

**Titel:**

**Haftung der Audi AG für den von der VW AG hergestellten Motor EA 189 (hier: Audi A4 Avant 2.0 TDI)**

**Normenketten:**

BGB § 31, § 195, § 199, § 214, § 826, § 831  
ZPO § 287

**Leitsätze:**

1. Eine Haftung der Audi AG bejahend: BGH BeckRS 2021, 40781; BeckRS 2021, 40870; BeckRS 2021, 47558; BeckRS 2021, 40834; BeckRS 2021, 40868; BeckRS 2022, 7235; OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 47025; OLG München BeckRS 2021, 17910; BeckRS 2021, 47841; mit gegenläufigem Ergebnis: OLG München BeckRS 2021, 47474; BeckRS 2021, 47473; BeckRS 2021, 45190; BeckRS 2021, 42728; BGH BeckRS 2021, 6243. (redaktioneller Leitsatz)
2. Vorsatz und Sittenwidrigkeit der Schädigung waren bei Audi ab Juli 2013 vorhanden, nachdem der jahrelange Markenvorstand mit dem Geschäftsbereich Entwicklung der Konzernmutter als Entwicklungschef in den Vorstand der Audi AG gewechselt war. (Rn. 15 und 17) (redaktioneller Leitsatz)
3. Dass ein Fahrzeug bereits vor dem 1.7.2013 erstmalig zugelassen und in Verkehr gebracht worden war, hindert eine Haftung von Audi nach § 826 BGB unter dem Blickwinkel der (nachträglichen unterlassenen) Aufklärungspflicht aufgrund vorangegangenen pflichtwidrigen Tuns (Ingerenz) nicht. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)
4. Während der Wertverlust eines Fahrzeugs degressiv verläuft, wird der im Fahrzeug steckende Gebrauchswert linear aufgezehrt, da die Nutzung eines Neufahrzeugs nicht mehr wert ist als die Nutzung dieses Fahrzeugs mit einem höheren Kilometerstand. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, EA 189, Audi AG, arglistige Täuschung, Sittenwidrigkeit, unzulässige Abschaltvorrichtung, Kenntnis eines Organs, Entwicklungschef, Konzernmutter, Gebrauchswert

**Vorinstanz:**

LG Ingolstadt, Endurteil vom 13.10.2020 – 81 O 1573/19

**Tenor**

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 13.10.2020, Az. 81 O 1573/19, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
  - 1a. a) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 6.555,70 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 20.09.2019 Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeuges Audi A4 Avant, 2.0 TDI mit der FIN ...43 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klagepartei und die weitergehende Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klagepartei 43%, die Beklagte trägt 57%.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des LG Ingolstadt ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Entscheidungsgründe**

I.  
1

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche des Klägers im Rahmen des sogenannten Dieselskandals hinsichtlich eines in einen Audi A4 Avant 2.0 TDI verbauten Motors des Typs EA 189.

**2**

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die Feststellungen im Endurteil des LG Ingolstadt vom 13.10.2021 Bezug genommen. Zusammenfassend und ergänzend ist folgendes auszuführen:

**3**

Das Fahrzeug des Klägers wurde erstmalig am 30.01.2009 zugelassen und vom Kläger mit Vertrag vom 18.07.2012 mit einem Km-Stand von 72.600 für 21.200,00 € gebraucht gekauft.

**4**

Die Klage wurde am 11.06.2019 anhängig, ihre Zustellung erfolgte am 11.09.2019.

**5**

Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung 1. Instanz betrug der Kilometerstand des Fahrzeuges 175.788 km.

**6**

Das LG Ingolstadt verurteilte die Beklagte im Endurteil vom 13.10.2020 zur Zahlung von 8.639,00 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie außergerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 452,40 € und wies im Übrigen die weitergehende Klage ab.

**7**

Mit Schriftsatz vom 18.11.2020 legt die Klagepartei gegen die Klageabweisung Berufung ein, mit Schriftsatz vom 19.11.2020 legt die Beklagte gegen die Verurteilung im Endurteil des LG Ingolstadt Berufung ein. Diese Berufungen werden durch die Klagepartei mit Schriftsatz vom 20.01.2021 und durch die Beklagtenpartei mit Schriftsatz vom 21.01.2021 jeweils begründet.

