechtslage vorliegend anders zu beurteilen, sind nicht ersichtlich. Anders als die Beklagte meint, ist die Frage der sekundären Darlegungslast hier nicht abweichend zu beurteilen im Hinblick auf die von ihr geltend gemachte fehlende Schutzbedürftigkeit der Klagepartei wegen des Bestehens eines anderen Schuldners, nämlich der VW-AG. Die Reichweite der sekundären Darlegungslast unter dem Aspekt des fairen Verfahrens ist bezogen auf das konkrete Prozessrechtsverhältnis zu beurteilen; Dritte spielen dabei keine Rolle (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.02.2019, Az.: 1 BvR 2556/17, Rdnr. 12 f.).

33
Zentraler und höchstrichterlich noch nicht geklärter Streitpunkt des Verfahrens ist die Frage, ob für den unstreitigen Einsatz der „Umschaltlogik“ im Fahrzeug der Klagepartei auch die Beklagte deliktisch haftet oder nur die in diesem Verfahren nicht beteiligte VW-AG. Der Senat sieht eine Haftung der hiesigen Beklagten nach §§ 826, 31 BGB gegenüber der Klagepartei nicht allein aufgrund einer Zurechnung fremden Fehlverhaltens, sondern im Kern aufgrund eigenen deliktischen Handelns. Dies beruht auf dem von der Beklagten zu verantwortenden Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer manipulativen, auf Täuschung ausgerichteten unzulässigen Abschalteinrichtung.

34
a) Das Inverkehrbringen von Fahrzeugen mit einem Motor, der über eine nicht offen gelegte Abschalteinrichtung bzw. Umschaltlogik verfügt, stellt eine konkludente Täuschung der Klagepartei durch die Beklagte dar, weil die Käufer der bemakelten Fahrzeuge, gleichgültig, ob sie das Fahrzeug neu oder gebraucht erwarben, arglos davon ausgingen, 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 - wie dargelegt - zum Zeitpunkt des Kaufs eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007, weil der Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb gezielt durch den Einsatz einer entsprechenden Motorsteuerungssoftware reduziert worden ist. Die Technik war nicht nur zweifelsfrei unzulässig, sie diente vielmehr der gezielten Täuschung über die Einhaltung der zulässigen Abgaswerte. 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, vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19.

35
b) Durch diese Täuschung entstand der Klagepartei als Käuferin eines vom sog. Dieselabgasskandal betroffenen Fahrzeugs ein Schaden, der in dem Abschluss des Kaufvertrags als ungewollte Verbindlichkeit zu sehen ist. Dieser Schaden ist auch nicht durch das später durchgeführte Softwareupdate entfallen, vgl. BGH, Urteil vom 25.05.20, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 44 ff.

36

c) Der Schaden in Form des Kaufvertragsabschlusses wurde durch das Handeln der Beklagten verursacht. Die haftungsbegründende Kausalität zwischen schädigender Handlung der Beklagten und dem Eintritt des Schadens bei der Klagepartei ist zu bejahen, weil bereits die allgemeine Lebenserfahrung die Annahme rechtfertigt, dass ein Käufer, der ein Fahrzeug zur eigenen Nutzung erwirbt, bei der bestehenden Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung von dem Erwerb des Fahrzeugs abgesehen hätte, vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 51. Die erstinstanzlichen Feststellungen insoweit sind nicht zu beanstanden. Der Senat ist ferner aufgrund der Angaben des Klägers persönlich im Termin vor dem Senat am 18.01.2021 von der Kausalität überzeugt. Der Kläger hat die Motive seiner Kaufentscheidung schlüssig dargelegt, auf das Protokoll wird Bezug genommen (Bl. 668 ff. d.A.). Die Beklagte hat auf eine förmliche Einvernahme verzichtet.

37
d) Das Verhalten der Beklagten war sittenwidrig, auch wenn sie - anders als die VW-AG - den Motor EA 189 nicht (mit-)entwickelt hat.

38
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 (ständige Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 28.06.2016, Az.: VI ZR 536/15, vom 07.05.2019, Az.: VI ZR 512/17, zuletzt 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19).

39
Nicht nur das Verhalten der VW-AG, sondern auch der hiesigen Beklagten ist objektiv als sittenwidrig zu qualifizieren, weil auch die beklagte Audi AG auf der Grundlage einer strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse Fahrzeuge in den Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgaswerte auf dem Prüfstand nur mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung eingehalten wurden. Damit ging eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden einher und es bestand die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der betroffenen Fahrzeuge. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschalteinrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren, BGH, a.a.O. Rdnr. 16. Auch die hier beklagte Audi AG hat nach Überzeugung des Senats das an sich erlaubte Ziel der Gewinnerhöhung ausschließlich dadurch erreicht, dass sie auf der Grundlage einer strategischen Unternehmensentscheidung die zuständige EG-Typgenehmigungsbehörde und die für sie handelnden Technischen Dienste arglistig getäuscht hat. Die Einwände der Beklagten, dass das Emissions-Zulassungsverfahren durch die VW-AG erfolgt ist und die Beklagte nur die Rechnungen und beanstandungsfreien Prüfberichte erhalten hat, greifen nicht durch.

40
Die Beklagte als Herstellerin des hier streitgegenständlichen Fahrzeugs hat gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt als zuständiger EG-Typengenehmigungsbehörde in dem erforderlichen EG-Typengenehmigungsverfahren eine eigene falsche Erklärung dahingehend abgegeben, dass der Fahrzeugtyp genehmigungsfähig ist und mithin nicht über die tatsächlich bestehende unzulässige Abschalteinrichtung verfügt. Sie handelte dabei arglistig.

41
aa) Fahrzeuge dürfen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie einer amtlichen Genehmigung für das Gesamtfahrzeug entsprechen. Dabei ist für Personenkraftwagen die RL 2007/46/EG (RL 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge - Rahmenrichtlinie) maßgeblich. Diese enthält eine Vielzahl von Einzelvorschriften für die verschiedenen technischen Systeme und Bauteile der Fahrzeuge. Die an die Abgasemissionen der Fahrzeuge zu stellenden Anforderungen regelt die VO (EG) 715/2007 (Euro 5 und 6 - Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von

Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge) und die dazu erlassene Durchführungsverordnung (EG) Nr. 692/2008 (Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission vom 18. Juli 2008 zur Durchführung und Änderung der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge). Diese Vorgaben sind in nationales Recht umgesetzt, soweit erforderlich, durch die EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (EG-FGV - Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge). Aber auch vor Inkrafttreten der genannten Normen war zur Zulassung eine EG-Typengenehmigung erforderlich, und zwar auf der Grundlage der RL 70/156/EWG (RL 70/156/EWG des Rates vom 6. Februar 1970 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Betriebserlaubnis für Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger), geändert durch die RL 2001/116/EG (RL 2001/116/EG der Kommission vom 20. Dezember 2001 zur Anpassung der RL 70/156/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Betriebserlaubnis für Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger an den technischen Fortschritt). Die Anforderungen im Hinblick auf die Abgase regelte hierzu ergänzend die RL 70/220/EWG (RL 70/220/EWG des Rates vom 20. März 1970 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Maßnahmen gegen die Verunreinigung der Luft durch Abgase von Kraftfahrzeugmotoren mit Fremdzündung), geändert durch die RL 98/69/EG (Euro 4 - RL 98/69/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über Maßnahmen gegen die Verunreinigung der Luft durch Emissionen von Kraftfahrzeugen und zu Änderung der RL 70/220/EWG des Rates). Diese Vorgaben waren im nationalen Recht umgesetzt in der Verordnung über die EG-Typengenehmigung für Fahrzeuge und Fahrzeugteile (EG-TypV).

42
Zuständige nationale Genehmigungsbehörde ist das Kraftfahrtbundesamt, § 2 Abs. 1 EG-FGV. Verantwortlich für die Beantragung der EG-Typengenehmigung für das Gesamtfahrzeug in Bezug auf einen Fahrzeugtyp ist der Hersteller, hier die Beklagte, § 3 Abs. 5 S. 1 EG-FGV.

43
bb) Zur Überzeugung des Senats hat die Beklagte mit dem Antrag auf EG-Typengenehmigung gleichzeitig konkludent erklärt, dass der Fahrzeugtyp den materiell-rechtlichen Genehmigungsanforderungen genügt, mithin die vorgeschriebenen Grenzwerte auf dem Prüfstand gerade nicht nur mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung eingehalten werden, § 4 Abs. 4 EG-FGV i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Buchst. a i.V.m. Anhang IV Teil I Nr. 2a der RL 2007/46/EG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 und Abs. 2 VO (EG) 715/2007.

44
Zum einen lässt sich dem Anhang III Teil I Ziffer 3 zu Richtline 2007/46/EG entnehmen, dass bei der Antragstellung auch zur Antriebsmaschine eine ausführliche Beschreibung jedenfalls des Systems zu erfolgen hat. Diese Beschreibungsbögen waren zu unterzeichnen und mit Datum sowie Dienststellung des Unterzeichners zu versehen (siehe am Ende [nach dortigem Teil III] der eben genannten Fundstelle).

45
Zum anderen lassen die europäischen Bestimmungen - anders als die Beklagte meint - schon nach Wortlaut, Sinn und Zweck keinen Raum für die von der Beklagten vorgenommene Auslegung, der Antrag auf Erteilung der Typengenehmigung habe nur den Erklärungswert, dass das Fahrzeug die vorgeschriebenen Abgaswerte in den Testprüfstandsverfahren einhalte und umfasse gerade nicht die Erklärung, dass keine unzulässigen Abschalteinrichtungen vorliegen. Zwar hat der europäische Gesetzgeber die Anforderungen im Laufe der Zeit weiter verschärft und stellt nunmehr das Abgasverhalten im realen Betrieb in den Vordergrund. Gleichwohl war schon nach der bis dahin geltenden Rechtslage klargestellt, dass Abschalteinrichtungen grundsätzlich unzulässig sind, mithin Grenzwerte in den vorgeschriebenen Testverfahren gerade nicht allein wegen einer solchen Abschalteinrichtung eingehalten werden dürfen. Ausgangspunkt der europäischen Rechtssetzung bereits in den 1970er Jahren war die Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Gemeinsamen Marktes; unter anderem die deutschen Bestimmungen in der Straßenverkehrszulassungsordnung zu Maßnahmen gegen die Verunreinigung der Luft durch Kraftfahrzeugmotoren gaben den Anstoß (Erwägungsgründe der Richtlinien 70/156/EWG und 70/220/EWG). Mit dem ersten Aktionsprogramm der EG für den Umweltschutz, das

bereits 1973 vom Rat gebilligt wurde, wurde dazu aufgerufen, den neuesten wissenschaftlichen Fortschritten bei der Bekämpfung der Luftverschmutzung durch Abgase von Fahrzeugen Rechnung zu tragen und das bereits bestehende europäische Recht entsprechend anzupassen (Erwägungsgrund Nr. 2 der RL 98/69/EG). Seither und bis heute ist das Ziel der Verbesserung der Luftqualität durch Verringerung von Abgasen mittels Verschärfung von Emissionsvorschriften - unter anderem Stickoxidemissionen - fortwährend Teil der Agenda der europäischen Rechtsetzung (Erwägungsgründe Nr. 3, 4, 5, 11, 12 RL 98/69/EG, Erwägungsgründe 4, 5, 6 Verordnung (EG) 715/2007). Ziel der Maßnahmen ist die Eindämmung der Luftverschmutzung und damit die Reduktion der Emissionen bei normalem Fahrzeugbetrieb und -gebrauch. Bereits mit der RL 98/69/EG, d.h. schon Ende der 1990er Jahre, sah sich der Europäische Gesetzgeber gezwungen, Abschalteinrichtungen für emissionsmindernde Einrichtungen zu begrenzen und nur dann nicht als solche zu werten, wenn sie u.a. zum Motorschutz notwendig sind (Art. 1 Nr. 2 i.V.m. Anhang zur Änderung der Anhänge der RL 70/220/EWG - Anhang I, dort Nr. 4 der RL 98/69/EG). Im Rahmen der VO (EG) 715/2007 fand dies seinen Niederschlag in Art. 5: Art. 5 Abs. 1 verpflichtet den Hersteller, dass das Fahrzeug so auszurüsten ist, dass die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussenden Bauteile so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Gemeint sind damit die realen Betriebsbedingungen, die sich unter Umständen im Labor nicht vollständig nachbilden lassen. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 (so auch bereits Art. 1 Nr. 2 i.V.m. Anhang zur Änderung der Anhänge der RL 70/220/EWG - Anhang I, dort Nr. 4 der RL 98/69/EG) definiert „Abschalteinrichtungen“ als ein Konstruktionsteil, das bestimmte Parameter ermittelt, um die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, zu verringern. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 bestimmt, dass die Verwendung solcher Abschalteinrichtungen grundsätzlich unzulässig ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Beklagten zitierten Erwägungsgrund Nr. 5 der VO (EU) 2016/646 (Verordnung (EU) 2016/646 der Kommission vom 20. April 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 6)). Dieser lautet: „‘Abschalteinrichtungen‘ im Sinne von Artikel 3 Absatz 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zur Verringerung der Emissionsminderungsleistung sind verboten. Die jüngsten Ereignisse haben deutlich gemacht, dass die Durchsetzung von Rechtsvorschriften in dieser Hinsicht verstärkt werden muss. Daher ist es angemessen, eine bessere Überwachung der vom Hersteller bei der Typgenehmigung angewandten Emissionsminderungsstrategie zu verlangen, gemäß den Grundsätzen, die nach der Verordnung (EG) Nr. 595/2009 und ihren Durchführungsbestimmungen bereits für schwere Nutzfahrzeuge gelten (Euro 6).“ Nach dem klaren Wortlaut steht das Verbot außer Frage, lediglich seine Durchsetzung soll verstärkt werden.

