

## Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 16 U 1438/20  
4 O 1333/19 LG Nürnberg-Fürth



**IM NAMEN DES VOLKES**

In dem Rechtsstreit



- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Manes**, Am Burgweiher 43, 53123 Bonn, Gz.: 273/18

gegen

- 1) **Volkswagen AG**, vertreten durch d. Vorstand, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg  
- Beklagte und Berufungsbeklagte -
- 2) **AUDI AG**, vertreten durch d. Vorstand Abraham Schot, Auto-Union-Straße 1, 85045 Ingolstadt  
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte **Freshfields Bruckhaus Deringer**, Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB, Feldmühleplatz 1, 40545 Düsseldorf, Gz.: DR-000348 MT

wegen Schadensersatz

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg - 16. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Baltés, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Frommhold und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Weiß aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20.04.2023 folgendes

## Endurteil

- I. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 31.03.2020, Az. 4 O 1333/19, abgeändert und wie folgt neu gefasst:
  1. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klagepartei 32.949,14 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 28.03.2019 sowie weitere 280,39 € Zinsen zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Audi A6 Avant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] nebst Fahrzeugpapieren und Fahrzeugschlüsseln.
  2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die weitergehende Berufung der Klagepartei wird zurückgewiesen.
- III. Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens: Von den gerichtlichen Kosten und von den außergerichtlichen Kosten der Klagepartei tragen die Klagepartei 71 Prozent und die Beklagte zu 2) 29 Prozent. Die Klagepartei hat von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) 43 Prozent und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) zu tragen. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- IV. Kosten des Berufungsverfahrens: Von den gerichtlichen Kosten und von den außergerichtlichen Kosten der Klagepartei tragen die Klagepartei 74 Prozent und die Beklagte zu 2) 26 Prozent. Die Klagepartei hat von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) 48 Prozent und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) zu tragen. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klagepartei und der Beklagten zu 2) bleibt jeweils nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis zu 65.000,00 € festgesetzt.

### Gründe:

#### A.

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Frage einer Haftung der Beklagten auf Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt einer Verwendung von unzulässigen Abschaltvorrichtungen für die Abgasreinigung.

Die Klagepartei erwarb im September 2016 von dritter Seite einen Audi A6 Avant als Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 24.500 km zu einem Preis von 62.000 € unter Inanspruchnahme eines Darlehens, wofür die Klagepartei 1.622,40 € Zinsen entrichtete. In dem Fahrzeug ist ein von der Beklagten zu 2) entwickelter und hergestellter 3 Liter-Dieselmotor (240 kW) des Typs 4G verbaut. Zur Reduktion der NO<sub>x</sub>-Rohemissionen kommt neben der Abgasrückführung (AGR) als Abgasnachbehandlungsmethode die sog. „Selective Catalytic Reduction“ (SCR) zum Einsatz. Das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) erteilte für den Fahrzeugtyp die Typgenehmigung mit der Schadstoffklasse Euro 6.

Für das streitgegenständliche Fahrzeug besteht ein sog. Rückrufbescheid des KBA wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen im Emissionskontrollsystem. In dem Bescheid, in dem das KBA die Beklagte zur Entfernung der unzulässigen Abschaltvorrichtungen verpflichtete, heißt es auszugsweise:

#### *„Strategien A und B*

*Die von Audi verwendeten Strategien A und B werden nahezu ausschließlich unter den Bedingungen der Prüfung Typ 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 genutzt. Der Nutzung einer Aufheizstrategie (Strategie A) bei der Prüfung Typ 1 geht die Nutzung einer Strategie „Alternatives Aufheizen“ (Strategie B) während der Vorkonditionierung des Fahrzeugs zum Zwecke der Prüfung Typ 1 voraus. Beim Einsatz beider Strategien wird die Überschreitung des NO<sub>x</sub>-Grenzwertes von 80 mg/km bei der Prüfung Typ 1 sicher vermieden.*

*Bei der Strategie A wird zum Starten der Aufheizstrategie eine Vielzahl von Initialisierungsparametern verwendet, die über eine UND- Verknüpfung miteinander verknüpft sind. D.h., alle Bedingungen müssen gleichzeitig vorliegen, dann wird*

die Aufheizstrategie genutzt. Die zu den Parametern gehörenden Werte (Schaltbedingungen) sind so eng bedatet, dass die Aufheizstrategie nahezu ausschließlich im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) und den dort definierten Prüfbedingungen wirkt. Schon kleine Abweichungen in Fahrprofil und Umgebungsbedingungen führen zur Abschaltung der Aufheizstrategie.

Der auf den Prüfzyklus Typ 1 abstellenden Strategie A ist eine Strategie B vorgelagert. Strategie B ist durch einen Softwarealgorithmus gekennzeichnet, der die Vorkonditionierung des Fahrzeugs zur Durchführung der Prüfung Typ 1 erkennen kann. Mit dieser vor Konditionierungserkennung wird ein höherer NH<sub>3</sub>-Füllstand im SCR erreicht.

Die Parameter und die zugehörigen Werte (Schaltbedingungen) sind so bedatet, dass sie die Vorkonditionierung des Fahrzeugs mit drei außerstädtischen Fahrzyklen des NEFZ sowie das damit einhergehende Lastprofil erkennen.

[...]

Begründung:

[...]

Mit der Strategie A erhält das Motorsteuergerät eine Abschaltvorrichtung. Durch Erfassung und Auswertung verschiedener physikalischer Größen wird eine Aufheizstrategie im Emissionskontrollsystem betrieben oder abgeschaltet. Wird die Aufheizstrategie (Strategie A) abgeschaltet, verschlechtert sich das Stickoxidemissionsverhalten.

[...]

Gründe gemäß Buchstabe c) scheinen gleichfalls nicht vorzuliegen. Hierzu wäre der Vortrag von Audi nötig gewesen, dass die Emissionsgrenzwerte der Prüfung Typ 1 auch mit abgeschalteter Aufheizstrategie eingehalten werden. [...]