**8**

Die Klagepartei beantragt mit ihrer Berufung,

An den Kläger weitere 2.941,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.09.2019, zu zahlen und im Übrigen die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Hilfsweise,

das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Ingolstadt Az.: 81 O 1573/19, verkündet am 13.10.2020, aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen.

**9**

Die Beklagte beantragt,

das am 13.10.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Ingolstadt, Az. 81 O 1573/19 im Umfang der Beschwer der Beklagten und Berufungsklägerin abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen und die Berufung der Klagepartei zurückzuweisen.

**10**

Die Beklagte behauptet neu in der Berufungsinstanz, sie habe die EA 189-Motoren von der Konzernmutter V. AG übernommen und ohne eigene Überprüfung in ihre Fahrzeuge eingebaut.

**11**

Im Übrigen wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Parteien im Berufungsrechtsstreit sowie die Beschlüsse des Senats vom 05.05.2021 sowie 30.11.2021.

II.

**12**

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur in einem geringen Teil im Hinblick auf den Nutzungersatz Erfolg. Die Berufung der Klagepartei hat keinen Erfolg. Dazu im einzelnen:

**13**

1. Der Kläger hat einen Anspruch auf Schadensersatz wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB).

**14**

a) Der Einbau eines Motors vom Typ EA 189 mit einer entsprechenden Umschaltlogik in einer Abschaltsoftware, die bei Erkennen des Durchfahrens eines Prüfstandzyklusses in einen anderen Abgasmodus umschaltet, bei dem die NO<sub>x</sub>-Grenzwerte eingehalten werden, erfüllt grundsätzlich den Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung, wenn diese Grenzwerte im normalen „Straßenabgasmodus“ nicht eingehalten werden (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1079, Rn. 13).

**15**

b) Vorsatz und Sittenwidrigkeit der Schädigung zum Zeitpunkt des Kaufs des Gebrauchtfahrzeugs durch den Kläger waren bei der Beklagten vorhanden, da das Wissen der V. AG als beherrschende Konzernmutter der Beklagten zumindest über die Person U.H. zugerechnet wird (§ 31 BGB):

**16**

c) Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Zurechnung bereits über aktienrechtliche Vorschriften aufgrund der Konzernverbundenheit der Beklagten und der V. AG erfolgen kann. Die Vorstände der Beklagten hatten nämlich im November 2013 bereits ebenfalls entsprechendes positives eigenes Wissen (§ 31 BGB).

**17**

aa) Im vorliegenden Fall ergibt sich in Abweichung zu den im Urteil des BGH vom 08.03.2021 (VI ZR 505/19, WM 2021, 751) zugrunde gelegten Tatsachen die Besonderheit, dass U. H. zum 01.07.2013 Mitglied im Vorstand der A. AG (Entwicklungschef) wurde und es bis zum Herbst 2015 blieb. Zuvor war er bei der Konzernmutter (V. AG) seit 01.01.2007 Markenvorstand mit dem Geschäftsbereich Entwicklung gewesen.

**18**

bb) Unterstellt man zunächst positive Kenntnis des Herrn H. über die Vorgänge und Manipulationen im Zusammenhang mit dem EA 189 aus der Zeit seiner Tätigkeit bei der Konzernmutter (V. AG), hatte die Beklagte seit dem 01.07.2013 über Herrn H. ebenfalls Kenntnis hiervon (§ 31 BGB).

**19**

cc) Dass das Fahrzeug des Klägers bereits erstmalig zugelassen und damit von der Beklagten vor dem 01.07.2013 in Verkehr gebracht worden war, hindert eine Haftung nach § 826 BGB unter dem Blickwinkel der (nachträglichen unterlassenen) Aufklärungspflicht aufgrund vorangegangenen pflichtwidrigen Tuns (Ingerenz) nicht.