46
Schließlich lassen die europäischen Vorgaben keinen Zweifel an der umfassenden Verantwortlichkeit des Herstellers im Typengenehmigungsverfahren, derer die Beklagte sich als weltweit tätiger, großer Motoren- und Automobilhersteller zur Überzeugung des Senats bewusst war: Art. 3 Nr. 27 RL 2007/46/EG (früher ähnlich bereits in Art. 2 RL 70/156/EWG) definiert den Hersteller als die „Person oder Stelle, die gegenüber der Genehmigungsbehörde für alle Belange des Typengenehmigungsverfahrens- oder … verantwortlich ist. Die Person oder Stelle muss nicht notwendigerweise an allen Stufen der Herstellung des Fahrzeugs, des Systems, des Bauteils oder der selbständigen technischen Einheit, das bzw. die Gegenstand des Genehmigungsverfahrens ist, unmittelbar beteiligt sein.“ Dies wird unter der Überschrift „Pflichten des Herstellers“ in Art. 5 Abs. 1 RL 2007/46/EG wiederholt. Nach Art. 4 „Pflichten des Herstellers“ der VO (EG) 715/2007 bzw. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 6 VO (EG) 692/2008 „weist (der Hersteller) nach“, dass alle von ihm verantworteten Neufahrzeuge über eine Typengenehmigung verfügen, die Grenzwerte eingehalten werden und die Fahrzeuge den ausführlichen Prüfanforderungen entsprechen, bzw. er „gewährleistet, dass die bei der Emissionsprüfung ermittelten Werte unter den in dieser Verordnung angegebenen Prüfbedingungen den geltenden Grenzwert nicht überschreiten.“ (Anm.: Hervorhebungen durch den Senat). Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 verpflichtet den Hersteller, dass das Fahrzeug so auszurüsten ist, dass die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussenden Bauteile so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Art. 5 Abs. 2 legt die grundsätzliche Unzulässigkeit von Abschalteinrichtungen fest.

47

cc) Diese eigene und falsche Erklärung der Beklagten gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt als zuständiger EG-Genehmigungsbehörde ist der Beklagten als arglistige Täuschung vorwerfbar. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass allein die VW-AG Pflichten verletzt hätte, was ihr verborgen geblieben sei und ihr nicht zurechenbar sei, obwohl vorgetragen wird, dass die VW-AG im Auftrag der Audi AG gehandelt hat.

(1) Der Beklagten ist vorzuwerfen, dass die Abgabe einer eigenen Erklärung gegenüber der EG-Typgenehmigungsbehörde die Verpflichtung einschloss, den Motor eigenständig auf Funktionsmäßigkeit und Gesetzesmäßigkeit zu überprüfen, weil - wie ausgeführt - mit dem Antrag auf Erteilung einer EG-Typgenehmigung zumindest konkludent erklärt wird, dass das Fahrzeug die gesetzlichen Vorschriften einhält, insbesondere über keine unzulässige Abschalteinrichtung verfügt, und der Hersteller im EG-Typengenehmigungsverfahren umfassend verantwortlich ist.

48
Juristische Personen sind verpflichtet, den Gesamtbereich ihrer Tätigkeit so zu organisieren, dass für alle wichtigen Aufgabengebiete, hier dem Inverkehrbringen der Fahrzeuge, ein verfassungsmäßiger Vertreter zuständig sein muss, der die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft, vgl. BGH, Urteil vom 08.07.1980, Az.: VI ZR 158/78, Rdnr. 61 ff. Die Beklagte kann damit einen so elementaren Teilbereich wie das Emissions-Typgenehmigungsverfahren nicht auf die Konzernmutter übertragen und sich so einer Haftung entziehen. Sie muss sich dann das Wissen der VW-AG von der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Denn die Beklagte schildert selbst, dass die VW-AG in ihrem Auftrag im behördlichen Verfahren tätig geworden ist, mithin eine rechtsgeschäftliche Handlung des Vertreters vorliegt, vgl. Art. 3 Nr. 28 RL 2007/46/EG. Wer sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr bei der Abgabe von Willenserklärungen, hier dem Antrag auf Erteilung einer EG-Typgenehmigung, eines Vertreters bedient, muss es im schutzwürdigen Interesse des Adressaten hinnehmen, dass ihm die Kenntnis des Vertreters als eigene zugerechnet wird. Oder anders ausgedrückt, wer sich zur Erledigung eigener Angelegenheiten Dritter bedient, muss sich deren Wissen zurechnen lassen, vgl. BeckOK, BGB Hau/Poseck, 55. Edition, Stand 01.08.2020, Rdnr. 1 zu § 166 BGB.

49
Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass im Zulassungsverfahren die Emissionsgrenzwerte nur auf dem Rollenprüfstand geprüft werden und ihr es nicht möglich gewesen wäre, Prüfungen im realen Fahrbetrieb vorzunehmen bzw. es damals kein Prüfverfahren gab, mit dem das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen hätte ermittelt werden können. Unabhängig von den zur Verfügung stehenden Überprüfungsmöglichkeiten hätte die Beklagte jedenfalls bei der VW-AG nachfragen können - und müssen, wie die Motorsteuerungssoftware programmiert ist, damit die vorgeschriebenen Grenzwerte eingehalten werden können. Die Beklagte hätte sich auch ohne Weiteres von der Konzernmutter die entsprechenden Unterlagen geben lassen können. Insoweit wird nicht vorgetragen, dass man dies versucht hätte, aber von Seiten der Konzernmutter dies abgelehnt worden sei oder dass man solche Unterlagen bekommen hätte, die aber geschönt gewesen seien. Selbst das von der Beklagten vorgelegte Rechtsgutachten von Prof. Dr. G. geht auf S. 23 davon aus, dass „die Möglichkeit der Aufdeckung der Abschalteinrichtung durch die AUDIeigene Entwicklungsabteilung - vermittels einer grundlegenden Prüfung der Software bzw. einer Neuentwicklung von Testverfahren - nicht vollständig ausgeschlossen werden kann…“.