Die Wirkung des Emissionskontrollsystems wird durch die Verwendung einer mit einer Prüfzykluserkennung einhergehenden Aufheizstrategie (Strategie A) außerhalb der Prüfbedingungen der VO (EG) Nr. 715/2007 in Verbindung mit der VO (EU) 692/2008 im unzulässigen Umfang verringert.“

Mit Schreiben aus dem Januar 2019 (Anlage K 1) unterrichtete die Beklagte die Klagepartei über den KBA-Rückruf und die Notwendigkeit eines Software-Updates am streitgegenständlichen Pkw.

Die Klagepartei ließ durch ihre Prozessbevollmächtigten vorgerichtlich gegenüber den Beklagten Ansprüche geltend machen.

Die Klagepartei hat am 1. März 2019 beim Landgericht Nürnberg-Fürth Klage eingereicht, die der Beklagten zu 1) am 22. März 2019 und der Beklagten zu 2) am 27. März 2019 zugestellt wurde.

Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz am 8. Oktober 2019 betrug die Laufleistung des Fahrzeuges 144.345 km.

Die Klagepartei beruft sich auf betrügerische Täuschung und sittenwidrige Schädigung durch die

Beklagten. Hochrangigen Führungspersönlichkeiten beider Beklagten sei die Manipulation bekannt gewesen. Die unzulässige Maßnahme habe einen Mangel am Fahrzeug bewirkt sowie dessen Wert gemindert. In Kenntnis des Mangels hätte die Klagepartei das Fahrzeug nicht erworben.

Erstinstanzlich hat die Klagepartei beantragt:

1. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt zur Zahlung eines Betrages in Höhe von € 63.123,45 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 4% seit dem 17. September 2016 und 5% punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an den Kläger, Zug um Zug gegen Rückübereignung des streitgegenständlichen mangelbehafteten Fahrzeugs Audi A6 Avant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED]
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. bezeichneten Fahrzeugs im Verzug befinden.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen, für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs Audi A6 Avant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] resultieren.
4. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 2.697,02 freizustellen.

Die Beklagten haben erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1) sei nicht passivlegitimiert, da sie weder das Fahrzeug noch den Motor entwickelt oder hergestellt habe.

Für das streitgegenständliche Fahrzeug bestehe zwar ein Rückrufbescheid. Auf Anordnung des KBA nehme die Beklagte zu 2) jedoch eine Aktualisierung der Motorensoftware des streitgegenständlichen Typs Audi A6 3.0 TDI (EU6) vor. Diese betreffe den sog. „Warmlaufmodus“ des SCR-Katalysators, der (u.a.) dafür Sorge trage, dass sich der SCR-Katalysator nach einem Kaltstart schneller aufheize, damit die Stickoxidemissionen auch in den ersten Betriebsminuten nach einem Kaltstart effizient reduziert würden. Nach Auffassung des KBA sei die Konditionierung dieses „Warmlaufmodus“ im Straßenbetrieb nicht ausreichend. Daraus ergebe sich jedoch kein der

Beklagten zurechenbares sittenwidriges Verhalten. Die Klagepartei habe auch nicht vorgetragen, dass relevante Vertreter der Beklagten zu 2), deren Wissen zuzurechnen wäre, Kenntnis gehabt hätten oder selbst vorsätzlich gehandelt hätten.

Mit Endurteil vom 31. März 2020 hat das Landgericht Nürnberg-Fürth die Klage abgewiesen. Auf die tatsächlichen Feststellungen der Entscheidung wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Gegen dieses der Klagepartei am 31. März 2020 zugestellte Urteil hat die Klagepartei am 21. April 2020 Berufung eingelegt und diese mit weiterem Schriftsatz, der am 29. Juni 2020 und damit innerhalb der bis zum 30. Juni 2020 verlängerten Begründungsfrist beim Oberlandesgericht eingegangen ist, begründet.

Am 19. April 2023 wies das streitgegenständliche Fahrzeug eine Laufleistung von 158.581 km auf.

Beide Parteien wiederholten und vertieften im Berufungsverfahren ihren bisherigen Vortrag.

Die Klagepartei hat zunächst beantragt:

Unter Abänderung des am 31. März 2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth mit dem Aktenzeichen 4 O 1333/19:

1. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt zur Zahlung eines Betrages in Höhe von € 63.123,45 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 4 % seit dem 17. September 2016 und in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an den Kläger, Zug um Zug gegen Rückübergang des streitgegenständlichen mangelbehafteten Fahrzeugs Audi A6 Avant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED]
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. bezeichneten Fahrzeugs im Verzug befinden.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen, für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs Audi A6 Avant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] resultieren.
4. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen

Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 2.697,02 freizustellen.

Die Klagepartei beantragt zuletzt:

*Unter Abänderung des am 31. März 2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth mit dem Aktenzeichen 4 O 1333/19:*

1. *Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 63.123,45 € abzüglich einer angemessenen Nutzungsentschädigung nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an den Kläger, Zug um Zug gegen Rückübereignung des streitgegenständlichen mangelbehafteten Fahrzeugs Audi A6 Avant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] nebst Fahrzeugpapieren und Fahrzeugschlüsseln.*
2. *Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. bezeichneten Fahrzeugs im Verzug befinden.*
3. *Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen, für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs Audi A6 Avant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] resultieren.*
4. *Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.697,02 € freizustellen.*

Die Beklagten beantragen,

*die Berufung zurückzuweisen.*

Die Berufung sei unbegründet. Die Beklagte zu 1) sei weiterhin nicht passivlegitimiert. Der Beklagten zu 2) sei selbst bei einem - lediglich um der Argumentation willen unterstellten - sittenwidrigen und schadensursächlichen Verhalten dies jedenfalls nicht zurechenbar. Einen Schädigungsvor-

satz des Vorstands der Beklagten zu 2) (§ 31 BGB) habe die Klagepartei bis zuletzt nicht hinreichend substantiiert dargelegt.