**20**

Dem Handeln im Sinne eines positiven Tuns steht ein Unterlassen nur gleich, sofern eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Bei den unechten Unterlassungsdelikten muss ein besonderer Rechtsgrund festgestellt werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter aktiv zu werden. Der Täter muss rechtlich verpflichtet sein, den deliktischen Erfolg abzuwenden, also eine Garantenstellung innehaben. Eine sittliche Pflicht oder die bloße Möglichkeit, den Erfolg zu verhindern, genügen nicht. Ob eine solche Garantenstellung besteht, die es rechtfertigt, das Unterlassen der Erfolgsabwendung dem Herbeiführen des Erfolgs gleichzustellen, ist nicht nach abstrakten Maßstäben zu bestimmen. Vielmehr hängt die Entscheidung von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab; dabei bedarf es einer Abwägung der Interessenlage und der Bestimmung des konkreten Verantwortungsbereichs der Beteiligten. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Garantenstellung aus einer rechtlichen Sonderbeziehung hergeleitet werden soll (BGH, Urteil vom 14.10.2014, VI ZR 466/13, WM 2014, 2214, 2216, Rn. 17; s.a. Urteil vom 27.02.2020, VII ZR 151/18, NJW 2020, 1514, 1519f., Rn. 49). Alle Erfolgsabwendungspflichten beruhen auf dem Grundgedanken, dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen (BGH, Beschluss vom 08.03.2017, 1 StR 466/16, WM 2017, 1047, 1049, Rn. 16).

**21**

Eine Rechtspflicht zur Prüfung und zur Abwendung einer Rechtsverletzung kann sich nicht nur aus dem Gesetz oder aus vertraglichen Regelungen ergeben, sondern auch aus dem Gesichtspunkt eines gefahrerhöhenden Verhaltens, insbesondere aus der Verletzung von Verkehrspflichten (BGH, Urteil vom 09.11.2011, I ZR 150/09, GRUR 2012, 304, 308, Rn. 60).

**22**

Betrachtet man jüngere Entscheidungen des BGH zur Frage bestehender Garantenpflicht aus vorangegangenen pflichtwidrigem Tun, wurde eine solche Garantenpflicht bejaht für den Nichtverschluss der Zugangsdaten zu einem eBay-Konto (vgl. BGH, Urteil vom 11.03.2009, I ZR 114/06, WM 2009, 1005, 1006, Rn. 18), für von vorneherein durch den Host-Provider ermöglichte wettbewerbswidrige Werbeanzeigen auf Internetseiten (vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2010, I ZR 155/09, GRUR 2011, 617, 620, Rn. 45), für das Zulassen des Angebots von gewaltverherrlichenden Medien auf einer Internethandelsplattform für den Plattformbetreiber (hier: eBay; vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2007, I ZR 18/04, WM 2007, 1812, 1816, Rn. 36), für die Ankündigung einer telefonischen Beratung durch einen Steuerhilfeverein ohne Hinweis auf die Notwendigkeit der Mitgliedschaft der zu Beratenden (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2007, I ZR 153/04, GRUR 2008, 186, 188, Rn. 21) sowie für die Rabattgutscheinwerbung für Glasschadensbehebung zur Reduzierung der Selbstbeteiligung des Geschädigten ohne Zustimmung der jeweiligen Versicherung (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007, I ZR 60/05, GRUR 2008, 530, 532, Rn. 21).

## **23**

Im vorliegenden Fall wusste Herr H. aus der Zeit seiner Tätigkeit bei der V. AG als Markenvorstand mit dem Bereich Entwicklung positiv von den Abgasmanipulationen mit Umschaltlogik rund um den EA 189. Dann vermittelte er der Beklagten spätestens ab dem 01.07.2013 als Mitglied in deren Vorstand entsprechendes Wissen (§ 31 BGB). Angesichts der großen Tragweite der Manipulation (jedem Eigentümer/Besitzer eines solchen Fahrzeugs droht[e] grundsätzlich der Widerruf der Zulassung für sein Fahrzeug: vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1080, Rn. 21) hat der Senat unter Berücksichtigung o.g. Fallbeispiele für die Annahme einer Garantenpflicht aus Ingerenz keine Zweifel, dass dieses Wissen für die Beklagte ab dem 01.07.2013 offenbarungspflichtig im Sinne einer Garantenpflicht war, wobei hier zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte die EA 189-Motoren völlig ungeprüft, also sozusagen an § 377 HGB vorbei sowie unter Außerachtlassung eigener Verkehrssicherungspflichten, übernommen und in ihre Fahrzeuge eingebaut haben will.

## **24**

Das Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, WM 2020, 1078) steht im Hinblick auf das Inverkehrbringen des Fahrzeugs als Neufahrzeug vor dem 01.07.2013 nicht entgegen:

## **25**

Zwar wurde die grundsätzliche strategische Entscheidung zum Einbau des EA 189 in Fahrzeuge der Beklagten zu einem Zeitpunkt weit vor dem 01.07.2013 getroffen, als zumindest über Herrn H. diesbezügliches Wissen bei der Beklagten über § 31 BGB nicht nachweisbar ist.

## **26**

Dies wird jedoch, wie soeben dargelegt, durch die seit 01.07.2013 bestehende Garantenpflicht der Beklagten mit der Pflicht zur Offenbarung ihres Wissens hierüber als sittenwidrige Schädigung durch Unterlassen ersetzt. Denn für die Frage der Bewertung als sittenwidrige Schädigung ist das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Schadenseintritt beim Geschädigten zugrunde zu legen (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, WM 2021, 652, Leitsatz 2). Hier wäre es für die Beklagte ohne Weiteres möglich gewesen, durch einen entsprechenden öffentlichen Warnhinweis ab dem 01.07.2013 weitere Schädigungen beim Kauf von entsprechenden (auch Gebraucht-) Fahrzeugen zu verhindern, nachdem die Beklagte sich zuvor hinsichtlich des Motors EA 189 nach eigenem Vortrag um nichts gekümmert hatte (abgesehen vom Einbau in ihre Fahrzeuge).

## **27**

Darüber hinaus hätte die Beklagte durch eine entsprechende rechtzeitige Offenbarung ihr sittenwidriges Verhalten problemlos beseitigen können (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, WM 2021, 652, 654, Rn.n 15 bis 17).

## **28**

dd) Die Beklagte trifft für ihr Wissen (§ 31 BGB) sowie dasjenige des Herrn H. im hier vorliegenden Fall die sekundäre Darlegungslast:

## **29**

Die Annahme einer sekundären Darlegungslast setzt 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 (BGH, Urteil vom 04.12.2012, VI ZR 378/11,

WM 2013, 306, 308, Rn. 16; BGH, Urteil vom 18.01.2018, I ZR 150/15, Rn. 30; Urteil vom 24.01.2019, IX ZR 110/17, WM 2019, 452, 457, Rn. 46; vgl. a. Urteil vom 08.01.2014, WM 2014, 1143, 1145, Rn. 17; s.a. Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, WM 2015, 230, 232, Rn. 22; Urteil vom 19.05.2016, III ZR 274/15, WM 2017, 347, 351, Rn. 40; Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1082, Rn. 37). Eine sekundäre Darlegungslast besteht aber nicht, soweit für die primär beweisbelastete Partei eine weitere Sachaufklärung möglich und zumutbar ist (BGH, Beschluss vom 05.01.2017, VII ZR 184/14, BauR 2017, 721, 723, Rn. 19). Begegnet im Einzelfall die nicht beweispflichtige Partei im Hinblick auf eine ihr obliegende Substantiierungslast ebenfalls Schwierigkeiten, weil sie die entsprechenden Tatsachen nicht kennt und auch nicht in Erfahrung zu bringen vermag, kann von ihr eine solche Substantiierung nicht gefordert werden. Andernfalls würde in einem solchen Fall, in dem sowohl der darlegungs- und beweisbelasteten Partei als auch der Gegenpartei Vortrag nicht möglich oder nicht zumutbar ist, letztlich die Darlegungslast vollständig umgekehrt und der Gegenpartei - unabhängig von ihren Kenntnissen und Erkenntnismöglichkeiten - auferlegt (BGH, Urteil vom 19.10.2017, III ZR 565/16, WM 2017, 2191, 2193, Rn. 23). Diese Grundsätze kommen insbesondere bei Schadensersatzansprüchen zur Geltung, die aus der Veruntreuung anvertrauter Gelder hergeleitet werden. Es spielt dabei weder eine Rolle, dass es sich bei dem als verletzt in Rede stehenden Schutzgesetz um eine strafrechtliche Norm handelt, noch, ob ein entsprechender Auskunftsanspruch besteht (BGH, Urteil vom 10.02.2015, VI ZR 343/13, WM 2015, 743, 744, Rn. 11). Das ist jedoch nicht der Fall, wenn beide Parteien Außenstehende sind, mag die eine Partei auch über besseres Fachwissen verfügen, solange sie nicht Einblick in die Verhältnisse im Zusammenhang mit den zu beweisenden Tatsachen hat (BGH, Urteil vom 04.12.2012, VI ZR 378/11, WM 2013, 306, 308, Rn. 16). Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substantiieren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist (BGH, Urteil vom 03.06.2014, VI ZR 394/13, NJW 2014, 2797, 2798, Rn. 20; s.a. Beschluss vom 09.01.2018, II ZB 14/16, WM 2018, 556, 558, Rn. 41). Eine darüber hinausgehende Substantiierungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei nur ausnahmsweise dann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht näher kennt, während sie der anderen Partei bekannt und ihr ergänzende Angaben zuzumuten sind (BGH, Urteil vom 03.06.2014, VI ZR 394/13, NJW 2014, 2797, 2798, Rn. 20; s.a. BGH, Urteil vom 22.07.2014, KZR 27/13, NJW 2014, 3089, 3090, Rn. 17). Dabei obliegt es dem Bestreitenden im Rahmen der sekundären Darlegungslast auch, zumutbare Nachforschungen zu unternehmen (BGH, Urteil vom 28.06.2016, VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244, 3245, Rn. 18).

### 30

Zumindest Letzterem (Anstellen zumutbarer Nachforschungen) ist die Beklagte angesichts der Tätigkeit des Herrn H. vor dem 01.07.2013 bei der V. AG nicht nachgekommen:

### 31

Bereits mit der Klage (Schriftsatz vom 11.06.2019, dort Seite 72) listete der Kläger im Rahmen des Vortrags zur Haftung wegen Fehlverhaltens der Verrichtungsgehilfen bzw. der Vorstände von der Beklagten zu offenbarende Tatsachen auf, die sich allein in ihrem Kenntnisbereich abgespielt haben. Das Argument der Beklagten, der Kläger habe sich nicht in Beweisnot befunden, weil er die Konzernmutter der Beklagten, die V. AG hätte verklagen können, greift nach Ansicht des Senats nicht: Entscheidend ist nicht die Klagemöglichkeit des Klägers gegen die V. AG sondern das hier vorliegende Prozessrechtsverhältnis gegen die Beklagte. Und auch hier befindet sich der Kläger in genau der gleichen Beweisnot wie gegenüber der V. AG.

### 32

Der Kläger hat hier konkrete Anhaltspunkte dafür vorgetragen hatte, die es naheliegend erscheinen lassen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 04.02.2021, III ZR 7/20, Rn. 25), dass (zumindest einer der) Vorstände der Beklagten die grundlegende strategische Entscheidung von den für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der V. AG verantwortlichen vormaligen Vorständen, wenn nicht selbst, so zumindest mit ihrer Billigung getroffen haben (bzw. hat) bzw. jahrelang kannten. Im Schriftsatz vom 08.11.2019 hat der Kläger verschiedene Personen, größtenteils in der Entwicklungsabteilung der V. AG in den Jahren bis 2011 beschäftigt benannt, die dann nach Wechsel zur Beklagten dort Führungsfunktionen, teilweise auch im Vorstand, einnahmen (die Herren Dr. Wi., H., Ha., S., W.). Die Personalwechsel zwischen der Beklagten, der P. AG, der V. AG und V.-A. España S.A. hat die Beklagte auch gar nicht in Abrede gestellt. Selbst wenn

man zugunsten der Beklagten die übrigen Genannten einmal weglässt, liegt es gerade in Bezug auf die Person des Herrn H., seit 01.07.2013 Vorstand bei der Beklagten, äußerst nahe (bis zum Wechsel zur Beklagten war er als Markenvorstand der V. AG in deren Entwicklungsabteilung tätig), dass dieser bei seinem Wechsel zur Beklagten am 01.07.2013 genau in die Vorgänge im Zusammenhang mit der Entwicklung und dem Vertrieb der Motoren des Typs EA 189 der V. AG eingeweiht war und von der Umschaltlogik für Prüfstandfahrten und der dortigen Verminderung der NO<sub>x</sub>-Konzentrationen gewusst hat.

### **33**

Soweit ersichtlich nirgends hat die Beklagte hierzu auch nur ansatzweise Vortrag gehalten, wer u.a. von diesen Herren, insbesondere Herr H., wann etwas in welcher Funktion über Manipulationen des Abgasverhaltens des EA 189 erfahren hat, obwohl sie von den Prozessparteien allein über entsprechende Kenntnisse verfügt bzw. sich diese mühelos beschaffen kann. So hat die Beklagte zwar behauptet aber nirgends auch nur ansatzweise begründet, wieso sie benötigtes Wissen aus ihrem Unternehmen nicht beschaffen kann. Im Gegenteil: Die Beklagte bestreitet das Bestehen einer sekundären Darlegungslast mit der Begründung, dass von ihr letztlich verlangt werde, Informationen preiszugeben, die ihrem Gegner möglicherweise erst zum Prozesssieg verhilfe. Wenn schon die Beklagte dies für möglich hält, der Kläger aber größtenteils hierüber nichts wissen kann, ist das gerade der klassische Fall der sekundären Darlegungslast. Auch die Beklagte ist in ihrem Vortrag zur Wahrheit und Vollständigkeit verpflichtet.

### **34**

Es kommt nicht darauf an, wo sich die Entwicklung des Motors EA 189 abgespielt hat. Die Beklagte hat, wenn auch als beherrschte Konzerntochter, den Motor, eingebaut in ihren Fahrzeugen, vertrieben und trägt hierfür zivilrechtlich auch außerhalb vertraglicher Mängelhaftung gegenüber ihren Kunden die entsprechende Verantwortung und zunächst nicht die V. AG. Dementsprechend zielen die oben gestellten Fragen auch nicht auf Vorgänge bei der V. AG, sondern bei der Beklagten. Und hierfür trägt die Beklagte als allein ihr bekannte Tatsachen die sekundäre Darlegungslast, insbesondere weil Herr H. seit 01.07.2013 Mitglied des Vorstandes der Beklagten war. Dabei kommt es nicht darauf an, dass Herr H. die Anweisung zum Einbau während seiner Tätigkeit bei der V. AG selbst gegeben haben könnte. Allein die positive Kenntnis hiervon reicht aus. Dass dieser aber zuvor in seiner Position als Markenvorstand mit dem Bereich Entwicklung bei der V. AG von der strategischen Entscheidung, den EA 189 (auch) in die Fahrzeuge der Beklagten einzubauen, nichts mitbekommen haben sollte, hält der Senat für so gut wie ausgeschlossen. Hierzu trägt die Beklagte auch gerade nichts vor. Ein positiver Nachweis der Kenntnis des Herrn H. ist im Zivilprozess aber nicht erforderlich, bevor die Annahme sekundärer Darlegungslast greift. Genau diese Konstellation begründet aber die sekundäre Darlegungslast der Beklagten.

### **35**

Wusste aber Herr H. bei Antritt seines Vorstandsamtes am 01.07.2013 bei der Beklagten über die Vorgänge um den EA 189 Bescheid, war seine weitere Untätigkeit bis zum Kauf des Gebrauchtfahrzeugs durch den Kläger auch sittenwidrig, weil er genau wusste, dass die Konstruktion des Fahrzeugs allein auf Betrug durch die V. AG gegenüber den Käufern abzielte und er dagegen im Bereich der Beklagten ab dem 01.07.2013 nicht einschritt.

### **36**

Die Beklagte kann deshalb für eine mögliche Haftung nach § 826 BGB die Verantwortung auch nicht bei der Konzernmutter V. AG „abladen“. Insbesondere zur konkreten Kommunikation zwischen ihr und der Konzernmutter V. AG hinsichtlich der Abgassteuerung trägt sie nämlich ebenfalls nichts vor.

### **37**

Zufrieden geben darf sich nach Auffassung des Senats die Beklagte auch nicht damit, dass „bis heute keine Erkenntnisse dafür vorlägen, „dass Vorstandsmitglieder der Beklagten vor dem 18. September 2015 Kenntnis von der Umschaltlogik in der Software für den Motorentyp EA189 ... gehabt hätten, sodass auch ein vertiefendes Vorgehen nicht angezeigt war.“ Nach der einschlägigen Rechtsprechung des BGH hat die V. AG ihre Kunden vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt, sodass dieser Vorwurf gegenüber der Beklagten als beherrschter Konzerntochter alles andere als fern liegt und ein entsprechender Anfangsverdacht eben gerade nicht verneint werden kann, was aber selbst nach Beklagtenvortrag zu vertiefter Überprüfung Anlass gäbe, zumal sie den beruflichen Lebenslauf des Herrn H. kennt. Ansonsten liefe dies auf organisierte Unverantwortlichkeit hinaus: Der Vorstandsvorsitzende wird über die technische Basis der Übereinstimmungserklärungen für Fahrzeuge der Beklagten mehr oder weniger bewusst im Unwissenden

gelassen, während die unterhalb der Vorstandsebene Verantwortlichen zwar genaue Kenntnis haben, deren Wissen jedoch (gegebenenfalls entgegen § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht zurechenbar sein soll.

### 38

Damit einhergehend teilt der Senat die Ausführungen der Beklagten zur nach ihrer Ansicht nicht ausreichenden Wissenszurechnung zumindest nicht vollständig: Ein entsprechend Verantwortlicher (§§ 31, 831 BGB), der weiß, dass das Abgasverhalten des EA 189 durch die Umschaltlogik rechtswidrig manipuliert ist, gegen die weitere Auslieferung der Fahrzeuge (auch durch Weiterverkauf als Gebrauchtfahrzeug) jedoch nichts unternimmt, handelt vorsätzlich und sittenwidrig entsprechend § 826 BGB, wofür die Beklagte einzustehen hat, da sie, soweit § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB betroffen ist, den Entlastungsbeweis für ihre Mitarbeiter nicht angetreten hat, und im Fall des Wissens von Vorstandsmitgliedern ihr dieses Wissen ohne Möglichkeit der Entlastung zugerechnet wird (§ 31 BGB). Genau zu diesem Wissen, und insbesondere auch, wann denn wer bei der Beklagten dieses Wissen erstmals von wem erlangt hat, hat die Beklagte keinen Vortrag gehalten.

### 39

Auch das Urteil des BGH vom 08.03.2021 (VI ZR 505/19, WM 2021, 751) steht nicht entgegen, weil im hier vorliegenden Fall die Beklagte gerade keine Angaben zum Informationsaustausch zwischen der Beklagten und der V. AG, insbesondere, soweit die Person des Herrn H. betroffen ist, gemacht hat (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2021, VI ZR 505/19, WM 2021, 751, 755, Rn. 30), obwohl dies, wie dargelegt, von ihrer sekundären Darlegungslast umfasst gewesen wäre. Denn das Urteil des BGH vom 08.03.2021 hatte gerade nicht zum Gegenstand, dass nachträglich (aber vor Verkauf des Gebrauchtfahrzeugs an den Kläger) ein (Mit-) Wissender bei der V. AG von der strategischen Entscheidung dort, den EA 189-Motor in Fahrzeuge der Beklagten einzubauen, Vorstand bei der Beklagten wird.

### 40

d) Aufgrund des fehlenden Vortrags der Beklagten zu diesen Punkten ist der Vortrag des Klägers, die Beklagte habe in Person ihrer Vorstandsmitglieder (über Herrn H.) von den Manipulationen zum Zeitpunkt des Kaufs seines Kraftfahrzeugs gewusst, als zugestanden zu behandeln (vgl. (BGH, Urteil vom 01.03.2016, VI ZR 34/15, NJW 2016, 2106, 2110, Rn. 49; Urteil vom 21.09.2017, I ZR 11/16, NJW 2018, 772, 777, Rn. 49; Urteil vom 24.01.2019, IX ZR 110/17, WM 2019, 452, 457f., Rn. 46; s.a. Urteil vom 19.07.2019, V ZR 255/17, WM 2019, 2214, 2221, Rn. 56; Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1082f., Rn. 37; Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 367/19, WM 2020, 1640, 1641, Rn. 16; Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, WM 2020, 1642, 1644, Rn. 15; Urteil vom 08.03.2021, VI ZR 505/19, WM 2021, 751, 754, Rn. 27).

### 41

2. Dem Anspruch aus § 826 BGB steht nicht gemäß § 214 BGB die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen, da Verjährung des Anspruchs nicht eingetreten ist. Die dreijährige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB begann mit dem Schluss des Jahres 2016 und endete mit dem Schluss des Jahres 2019. Die Klage wurde im Laufe des Jahres 2019 rechtshängig und war damit geeignet, die Verjährung zu unterbrechen. Von einer Kenntnis des Klägers bereits im Jahr 2015 konnte sich der Senat in der Einvernahme des Klägers nicht überzeugen. Der Kläger erklärte in seiner Vernehmung, dass er erstmalig von der Betroffenheit seines Fahrzeuges bei der Benachrichtigung durch die Beklagte im Februar/März 2016 erfahren hat. Davor habe er sich keine Gedanken darüber gemacht, von der Berichterstattung über den Dieselskandal im Jahr 2015 fühlte er sich nicht betroffen, zudem habe er aufgrund seines in diesem Zeitraum stattgefundenen Eintritts in den Ruhestand sich mit der Berichterstattung nicht umfassend beschäftigt. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger bereits im Jahr 2015 positiv von der Betroffenheit seines Fahrzeuges gewusst hatte, ergaben sich daraus nicht.

### 42

3. Der Senat folgt nicht der vom Landgericht Ingolstadt entwickelten degressiven Berechnung der Nutzungsentschädigung und gibt der vom Bundesgerichtshof gebilligten lineare Berechnungsmethode den Vorzug. Aus der höchststrichterlich erfolgten Billigung der linearen Berechnungsmethode folgt zwar nicht zwingend, dass andere Berechnungsmethoden unzulässig wären, weil dem Tatrichter nach § 287 ZPO ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird. Da der Schaden aber in dem ungewollten Vertragsschluss liegt, dürfte der vom Bundesgerichtshof erfolgte Rückgriff auf die Wertung des Nutzungsersatzes nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB aber folgerichtig sein. 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 vom Landgericht Ingolstadt vorgenommenen degressiven Ansatz könnte weiter sprechen, dass Gebrauchsvorteil und Wertverlust nicht gleichzusetzen sind. Während der Wertverlust eines Fahrzeugs degressiv verläuft, wird der im Fahrzeug steckende Gebrauchswert linear aufgezehrt. Es wäre wohl nicht systemgerecht, den Käufer eines Neuwagens an dem erhöhten Anfangsverlust des Fahrzeugs zu beteiligen, vgl. BGHZ 115, 47. Dass die Nutzung eines Neufahrzeugs mehr wert sein soll als die Nutzung eines Fahrzeugs mit einem höheren Kilometerstand, sieht der Senat nach der Vorberatung ebenfalls kritisch.

#### **43**

Der Senat schätzt in diesem Zusammenhang die Laufleistung eines Diesel-Pkw mit einem Motor EA189 nach § 287 ZPO auf 250.000 km. Die darauf basierende lineare Berechnung der Nutzungsentschädigung ist mittlerweile ständige Rechtsprechung des Senats, die vom Bundesgerichtshof in keinem Fall beanstandet wurde. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung wies der von dem Kläger als Neuwagen gekaufte Pkw einen Kilometerstand von 195.142 km auf. Dies entspricht unter Berücksichtigung des Kaufpreises von 21.200,00 € gerechnet einem abzuziehenden Vorteilsausgleichsbetrag von 14.644,30 € entspricht.

#### **44**

Dementsprechend verbleibt im vorliegenden Fall nach Abzug des Nutzungsbetrags von 14.644,30 € ein Betrag von 6.555,70 €. Dieser Betrag liegt unter dem Betrag der Verurteilung erster Instanz, entsprechend war die Verurteilung der Beklagten in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang abzuändern, die auf eine Besserstellung des Klägers gerichtete Berufung abzuweisen.

#### **45**

4. Der Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen gem. §§ 291, 288 BGB war auf die sich nunmehr ergebende Verurteilung zu erstrecken.

#### **46**

5. Die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten waren nicht zu verringern. Zunächst liegt für den Senat trotz der abweichenden Begründung in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils eine Verurteilung wie aus dem Tenor ersichtlich zur Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten vor. Die im Zeitpunkt des erstmaligen Tätigwerdens des Klägersvertreters ergebenden Gebühren errechnen sich aus einem Gegenstandswert, welcher dem Schadensersatz abzüglich des Nutzungsersatzes in diesem Zeitpunkt entspricht. In diesen schätzt der Senat dem Landgericht folgend dergestalt, dass sich die ausgeteilten Gebühren 1. Instanz errechnen.

III.

#### **47**

Da somit ein Anspruch der Klagepartei nach § 826 BGB besteht, war die weitergehende Berufung der Beklagten, welche auf vollständige Abweisung der Klage gerichtet ist, zurückzuweisen.

IV.

#### **48**

1. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

#### **49**

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

#### **50**

3. Die Revision war nicht zuzulassen. Zulassungsgründe nach § 543 ZPO liegen nicht vor.