50
Zum Zeitpunkt der Entwicklung und des Einbaus des streitgegenständlichen Motors war das Spannungsverhältnis zwischen kostengünstiger Produktion und Begrenzung der Stickoxidemissionen - notwendig wegen der strengen EU-Vorgaben - außerdem allgemein bekannt, was die Beklagte - die selbst aufgrund ihrer eigenen Entwicklung und Herstellung von u.a. Dieselmotoren sachkundig ist - zum Anlass für eine genaue Prüfung hätte nehmen müssen, als aus Sicht der für die Motorenentwicklung zuständigen Konzernmutter die Auflösung dieses Konflikts angeblich gelungen war. Zudem stand bereits zum Zeitpunkt der Entwicklung des streitgegenständlichen Motors, dem der Einbau durch die Beklagte folgte, die Problematik der Verwendung von Abschalteinrichtungen lange und fortwährend auf der Agenda des europäischen Gesetzgebers (auf die vorstehenden Ausführungen wird Bezug genommen), was der Beklagten als weltweit tätiger (Diesel-)Motoren- und Fahrzeughersteller zur Überzeugung des Senats bekannt war.

51

(2) Aber auch unabhängig hiervon ist der Senat davon überzeugt, dass eine entsprechende Kenntnis von der Funktionsweise der Software bei der Beklagten vorhanden war.

52
Die Beklagte schildert, dass die grundsätzliche Entscheidung in Bezug auf die Verwendung des Motors EA 189 in den Jahren 2005/2006 von dem Produkt-Strategie-Komitee getroffen worden ist, dem auch Vorstandsmitglieder angehört haben. Dass das vorgenannte Komitee der Beklagten keine Kenntnis von den Details des Motors - das Herzstück eines Autos, und eben nicht nur ein Zuliefererteil wie jedes andere - gehabt hat, dessen serienmäßiger Einsatz ab 2007 beschlossen worden ist, hält der Senat nicht für plausibel. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Einsatz des Motors in einer großen Vielzahl von Fahrzeugen angeordnet wird, die beteiligten Vorstandsmitglieder sich bei dieser Entscheidung, die die Beklagte selbst als „Meilenstein“ bezeichnet, - trotz der im Raum stehenden auch persönlichen Haftungsrisiken - nicht darüber informieren, welche Eigenschaften der Motor hat und wie es gelingt, den bekannten Zielkonflikt zwischen kostengünstiger Produktion und strengen EU-Vorgaben zu Stickoxidwerten zu lösen.

53
Die Beklagte trägt hier aber nicht einmal vor, welche Vorstandsmitglieder dem Produkt-Strategie-Komitee angehört haben, ob diese in Bezug auf ihren Kenntnisstand befragt worden sind und was gegebenenfalls die Antwort war. Der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast ist die Beklagte hier damit nicht in ausreichendem Maß nachgekommen. Die Kenntnis gilt damit als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO. Dies gilt vorliegend umso mehr, als der Senat auf die Notwendigkeit zum weiteren Vortrag im Rahmen der sekundären Darlegungslast vorab hingewiesen hat (Verfügung vom 10.06.2020, Bl. 481 f. d.A.).

54
Ergänzend untermauert wird dies durch folgende von der Klagepartei vorgetragene Aspekte: Die Klagepartei hat in erster Instanz unbestritten vorgetragen, dass von der Beklagten selbst entwickelte V6-Diesel-Motoren über unerlaubte Abschalteinrichtungen verfügen (Schriftsatz vom 03.06.2019, S. 10 f. = Bl. 167 ff. d.A.). Zwar beruft sich die Beklagte darauf, dass es sich dabei um andere Motoren (V-Sechszylinder mit 3 Litern im Gegensatz zum hiesigen EA 189-Motor mit 2,0 Litern) handelt (Schriftsatz vom 17.07.2019, S. 3 = Bl. 262 ff. d.A.). Es handelt sich aber jedenfalls um Dieselmotoren, für die auch einheitliche gesetzliche Stickoxidgrenzwerte gelten (vgl. Anhang I zu VO (EG) 715/2007 - Fahrzeugklasse M). Auch die Behauptung, die B. GmbH sei bereits im Jahr 2004 von der Beklagten mit der Entwicklung des Motorsteuerungsgerätes EDC17 beauftragt worden, das später eine illegale Softwarefunktion zur Erkennung von Testzyklen unter der Bezeichnung „Akustikfunktion“ enthielt (Schriftsatz vom 03.06.2019, S. 2 f. = Bl. 167 ff. d.A.)., wurde erstinstanzlich lediglich dahingehend bestritten, dass das Motorsteuerungsgerät EDC17 „unter der Führung von Martin Winterkorn“ weiterentwickelt worden sei (Schriftsatz vom 17.07.2019, S. 3 = Bl. 262 ff. d.A.).

55
dd) Auch die Käufer von Fahrzeugen der hiesigen Beklagten vertrauten darauf, dass die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden und wurden darin arglistig getäuscht. Die Sittenwidrigkeit des Handelns ergibt sich aus dem nach Ausmaß und Vorgehen besonders verwerflichen Charakter der Täuschung von Kunden, der Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes unter Inkaufnahme nicht nur der Schädigung der Käufer, sondern auch der Umwelt allein im Profitinteresse.

56
e) Die subjektiven Voraussetzungen der Haftung nach § 826 BGB sind ebenfalls erfüllt. In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB einen Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Kausalität des eigenen Verhaltens für den Eintritt des Schadens und der das Sittenwidrigkeitsurteil begründenden tatsächlichen Umstände voraus. Der Schädigungsvorsatz enthält ein Wissens- und Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchsstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben und mindestens mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben, BGH, Urteil vom 28.06.2016, Az.: VI ZR 536/15.

57
Die Haftung einer juristischen Person nach § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB setzt zudem voraus, dass ihr „verfassungsmäßig berufender Vertreter“ den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente müssen dabei kumuliert bei einem solchen Vertreter vorliegen, der auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat, eine mosaikartige Zusammensetzung der

kognitiven Elemente bei verschiedenen Personen ist hingegen nicht zulässig, vgl. BGH, Urteil vom 18.07.2019, Az.: VI ZR 536/15. Darauf weist zutreffend auch das von der Beklagten vorgelegte Rechtsgutachten hin, S. 15.

58
Der Senat geht nicht davon aus, dass eine Wissenszurechnung im Konzern die Haftung der Beklagten begründet. Der Umstand, dass die beteiligten Gesellschaften in einem Konzern verbunden sind, genügt nämlich für sich genommen nicht, um eine Wissenszurechnung zu begründen, vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1989, Az.: IV a ZR 177/88, Rdnr. 14, OLG Stuttgart, Urteil vom 04.09.2019, Az.: 13 U 136/18, Müko-BGB, 7. Auflage 2018, § 166 Rdnr. 61.