Der Senat hat den Parteien im Vorfeld des Termins zur mündlichen Verhandlung einen förmlichen Hinweis erteilt (Beschluss vom 30. März 2023) und über den Rechtsstreit am 20. April 2023 mündlich verhandelt. Diesbezüglich wird auf das Sitzungsprotokoll verwiesen. Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird weiter Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

## **B.**

Die zulässige Berufung der Klagepartei hat, soweit sie eine Verurteilung der Beklagten zu 2) begehrt, überwiegend Erfolg.

Eine Verurteilung der Beklagten zu 1) vermag die Berufung indes nicht zu erreichen.

## **I.**

Die Klagepartei kann von der Beklagten zu 2) die Erstattung des für das Fahrzeug gezahlten Kaufpreises verlangen, muss sich aber den gezogenen Nutzungsvorteil anrechnen lassen und der Beklagten zu 2) das Fahrzeug zur Verfügung stellen.

### **1.**

Der Klagepartei steht dem Grunde nach ein Anspruch auf Schadensersatz (§§ 826, 31 BGB) wegen einer der Beklagten zu 2) zuzurechnenden vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung zu.

#### **a)**

Die grundsätzlichen Voraussetzungen und Grenzen der Haftung eines Motorenherstellers aus §§ 826, 31 BGB wegen des Einbaus einer emissionsreduzierenden Abschaltvorrichtung ergeben sich aus einer inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

aa)

Sittenwidrig ist demnach - in stehender Formulierung - 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. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, Rn. 11 bei juris; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, Rn. 14 bei juris; Beschluss vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 15 bei juris).

bb)

Für den - nicht streitgegenständlichen - Motortyp EA 189 der Beklagten zu 1) hat der Bundesgerichtshof ein objektiv sittenwidriges Verhalten mit der Begründung bejaht, dass die Beklagte zu 1) auf der Basis einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch Fahrzeuge in Verkehr gebracht habe, in denen eine unzulässige Abschaltvorrichtung für die Abgasrückführung verbaut gewesen sei. Die Motorsteuerungssoftware sei bewusst und gewollt so programmiert gewesen, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden, indem als Reaktion auf einen erkannten Prüfstandlauf eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert worden sei (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 16 f. bei juris; sog. „Umschaltlogik“). Das an sich erlaubte Ziel einer Erhöhung des Gewinns werde auch im Verhältnis zum Käufer eines der Fahrzeuge dann verwerflich, wenn es auf der Grundlage einer strategischen Unternehmensentscheidung durch arglistige Täuschung der zuständigen Typgenehmigungs- und Marktüberwachungsbehörde - konkret: des KBA (§ 2 Abs. 1 EG-FGV) - erreicht werden solle und mit einer Gesinnung verbunden sei, die sich sowohl im Hinblick auf die für den einzelnen Käufer möglicherweise eintretenden Folgen und Schäden als auch im Hinblick auf die insoweit geltenden Rechtsvorschriften, insbesondere zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der Umwelt, gleichgültig zeige (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 23 bei juris).

cc)

Dies bedeutet freilich nicht, dass jedes Verwenden einer (nach nationalem oder europäischem Recht) unzulässigen Abschaltvorrichtung eine sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) begründet. Gesondert in Blick zu nehmen sind namentlich Konstellationen, in denen die in Rede stehende Beeinflussung der Abgasreinigung gerade nicht an das Erkennen eines Prüfstandbetriebs gekoppelt ist. So reicht - um den inzwischen „klassischen“ Anwendungsfall herauszugreifen - nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (sog. „Thermofenster“) für sich genommen nicht aus, um dem Geschehen ein sittenwidriges Gepräge zu geben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, Rn. 16 bei juris; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20, Rn. 27 bei juris; Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, Rn. 13 bei juris; Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20, Rn. 16 bei juris; Beschluss vom 25. November 2021 - III ZR 202/20, Rn. 14 bei juris). Während die Software des schon thematisierten Motortyps EA 189 vorsätzlich so programmiert gewesen sei, dass die Grenzwerte nur auf dem Prüfstand eingehalten, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (sog. „Umschaltlogik“), wodurch man unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abgezielt habe (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, Rn. 17 bei juris; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20, Rn. 16 bei juris), fehle es bei der Implementierung eines „Thermofensters“ an einem vergleichbaren arglistigen Vorgehen, welches die Einstufung des Geschehens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde. Die temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung unterscheide nämlich gerade nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder auf der Straße befinde. Sie weise keine Funktion auf, die bei Erkennen eines Prüfstandbetriebs eine verstärkte Abgasrückführung aktiviere und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziere, sondern arbeite in beiden Situationen im Grundsatz in gleicher Weise. Denn unter den für den Prüfzyklus geltenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand etc.) entspreche die Rate der Abgasrückführung im Straßenbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, Rn. 18 bei juris).

b)

Vor diesem Hintergrund kann, bezogen auf das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit dem hier interessierenden Motor in seiner konkreten Ausführung, ein Geschehen festgestellt werden, das nicht bloß unzulässig, sondern - weitergehend - sittenwidrig (§ 826 BGB) ist.

Die besondere Verwerflichkeit (und damit die Sittenwidrigkeit) des Geschehens beruht darauf,

dass die Verwendung der sog. „Aufheizstrategie“ (dazu sogleich) im streitgegenständlichen Motortyp bei wertender Betrachtung nicht mit der vorstehend an zweiter Stelle behandelten Fallgestaltung („Thermofenster“) zu vergleichen ist, sondern mit der erstgenannten, der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25. Mai 2020 zugrunde liegenden Konstellation („Umschaltlogik“). Dass die hier interessierende Strategie nicht in unmittelbarer Weise mit dem Erkennen eines Prüfstandbetriebs verknüpft ist, spielt im Ergebnis keine Rolle.

Nach den in der Sache unstreitigen Feststellungen des KBA im einschlägigen Rückrufbescheid wird durch die Aktivierung der „Strategien A und B“ die Überschreitung des maßgeblichen NOx-Grenzwertes von 80 mg/km auf dem Prüfstand sicher vermieden. Zur Aktivierung der „Strategie A“ kommt es, so das KBA, allerdings nur dann, wenn zahlreiche Initialisierungsparameter gleichzeitig vorliegen, die - was hier der zentrale Gesichtspunkt ist - derart eng bedatet sind, dass diese Strategie faktisch nahezu ausschließlich unter den im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) definierten Prüfbedingungen wirkt. Damit lässt allein schon die Machart der „Strategie A“ auf die Intention einer Täuschung der Genehmigungsbehörde schließen, denn es verbleibt - und hierin liegt der wesentliche Unterschied zum „Thermofenster“ - im normalen Straßenverkehr praktisch kaum ein Anwendungsbereich für die der Emissionsreduzierung dienende Strategie. Unabhängig davon, dass die „Strategie A“ und die (vom Motortyp EA 189 her bekannte) „Umschaltlogik“ unterschiedlich konstruiert sind, zielen sie damit doch jedenfalls in ihrer Wirkungsweise auf dasselbe Ergebnis - nämlich: Aktivierung im Prüfmodus, Deaktivierung im Realverkehr - ab (ebenso: OLG München, Urteil vom 21. Februar 2022 - 21 U 3704/21, Rn. 65 bei juris; OLG Oldenburg, Urteil vom 4. März 2021 - 14 U 185/20, Rn. 32 bei juris).

Die Überzeugung des Senats, dass die streitgegenständliche Technologie faktisch auf den Prüfstandbetrieb „zugeschnitten“ und damit auf Täuschung ausgelegt wurde, wird mit Blick auf die zusätzlich eingesetzte, der „Strategie A“ vorgelagerte „Strategie B“ noch einmal anschaulich bestätigt. Denn die „Strategie B“ ist, den Feststellungen des KBA folgend, in ihrer Funktionsweise der eigentlichen „Umschaltlogik“ schon sehr ähnlich: Über einen Software-Algorithmus wird erkannt, dass das betroffene Fahrzeug sich in der Phase der sog. „Vorkonditionierung“ für den anschließenden Prüfzyklus-Durchlauf befindet, woraufhin - dies kommt entscheidend hinzu - gerade in dieser Phase (und eben nur in dieser Phase) zur Verbesserung der Abgasnachbehandlung für einen höheren NH<sub>3</sub>-Füllstand im SCR-Katalysator gesorgt wird.

Der kombinierte Einsatz der „Strategie A“ (mit ihrem faktischen Prüfstandbezug) und der „Strategie B“ (mit ihrem Bezug auf die Vorbereitungsphase des NEFZ) - nachfolgend wird hierfür der Einfachheit halber der Begriff der „Aufheizstrategie“ gebraucht - bildet den Anknüpfungspunkt für

eine Haftung aus § 826 BGB für die Verwendung des so manipulierten Motortyps.

Die von der Beklagten angeführte, im Rahmen der Freigabeentscheidung für das Softwareupdate erfolgte Hinweis des KBA, dass „keine unzulässigen Abschaltseinrichtungen festgestellt“ worden seien, kann sich schon aufgrund des Sachzusammenhangs offensichtlich nur auf das Update, nicht jedoch auf die ursprünglich eingesetzte Software beziehen.

c)

Die Beklagte zu 2) ist für die objektiv und subjektiv sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) auch verantwortlich (§ 31 BGB). Insbesondere ist nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast als zugestanden anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO), dass mindestens ein Mitglied des Vorstands der Beklagten zu 2) spätestens zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Kaufvertragschlusses (17. September 2016) Kenntnis davon hatte, dass im streitgegenständlichen Motortyp eine „Aufheizstrategie“ implementiert ist.

aa)

Zur Kenntnis des Vorstands eines Unternehmens, das den Pkw und den darin verbauten Motor selbst herstellt, in Bezug auf die Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung hat der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung vom 25. Mai 2020 (Az. VI ZR 252/19, Rn. 34 ff. bei juris) zum Motortyp EA 189 auszugsweise folgende Ausführungen gemacht:

*„Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht ferner festgestellt, dass der vormalige Vorstand der Beklagten von der Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Abschaltseinrichtung gewusst hat. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision der Beklagten greifen nicht durch.*

*aa) Nach allgemeinen Grundsätzen trägt zwar derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, d.h. sowohl für die Umstände, die die Schädigung und deren Sittenwidrigkeit in objektiver Hinsicht begründen, als auch für den zumindest bedingten Vorsatz des Schädigers hinsichtlich des Vorliegens dieser Umstände (BGH, Urteile vom 22. Februar 2019 - V ZR 244/17, NJW 2019, 3638 Rn. 37 mwN; vom 18. Januar 2018 - I ZR 150/15 NJW 2018, 2412 Rn. 26 mwN). Der Anspruchsteller hat daher auch darzulegen und zu beweisen, dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) des in Anspruch genommenen Unternehmens die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (vgl. Senatsurteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 27).*

*In bestimmten Fällen ist es indes Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substantiiert zu äußern. Dabei hängen die Anforderungen an die Substantiierungslast des Bestreitenden zunächst davon ab, wie substantiiert der darlegungspflichtige Gegner - hier der Kläger - vorgetragen hat. In der Regel genügt gegenüber einer Tatsa-*

chenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das einfache Bestreiten des Beklagten. 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 (Senatsurteil vom 19. Februar 2019 - VI ZR 505/17, BGHZ 221, 139 Rn. 17; BGH, Urteil vom 3. Februar 1999 - VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404, 1405 f.).

Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 343/13, WM 2015, 743 Rn. 11 mwN; BGH, Urteile vom 18. Dezember 2019 - XII ZR 13/19, NJW 2020, 755 Rn. 35 mwN; vom 18. Januar 2018 - I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 30 mwN). Dem Bestreitenden obliegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist (Senatsurteile vom 1. März 2016 - VI ZR 34/15, BGHZ 209, 139 Rn. 48 mwN; vom 28. Juni 2016 - VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244 Rn. 18). Die sekundäre Darlegungslast führt jedoch weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozess Erfolg benötigten Informationen zu verschaffen (BGH, Urteil vom 8. Januar 2014 - I ZR 169/12, BGHZ 200, 76 Rn. 18 mwN). Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteil vom 18. Januar 2018 - I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 30 mwN).

Diese allgemeinen Grundsätze kommen unter anderem bei Schadensersatzansprüchen zur Geltung, die aus der Veruntreuung anvertrauter Gelder hergeleitet werden (Senatsurteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 343/13, WM 2015, 743 Rn. 11 mwN), bei einem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht der Bösgläubigkeit eines Zessionars bei dem Erwerb einer Grundschuld (BGH, Versäumnisurteil vom 24. Oktober 2014 - V ZR 45/13, NJW 2015, 619 Rn. 22 f.) oder des kollusiven Zusammenwirkens mehrerer Personen im Zwangsversteigerungsverfahren (BGH, Urteil vom 22. Februar 2019 - V ZR 244/17, NJW 2019, 3638 Rn. 47), bei hinreichenden Anhaltspunkten für eine Schmiergeldabrede (BGH, Urteil vom 18. Januar 2018 - I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 26), ferner auch im Hinblick auf die Organisation des Betriebs eines Lagerunternehmens (BGH, Urteil vom 20. September 2018 - I ZR 146/17, WM 2019, 688 Rn. 19).

bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht in Anwendung dieser Maßstäbe angenommen, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast trifft. Der Kläger hat, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, hinreichende Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstands von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung vorgetragen. Hierfür spricht nicht nur der Umstand, dass es sich bei der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung - wie bereits dargelegt - um eine grundlegende, weltweit alle Fahrzeuge mit Motoren der Serie EA189 betreffende Strategieentscheidung handelte, die mit erheblichen Risiken für den gesamten Konzern und auch mit persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden war, sondern auch die Bedeutung gesetzlicher Grenzwerte und der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten ihrer Einhaltung für die Geschäftstätigkeit der Beklagten. Wegen der besonderen Schwierigkeiten des Klägers, konkrete Tatsachen darzulegen, aus denen sich die Kenntnis eines bestimmten Vorstandsmitglieds ergibt, hat das Berufungsgericht die Einlassung der Beklagten, nach dem

*derzeitigen Ermittlungsstand lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass eines ihrer Vorstandsmitglieder im Sinne des Aktienrechts an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen sei oder die Entwicklung und Verwendung der Software in Auftrag gegeben oder davon gewusst habe, mit Recht nicht für ausreichend gehalten. Rechtsfehlerfrei hat es der Beklagten auferlegt mitzuteilen, welche Ermittlungen mit welchem Ergebnis sie insoweit angestellt habe und über welche Erkenntnisse sie insoweit verfüge. Dies wäre ihr möglich und zumutbar gewesen.“*

Ganz ähnliche Erwägungen erachtet der Bundesgerichtshof auch als durchgreifend bei der Frage der Haftung einer Kfz-Herstellerin, die selbst Motoren entwickelt, für von dritter Seite gelieferte Motoren (Urteil vom 25. November 2021 - VII ZR 257/20, Rn. 30 ff. bei juris).

bb)

Vorliegend bestreitet die Beklagte zu 2) den Vortrag, die Manipulationssoftware sei mit Wissen und Willen des Vorstandes der Beklagten zu 2) eingebaut worden, als solchen nicht. Damit ist die Klagepartei an sich schon nicht gehalten, im Rahmen des oben geschilderten Wechselspiels ihren Sachvortrag weiter zu konkretisieren.

Zumindest aber trifft die Beklagte zu 2) hinsichtlich der gegnerischen Behauptung, dass ihr Vorstand von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung Kenntnis gehabt habe, eine sekundäre Darlegungslast. Denn diesbezüglich bestehen hinreichende Anhaltspunkte:

Der Motor ist ein zentrales Element der Kfz-Herstellung. Die Beklagte zu 2) ist im Streitfall nicht nur die Herstellerin des Fahrzeugs, sondern auch des darin verbauten Motortyps. Als Motorherstellerin waren der Beklagten zu 2) die durch die europäische Rechtsetzung festgelegte Bedeutung von Emissionsgrenzwerten einerseits und die technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten ihrer Einhaltung andererseits und die damit verbundenen Herausforderungen für die Geschäftstätigkeit eines Motorenherstellers bestens bekannt. Bei der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung für den streitgegenständlichen Motortyp handelt es sich ferner um eine grundlegende, weltweit alle Fahrzeuge mit Motoren dieses Typs betreffende Entscheidung, die mit erheblichen Risiken und auch mit persönlichen Haftungsrisiken verbunden ist.

Alle diese Umstände legen in der Gesamtschau - zumindest zunächst - den Schluss nahe, dass mindestens ein handelnder Repräsentant an der Entscheidung über die Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung beteiligt gewesen ist.

Obwohl der Senat die Beklagte zu 2) auf das Vorstehende und insbesondere auf das Bestehen einer sekundären Darlegungslast hinsichtlich der Vorstandskennntnis hingewiesen hatte (Beschluss vom 30. März 2023), kam die Beklagte zu 2) auch in der Folge der sie treffenden Darle-

gungslast nicht nach. Die zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses bestehende Kenntnis eines Mitglieds des Beklagtenvorstands um die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gilt damit als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

d)

Die Einwände der Beklagten gegen das Vorliegen einer haftungsbegründenden Kausalität greifen nicht durch.