59
Die Haftung der Beklagten beruht vielmehr - wie schon ausgeführt - auf ihrem eigenen deliktischen Handeln, dem von ihr zu verantwortenden Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

60
Im Hinblick auf den Vortrag insbesondere im Schriftsatz vom 05.01.2021 ist die Beklagte der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast in größerem Umfang als bisher nachgekommen, weil sie zur Organisationsstruktur, der Arbeitsorganisation, den damaligen internen Zuständigkeiten, den Berichtspflichten und den von ihr veranlassten Ermittlungen näher vorgetragen hat. Die Beklagte argumentiert allerdings damit, dass schon keine belastbaren Anhaltspunkte für eine Kenntnis der Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinn oder von potentiellen Repräsentanten bestünden, weshalb ein vertieftes Vorgehen nicht angezeigt sei und keine Verpflichtung zu weiteren Aufklärungsmaßnahmen von Seiten des Aufsichtsrats bestehe. Dies teilt der Senat in Bezug auf die Vorstandsmitglieder, die in dem Produkt-Strategie-Komitee mitgewirkt haben, aus nachfolgenden Gründen nicht:

61
Zur Produktion erklärt die Beklagte nunmehr, dass bereits in den Jahren 2005/2006 vom Produkt-Strategie-Komitee, dem auch nicht namentlich benannte Vorstandsmitglieder angehört haben, die grundsätzliche Entscheidung getroffen worden ist, dass in bestimmten Fahrzeugen der Beklagten der von der Konzernmutter entwickelte Motor vom Typ EA 189 eingebaut wird, was letztlich ab 2007 zu einem serienmäßigen Einsatz geführt hat. Die Beklagte behauptet dazu weiter, dass weder Organe noch Repräsentanten, nicht einmal Werksmitarbeiter der Beklagten Kenntnis von den Details des Motors, insbesondere der Software gehabt hätten, weil diese verschlossen und verriegelt war und so vom Konzernserver in der Fertigung aufgespielt worden ist. Dies hält der Senat - wie oben bereits ausgeführt - nicht für plausibel. Es ist nicht nachvollziehbar, dass das oben genannte Komitee, dem auch ein Organ der Beklagten angehört hat, den Einsatz eines Motors in eigenen Fahrzeugen befürwortet, sich aber keine Gedanken darüber macht, wie der Motor funktioniert, welche Eigenschaften er hat und wie es gelingt, die entsprechenden Stickoxidgrenzwerte einzuhalten. Bei dem Motor handelt es sich um das Kernstück des Fahrzeugs und bei der Verwendung um eine grundlegende, eine Vielzahl von Fahrzeugen betreffende Strategieentscheidung, die mit erheblichen persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden ist. Da die Beklagte auch selbst Dieselmotoren entwickelt und die Frage, wie die gesetzlichen Grenzwerte technisch und wirtschaftlich kostengünstig eingehalten werden können, unter Kfz-Herstellern zu der damaligen Zeit ein Hauptthema war, kann nicht nachvollzogen werden, dass die Beklagte kein Interesse daran hatte zu wissen, wie es der Mutterkonzern geschafft hat, die strengen Grenzwerte einzuhalten. Es scheint ausgeschlossen, dass die Beklagte den von der Konzernmutter entwickelten Motor ohne eigene Prüfung und Kenntnis der wesentlichen Merkmale „blind“ in ihre eigenen Fahrzeuge eingebaut hat. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass im Unternehmen der Beklagten mindestens ein handelnder Repräsentant an der Entscheidung über die Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung beteiligt war. Dies folgt schon aus der Tragweite der Entscheidung, aber auch aus den gesamten Umständen.

62
Deshalb kann auch vorliegend - entgegen den Ausführungen im Rechtsgutachten Grigoleit, Seite 17 ff. - in Bezug auf die Frage der personalen Anknüpfung - wie es der BGH in dem Urteil vom 25.05.2020 getan hat - auf die bewusste Beteiligung eines Organmitglieds an der grundlegenden strategischen Entscheidung abgestellt werden.

63

Die Beklagte kann sich nicht darauf zurückziehen, dass sie den Motor samt Software nur als externes Produkt von der VW-AG zugekauft hat und dieser vertrauen durfte. Der Bundesgerichtshof hat in der von der Beklagten zitierten Entscheidung vom 03.06.1975, Az.: VI ZR 192/73, ausgeführt, dass einem Unternehmer, der für die von ihm hergestellten Geräte vorgefertigte Einbauteile verwendet, grundsätzlich die Sorgfaltspflichten eines Herstellers obliegen. Davon kann es zwar Ausnahmen geben, wovon hier allerdings schon wegen der Bedeutung des Motors für das Fahrzeug keine Rede sein kann. Der Motor eines Fahrzeugs ist eben nicht bloß ein Zuliefererteil wie jedes andere. Die Beklagte durfte sich vorliegend nicht allein auf die fachliche Betriebserfahrung ihrer Konzernmutter und deren durchgeführte Prüfungen verlassen. Sie hätte vielmehr die konkreten Eigenschaften bei der VW-AG erfragen müssen und sich selbst von der mangelfreien Beschaffenheit des Motors im Hinblick auf ihre eigene Verantwortlichkeit im EG-Typgenehmigungsverfahren überzeugen müssen. Der Auffassung von Prof. Dr. G. auf Seite 22 ff. des Gutachtens folgt der Senat aus den obigen Gründen, letztlich wegen der abweichenden Wertung des Sachverhalts, nicht.

64
Was das Zulassungsverfahren betrifft, zu dem die Beklagte vorträgt, dass hier in Bezug auf den Motor nur Mitarbeiter der VW-AG gehandelt hätten, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Die Beklagte hat gegenüber der EG-Typgenehmigungsbehörde eine eigene Erklärung abgegeben und zumindest konkludent erklärt, dass die dem Technischen Dienst von der VW-AG vorgestellten Fahrzeuge keine unzulässigen Abschalteinrichtungen enthalten und den Gesetzen entsprechen. Da dies tatsächlich nicht zutraf, ist das Verhalten der Beklagten als vorsätzlich zu bewerten, weil die Folgen des Handelns bewusst in Kauf genommen worden sind. Selbst wenn man dies nicht so sehen wollte, hält der Senat aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte sich im Hinblick auf das Emissions-Typengenehmigungsverfahren vollständig und ohne weitere Kontrolle auf die Konzernmutter verlassen hat, eine Zurechnung des bei der WV-AG zweifelsfrei vorhandenen Täuschungs- und Schädigungsvorsatzes entsprechend § 31 BGB für gerechtfertigt.

65
f) Auf der Basis der getroffenen Feststellungen ist damit von einem Schädigungsvorsatz der handelnden Personen auszugehen, die von den sittenwidrigen, strategischen Unternehmensentscheidungen Kenntnis hatten. Nicht nur der objektive Tatbestand, sondern auch sämtliche für den Vorsatz nach § 826 BGB erforderlichen Wissens- und Wollenselemente sind damit bei den entsprechenden Entscheidungsträgern verwirklicht. Vorstandsmitglieder oder Repräsentanten, die in eigener oder zurechenbarer Kenntnis der Funktionsweise der Software ihren serienmäßigen Einsatz in Motoren anordnen oder nicht unterbinden, billigen ihn auch und sind sich der Schädigung der späteren Fahrzeugerwerber bewusst.

66
2. Die Beklagte hat gemäß §§ 826, 31, 249 ff. BGB der Klagepartei sämtliche aus der sittenwidrigen Schädigung resultierenden Schäden zu ersetzen. Die Klagepartei kann damit den von ihr aufgewendeten Kaufpreis zurückverlangen Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs. Sie muss sich aber dasjenige anrechnen lassen, was ihr durch das schädigende Ereignis zugeflossen ist. Die Berufung der Klagepartei insoweit ist unbegründet.

67
Dass die Grundsätze der Vorteilsausgleichung auch bei einem Anspruch aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB anzuwenden sind, hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, ausdrücklich bestätigt, Rdnr. 66 ff. Er hat auch ausgeführt, dass dem weder die Wertungen des nationalen Rechts noch europarechtliche Normen entgegenstehen. Der Senat nimmt auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs Bezug, a.a.O., Rdnr. 73 ff. Geklärt ist mit dieser Entscheidung weiter, dass eine lineare Berechnungsweise nach der Formel Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer / Gesamt- bzw. Restlaufleistung - wie vom Landgericht durchgeführt - keinen rechtlichen Bedenken unterliegt und die Höhe der gezogenen Vorteile nach § 287 ZPO geschätzt werden kann.

68
Vorliegend hatte das Fahrzeug beim Erwerb durch die Klagepartei einen Kilometerstand von 5.940 km. Zum Zeitpunkt der Verhandlung vor dem Senat hatte das Fahrzeug einen Kilometerstand von - unstreitig - 238.234 km. Unter Zugrundelegung des Kaufpreises von 39.700 € und einer Gesamtlaufleistung von

300.000 km ergibt sich damit eine Nutzungsentschädigung für die gefahrenen Kilometer in Höhe von 31361,19 €. Es verbleibt somit ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 8.338,81 €.

69
Die im Rahmen der Berechnung anzusetzende zu erwartende Gesamtlaufleistung schätzt der Senat - wie das Landgericht - im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens gemäß § 287 ZPO auf 300.000 km, da von einer durchschnittlichen Laufleistung des hier verbauten Dieselmotors 2.0 TDI, 130 kw (177 PS), Euro 5, auszugehen ist. Die Schätzung bewegt sich innerhalb der Bandbreite von 200.000 bis 300.000 km, die vom Bundesgerichtshof in verschiedenen Entscheidungen gebilligt wurde, vgl. Urteile vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 354/19, 20.07.2020, Az.: VI ZR 397/19 und 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19. Dass es vereinzelt Fahrzeuge gibt, die eine höhere Laufleistung erreichen, ändert an der hier vorgenommenen Schätzung nichts. Zum einen stellt die Rechtsprechung bei der Beurteilung der voraussichtlichen Gesamtlaufleistung nicht auf die maximal von einzelnen Fahrzeugen des fraglichen Typs erreichte Laufleistung ab, sondern darauf, mit welcher Laufleistung in der Regel zu rechnen ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 82, zitiert nach Juris). Zum anderen verlangt die Rechtsprechung im Rahmen des § 287 ZPO gerade keine exakten Ermittlungen aller Faktoren, vielmehr hat sich der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 287 ZPO dafür entschieden, auf das Erfordernis des Strengbeweises bei der Feststellung der Schadenshöhe zu verzichten. Es ist in diesem Bereich dem Tatrichter erlaubt, Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen anzustellen und zu Schätzungen zu greifen. Dabei wird in Kauf genommen, dass die richterliche Schätzung von dem Ergebnis abweichen kann, das sich bei Durchführung einer Beweisaufnahme ergeben würde.

70
Auch greifen die von der Beklagten in zweiter Instanz (siehe dagegen noch in erster Instanz Schriftsatz vom 14.05.2019, S. 74 = Bl. 89 ff. d.A.) vorgebrachten Argumente gegen eine lineare Berechnung nicht durch. Aus der höchstrichterlich erfolgten Billigung der linearen Berechnungsmethode (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 80, zitiert nach Juris) folgt zwar nicht zwingend, dass andere Berechnungsmethoden unzulässig wären, weil dem Tatrichter nach § 287 ZPO ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird. Die Problematik, dass eine Sache, insbesondere ein Fahrzeug, zu Beginn der Nutzung überproportional an Wert verliert, ist nicht neu. Dennoch entspricht es seit Jahrzehnten der gefestigten Rechtsprechung, dass die Vorteile bei Nutzung einer Sache linear berechnet werden. Gegen den von der Beklagten angestrebten degressiven Ansatz spricht weiter, dass Gebrauchsvorteil und Wertverlust nicht gleichzusetzen sind. Während der Wertverlust eines Fahrzeugs degressiv verläuft, wird der im Fahrzeug steckende Gebrauchswert linear aufgezehrt. Es wäre nicht systemgerecht, den Käufer eines Neuwagens an dem erhöhten Anfangsverlust des Fahrzeugs zu beteiligen, denn zur Überzeugung des Senats besteht kein relevanter Nutzungsvorteil bei der Nutzung eines Neuwagens im Vergleich zur Nutzung eines Gebrauchtwagens.

71
3. Der Anspruch der Klagepartei ist auch nicht verjährt.

72
Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Der Anspruch ist nicht verjährt. Die Klagepartei hat nicht bereits im Jahr 2015, sondern erst im Jahr 2016 Kenntnis von der Betroffenheit ihres Fahrzeugs erlangt. Die Unkenntnis im Jahr 2015 war auch nicht grob fahrlässig. Im Einzelnen:

73
a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorhanden, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB stellt nur auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände ab, mithin des Lebenssachverhalts, der die Grundlage des Anspruchs bildet. Dabei ist weder notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können. Die erforderliche Kenntnis ist vielmehr bereits vorhanden, wenn die dem Geschädigten bekannten Tatsachen

ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners als naheliegend erscheinen zu lassen. Es muss dem Geschädigten lediglich zumutbar sein, aufgrund dessen, was ihm hinsichtlich des tatsächlichen Geschehensablaufs bekannt ist, Klage zu erheben, wenn auch mit dem verbleibenden Prozessrisiko, insbesondere hinsichtlich der Nachweisbarkeit von Schadensersatz auslösenden Umständen. Die dreijährige Verjährungsfrist gibt dem Geschädigten dann noch hinreichende Möglichkeiten, sich für das weitere Vorgehen noch sicherere Grundlagen, insbesondere zur Beweisbarkeit seines Vorbringens, zu verschaffen (BGH, Urteil vom 17.12.2020, Az.: VI ZR 739/20).

74
Aus der Regelung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, die nur auf die Kenntnis der den Anspruch begründenden tatsächlichen Umstände abstellt, ergibt sich, dass das Risiko der fehlerhaften rechtlichen Bewertung eines Sachverhalts vom Gesetz grundsätzlich dem Anspruchsinhaber auferlegt wird. Nicht erforderlich ist also in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht.

75
Im vorliegenden Fall fehlt es an einer Kenntnis der Klagepartei im Jahr 2015.

76
Die Beklagte hat konkret zu den Umständen vorgetragen, wegen derer sie die Kenntnis der Klagepartei im Jahr 2015 behauptet. Die Klagepartei trifft daher eine sekundäre Darlegungslast bezüglich des Zeitpunkts der Kenntniserlangung. Die Annahme einer sekundären Darlegungslast setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass die nähere Darlegung dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 18.01.2018, Az.: I ZR 150/15). Dies ist hier in Bezug auf die Kenntnis des Klägers der Fall. Der Beklagten ist es nicht möglich, hierzu nähere Angaben zu machen.

77
Vorliegend hat der Kläger jedoch im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat in der mündlichen Verhandlung vom 18.01.2021 (Protokoll Bl. 668 ff d.A) dargelegt, dass er im Jahr 2015 noch keine Kenntnis von der Betroffenheit seines Fahrzeugs gehabt hat. Die Beklagte hat auf eine förmliche Einvernahme verzichtet. Der Kläger hat dargelegt, er habe zwar 2015 von den Problemen von VW gehört. Er habe aber im Jahr 2015 nicht gedacht, dass auch Audi betroffen sein könnte. Er habe nicht im Internet recherchiert, sondern sich im Jahr 2016 an seine Werkstatt, eine sog. freie Werkstatt, gewendet und dort nachgefragt, ob sein Wagen vom Abgasskandal betroffen sei. Diese habe ihn dann entsprechend informiert. Hierzu konnte der Kläger eine Rechnung seiner Werkstatt vom 14.07.2016 vorlegen, in der auf die Notwendigkeit zum Softwareupdate hingewiesen wurde. Er sei von Audi wegen der Notwendigkeit eines Softwareupdates angeschrieben worden, weshalb er sich eine Audi-Vertragswerkstatt gesucht habe, bei der er schließlich im November 2016 das Softwareupdate habe durchführen lassen. Erkennbar war ferner der Vertrauensvorschuss, den er der Marke Audi entgegenbrachte: Er habe bis zum Erwerb des streitgegenständlichen Wagens das Vorgängermodell gefahren, und zwar bis zu einer Gesamtlaufleistung von 460.000 km. Es ist daher plausibel, dass er die Problematik des Abgasskandals zunächst als auf die Kernmarke VW beschränkt ansah. Damit ist der Beklagten der Nachweis der Kenntnis des Klägers noch im Jahr 2015 nicht gelungen.

78
b) Die Klagepartei handelte auch nicht in grob fahrlässiger Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

79
Aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.12.2020 ergibt sich nichts zu der Frage, ob/wann in den Abgasfällen eine grob fahrlässige Unkenntnis zu bejahen ist. Der Senat teilt insoweit nicht die teilweise vertretene Auffassung, dass der Verjährungsbeginn regelmäßig mit dem unstreitigen Zeitpunkt des allgemeinen Bekanntwerdens des „Dieselskandals“ übereinstimmt, weil über die der Beklagten vorgeworfene Täuschung ab Herbst 2015 umfassend in sämtlichen Medien berichtet wurde und damit einem in Deutschland lebenden Kunden des Konzerns jedenfalls grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB vorzuwerfen wäre.

80

Grobe Fahrlässigkeit i.S.v. § 199 Abs. 1 BGB setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können. Nach gefestigter Rechtsprechung besteht für den Gläubiger keine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist Initiative zur Klärung von Schadenshergang oder Person des Schädigers zu entfalten. Diese Rechtslage entspricht der Regelung in § 932 Abs. 2 BGB, die ebenso wie § 199 Abs. 1 BGB an die grob fahrlässige Unkenntnis einer Partei anknüpft. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zur Vermeidung der groben Fahrlässigkeit zu einer aktiven Ermittlung gehalten ist, kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. Das Unterlassen einer Nachfrage ist ebenso wie in den Fällen des § 932 Abs. 2 BGB auch nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als unverständlich erscheinen lassen. Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein und sich ihm der Verdacht einer möglichen Schädigung aufdrängen (BGH, Urteil vom 10.11.2009, VI ZR 247/08, Rdnr. 13 ff., zitiert nach Juris).

81
Danach handelte der Kläger vorliegend nicht grob fahrlässig. Der Kläger hatte im Jahr 2015 nach seinen Angaben lediglich Kenntnis vom Dieselabgasskandal in Bezug auf die VW-AG, nicht aber von der konkreten Betroffenheit seines Wagens. Auch wenn eine Recherche im Internet noch im Jahr 2015, wie die Beklagte ausführt, einfach und kostenlos war, besteht in dieser Situation keine Obliegenheit des Klägers zu Nachforschungen und mithin keine grobe Fahrlässigkeit. Denn das Unterlassen eigener Nachforschungen ist nur dann als grob fahrlässig zu bewerten nach der vorstehend erläuterten höchstrichterlichen Rechtsprechung, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als unverständlich erscheinen lassen. Daran fehlt es hier aber:

82
Ausschlaggebend ist dabei zunächst, dass die vom Dieselskandal betroffenen Wagen - wie die Beklagte betont - stets sicher und fahrbereit waren. Die Schädigung drängte sich daher nicht bereits aus dem Fahrverhalten des Wagens oder sonstiger Umstände in Bezug auf das Auto auf. Die Beklagte hat in sittenwidriger Weise die unzulässige Abschalteinrichtung verheimlicht und der Kläger wusste zunächst nicht, dass er überhaupt einen Schaden erlitten hat. Der Kläger war nicht veranlasst, sich fortlaufend auf dem Fahrzeugmarkt zu informieren. Wer ein Fahrzeug zu kaufen beabsichtigt, informiert sich regelmäßig über die Eigenschaften des Fahrzeugs. Ist das Fahrzeug aber einmal gekauft, ist das Thema häufig erst einmal erledigt und es besteht, außer bei Mängeln, kein Anlass, bestimmte Eigenschaften zu hinterfragen. Dies gilt hier umso mehr, als der Kläger angegeben hat, er habe bis zum Erwerb des streitgegenständlichen Wagens das Vorgängermodell gefahren, und zwar bis zu einer Gesamtlaufleistung von 460.000 km. Er sei Vielfahrer, weshalb zwingende Kriterien seines Kaufs ein Dieselmotor und eine „hochwertige, gute Maschine“ gewesen seien. Diese Kriterien habe er in dem dann gekauften hier streitgegenständlichen Wagen der Marke Audi, dem Nachfolgemodell seines Wagens, erfüllt gesehen. Er brachte der Marke Audi wegen seiner positiven Erfahrungen mit seinem bis zum Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs genutzten Wagens einen Vertrauensvorschuss entgegen. Er konnte daher, wie geschehen, zunächst davon ausgehen, dass sein Fahrzeug nicht betroffen ist. Tatsächlich ist der Kläger sogar - im Jahr 2016 - von sich aus tätig geworden. Er hat allerdings nicht den Weg zur Information über das Internet gewählt, sondern über seine Werkstatt. Auch hierin vermag der Senat kein fahrlässiges Verhalten zu erkennen.

83
4. Der Klagepartei stehen Zinsen aufgrund der Rechtshängigkeit zu, §§ 291, 288 Abs. 1 BGB, allerdings erst ab dem 10.04.2019. Insoweit war das Urteil des Landgerichts geringfügig abzuändern, weil es Zinsen ab dem Tag der Zustellung der Klage, dem 09.04.2019, zugesprochen hat. Tatsächlich fallen Zinsen aber gemäß § 187 Abs. 1 BGB erst ab dem 10.04.2019 an, da der Tag der Zustellung der Klage nicht mit eingerechnet wird.

84

5. Zutreffend hat das Landgericht die Klage hinsichtlich der Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten abgewiesen; die Berufung der Klagepartei ist insoweit unbegründet.

85
Der Feststellungsantrag war zwar zulässig, vgl. §§ 756, 726 Abs. 1 ZPO, er war aber unbegründet, weil die Voraussetzungen der §§ 293, 295 BGB vorliegend nicht erfüllt waren. Das außergerichtliche Anwaltsschreiben der Klagepartei vom 07.12.2018 war nicht geeignet, den Annahmeverzug zu begründen, weil die Klagepartei die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs nicht zu den Bedingungen angeboten hat, von denen sie diese hätte abhängig machen dürfen. Denn der Abzug einer Nutzungsentschädigung wurde zwar angeboten, ein Kilometerstand aber nicht mitgeteilt, so dass von einer Zuvielforderung auszugehen ist. Ein zur Begründung von Annahmeverzug auf Seiten der Beklagten geeignetes Angebot ist unter diesen Umständen nicht gegeben. Noch in der Berufungsbegründung wandte sich die Klagepartei gegen den Abzug einer Nutzungsentschädigung (Bl. 333 ff., 338 ff. d.A.).

86
6. Die Entscheidung des Landgerichts zu den zugesprochenen Rechtsanwaltskosten begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

87
Grundsätzlich können entstandene außergerichtliche Rechtsanwaltskosten als Teil des Schadens nach §§ 826, 249 ff. BGB verlangt werden. Der Anspruch besteht in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe, weshalb die Berufung der Klagepartei insoweit unbegründet ist. Der Ansatz einer 1,3-Gebühr nach Nr. 2300 VV RVG auf der Grundlage des um die gezogenen Nutzungen gekürzten Betrages begegnet keinen Bedenken (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 87, zitiert nach Juris). Zwar mag die Tätigkeit für sich betrachtet überdurchschnittlich umfangreich und schwierig gewesen sein, entscheidend ist aber, dass die die Klagepartei vertretende Kanzlei senatsbekannt eine Vielzahl von Anspruchsstellern in der Folge des Dieselabgasskandals vertritt, so dass sich die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die große Zahl der Mandate relativiert.

88
Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sind von der Beklagten in der ausgeurteilten Höhe zu erstatten, weil sie - entgegen ihrer Auffassung - zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich und zweckmäßig waren. Angesichts der sich stellenden Rechtsfragen ist es nicht zu beanstanden, wenn sich die Klagepartei anwaltlich vorab hat beraten lassen und zunächst mit anwaltlicher Hilfe versucht hat, vorgerichtlich eine gütliche Einigung zu erzielen. Da sich die Beklagte im Lauf der Zeit durchaus auf außergerichtliche Lösungen eingelassen hat, musste ein betroffener Käufer nicht von vornherein davon ausgehen, dass ein anwaltliches Aufforderungsschreiben zwecklos ist. Zwar war mit dem anwaltlichen Schreiben vom 07.12.2018 eine knappe Frist nur bis zum 14.12.2018 gesetzt worden. Bis zur Klageerhebung vergingen allerdings mehrere Monate, weshalb davon auszugehen ist, dass beabsichtigt war, vorgerichtlich eine gütliche Einigung zu erzielen. Zinsen sind diesbezüglich ab Rechtshängigkeit geschuldet.

III.

89
Die Kostenquote entspricht dem jeweiligen Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien, §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

90
In Bezug auf die von der Klagepartei in erster und zweiter Instanz geltend gemachten deliktischen Zinsen war ein fiktiver Streitwert anzusetzen, um der Zuvielforderung Rechnung zu tragen. Dies berücksichtigt die erstinstanzliche Kostenentscheidung nicht. Der fiktive Streitwert beträgt damit gerundet in erster Instanz 46.774 €, in zweiter Instanz gerundet 25.429, € Die Klagepartei unterliegt erstinstanzlich daher insgesamt in Höhe von 69% und zweitinstanzlich in Höhe von 67%.

91
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, Nr. 711, 713 ZPO.

92

Die Revision ist gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Einige wesentliche Punkte sind zwar durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 geklärt, offen ist jedoch die Frage, ob auch die Konzerntöchter der VW-AG, hier die Beklagte, für die von ihnen hergestellten, mit einem Motor des Typs EA 189 (nebst unzulässiger Abschalttechnik) ausgestatteten Fahrzeuge deliktisch haften, sowie die Frage, ob Verjährung wegen grob fahrlässiger Unkenntnis zu bejahen ist.

93
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung von § 40, 47, 48 GKG, § 3 ZPO bestimmt.