Es ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Klagepartei das streitgegenständliche Fahrzeug nicht gekauft hätte, wenn sie von der Verwendung einer unzulässigen „Aufheizstrategie“ und der hiermit verbundenen Gefahr einer Betriebsuntersagung gewusst hätte. Der Schaden liegt hier schon in der Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 47 ff. bei juris). Kein vernünftiger Käufer hätte in Kenntnis des Sachverhalts ein solches Fahrzeug erworben, zumal zum Erwerbszeitpunkt auch noch nicht die Möglichkeit bestand, mittels Software-Update die Manipulation am Motor zu beseitigen. Dieser Erfahrungssatz ist auch nicht allein und allgemeingültig durch das Bekanntwerden des sog. „Dieselskandals“ im Herbst 2015 für die nach diesem Zeitpunkt erfolgten Käufe von Dieselfahrzeugen des Volkswagenkonzerns widerlegt.

Auf den von der Beklagten zu 2) vorgebrachten Einwand, die hohe Motorisierung des streitgegenständlichen Fahrzeugs spreche dagegen, dass der Aspekt der Umweltfreundlichkeit ein entscheidender Faktor für den Abschluss des Kaufvertrags gewesen sei, kommt es nicht an. Selbst wenn für einen Käufer die Umweltfreundlichkeit eines Fahrzeugs vollkommen unerheblich sein sollte, lässt dies sein Interesse daran unberührt, ein Fahrzeug ohne Stilllegungsrisiko zu erwerben (vgl. OLG München, Urteil vom 21. Februar 2022 - 21 U 3704/21, Rn. 75 bei juris). Die Beklagte zu 2) räumt letztlich selbst ein, dass es der Klagepartei darum gegangen sei, dass das Fahrzeug für den Straßenverkehr zugelassen sei (vgl. Seite 16 der Klageerwiderung).

Soweit sich die Beklagte zu 2) mit Schriftsatz vom 12. April 2023 (Seite 13) ohne konkrete Bezeichnung der zu beweisenden Tatsachenbehauptung auf eine von ihr früher vermeintlich angebotene Parteivernehmung der Klagepartei beruft, hat es ein entsprechendes Beweisangebot tatsächlich nicht gegeben. Selbst eine Umdeutung dieser Passage in ein - dann erstmaliges - Beweisangebot würde der Beklagten zu 2) nicht weiterhelfen, da dies nach dem Maßstab des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO verspätet angebracht worden und zudem unzulässig wäre, weil die Vorschrift des § 445 ZPO nur der beweisbelasteten Partei das Recht einräumt, die Vernehmung des Geg-

ners zu beantragen. Beweisbelastet ist hier die Klagepartei, welche die haftungsbegründende Kausalität mittels der Grundsätze des Anscheinsbeweises beweist. Die der Beklagten zu 2) nur verbleibende Möglichkeit, ihrerseits den Beweisanschein durch einen Gegenbeweis zu erschüttern, kann nicht über den Weg der Parteivernehmung gemäß § 445 ZPO erfolgen (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 13. Dezember 2022 - 1 U 82/21, Rn. 17 bei juris; OLG Oldenburg, Urteil vom 22. April 2021 - 14 U 225/20, Rn. 18 bei juris; OLG Hamm, Urteil vom 21. Dezember 2020 - 8 U 22/20, Rn. 72 bei juris; MüKo-ZPO/Schreiber, 6. Aufl., § 445 Rn. 10; Zöller/Greger, a.a.O., Rn. 29 vor § 284). Ein Gegenbeweis durch Parteivernehmung nach § 445 ZPO kann grundsätzlich nur im Falle einer gesetzlichen Vermutung geführt werden (arg.e. § 292 ZPO). Ebenfalls kein Raum ist für ein Vorgehen nach § 447 ZPO (mangels Einverständnisses der Klagepartei) oder nach § 448 ZPO (da es gerade nicht so ist, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Position der Beklagten zu 2) streitet).

2.

Der Höhe nach kann die Klagepartei die Zahlung von (nur) 32.949,14 € (mit der aus der Tenorierung ersichtlichen Zug-um-Zug Einschränkung) verlangen. Der diesbezüglich geltend gemachte Zinsanspruch besteht ab dem 28. März 2019.

a)

Zur Rückgängigmachung der Folgen des Abschlusses des Kaufvertrags hat die Beklagte zu 2) an die Klagepartei eine Zahlung in Höhe des von dieser geleisteten Kaufpreises zzgl. Finanzierungskosten zu erbringen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch die Klagepartei.

b)

Die Klagepartei hat sich die von ihr durch die Nutzung des Fahrzeugs gezogenen Vorteile anrechnen zu lassen, denn die Grundsätze der Vorteilsausgleichung gelten auch für einen Anspruch aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB. Als anzurechnender Vorteil ist beiden Schadenspositionen - der Kaufpreiszahlung und dem Finanzierungsaufwand - einheitlich die Fahrzeugnutzung gegenüberzustellen und zwar ggf. bis zur Erschöpfung beider Positionen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2021 - VI ZR 274/20, Rn. 20 bei juris).

Konkret hat der Senat die Höhe des Nutzungsvorteils nach folgender Formel ermittelt:

$$\text{Nutzungsvorteil} = [\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrne Strecke (seit Erwerb)}] / \text{erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt}.$$

Dabei geht der Senat ausgehend von Fahrzeugtyp und Baujahr (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 812/20, Rn. 16 bei juris) von einer zu erwartenden Gesamtlauflistung des klägerischen Fahrzeugs von 300.000 km aus (§ 287 ZPO). Der Schätzwert liegt auf einer Linie mit den von anderen Oberlandesgerichte zu 3 Liter-Dieselmotoren angesetzten Werten (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 4. März 2021 - 14 U 185/20, Rn. 53 bei juris; OLG München, Urteil vom 21. Februar 2022 - 21 U 3704/21, Rn. 82 bei juris; OLG Koblenz, Urteil vom 5. Juni 2020 - 8 U 1803/19, Rn. 94 bei juris).

Der Nutzungsvorteil ist entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2) linear und nicht degressiv zu berechnen (jeweils nicht beanstandet in BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 80 bei juris, und Urteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, Rn. 55 bei juris). Es geht nicht darum, den Wertverlust des Fahrzeugs zu bewerten, der degressiv verläuft (bei dem also der anfängliche Wertverlust besonders hoch ist), sondern den Nutzungsvorteil der Klagepartei zu ermitteln. Dieser ist jedoch nicht unterschiedlich zu bewerten. Die lineare Berechnung ist dem Geschädigten zumutbar und entlastet den Schädiger nicht unangemessen.

Die Klagepartei hat - dies ist inzwischen unstrittig - das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer Laufleistung von 24.500 km zu einem Kaufpreis von 62.000 € erworben.

Zum 19. April 2023 wies das Fahrzeug eine Fahrleistung von 158.581 km auf. Dies ergibt einen anzurechnenden Nutzungsvorteil von 30.174,31 €, sodass sich der Schadensersatzanspruch der Klagepartei auf 32.949,14 € reduziert (63.123,45 € abzgl. 30.174,31 €).

c)

Ein Anspruch auf Zinsen besteht antragsgemäß für die Zeit ab 28. März 2019.

Die Klagepartei kann gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB Prozesszinsen seit Rechtshängigkeit des Kaufpreisrückzahlungsanspruchs (§ 826 BGB) geltend machen. Die Rechtshängigkeit ist hinsichtlich des Anspruchs auf Kaufpreisrückzahlung mit Zustellung der Klageschrift an die Beklagte zu 2) am 27. März 2019 eingetreten (§ 261 Abs. 1 ZPO).

Unter dem Gesichtspunkt einer bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch höheren Forderung, die

durch den Ausgleich für die nachfolgende Fahrzeugnutzung teilweise aufgezehrt wurde, schuldet die Beklagte noch weitere Zinsen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 397/19, Rn. 38 bei juris). Diese schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf 280,39 €.

Ein Anspruch auf Deliktzinsen besteht nicht, vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020, VI ZR 354/19.

## II.

Mit ihren weiteren Anträgen in Richtung der Beklagten zu 2) hat die Klagepartei dagegen keinen Erfolg.

### 1.

Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten zu 2) hinsichtlich der Rücknahme des Fahrzeugs ist unbegründet.

Feststellung des Annahmeverzugs könnte die Klagepartei nur beanspruchen, wenn sie der Beklagten zu 2) die Leistung so wie geschuldet - insbesondere am richtigen Ort (§ 269 BGB), im richtigen Umfang (§ 266 BGB) und in der richtigen Weise - angeboten hat. Dieses Angebot muss so vorgenommen werden, dass der Gläubiger nichts weiter zu tun braucht, als zuzugreifen und die Leistung anzunehmen (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 85 bei juris; Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 294 Rn. 2 ff. m.w.N.).

Die Klagepartei hat der Beklagten zu 2) die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs nicht zu den Bedingungen angeboten, von denen sie dies im Hinblick auf den im Wege des Vorteilsausgleichs geschuldeten und vom Kaufpreis in Abzug zu bringenden Nutzungsersatz hätte abhängig machen dürfen. Sie hat mit Schreiben vom 24. Januar 2019 (Anlage K7) die Rückzahlung des gesamten Kaufpreises ohne Anrechnung von Nutzungen und damit die Zahlung eines deutlich höheren Betrags verlangt, als sie hätte beanspruchen können. Ein zur Begründung von Annahmeverzug auf Seiten der Beklagten zu 2) geeignetes Angebot ist unter diesen Umständen nicht gegeben (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 85 bei juris).

Die Beklagte zu 2) ist auch nicht dadurch in Annahmeverzug gekommen, dass sie auf den im Prozess gestellten Klageantrag auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer angemessenen Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeuges nicht zur Annahme der angebotenen Leistung bereit war, denn die Klagepartei hat bis zuletzt den

Nutzungsvorteil aufgrund der Annahme einer höheren Gesamtleistung zu gering angesetzt und damit einen zu hohen Zahlungsbetrag gefordert.

2.

Der Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten zu 2) für weitere Schäden ist unzulässig, worauf der Senat hingewiesen hatte (Beschluss vom 30. März 2023).

Vorliegend hat die Klagepartei ihr Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) nicht hinreichend dargetan. Zwar genügt in Fällen, in denen - wie im Streitfall - ein Vermögens(teil)schaden bereits entstanden ist und der Eintritt weiterer Vermögensschäden im Rahmen der noch nicht abgeschlossenen Schadensentwicklung erwartet wird, die Möglichkeit eines künftigen weiteren Schadenseintritts für die Zulässigkeit der Feststellungsklage (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2021 - VI ZR 455/20, Rn. 10, 14 bei juris). Die Klagepartei beruft sich allerdings lediglich allgemein auf die Möglichkeit weitere Schäden, ohne diese zu konkretisieren.

Überdies ist die Feststellungsklage unzulässig, weil der Antrag nicht hinreichend bestimmt ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Dem Antrag festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, „dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen, für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs Audi A6 Avant (...) resultieren“, fehlt es an einer bestimmten Bezeichnung des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses (vgl. OLG München, Beschluss vom 12. Juni 018 - 8 U 3169/17, Rn. 6 bei juris).

3.

Der Klagepartei steht gegen die Beklagte zu 2) kein Anspruch auf Freistellung von Anwaltskosten für ein außergerichtliches Vorgehen zu.

Bei der Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang der dem Geschädigten zustehende Schadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 249 BGB auch die Erstattung von Rechtsanwaltskosten umfasst, ist zwischen dem Innenverhältnis des Geschädigten zu dem für ihn tätigen Rechtsanwalt und dem Außenverhältnis des Geschädigten zum Schädiger zu unterscheiden. Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch ist grundsätzlich, dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war. Ob eine vorprozessuale anwaltliche Zahlungsaufforderung eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG

auslöst oder als der Vorbereitung der Klage dienende Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RVG zum Rechtszug gehört und daher mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG abgegolten ist, ist eine Frage des Innenverhältnisses, nämlich der Art und des Umfangs des im Einzelfall erteilten Mandats. Erteilt der Mandant den unbedingten Auftrag, im gerichtlichen Verfahren tätig zu werden (vgl. Vorbemerkung 3 Abs. 1 Satz 1 VV RVG), lösen bereits Vorbereitungshandlungen die Gebühren für das gerichtliche Verfahren aus, und zwar auch dann, wenn der Anwalt zunächst nur außergerichtlich tätig wird. Für das Entstehen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist dann kein Raum mehr. Anders liegt es, wenn sich der Auftrag nur auf die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts beschränkt oder der Prozessauftrag jedenfalls unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben. Ein lediglich (aufschiebend) bedingt für den Fall des Scheiterns des vorgerichtlichen Mandats erteilter Prozessauftrag steht der Gebühr aus Nr. 2300 VV RVG nicht entgegen. Es obliegt der Klagepartei, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass sie ihrem Anwalt einen Auftrag zunächst zur vorgerichtlichen Vertretung bzw. mindestens einen entsprechend bedingten Klageauftrag erteilt hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 - VI ZR 353/20, Rn. 6 ff. bei juris).

Die Klagepartei hat es - wie die Beklagte zu 2) mit Schriftsatz vom 12. April 2023 (Seite 16) zu Recht rügt - versäumt, ihrer angesprochenen Darlegungslast zu genügen. Ausführungen dazu, ob sie ihrem Anwalt einen Auftrag zu einer zunächst nur vorgerichtlichen Vertretung oder eben einen entsprechend bedingten Klageauftrag erteilt hat, erfolgten nicht. Eines Hinweises des Senats bedurfte es hierzu nicht, da es sich nur um eine Nebenforderung handelt (§ 139 Abs. 2 S. 1 ZPO).

### III.

Die Klagepartei hat gegen die Beklagte zu 1) keinen Anspruch auf Schadensersatz, denn diese ist nicht passivlegitimiert.

Die Beklagte zu 1) hat den streitgegenständlichen Motor weder entwickelt noch hergestellt.

Soweit die Klagepartei der Ansicht ist, dass sich die Passivlegitimation der Beklagten zu 1) daraus ergebe, dass sämtliche Hersteller des VW-Konzerns kollusiv zusammengewirkt hätten und die Beklagte zu 1) als Konzernmutter entschieden habe, markenübergreifend unzulässige Abschaltvorrichtungen in den von Konzernunternehmen hergestellten Motoren zu implementieren, stellt dies schon keinen hinreichend schlüssigen Sachvortrag dar.

Die Tatsache, dass die Konzerntöchter, insbesondere die Beklagte zu 2), durch einen Gewinnab-

führungs- und Beherrschungsvertrag mit der Beklagten zu 1) verbunden sind, der vorsieht, dass die Entscheidungen der Beklagten zu 1), insbesondere der Vorstände, zu befolgen sind, kann die Passivlegitimation der Beklagten zu 1) nicht begründen. Auch durch Unternehmensvertrag verbundene Unternehmen bleiben rechtlich selbständige Unternehmen, § 15 AktG.

Für eine deliktische Haftung auch der Beklagten zu 1) ist daher kein Raum. Diese kommt auch im Konzern nur gegen die Herstellerin des Fahrzeugs in Betracht.

Für den Fall einer Durchgriffshaftung fehlt jeder substantiierte Vortrag. Weder wird ein Missbrauch der Rechtsform noch der Entzug von Kapital und eine dadurch bedingte Insolvenz des beherrschten Unternehmens vorgetragen. Eine Konzernvertrauenshaftung wird im deutschen Recht ganz überwiegend abgelehnt (Oliver Rieckers, Die Konzernmutter als Quasihersteller - Haftung für enttäushtes „Konzernvertrauen“, VersR 2004, 706,). Auch eine Quasiherstellerhaftung der Konzernmutter im Rahmen der deliktischen Produzentenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, denn die Beklagte ist auf dem Markt nicht als Hersteller eines Fahrzeugs der Marke Audi aufgetreten (vgl. zum Quasihersteller: Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 823, Rn. 184).

#### IV.

1.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO i.V.m. der sog. Baumbach'schen Formel. Die unterschiedlichen Prozessrechtsverhältnisse und das unterschiedliche Obsiegen und Unterliegen der Parteien wurde berücksichtigt.

2.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht für die Vollstreckung durch die Klagepartei auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Für die Vollstreckung durch die Beklagten gelten die Vorschriften der § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

3.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO. Für den Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden (Berufungsantrag Nr. 3) wird pauschal ein Betrag von 1.000,00 € angesetzt.

4.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die maßgeblichen Rechtsfragen zur Haftung in der Folge des sog. „Dieselab-

gasskandals“ sind mittlerweile höchstrichterlich geklärt (so BGH, Beschluss vom 29. September 2021 - VII ZR 223/20, Rn. 8 sowie vom 15. September 2021 - VII ZR 2/21, Rn. 24, jeweils bei juris). Es ist Aufgabe der Instanzgerichte, diese Rechtsgrundsätze auf den jeweils vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Divergierende Ergebnisse aufgrund der Würdigung des jeweils vorgelegten Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht begründen keine Divergenz im Sinne der § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 522 Abs. 2 ZPO. Von einer Divergenz in diesem Sinne wäre vielmehr nur dann auszugehen, wenn den Entscheidungen sich widersprechende abstrakte Rechtssätze zugrunde liegen (BGH, Beschluss vom 9. Juli 2007 - II ZR 95/06, Rn. 2 bei juris).

gez.

Baltes  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Dr. Frommhold  
Richter  
am Oberlandesgericht

Dr. Weiß  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Verkündet am 25.05.2023

gez.  
Fakesch, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle