**Beglaubigte Abschrift**

**I-6 U 23/20**
3 O 426/18
Landgericht Wuppertal

Verkündet am 09.12.2021
Lehnhausen-Lobien
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

15. Dez. 2021
HAHN RECHTSANWÄLTE
PARTG mbB

In dem Rechtsstreit

der

Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hahn Rechtsanwälte PartG mbB, Alter Steinweg 1, 20459 Hamburg,

gegen

1. die AUDI AG, vertr. d. d. Vorstandsvorsitzenden Abraham Schot, Auto-Union-Straße 1, 85057 Ingolstadt,
2. die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG, vertr. d. d. Vorstandsvorsitzenden Oliver Blume, Im Birkenwald 24, 70435 Stuttgart,

Beklagten, Berufungsklägerinnen und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte zu 1:

zu 2:

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 28.10.2021
durch die Richterin am Oberlandesgericht Peters,

die Richterin am Oberlandesgericht Schuh-Offermanns und
die Richterin am Oberlandesgericht Toporzysek

für R e c h t erkannt:

1.
Auf die Berufung der Beklagten wird das am 07.08.2019 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Beklagten zu 1 und Zurückweisung der Berufung der Klägerin teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an die Klägerin 75.034,49 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.02.2019 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Porsche Cayenne Diesel mit der Fahrzeugidentifikationsnummer

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1 mit der Rücknahme des Fahrzeugs Porsche Cayenne Diesel mit der Fahrzeugidentifikationsnummer in Annahmeverzug befindet.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2.
Unter teilweiser Abänderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung werden die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen wie folgt verteilt:

Die Gerichtskosten tragen die Klägerin und die Beklagte zu 1 zu je 1/2.
Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2.
Die Beklagte zu 1 trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu ½.
Im Übrigen tragen die Klägerin und die Beklagte zu 1 ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils für sie jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, falls nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

**Gründe:**

I.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Schadensersatz in Höhe des von ihr für den am 11.05.2016 bei der Kamps Sportwagenzentrum Bensberg GmbH § Co KG getätigten Erwerb eines neuen Porsche Cayenne mit einem 3,0L V6 TDI Euro 6 Dieselmotor geleisteten Kaufpreises von 81.125,03 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges an die Beklagten sowie Feststellung des Annahmeverzuges und der Schadensersatzpflicht.
Der im streitgegenständlichen Fahrzeug befindliche 3,0L V6 TDI Euro 6 Dieselmotor wurde von der Beklagten zu 1) hergestellt, an die Beklagte zu 2) geliefert und von der Beklagten zu 2) in die von ihr hergestellten und veräußerten Fahrzeuge eingebaut. Es handelt es nicht um einen Motor mit der Typenbezeichnung EA 189.

Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 28.10.2021 wies das Fahrzeug der Klägerin unstreitig eine Laufleistung von 18.769 km auf.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen, § 540 Abs.1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Rückzahlung des Kaufpreises unter Anrechnung von Nutzungsersatz unter Zugrundelegung einer Gesamtlaufleistung i.H.v. 250.000 km und gefahrener 15.658 km in Höhe von 76.257,53 EUR nebst Verzugszinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges verurteilt, den Annahmeverzug festgestellt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Beklagten hafteten der Klägerin gesamtschuldnerisch aus § 826 BGB, weil sie ihr einen Schaden zugefügt hätten, der auf sittenwidrigem und

vorsätzlichem Verhalten beruht habe. Der Schaden bestehe darin, dass die Klägerin durch das Verhalten der Beklagten einen Vertrag über ein Kraftfahrzeug abgeschlossen habe, welches zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidenden gesetzlichen Anforderungen nicht genügt habe und dessen Hersteller die von der Behörde gleichwohl erteilte Typengenehmigung durch Täuschung erschlichen hätten. Es sei offenkundig, dass der streitgegenständliche Motor mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen sei, was aus der Veröffentlichung des Kraftfahrtbundesamtes vom 22.01.2018 folge, in der ausdrücklich ausgeführt sei, dass Kraftfahrzeuge der Marke Porsche Cheyenne aus den Baujahren 2014 - 2017 mit dem im streitgegenständlichen Fall gegebenen Motor mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen seien, deren Entfernung im Rahmen einer Rückrufaktion durch das Kraftfahrtbundesamt überwacht werde. Auch sei die Klägerin mit Schreiben vom 22.12.2017 von der Porsche Deutschland GmbH, einer 100-prozentigen Tochtergesellschaft der Beklagten zu 2, darüber informiert worden, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine Motorsteuergeräte-Software verbaut sei, durch welche die Stickoxid –Werte im Vergleich zwischen Prüfstand und realem Fahrbetrieb verschlechtert würden. An dieser Erklärung müsse sich insbesondere auch die Beklagte zu 2 festhalten lassen. Im Hinblick auf den kurz nach dem Schreiben an die Klägerin beim Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten Rückruf der entsprechenden Fahrzeuge sei davon auszugehen, dass das Schreiben der Porsche Deutschland GmbH nicht im Alleingang und ohne Kenntnis der Beklagten zu 2 erfolgt sei. Die Leistung, die die Klägerin erhalten habe, sei für ihre Zwecke nicht voll brauchbar gewesen. Es habe nicht nur die Betriebsuntersagung gedroht, sondern bei einer ex-ante Betrachtung unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus dem Abgasskandal bei VW auch eine erhebliche Einschränkung der Fungibilität des Fahrzeuges. Zudem habe die Klägerin bei einem Verkauf im Vergleich zum Anschaffungswert Preisabschläge befürchten müssen. Das Verhalten der Beklagten sei jedenfalls mitursächlich für die Schädigung. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 ergebe sich dies bereits deshalb, weil diese das Antriebsaggregat, welches die unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet habe, entwickelt und in den Verkehr gebracht habe. Bei der Entwicklung eines gesetzeskonformen Produktes hätte es für die Klägerin keinen Grund zu Beanstandungen gegeben und wäre nicht von einem für sie nachteiligen Vertrag auszugehen. Gleiches gelte für die Beklagte zu 2, die durch den Einbau des streitgegenständlichen Motors in ihre Fahrzeuge, diesen in Verkehr gebracht habe. Daher seien die Beklagten letztlich gemeinsam für das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Motors verantwortlich für die

Schädigung der Klägerin. Die Beklagten hätten die Klägerin arglistig getäuscht und hiermit den nachteiligen Vertragsschluss kausal herbeigeführt. Die Beklagten seien beide einer ihnen obliegenden Aufklärungspflicht nicht nachgekommen, durch die die Klägerin getäuscht worden sei. Diese habe sich nämlich vorgestellt, ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Fahrzeug zu erwerben. Eine solche Verpflichtung habe auch die Beklagte zu 2 getroffen, die als Herstellerin des streitgegenständlichen PKWs jedenfalls die Pflicht getroffen habe zu prüfen, wie der von der Beklagten zu 1 entwickelte Motor arbeite und ob dieser ordnungsgemäß funktioniere. Es läge auch vorsätzliches Handeln der Beklagten vor, da davon auszugehen sei, dass die Beklagten gewusst hätten, dass die Beklagte zu 1 ein nicht gesetzeskonformes Produkt entwickelt und zusammen mit der Beklagten zu 2 in den Umlauf gebracht hätten. Durch die unterlassene Aufklärung der Klägerin hierüber hätten sie diese dazu veranlasst, einen Vertrag zu schließen, den sie bei Offenlegung nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Das Verhalten der Beklagten sei auch sittenwidrig. Zwar hätten sich die Beklagten zu den Gründen ihres Verhaltens nicht erklärt, doch liege es auf der Hand, dass das im Rahmen des so genannten Diesel- Skandals zu Tage getretene Verhalten einzig und allein dazu gedient habe, sich auf rechtswidrigem Wege Wettbewerbsvorteile zu verschaffen und dadurch die Unternehmensgewinne in nicht unerheblicher Art und Weise zu steigern. Die Beklagte zu 1 habe über einen erheblichen und entscheidenden Wissensvorsprung verfügt als diejenige, die Kenntnis nicht nur von der unzulässigen Abschalteinrichtung an sich, sondern auch von dem Umstand gehabt habe, dass diese Abschalteinrichtung bzw. deren genaue Funktion den maßgeblichen Behörden bei Erteilung der EG-Typengenehmigung nicht angezeigt werde. Auch in Bezug auf die Beklagte zu 2 sei von Sittenwidrigkeit auszugehen. Ohne einen substantiierten und nachvollziehbaren Vortrag dahingehend, dass die Beklagte zu 2 keine Kenntnis davon gehabt habe, wie der von ihr in ihre Fahrzeuge eingebaute Motor funktioniere und ob er den gesetzlichen Vorgaben entsprochen habe, könne die Beklagte zu 2 sich nicht darauf berufen, dass der streitgegenständliche Motor nicht von ihr, sondern von der Beklagten zu 1 entwickelt worden sei. Auch in Bezug auf die Schadenszufügung hätten die Beklagten vorsätzlich gehandelt. Spätestens mit Bekanntwerden des Abgasskandals bei VW hätte auch die Beklagte zu 2 unabhängig von ihrer vorher bereits bestehenden Überprüfungspflicht der Motoren, konkreten Anlass gehabt, die in ihre Pkw eingebauten Motoren der Beklagten zu 1 nochmals genau auf ihre Funktionsweise und ihre Gesetzmäßigkeit zu überprüfen. Indem sie sich darauf zurückziehe, die

Beklagte zu 1 habe ihr versichert, die Motoren entsprächen den gesetzlichen Vorgaben, habe sie eingeräumt, dies nicht in der notwendigen Weise getan zu haben. Damit habe sie jedenfalls billigend in Kauf genommen, dass ihre potentiellen Kunden über das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung getäuscht worden seien. Die Beklagten als juristische Personen hätten auch gemäß § 31 BGB für den Schaden einzustehen, den ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Klägerin durch eine unerlaubte Handlung zugefügt hätten. Auch der erforderliche subjektive Tatbestand sei verwirklicht. Dass maßgebliche Mitarbeiter der Beklagten bis in die Vorstandsebene, bei der es sich zweifelsfrei um verfassungsmäßig berufene Vertreter handele, Kenntnis von allen maßgeblichen haftungsbegründende tatsächlichen Umständen gehabt hätten und vollumfänglich vorsätzlich gehandelt hätten, sei anzunehmen. Der entsprechende klägerische Vortrag sei als zugestanden anzusehen, da er nicht hinreichend substantiiert bestritten worden sei. Die Beklagten seien insoweit sekundär darlegungspflichtig gewesen, weil die Klägerin als primär darlegungs- und beweisbelastete Partei Anknüpfungstatsachen vorgetragen hätte. Dies genüge vor dem Hintergrund, dass die Befassung durch einen organschaftlichen Verantwortlichen bei einem Großkonzern zu erwarten gewesen sei. Es könne mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Beklagte zu 1 ihre Betriebs- und Verwaltungsorganisation an gesetzlichen Vorgaben ausrichte und daher gemäß § 91 Abs. 2 AktG ein Überwachungssystem eingerichtet habe, um Entwicklungen früh zu erkennen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährdeten. Hierzu gehörten auch Verstöße von Organmitgliedern und Unternehmensangehörigen gegen gesetzliche Vorschriften. Wenn die Beklagte zu 1 aber derartige Überwachungssysteme eingerichtet habe, liege es nahe anzunehmen, dass die damit verbunden Prüf- und Genehmigungspflichten ebenso wie die korrespondierenden Berichtspflichten bis in die Führungsebene der Beklagten gereicht hätten. Der von der Beklagten zu 2 hervorgehobene Umstand, dass der Motor für das streitgegenständliche Fahrzeug nicht von ihr, sondern von der Beklagten zu 1 entwickelt und hergestellt worden sei, führe zu keiner abweichenden Einschätzung. Hier müsse, wenn Gegenteiliges nicht substantiiert und nachvollziehbar dargelegt werde, davon ausgegangen werden, dass der Fahrzeughersteller, hier die Beklagte zu 2, der den Motor eines anderen Herstellers, hier der Beklagten zu 1, für seine Fahrzeuge verwende, sich hinreichende Kenntnis davon verschaffe, wie der Motor im Einzelnen funktioniere und ob er den gesetzlichen Vorgaben gerecht werde. Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte zu 2 konkret darlegen müssen, von wem die Entscheidung zum Einsatz der

unzulässigen Abschalteinrichtung getroffen worden sei und warum dies ohne Einbeziehung der Vorstandsebene möglich gewesen sein solle. Dieser sekundären Darlegungslast sei die Beklagte zu 2 nicht nachgekommen. Im Rahmen der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast hätten die Beklagten jedenfalls bezogen auf die Entwicklung und Implementierung der streitgegenständlichen irregulären Motor- bzw. Abgassteuerungssoftware sowie den Einbau des entsprechenden Motors in ihre Fahrzeuge ihre interne Organisationsstruktur einschließlich Genehmigung, Budget, und Compliance-Verantwortlichkeiten einschließlich zugehöriger Berichtspflichten und Berichtswege darzustellen gehabt. Dem seien die Beklagten nicht nachgekommen.
Die Beklagten hätten der Klägerin daher grundsätzlich den Kaufpreis für das streitgegenständliche Fahrzeug i.H.v. 81.125,03 Euro zu erstatten. Hierauf habe sich die Klägerin jedoch die von ihr während der Besitzzeit gezogenen Nutzungen i.H.v. 4.867,50 € anrechnen zu lassen. Unter Berücksichtigung einer vom Gericht gemäß § 287 ZPO geschätzten Gesamtfahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeuges von max. 250.000 km errechne sich unter Berücksichtigung einer tatsächlichen Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeuges von 15.658 km eine Nutzungsentschädigung i.H.v. 4.867,50 €. Dass die Beklagte zu 2 zwischenzeitlich technische Maßnahmen anbiete, die die betroffene Fahrzeuge in einen ordnungsgemäßen Zustand versetzen sollten, sei demgegenüber unbeachtlich. Der mit dem Klageantrag zu Ziff. 3 verfolgte Feststellungsantrag sei bereits unzulässig, da der Klägerin das hierfür nötige Feststellungsinteresse fehle. Mit dem Klageantrag zu 1 habe sie die vorrangige Leistungsklage bereits erhoben. Mit Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des streitgegenständlichen PKWs seien zukünftige Schäden der Klägerin nicht mehr zu erwarten. Der bereits entstandene Schaden sei im Klageantrag zu Ziff. 1 bereits konkret beziffert.

Hiergegen richten sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge im Wesentlichen weiterverfolgt, soweit die Klage abgewiesen worden ist, sowie die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, das Landgericht habe in seinem Urteil die Höhe der für einen Porsche Cayenne Diesel zugrunde gelegten Gesamtlaufleistung von 250.000 km deutlich zu niedrig angesetzt und daher einen zu hohen Nutzungswertersatz in Abzug gebracht. Auch habe das Landgericht nicht hinreichend

berücksichtigt, dass noch die Möglichkeit des Eintritts weiterer Schäden bestehe infolge des Softwareupdates, das sie sich habe aufspielen lassen müssen. So sei insbesondere häufig das AGR- Ventil auszutauschen, eine Reparatur, die von den Beklagten bisher meist übernommen worden sei. Zudem bestehe häufig die Gefahr, dass nach dem Softwareupdate die Drosselklappe im streitgegenständlichen Fahrzeug auch wiederholt gereinigt werden müsse.

Im Übrigen verteidigt sie das angefochtene Urteil.
Zu Recht habe das Landgericht die Beklagten wegen sittenwidriger Schädigung verurteilt. Dies ergebe sich schon daraus, dass das streitgegenständliche Fahrzeug Gegenstand eines vom KBA angeordneten Rückrufs gewesen sei, weil dies die Verwendung unerlaubter Abschalteinrichtungen festgestellt, die Entfernung angeordnet und die Beklagte zu 2 eingeräumt habe, dass Dieselmotoren mit einer Motorsteuergeräte-Software verbaut worden seien, durch welche die Stickoxidwerte (NOx) im Vergleich zwischen Prüfstandlauf (NEFZ) und realem Fahrbetrieb verschlechtert würden. Aus der Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft München II (Anlage BK 10) ergebe sich die Verantwortlichkeit maßgeblicher Personen bei der Beklagten zu 1. Wie ihr nunmehr bekannt geworden sei, werde die auch vorliegend zum Einsatz kommende Nutzung einer Aufheizstrategie gem. KBA nur bei gleichzeitigem Vorliegen bestimmter Initialisierungsparameter verwendet, die so eng seien, dass die Aufheizstrategie nahezu ausschließlich im NEFZ und den dort definierten Bedingungen wirke. Schon kleine Abweichungen führten zur Ausschaltung. Bei der Strategie A handele es sich jedenfalls um eine unzulässige Abschalteinrichtung, die im streitgegenständlichen Porsche Cayenne verbaut sei. Zudem sei bei dem Fahrzeug Modell Porsche Macan S 3.0 TFI eine „Strategie D" vom KBA festgestellt worden. Ganze Abteilungen bei der Beklagten zu 1 hätten sich über Jahre hinweg intensiv mit dem Thema Abschalteinrichtungen beschäftigt in dem Bewusstsein der Illegalität der entsprechenden technischen Entwicklungen.

Die Beklagte zu 2 sei für den Einbau der Motoren in ihre Fahrzeuge verantwortlich und habe ihre Fahrzeuge entsprechender Abgastests zu unterziehen gehabt und hierfür verantwortlich gezeichnet. Die Leistungsdaten der von der Beklagten zu 1 entwickelten Motoren würden sich unterscheiden und müssten auf die einzelnen Modelle und Zielgruppen der Modelle angepasst werden. Dementsprechend hätten auch für die Modelle der Beklagten zu 2 entsprechende Typengenehmigungen eingeholt werden müssen. Bestandteil des Typengenehmigungsverfahrens seien u.a.

die streitgegenständlichen Emissionstests, deren Manipulation die streitgegenständlichen unzulässigen Abschalteinrichtungen dienten.
Die Ergebnisse der behördlichen Abgastests würden dabei nicht dem Zufall überlassen, sondern die Fahrzeuge würden vorher intern ausgiebig von der Beklagten zu 2 getestet. Die Beklagte zu 2 könne daher nicht mit dem Vortrag gehört werden, sie habe von den Manipulationen der Motoren, die ursprünglich die Beklagte zu 1 entwickelt habe, nichts gewusst. Die Schutzbehauptung sei umso unglaubwürdiger, weil die Beklagte zu 2 ebenso wie die Beklagte zu 1 Tochter der Volkswagen AG sei. Technische Entwicklungen würden denklogisch untereinander ausgetauscht und ausführlich getestet. Soweit die Beklagte zu 2 vortragen wolle, sie habe die Motoren quasi blind in ihre Fahrzeuge eingebaut, ohne eigene Nachprüfungen, müsse sie hierzu vortragen und gegebenenfalls Beweis anbieten. Als Fahrzeugherstellerin habe sie unmittelbar Zugriff auf sämtliche Daten und auch Motorsteuerungsfunktionen ihrer Fahrzeuge. Um zu erfahren, ob die Motoren manipuliert seien, habe es nicht der behaupteten Nachfrage bedurft, da die Beklagte zu 2 dies selbst hätte überprüfen können. Hierzu habe aufgrund der Softwaremanipulationen in anderen Motoren von VW ab September 2015 auch Veranlassung bestanden.
Die Beklagte zu 2 habe den Antrag zur Erteilung einer Typengenehmigung nach Art. 3, Nr.5 RiLi 2007/46/EG gestellt in dem Wissen, dass zumindest eine unerlaubte Abschalteinrichtung gem. Art.5 Abs.2 lit a der Verordnung Nr. 715/2007/EG verwendet werde, die in dem Antrag jedoch nicht offengelegt worden sei. Es sei ausgeschlossen, dass der Antrag nicht von einem leitenden Angestellten, §§ 30, 31 BGB, wenn nicht vom Entwicklungsvorstand selbst eingereicht werde. Die Beklagte zu 2 habe sich trotz Kenntnis der Vorgänge im VW-Konzern und eines begründeten Zweifels an der Normkonformität der durch die Beklagte zu 1 gelieferten Motoren lediglich damit begnügt, diese „immer und immer wieder" nach der Verwendung einer solchen Software zu befragen. Es wäre ihr ein Leichtes gewesen, die Motoren exemplarisch zu prüfen. § 826 BGB sei aber nicht nur durch das aktive Inverkehrbringen des Motors bzw. Fahrzeugs erfolgt, sondern auch durch Unterlassen. So hätten die Beklagten ihre Garantenpflicht verletzt, indem sie nicht über die Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung aufgeklärt hätten. So habe nicht nur die Beklagte zu 1 sondern auch die Beklagte zu 2 durch das Inverkehrbringen des mit unerlaubter Motorsoftware ausgestatteten Motors bzw. durch Einbau des Motors trotz Kenntnis der Fehlerhaftigkeit eine Gefahr für den Käufer geschaffen. Dadurch sei eine Garantenstellung durch Ingerenz entstanden.

Da das Verhalten der Beklagten nicht nur strafrechtlich relevant gewesen sei, sondern auch gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße, sei angesichts der gerichtsbekannten Diskussionen im Zusammenhang mit dem Dieselskandal mehr als offensichtlich. Die Sittenwidrigkeit sei auch nicht durch den Rückrufbescheid des KBA entfallen, da es nicht zu einem veränderten Verhalten der Beklagten gekommen sei.

Mit Schriftsatz vom 20.10.2021 behauptet die Klägerin, der Vorstand der Beklagten zu 2 habe selbst Kenntnis von den unzulässigen Abschalteinrichtungen gehabt. So sei ihr Vorstandsmitglied Wolfgang Hatz Chef der Motorenentwicklung bei der Beklagten zu 1 in den Jahren 2001 bis 2007 gewesen und bis 2011 für die Aggregate-Entwicklung im gesamten VW-Konzern, bevor er zur Beklagten zu 2 als Verantwortlicher für Forschung und Entwicklung berufen worden sei. Während seiner Zeit bei der Beklagten zu 1 habe ihn Ulrich Weiss, zu dessen engsten Mitarbeitern Giovanni Parmio gehört habe, informiert, so dass Herr Hatz unbedingt über die unzulässigen Abschalteinrichtungen informiert gewesen sei. Seine Kenntnisse habe er dann bei seinem Wechsel zur Beklagten zu 2 auf diese übertragen.

Unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH vom 25.05.2020 beantragt die Klägerin nunmehr sinngemäß,

> das angefochtene Urteils des Landgerichts Wuppertal vom 07.08.2019 – 3 O 426/18 – in Bezug auf die erstinstanzlich zu Ziff. 1 und 3 gestellten Klageanträge teilweise abzuändern und
>
> 1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 81.125,03 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem ehemaligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Porsche Cayenne Diesel abzüglich einer Nutzungsentschädigung i.H.v. 0,16225 € pro gefahrenen Kilometer seit dem 11.05.2016, die sich nach folgender Formel berechnet:
>
> (81.125,03 € x 18.769) : 500.000 km;
>
> 2. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, an die Klägerin Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs

Porsche Cayenne Diesel (FIN: "), mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und

das am 07.08.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Wuppertal abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Beide Beklagten wenden sich ihrerseits gegen die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Die Beklagte zu 1 macht geltend, das Landgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO festgestellt, dass die Klägerin den Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug nicht abgeschlossen hätte, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprochen hätte. Denn die Klägerin habe nicht schlüssig dargelegt, dass der Kauf des Fahrzeuges zu einer ungewollten Verpflichtung geführt habe. Zudem habe sie erstinstanzlich bestritten, dass die Klägerin den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie von der Verwendung der streitgegenständlichen Software in ihrem Fahrzeug gewusst hätte. Die Klägerin sei somit beweisfällig geblieben. Auf den – hier nicht gegebenen – Nachweis der Kausalität zwischen behaupteter Täuschung und der Kaufentscheidung könne im Einzelfall nicht verzichtet werden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts seien hinsichtlich von Schädigungshandlung und Schädigungsvorsatz auch nicht die Grundsätze über eine sekundäre Darlegungslast anwendbar. Ihr sei weitergehender Vortrag auch unzumutbar. So müsse sie nach der unzutreffenden Ansicht des Landgerichts darlegen, dass und warum keines ihrer Vorstandsmitglieder vorsätzlich gehandelt habe. Sie müsse daher zum Nichtvorliegen einer Tatsache vortragen, was die Annahme einer sekundären Darlegungslast ausschließe.

Der Klägervortrag erfülle auch nicht die Anforderungen an einen schlüssigen Tatsachenvortrag zu einer vorsätzlichen Schädigungshandlung im Rahmen einer deliktischen Haftung, sondern sei unschlüssig. So komme es für ihre deliktische Haftung darauf an, ob ein Vorstandsmitglied von der Entwicklung und Verwendung

der Software Kenntnis gehabt, dies gebilligt und gewusst habe, dass der Klägerin ein Schaden entstehe, und zwar zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Mai 2016. Zudem spreche gegen die Annahme einer sekundären Darlegungslast auch, dass die Klägerin sich nicht in einer Situation der Unkenntnis befinde, da sie in der Lage sei, Beweis für ihre Behauptung anzutreten, dass Vorstände im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses im Mai 2016 von der Software Kenntnis gehabt und mit Schädigungsvorsatz gehandelt hätten. Die Annahme einer sekundären Darlegungslast führe auch zu einer unzulässigen Verlagerung des Risikos einer Beweislastentscheidung und der Gefahr einer Ausforschung. Schließlich erlaube die Annahme einer sekundären Darlegungslast auch keinesfalls die Fiktion eines Schädigungsvorsatzes über § 138 Abs. 3 ZPO. Es fehle aber auch an einer ihr anzulastenden Schädigungshandlung. Soweit das Landgericht von einem Inverkehrbringen des Motors als deliktische Handlung ausgehe, verkenne es, dass lediglich das Fahrzeug, nicht aber der Motor in den Verkehr gebracht worden sei. Die Entwicklung und Veräußerung eines Fahrzeugbauteiles stelle kein Inverkehrbringen des Motors dar. Zu Unrecht habe das Landgericht hinsichtlich des Einbaus der Software eine ihr als Herstellerin obliegende Aufklärungspflicht gegenüber der Klägerin angenommen und sei auch von der Sittenwidrigkeit ausgegangen. Selbst ein unterstellter Verstoß gegen das Verbot einer unzulässigen Abschalteinrichtung begründe kein Sittenwidrigkeitsurteil im Verhältnis zur Klägerin. Jedenfalls aber hätte das Landgericht den Vorsatz verneinen müssen. Ein Schädigungsvorsatz könne auch nicht unter Verweis auf eine sekundäre Darlegungslast fingiert werden. Letztlich sei der Klägerin durch den Einbau der streitgegenständlichen Software in ihr Fahrzeug auch kein Schaden entstanden, da das Fahrzeug keinen Wertverlust erlitten habe. Nach Auffassung des KBA sei zwar die Bedatung der vom KBA beanstandeten Softwarebestandteile zu ändern, was durch eine entsprechende Anpassung der Motorsteuerungssoftware sichergestellt werde. Das Fahrzeug verfüge jedenfalls über eine wirksame EG-Typengenemigung und habe dem genehmigten Typ zu jeder Zeit entsprochen. Die Typengenehmigung sei auch nicht widerrufen worden. In der Freigabebestätigung habe das KBA bestätigt, dass die angeordnete Maßnahme nicht zu negativen Auswirkungen im Hinblick auf den Kraftstoffverbrauch, CO2 Emissionswerte, Motorleistung etc. führe.

Anders als bei den meisten Fahrzeugen mit EA189 Motor käme zur Reduktion des Stickoxidausstoßes neben der von der Klägerin genannten Abgasrückführung ein

SCR-Katalysator zum Einsatz, der mit AD-Blue betrieben werde. Das Fahrzeug unterfalle der entsprechenden Emissionsklasse und erfülle diese auch.

Die Beklagte zu 2 wendet ein, das Landgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt dass sie den streitgegenständlichen Motor nicht entwickelt und nicht hergestellt habe, sondern lediglich von der Beklagten zu 1 als Zulieferin Produkte zugekauft habe. Nicht nur der Motor und dessen Softwaresteuerung, sondern auch das System der Abgasnachbehandlung seien von der Beklagten zu 1 auftragsgemäß entwickelt, hergestellt und an sie, die Beklagte zu 2 geliefert worden. Ihr Arbeitsanteil habe sich in Bezug auf die Antriebseinheit auf den rein mechanischen Einbau des Motors in das Fahrzeug beschränkt. Sie habe keine Analyse der Software durchgeführt, was aufgrund des Umfangs wegen der schieren Datenmasse auch nicht durchführbar gewesen sei. Sie habe aber geprüft, ob die Abgaswerte in den gesetzlichen Standardtestzyklen eingehalten würden und ob sich das Fahrzeug in bestimmten Fahrsituationen wie gewünscht und vertraglich vereinbart verhalte. Zudem habe sie mit dem Aufkommen der Diesel-Thematik im Herbst 2015 umfangreiche eigene technische Prüfungen durchgeführt, die sich auf Emissionstests für diverse Fahrzeugtypen von Porsche, darunter auch den hier streitgegenständlichen Fahrzeugtyp bezogen hätten. Dabei hätten jedoch keine unzulässigen Abschalteinrichtungen festgestellt werden können. Darüber hinaus hätte die umfangreiche Sachverhaltserfassung auch keinerlei Hinweise ergeben, dass Vorstandsmitglieder von Porsche oder sonstige, bei Porsche für das vorliegende Verfahren relevante Personen bis in den Juni 2017 Kenntnis von der konkreten, vom Kraftfahrtbundesamt als unzulässig festgestellten Motor-Steuerungssoftware gehabt hätten. Eine entsprechende Kenntnis werde daher bestritten. Die Rechtsprechung falle auch ganz überwiegend zu ihren Gunsten aus. Die BGH-Entscheidung vom 25.05.2020 zur Haftung eines anderen Herstellers stehe dem nicht entgegen, da die dortigen Feststellungen nicht übertragbar seien. Porsche habe insbesondere unstreitig keine umfassende Strategieentscheidung getroffen, bestimmte Motoren mit einer Abschalteinrichtung zu versehen, sondern habe zugelieferte Motoren in ihre Fahrzeuge eingebaut. Zu den Hintergründen und Zusammenhängen habe sie zudem mit Nachweisen und Belegen ausgeführt. Einer etwaigen, schon nicht bestehenden, sekundären Darlegungslast habe sie damit genügt. Weitere Darlegungen könnten von ihr nicht verlangt werden. Es sei ihr insbesondere nicht unschwer möglich und zumutbar zum Geschehen noch weiter vorzutragen. Man habe alle Vorstände befragt, ob sie vor Juni 2017 Kenntnis von unzulässigen Abschalteinrichtungen in der

Motorsteuerung gehabt hätten, was diese verneint hätten. Auch Herr Hatz habe bereits 2015 bestätigt, dass er aus seiner Vortätigkeit bei Audi keine Kenntnis von der Konkreten, vom KBA als unzulässig eingestuften Bedatung der hier relevanten Motorsteuerung gehabt habe und Unregelmäßigkeiten niemals geduldet hätte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

**II.**

Die Berufungen der Klägerin sowie der Beklagten zu 1 und 2 sind zulässig, jedoch hat nur die Berufung der Beklagten zu 2 auch in der Sache vollen Erfolg. Auf die Berufung der Beklagten ist der vom Landgericht ausgeurteilte Zahlungsanspruch zudem der Höhe nach anzupassen, weil sich die von dem Kaufpreis des Fahrzeuges abzuziehende Nutzungsentschädigung durch die weitere Nutzung des Fahrzeugs erhöht hat.
Nach dem im Berufungsrechtszug zu berücksichtigenden Tatsachenvortrag der Parteien kann nicht von einer gesamtschuldnerischen Haftung der Beklagten zu 1 und 2 ausgegangen werden. Nach den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist vielmehr eine getrennte Betrachtung der Haftung der Herstellerin der Motoren (Beklagte zu 1) einerseits und der Haftung der Fahrzeugherstellerin (Beklagte zu 2) andererseits für den von der Klägerin geltend gemachten Schaden geboten.

**A. Berufung der Beklagten zu 1**

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte zu 1 als Herstellerin eines im von der Klägerin erworbenen Fahrzeug der Beklagten zu 2 verbauten, mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Motors, der Klägerin aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. §§ 826, 31 BGB haftet.
Die Beklagte zu 1 ist verpflichtet, an die Klägerin den von ihr im Mai 2016 an den Händler geleisteten Bruttokaufpreis abzüglich einer als Vorteil anzurechnenden Nutzungsentschädigung nebst Verzugszinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des im Tenor näher bezeichneten Porsche Cayenne zu zahlen. Zudem hat das Landgericht zu Recht den Annahmeverzug der Beklagten zu 1 festgestellt.

I.

Gem. § 826 BGB ist derjenige, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall in Bezug auf die Beklagte zu 1 erfüllt.

1.

Das hier infrage stehende Verhalten der Beklagten zu 1 ist im Verhältnis zur Klägerin objektiv als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB zu qualifizieren.

a.)

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 zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, 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, rechtswidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. vom 25.05.2020 – VI ZR 252 / 19 –, juris Rn. 15; Urteil vom 30.07.2020 –VI ZR 5/20-, juris Rn. 29). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben, da die Beklagte zu 1 eine – bestimmungsgemäß zum Zwecke des Einbaus in Fahrzeuge, wie das der Klägerin verwendete - Motorsteuerung entwickelt und in den Verkehr gebracht hat, welches eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet, um sich durch Täuschung des KBA und der potentiellen Käufer der Fahrzeuge einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen.

aa.)

Unstreitig hat die Beklagte zu 1 den von der Beklagten zu 2 in dem oben genannten Fahrzeug verbauten Motor entwickelt, hergestellt und bedatet.

Zu Recht und ohne dass die diesbezüglichen Ausführungen von den Beklagten in Abrede gestellt worden sind, ist das Landgericht aufgrund des vom KBA angeordneten Rückrufes davon ausgegangen, dass dieser Motor bzw. dessen Steuerung über eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG verfügt hat, bei der die Stickoxid-Werte im Vergleich zwischen Prüfstand und realem Fahrbetrieb verschlechtert wurden, was das Landgericht zu Recht insbesondere darauf gestützt hat, dass dies von der Porsche Deutschland GmbH der Klägerin gegenüber mit Schreiben vom 22.12.2017 auch eingeräumt worden ist. Auch den ergänzenden Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung, wonach die auch vorliegend zum Einsatz kommende Nutzung einer Aufheizstrategie gem. KBA nur bei gleichzeitigem Vorliegen bestimmter Initialisierungsparameter verwendet werde, die so eng seien, dass die Aufheizungsstrategie nahezu ausschließlich im NEFZ und den dort definierten Bedingungen wirke (Strategie A), haben die Beklagten nicht in Abrede gestellt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Motorsteuerung im Fahrzeug der Klägerin so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgaswerte fast ausschließlich auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb aber überschritten wurden. Damit aber ist vorliegend eine mit der Täuschung bei den sog. EA 189- Fällen vergleichbare Situation gegeben.

bb.)
Durch diese Maßnahme hat die Beklagte zu 1 dem KBA bei der Erlangung der (jeweiligen) Typgenehmigung vorgespiegelt, das Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen. Dadurch hat sie über die Einhaltung der gesetzlichen Abgaswerte getäuscht, um die Typgenehmigung zu erhalten.

Dabei kann letztlich dahinstehen, ob die Beklagte zu 1 selbst, oder die Beklagte zu 2 die Typgenehmigung beantragt und die hierfür erforderlichen Erklärungen abgegeben hat. Das vermag an dem Erschleichen der Genehmigung durch die Beklagte zu 1 nichts zu ändern. Falls die verfassungsmäßigen Vertreter der Beklagten zu 2, wie von ihr behauptet, nichts von der oben genannten konkreten Bedatung des Motors wussten, und die Typendokumentation, wie bereits vom Landgericht angenommen und von der Beklagten zu 2 in der Berufungsbegründung im Einzelnen ausgeführt, ebenfalls von der Beklagten zu 1 erstellt wurde, hätte die Beklagte zu 1 bei der Täuschung des KBA in mittelbarer Täterschaft gehandelt.

Andernfalls hätte sie der Beklagten zu 2 Beihilfe beim Erschleichen der Typengenehmigung geleistet und würde der Klägerin in gleicher Weise wie ein Mittäter haften (§ 830 BGB).

cc.)
Das oben genannte Verhalten der Beklagten liegt darin begründet, sich und/oder der Beklagten zu 2 einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen oder sich wettbewerbsfähig zu halten, weil sie entweder nicht über eine Technik verfügte, um die gesetzlichen Abgasvorschriften einzuhalten, oder aus Gewinnstreben den Einbau ansonsten notwendiger Vorrichtungen unterließ. Hiervon ist im Streitfall auszugehen, weil die Beklagte zu 1, wie schon vom Landgericht zutreffend festgestellt, den dahingehenden Klagevortrag nicht oder jedenfalls nicht ausreichend bestritten hat (§ 138 Abs. 3 ZPO).

2.)
Ein derartiges Verhalten ist im Verhältnis zur Klägerin, die ein mit unzulässigen Motorsteuerungen (siehe oben) versehenes Fahrzeug in Unkenntnis dieses Umstands erworben hatte, als objektiv und subjektiv sittenwidrig zu bewerten und steht wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Klägerin gleich (vgl. i.E. BGH, Urteil vom 25.05.2020 aaO Rn. 16 ff., 23, 25).
Die unzulässige Abschalteinrichtung konnte grundsätzlich dazu führen, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV vornahm, weil das Fahrzeug nicht dem genehmigten Typ (§ 3 Abs. 1 S. 2 FZV) entsprach (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 21). Die Beklagte zu 1 kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass es tatsächlich nicht zu einer Betriebsuntersagung gekommen und auch die Typengenehmigung nicht widerrufen worden sei. So kann offenbleiben, ob eine Betriebsuntersagung nur bei zuvor erfolgter Rücknahme der Typgenehmigung möglich war. Entscheidend ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass auch die Rücknahme einer Typengenehmigung hier gemäß § 25 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EG-FGV in Verbindung mit § 48 VwVfG grundsätzlich in Betracht kam. Nach diesen Vorschriften kann das KBA eine rechtswidrige Typgenehmigung ganz oder teilweise zurücknehmen, insbesondere wenn festgestellt wird, dass Fahrzeuge mit einer Übereinstimmungsbescheinigung nicht mit dem genehmigten Typ übereinstimmen, oder von Fahrzeugen ein erhebliches Risiko für die Verkehrssicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die Umwelt ausgeht. Vertrauensschutz bestand nicht, nachdem die Beklagte zu 1 die Typgenehmigung

durch arglistige Täuschung erwirkt hatte (vgl. § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG). Welche - möglicherweise auch zeitlich oder örtlich beschränkten - Maßnahmen die Behörden bei einer Aufdeckung der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung ergreifen würden, stand insbesondere im Hinblick auf die erfolgte arglistige Täuschung, die große Zahl der betroffenen Fahrzeuge, die in ihrer Gesamtheit einen deutlich erhöhten Stickoxidausstoß bewirkten, und die nicht vorhersehbaren immissionsschutzrechtlichen Rahmenbedingungen im Vorhinein nicht fest (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 21)

Abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen setzt der Käufer eines Fahrzeugs aber die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben für die Erlangung der EG-Typgenehmigung arglos als selbstverständlich voraus (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 25). Die Beklagte zu 1 machte sich im Rahmen der von ihr bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen durch arglistige Täuschung des KBA zu erschleichen, so dass die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr gebracht werden konnten, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt zunutze (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, BGHZ 225, 316-352, Rn. 25).

3.)
Das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit ist damit in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Denn es ist – vergleichbar mit der in den Fällen betreffend den VW-Motor EA 189 angenommenen Motivation – davon auszugehen, dass die Verwendung der vom KBA bemängelten unzulässigen Abschalteinrichtung aufgrund einer grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA erfolgte, womit angesichts der großen Zahl betroffener Fahrzeuge eine erhöhte Belastung der Umwelt sowie die Gefahr einherging, dass bei einer Aufdeckung des Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20 –).
a.)
Aus den oben dargestellten Erwägungen haben auch die die Sittenwidrigkeit begründenden objektiven und subjektiven Aspekte als zugestanden zu gelten. Die Klägerin, die auch insoweit gänzlich außerhalb des Geschehensablaufs steht, hat ausreichend dargelegt, aus welchen tatsächlichen Gründen sie davon ausgeht, dass

die Nutzung der Abschalteinrichtung unter Gesichtspunkten zu Stande gekommen ist, die ihr gegenüber das Unwerturteil einer sittenwidrigen Schädigung tragen. Die Beklagte, die auch insoweit nicht mit einem einfachen Bestreiten gehört werden kann, hat keinen Geschehensablauf dargelegt oder sonstige Umstände benannt, die gegen die Richtigkeit der klägerischen Behauptung sprechen könnten.
(vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 13. April 2021 – 16a U 718/20 –, Rn. 78 - 79, juris)

b.)
Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte zu 1 ihr Verhalten zwischenzeitlich (bis Mai 2016) nach außen erkennbar so geändert hätte, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bezogen auf ihr Gesamtverhalten gerade gegenüber der Klägerin nicht mehr gerechtfertigt wäre. Die Beklagte zu 1 macht insbesondere nicht geltend, sie habe vor dem Erwerb des Fahrzeuges durch die Klägerin öffentliche Mitteilungen gemacht, die bewirkt hätten, dass Käufer von Kraftfahrzeugen der Marke Porsche Cayenne mit von der Beklagten zu 1 hergestellten Dieselmotoren die Erfüllung der hier maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben nicht mehr als selbst verständlich voraussetzen würden. Die öffentlichen Mitteilungen der VW-AG im Jahre 2015 betrafen (eigene) Vierzylinder-Dieselmotoren der Baureihe EA 189. Sie waren nicht geeignet, das Vertrauen der potentiellen Käufer von Kraftfahrzeugen der Beklagten zu 2 mit Sechszylinder-Dieselmotoren in eine vorschriftsmäßige Abgastechnik zu zerstören, also die diesbezügliche Arglosigkeit zu beseitigen. Die Angaben der VW-AG setzte potentielle Käufer von Dieselfahrzeugen der Beklagten zu 2 nicht in die Lage, die Abgasproblematik des hier fraglichen Fahrzeugtyps zu erkennen. Bezogen auf den hier betroffenen Motor hatte die Beklagte zu 1 ihre bislang gleichgültige Gesinnung im Hinblick auf etwaige Folgen und Schäden für Käufer von Fahrzeugen mit diesem Motor nicht aufgegeben.

c.)
Die Beklagte zu 1 hat das Vorbringen der Klägerin nicht ausreichend bestritten, dass die Abgasmanipulation in Kenntnis von Personen erfolgte, deren Wissen ihr analog § 31 BGB zuzurechnen ist. Auf der Grundlage des klägerischen Vortrages ist davon auszugehen, dass wenigstens ein an der Entscheidung über die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in der Motorsteuerung der auszuliefernden Motoren beteiligter Repräsentant der Beklagten im Sinne des § 31 BGB hiervon gewusst hat. Angesichts des Tatvorwurfs der arglistigen Täuschung über die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in der Motorsteuerung konnte

von der Klägerin entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1 nicht verlangt werden, sich detailliert dazu zu äußern, wer was wann wusste bzw. welche konkrete Person ein entsprechendes sittenwidriges Verhalten an den Tag gelegt hat.

aa.)
Zwar trägt im Grundsatz derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person hat der Anspruchsteller dementsprechend auch darzulegen und zu beweisen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (vgl. BGH, Urteile vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, ZIP 2020, 1179 Rn. 35; vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 27).
Dieser Grundsatz erfährt aber eine Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis von den maßgeblichen Umständen und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. In diesem Fall trifft den Prozessgegner eine sekundäre Darlegungslast, im Rahmen derer es ihm auch obliegt, zumutbare Nachforschungen zu unternehmen. Genügt er seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 37 ff. mwN; Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 367/19 –, juris Rn. 15 - 18).

bb)
Nach diesen Grundsätzen traf die Beklagte zu 1 eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Frage, wer die Entscheidung über den Einsatz der unzulässigen Abschalteinrichtung bei der Beklagten zu 1 getroffen und ob der Vorstand hiervon Kenntnis hatte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1, hat die Klägerin – jedenfalls nunmehr unbestritten - konkrete Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass diese Entscheidung von den für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Beklagten verantwortlichen vormaligen Vorständen, wenn nicht selbst, so zumindest mit ihrer Billigung getroffen bzw. jahrelang umgesetzt worden ist.

So ist die Bezugnahme auf ein bei dem Landgericht München II geführtes Strafverfahren gegen u. a. (frühere) Vorstandsmitglieder und sonstige Verantwortliche der Beklagten – u. a. wegen Betruges durch Abgasmanipulationen an Euro-6-Fahrzeugen mit dem streitgegenständlichen 3,0l-V6-Dieselmotor – ein solcher tatsächlicher Anhaltspunkt. Mit dem BGH (Urteil vom 05.05.2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 39) ist davon auszugehen, dass der Klägerin angesichts der Umstände – immenses Wissensgefälle und klägerseitige Schwierigkeit, sich die benötigten Informationen, die im Wesentlichen Interna der Beklagten zu 1 sind, selbst zu verschaffen –, betreffend der Tatsachen, die vollständig außerhalb des Bereichs liegen, in dem sie sich selbst Kenntnis verschaffen kann, nicht mehr abverlangt werden kann als tatsächliche Anhaltspunkte, die es dem Gericht ermöglichen zu unterscheiden, ob es sich um auf nachvollziehbarer Grundlage für möglich gehaltene Behauptungen einerseits oder um ins Blaue hinein gehaltenen Vortrag anderseits handelt. Dieser Maßstab gilt somit nicht nur für die Frage, ob eine Abschalteinrichtung vorliegt, wie sie funktioniert und ob sie unzulässig ist, sondern gerade auch für die Frage der Repräsentantenkenntnis auf Beklagtenseite, die für die Klägerin (nicht aber für die Beklagte zu 1) noch mehr im Dunkeln liegt als die im Wesentlichen technische Frage des Vorliegens einer Abschalteinrichtung.

Da die Klägerin betreffend die hier in Rede stehenden tatsächlichen Umstände, die Interna der Beklagten zu 1 sind, vollständig außerhalb des Geschehensablaufs steht, erstarkt die Erklärungspflicht der Beklagten zur sekundären Darlegungslast (s. etwa BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 367/19 –; hierzu auch Zöller/Greger, ZPO, 34. Auflage 2022, § 138 Rn. 8b m. weit. Nachw. aus der BGH-Rechtsprechung). Ein einfaches Bestreiten war der Beklagten zu 1 damit nicht gestattet, sondern sie musste – im Rahmen des Zumutbaren – die Umstände benennen, die gegen die Richtigkeit der klägerischen Behauptung sprechen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Beweis einer negativen Tatsache sei unzumutbar: Der Senat unterscheidet sehr wohl und sehr genau zwischen sekundärer Darlegungslast (so hier) und Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr, zu denen sich zu äußern der Senat hier keinen Anlass hat (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 13. April 2021 – 16a U 718/20 –, Rn. 71 - 72, juris).

Die Beklagte zu 1 nimmt nicht dazu Stellung, durch wen bzw. auf welcher Hierarchieebene die grundlegende strategische Entscheidung getroffen wurde und erklärt sich auch nicht zu den internen Abläufen, die dazu geführt haben könnten,

dass ihre Organmitglieder unwissend geblieben wären, sondern vertritt lediglich die – unzutreffende - Rechtsauffassung, sie unterliege keiner sekundären Darlegungslast. Damit geht die Einlassung der Beklagten zu 1 über ein einfaches Bestreiten nicht hinaus und ist unbeachtlich. Schließlich hat die Beklagte zu 1 ihr Bestreiten auch in personeller Hinsicht übermäßig eingeschränkt, indem sie es ausdrücklich nur auf Mitglieder des Vorstands im aktienrechtlichen Sinne bezogen hat, während der Kreis der Personen, deren Handlungen ihr analog § 31 BGB zuzurechnen sind, größer ist und insbesondere solche Personen erfasst, denen ähnliche Entscheidungskompetenzen zukommen, ohne dass sie formell dem Vorstand angehören (Staudinger/Schwennicke, BGB (Neubearb. 2019), § 31 Rn. 21ff. m. zahlr. Nachw. u. Bsp.; OLG Stuttgart, Urteil vom 13. April 2021 – 16a U 718/20 –, Rn. 73, juris).

4.

Die Täuschungshandlung der Beklagten zu 1 bzw. ihr zuzurechnender Repräsentanten ist auch ursächlich für den bei der Klägerin eingetretenen Schaden. Für die Prüfung der Kausalität kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1 nicht darauf an, ob sich die Klägerin bei Erwerb des Fahrzeugs konkrete Gedanken über dessen Emissionsverhalten gemacht hat. Es ist vielmehr zu prüfen, ob sie das Fahrzeug auch in Kenntnis einer potenziell zulassungsschädlichen Abschalteinrichtung erworben haben würde. Letzteres ist nach der Lebenserfahrung (zu diesem Maßstab BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 49ff.) mangels entgegenstehender Anhaltspunkte zu verneinen, die Kausalität der Täuschungshandlung für den Fahrzeugerwerb somit zu bejahen. Auch insoweit ist dem Landgericht zu folgen.

5.

Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1 ist der Klägerin auch ein ersatzfähiger Schaden entstanden. Dass der mit dem Vertragsabschluss einhergehenden Belastung mit einer Verbindlichkeit eine wirtschaftlich adäquate Gegenleistung gegenüberstand, steht der Annahme eines Schadens im Rechtssinne nicht entgegen. Der normative Schaden liegt in der durch Täuschung herbeigeführten Belastung mit einer in dieser Form ungewollten Verbindlichkeit (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 44ff. m. weit. Nachw.)

6.

Für die Schadenshöhe gilt Folgendes:

a.)

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist für die Schadensberechnung von dem Bruttoerwerbspreis von 81.125,03 € auszugehen.

b)

Im Wege der Vorteilsausgleichung muss die Klägerin zum einen das durch die schädigende Handlung in ihr Eigentum gelangte Fahrzeug herausgeben. Das hat die Klägerin zutreffend bereits bei ihrer Antragstellung berücksichtigt.

Zum anderen muss sie – auch insoweit als Vorteilsausgleich – Wertersatz für die gezogenen Nutzungen leisten. Dieser schadens- bzw. rückabwicklungsrechtliche Grundsatz gilt auch im Anwendungsbereich von § 826 BGB (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 66). Das stellt die Klägerin nicht in Abrede, sondern hat den Vorteilsausgleich insoweit bei der Formulierung ihrer Berufungsanträge berücksichtigt.

Da es um die von der konkreten Klägerin gezogenen Nutzungen geht, sind diese an ihrem Erwerbspreis zu orientieren, der allein Aufschluss darüber gibt, welchen wirtschaftlichen Wert die von der Klägerin gezogenen Nutzungen für sie haben.

Für die übliche und auch hier maßgebliche (BGH, Urteil v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 78ff.) lineare Berechnung ist die voraussichtliche Gesamtlaufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu schätzen.

Der Senat schätzt (§ 287 ZPO) die Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs auf 250.000 km (von einer Gesamtlaufleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend ebenso – jeweils mit weiteren Nachweisen - BGH, Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14 –, juris Rn. 3; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18 –, juris Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19 –, juris Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 – 45 U 22/19 –, juris Rn. 129; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.09.2020 – 12 U 449/19 –, juris Rn. 36; OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2020 – 2 U 249/19 –, juris Rn. 56).

Bei der Einschätzung der Gesamtfahrleistung eines Fahrzeugs ist nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit abzustellen (Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage, Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorlaufleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit

der Elektronik negativ kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsatzfähig und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (BeckOGK/Schall, 1.11.2020, BGB § 346 Rn. 437; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 – 9 U 202/19 –, juris Rn. 58). Überdies sind die ständigen Fortschritte in der Motorentechnologie zu betrachten, die sich in Abgas- und Verbrauchswerten niederschlagen (BeckOGK/Schall a.a.O.). Ältere Fahrzeuge sind deshalb vielfach nicht mehr uneingeschränkt nutzbar, wie man beispielsweise an den Fahrverboten in deutschen Innenstädten sieht (OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 – 9 U 202/19 –, juris Rn. 58; OLG Stuttgart, Urteil vom 13. April 2021 – 16a U 718/20 –, Rn. 82 - 90, juris)

Zur Annahme einer Gesamtlaufleistung von rund 250.000 km führt auch die Schätzung anhand der vom (KBA) veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19 –, juris Rn. 128). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus.

Die durchzuführende Rechenoperation (81.125,03 EUR x 18.769 km : 250.000 km) ergibt einen auszugleichenden Vorteil von 6.090,54 EUR, so dass sich der von der Beklagten zu 1 der Klägerin zu erstattende Schadensbetrag auf 75.034,49 EUR ( 81.125,03 EUR – 6.090,54 EUR) reduziert.

II.

Der Anspruch auf die vom Landgericht ausgeurteilten Prozesszinsen folgt aus §§ 291, 288 Abs.1 S.2 BGB.

III.

Darüber hinaus besteht ein Anspruch der Klägerin auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten zu 1, nachdem diese die von der Klägerin verlangte Zahlung gegen Übereignung und Herausgabe des angebotenen Kraftfahrzeuges abgelehnt hat.

**B. Berufung der Klägerin**

I.

Der Klägerin steht kein weitergehender Zahlungsanspruch zu. Wie bereits ausgeführt, folgt der Senat dem Landgericht darin, dass von einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km auszugehen ist. Auf die obigen Ausführungen unter B. kann verwiesen werden.

2.

Das Landgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass der in der Berufung von der Klägerin erneut geltend gemachte Antrag auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten bereits unzulässig ist, weil der Klägerin die Erhebung einer Leistungsklage möglich und zumutbar war (hierzu Zöller/Greger, ZPO, aaO, § 256 Rn. 7a m. weit. Nachw.).

Die Bezifferung des Schadens war der Klägerin möglich, wie der gestellte Zahlungsantrag zeigt. Weitere Schadenspositionen, die die alternative oder kumulative Stellung eines Feststellungsantrags zulässig erscheinen lassen könnten, hat die Klägerin nicht aufgezeigt. Dies war aber erforderlich, nachdem es vorliegend nicht um die Verletzung eines absolut geschützten Rechts geht, sondern um die vorsätzlich sittenwidrige Herbeiführung eines ungewollten Vertragsschlusses (hierzu BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 397/19 –, juris Rn. 29). Befürchtet ein Kläger – wie hier – den Eintritt eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden reinen Vermögensschadens, so ist eine Feststellungsklage nach ständiger Rechtsprechung (bspw. BGH, Urteil vom 10.07.2014 – IX ZR 197/12 –, juris Rn. 11) nur zulässig, wenn nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein erst künftig aus dem Rechtsverhältnis erwachsender Schaden angenommen werden kann (OLG Stuttgart, Urteil vom 13. April 2021 – 16a U 718/20 –, Rn. 48 - 49, juris). Ein solcher noch in der Entwicklung befindlicher Schaden ist jedoch vom Landgericht zutreffend verneint worden. Es muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen Schaden bestehen, die auch zu beweisen ist (vgl. BGH NJW 2012, 3294; Zöller/Greger, aaO, § 256 Rn. 7a). Daran fehlt es hier. Die Klägerin kann ihre Schadensersatzansprüche, die ersichtlich allein auf das volle negative Interesse gerichtet sind und nicht etwa auf einen "Minderwertschaden", vollständig beziffern. Wenn die Klägerin mit der Klage eine bestimmte Zahlung erhält und im Gegenzug das in Rede stehende Fahrzeug an die Beklagte übereignet und übergibt, kann ihr an dem nicht mehr in ihrem

Eigentum/Besitz befindlichen Fahrzeug auch kein Schaden (mehr) drohen. Schäden "aufgrund der Weiterbenutzung" können im Fall des Klageerfolgs nicht drohen (vgl. OLG Köln, Urteil v. 06.06.2019, 24 U 5/19; OLG Koblenz, Urteil v. 30.09.2020, 5 U 1970/19; OLG Köln, Beschluss vom 19. Mai 2021 – 2 U 31/20 –, Rn. 46 - 47, juris).

**C. Berufung der Beklagten zu 2**

Die Berufung der Beklagten zu 2 hat dagegen Erfolg.

I.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Klägerin der gegen die Beklagte zu 2 geltend gemachte Anspruch aus § 826 BGB nicht zu. Es bestehen keine zureichenden Anhaltspunkte für ein eigenes bzw. ein sittenwidriges und vorsätzliches Verhalten von Repräsentanten der Beklagten zu 2 als Fahrzeugherstellerin.

1.

Für diese Beurteilung ist maßgeblich, dass der streitgegenständliche Motor nicht von der Beklagten zu 2, sondern von der Beklagten zu 1 entwickelt und hergestellt wurde.

Allein der Umstand, dass in dem streitgegenständlichen Porsche Cayenne der Motor mit unzulässiger Abschalteinrichtung verbaut gewesen ist, rechtfertigt nicht bereits den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch die Beklagte zu 2.

2.

Der Senat schließt sich insoweit den bislang zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug Porsche Cayenne bzw einem Porsche Macan ergangenen, weitgehend einhelligen Urteilen von Oberlandesgerichten an (OLG Koblenz, Urteil vom 30.09.2020 - 5 U 1970/19, juris; OLG Köln, Beschluss vom 09.09.2020 - 8 U 12/20, juris; Urteil vom 29.04.2021 I-15 U 88/20, juris; OLG München, Beschluss vom 09.09.2020 - 27 U 1634/20, juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 05.12.2019 - 16 U 61/18, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 27.04.2021, juris; a. A. der 13. Zivilsenat des OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.01.2020 - I-13 U 81/19, juris). Der Vortrag der Klägerin im vorliegenden Verfahren zeigt keine weiteren zusätzlichen Gesichtspunkte auf.

Danach gilt Folgendes:

3.

Erforderlich für eine Inanspruchnahme aus § 826 BGB ist, dass der objektive und subjektive Tatbestand in der Person des angeblichen Schädigers bzw. in der Person seiner verfassungsgemäß berufenen Vertreter verwirklicht ist. Dabei gilt - wie bereits ausgeführt -, dass im Grundsatz derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt. Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person – wie hier – hat der Anspruchsteller dementsprechend auch darzulegen und zu beweisen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) dieser juristischen Person die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (BGH Urteil vom 08.03.2021 – VI ZR 505/19, Rn. 25). Danach sind insbesondere aber vom Anspruchsteller nicht nur die Umstände, die bei der im Rahmen des § 826 BGB anzustellenden Gesamtbetrachtung von Inhalt, Beweggrund und Zweck das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit begründen, vorzutragen, sondern es ist auch von ihm im Einzelnen das Vorliegen des davon getrennt zu prüfenden Schädigungsvorsatzes darzulegen (vgl. BGH a.a.O. Rn. 32).

a.).

Gemessen an diesen Grundsätzen reicht allerdings der im Berufungsverfahren zugrunde zu legende Sachvortrag der Klägerin nicht aus. Die Beklagte zu 2 hat durchgehend darauf verwiesen, der Motor sei durch die Beklagte zu 1 allein entwickelt und hergestellt worden; sie, die Beklagte zu 2, habe "allein" den fertig angelieferten Motor mechanisch eingebaut. Wie die Klägerin bereits erstinstanzlich selber eingeräumt hat, hat die Beklagte zu 2 nach Kenntniserlangung vom Dieselskandal im Jahr 2015 bei der Beklagten zu 1 nach dem Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen mehrfach nachgefragt. Im Berufungsverfahren hat die Beklagte zu 2 unbestritten im Einzelnen dargelegt, wie es zur Entwicklung des Antriebsaggregats, der Motorsteuerung und der Motorsteuerungssoftware durch die Beklagte zu 1 gekommen ist und dass es der Aufgabenverteilung zwischen ihr und der Beklagten zu 1 entsprochen habe, dass nicht nur der Motor und dessen Softwaresteuerung, sondern auch das System der Abgasnachbehandlung von der Beklagten zu 1 als Gesamtsystem entwickelt, hergestellt und an sie geliefert wurde. Angesichts der Datenmenge und des Umstands, dass diese verschlüsselt seien, sei

ihr eine eigene Prüfung des Motors und der Software und das Auffinden unzulässiger Abschalteinrichtungen nicht möglich gewesen, sie habe auf die Angaben der Beklagten zu 1 vertrauen dürfen.

b.)

Damit war es aber Sache der Klägerin hierzu konkreter vorzutragen. Richtig ist zwar, dass den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei die sekundäre Darlegungslast treffen kann, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dem Bestreitenden obliegt es dann im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist. Bezogen auf die hier für eine Haftung gemäß § 826 BGB maßgebliche Strategieentscheidung, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter arglistiger Täuschung des KBA und bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber für Millionen Fahrzeuge eine illegale Motorsteuerung zu entwickeln und diese dann in Verkehr zu bringen, liegen hier jedoch anders als bei den "EA 189 – Fällen" (vgl. BGH a.a.O. Rdnr. 29) konkrete Anhaltspunkte für eine Kenntnis von verfassungsgemäßen Vertretern der Beklagten zu 2, die auf eine Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung schließen lassen, gerade nicht vor. Allein der Umstand, dass es sich bei der Beklagten zu 1 um ein verbundenes Unternehmen handelt und die Beklagte zu 2 einen von der Beklagten zu 1 entwickelten Motor in das von ihr hergestellte Fahrzeug eingebaut hat, genügt für die Annahme einer Beteiligung der Beklagten zu 2 an einer sittenwidrigen strategischen Entscheidung der Beklagten zu 1 nicht (vgl. BGH Urteil vom 08.03.2021 – VI ZR 505/19, Rdnr. 30). Eine Zurechnung der Kenntnisse von Funktionsträgern oder Mitarbeitern der Beklagten zu 1 kommt auch nicht gem. § 166 BGB analog oder gem. § 831 BGB in Betracht (vgl. nunmehr auch Pressemitteilung des BGH Nr. 216/2021 v. 25.11.2021 zur Entscheidung vom 25.11.2021 – VII ZR 238/20, juris).

c.)

Ein konkreter Vortrag der Klägerin zum Vorliegen einer Absprache zwischen bestimmten verfassungsmäßigen Vertretern der Beklagten zu 1 und von Vertretern der Beklagten zu 2 im Sinne einer gemeinsamen strategischen Entscheidung zur Herstellung des Motors und zum Einbau in die Fahrzeuge auch der Beklagten zu 2 vor Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs nebst Beweisantritt liegt

nicht vor. Auch die Behauptung der Klägerin, die Kenntnis des Vorstandes der Beklagten zu 2 ergebe sich aus der früheren Zusammenarbeit von verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten zu 2 mit führenden Entwicklern der Beklagten zu 1 ist nicht weiter zielführend. Denn maßgeblich kann allein eine Mitbeteiligung der Beklagten zu 2 an einer etwaigen Strategieentscheidung bei der Beklagten zu 1 sein, die Motoren mit den unzulässigen Abschalteinrichtungen zu produzieren und so auch an die Beklagte auszuliefern (vgl. auch OLG Köln, Urteil vom 29. April 2021 – I-15 U 88/20 –, Rn. 26 - 27, juris). Hierzu fehlt es an Sachvortrag, der über bloße Vermutungen hinausgeht. Dies gilt sowohl für die pauschale Behauptung der Klägerin, technische Entwicklungen würden denklogisch untereinander ausgetauscht und ausführlich getestet. Dass sowohl die Beklagte zu 1 als auch die Beklagte zu 2 beide Töchter der VW AG sind spricht jedenfalls nicht für einen umfassenden Austausch über technische Entwicklungen, zumal die Beklagte zu 2 unbestritten dargelegt hat, im Segment Dieselmotoren keine eigenen Erfahrungen und Kenntnisse zu haben. Gleiches gilt hinsichtlich der früheren Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes Herrn Hatz bei der Beklagten zu 1 bzw. im VW Konzern. Die Tatsache, dass er bis 2007 bzw. 2011 u.a. in der Motorenentwicklung tätig war, lässt – auch unter Berücksichtigung seiner Kontakte zu anderen Mitarbeitern im Konzern - keine Rückschlüsse auf seine Kenntnis von Manipulationen zu.

Unzutreffend ist auch die Rechtsauffassung der Klägerin, die Beklagte zu 2 müsse ihre Behauptung, sie habe die Motoren ohne eigene umfangreiche Überprüfung in ihre Fahrzeuge eingebaut unter Beweis stellen, da die Klägerin – selbst bei Annahme einer sekundären Darlegungslast der Beklagten- beweisbelastet bliebe.

d.)
Eine Haftung der Beklagten lässt sich auch nicht daraus herleiten, die Beklagte zu 2 habe den von der Beklagten zu 1 entwickelten und hergestellten Motor eigenständig auf etwaige Abschalteinrichtungen überprüfen müssen (so aber Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 30.01.2020 – 13 U 81/19, vgl. dagegen Ausführungen in der Pressemitteilung des BGH 216/2021 aaO, wonach etwaige derartige Versäumnisse lediglich einen Fahrlässigkeitsvorwurf nicht jedoch den für eine Haftung aus § 826 BGB erforderlichen Vorsatz begründen). Eine Grundlage für eine aus Treu und Glauben hergeleitete Pflicht der Beklagten zu 2 zu prüfen, wie der von der Beklagten zu 1 entwickelte Motor arbeitet und ob dieser ordnungsgemäß funktioniert, ist nicht erkennbar (vgl. auch OLG Koblenz Urteil vom 21.07.2020 – 3 U 251/20, BeckRS

2020, 27990). Zwar kann auch ein Unterlassen eine Haftung nach § 826 BGB auslösen. Ein Unterlassen verletzt die guten Sitten jedoch nur dann, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht. Die Nichterfüllung einer allgemeinen Rechtspflicht oder vertraglichen Pflicht reicht hierfür grundsätzlich nicht aus (BGH, Urteil vom 10.07.2001 – VI ZR 160/00, NJW 2001, 3702 ff.; OLG Köln, Urteil vom 29. April 2021 – I-15 U 88/20 –, Rn. 28 - 29, juris). Eine Verantwortlichkeit aufgrund vorangegangenem Tun wiederum würde voraussetzen, dass die Beklagte zu 2 von der unzulässigen Abschalteinrichtung in dem ihr von der Beklagten zu 1 gelieferten Motor gewusst hätte. Dies kann jedoch nicht angenommen werden. Jedenfalls für den vorliegend maßgeblichen Zeitpunkt des streitgegenständlichen Kaufvertrages im Mai 2016 kann nicht positiv von einer Kenntnis der Beklagten zu 2 ausgegangen werden.

Soweit die Klägerin selber geltend macht, die Beklagte habe sich darauf berufen, sie habe immer wieder bei der Beklagten zu 1 nachgefragt, aber keine ausreichende Auskunft erhalten, legt dies vielmehr nahe oder ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Beklagte zu 2 selbst von der Beklagten zu 1 als der Herstellerin des Motors getäuscht oder über das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen im Ungewissen gelassen wurde. Das gilt jedenfalls für die Zeit bis zum Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges im Mai 2016.

Es kommt hinzu, dass die Beklagte zu 2 ihrer eingehenden Sachverhaltsdarstellung zufolge den streitgegenständlichen Motor gerade deshalb von dritter Seite bezogen und nicht selbst entwickelt hat, weil sie über keine Erfahrungen mit der Entwicklung von Dieselmotoren verfügte, sondern in der Vergangenheit lediglich Otto-Motoren entwickelt hatte. Deshalb mag es zwar - wie von der Klägerin ausgeführt - in allgemeiner Hinsicht zutreffen, dass die Beklagte zu 2 auch über zur Motorenentwicklung geeignete Fachleute verfügte. Der Bezug eines Motors von dritter Seite belegt indes gerade, dass die Beklagte zu 2 - offenbar mangels Erfahrung - in die Entwicklung von Dieselmotoren gerade nicht einsteigen wollte. Das wiederum spricht dafür, dass sie auch keine Detailkenntnisse über die Funktionen des Motors besaß, wie sie bei einem Motorenentwickler zu erwarten gewesen wären.

Vor diesem Hintergrund stellt sich der Vortrag der Klägerin zu den Kenntnissen der Beklagten zu 2 hinsichtlich der unzulässigen Abschalteinrichtungen lediglich als die Wiedergabe von Mutmaßungen und Spekulationen dar. Es mag sein, dass auf

Seiten der Beklagten zu 2 Fachkompetenz in einem Umfang vorhanden gewesen war, die eine Überprüfung des zugekauften Motors auch hinsichtlich unzulässiger Abschalteinrichtungen ermöglicht hätte. Anhaltspunkte dafür, dass dies tatsächlich geschehen ist und die Beklagte zu 2 wider besseres Wissen im hier maßgeblichen Zeitpunkt im Mai 2016 (Abschluss des Kaufvertrages) ein von Stilllegung bedrohtes Fahrzeug weiter in den Verkehr gebracht hätte, liegen indes nicht vor. Vielmehr musste die Beklagte zu 2 nach Bekanntwerden der Dieselproblematik bei der VW AG im Herbst 2015 und nach den Äußerungen, wonach sich die Offenbarung unzulässiger Abschalteinrichtungen ausdrücklich auf die EA 189-Motoren beschränkte, zunächst sich selbst darüber klar werden, ob auch ihre Modelle betroffen waren. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Klägerin durch die Beklagte zu 2 ist bei dieser Sachlage nicht erkennbar. Dabei kann dahin stehen, ob gegenüber der Beklagten zu 2 ein Fahrlässigkeitsvorwurf wegen einer zu einzelnen Zeitpunkten unzureichenden, obwohl gebotenen Überprüfung des Motors begründet sein könnte. Das genügt jedenfalls nicht für den Tatbestand des § 826 BGB.

Soweit die Klägerin im Ungewissen über die bei der Beklagten zu 2 seinerzeit vorhandenen Kenntnisse ist, besteht entgegen der Auffassung der Klägerin keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu 2, der sie nicht genügt hätte. Denn diese kommt erst dann zum Tragen, wenn die primär darlegungs- und beweisbelastete Partei Anknüpfungstatsachen schlüssig vorgetragen hat und sich daraus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit ihres Vortrags ergibt (OLG München Beschluss vom 09.09.2020 - 27 U 1634/20, juris m. w. Nachw.). Der Bundesgerichtshof hat für die sekundäre Darlegungslast gegenüber der VW AG hinsichtlich der Kenntnis des Vorstands daran angeknüpft, dass es sich bei der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung 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. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof den beklagten Motorhersteller für verpflichtet gehalten mitzuteilen, welche Ermittlungen mit welchem Ergebnis er insoweit angestellt habe und über welche Erkenntnisse er insoweit verfüge (BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962). Das zeigt den grundlegenden Unterschied zum vorliegenden Fall: Eine derartige Strategieentscheidung gab es bei der Beklagten zu 2 nicht, jedenfalls nicht bezogen auf die Entwicklung des Motors einschließlich seiner Komponenten (Software).

Allenfalls mag von einer Strategieentscheidung in dem Sinne gesprochen werden können, dass kein eigener Motor entwickelt, sondern ein Fremdfabrikat verwendet werden sollte. Warum trotzdem Kenntnisse bei der Beklagten zu 2 von unzulässigen Abschalteinrichtungen in einem Umfang vorhanden gewesen sein sollten, die eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung begründen könnten, ist dem auf Vermutungen beschränkten pauschalen Vortrag der Klägerin nicht zu entnehmen.

Selbst wenn man diesen Vortrag aber genügen lassen wollte, um eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu 2 anzunehmen, so hätte die Beklagte zu 2 dieser genügt. Denn sie hat einerseits zu der Entwicklung und Produktion des streitgegenständlichen Motors durch die Beklagte zu 1 vorgetragen und dessen Zukauf nachvollziehbar damit erläutert, dass sie selbst bis zur Entscheidung, ebenfalls Dieselmotoren in sogenannte SUVs zu verbauen, lediglich Erfahrung mit Otto-Motoren hatte, während die Beklagte zu 1 über langjährige Erfahrung mit Dieselmotoren verfügte. Es wäre vor diesem Hintergrund, eine sekundäre Darlegungslast unterstellt, erneut Sache der Klägerin, sich mit diesen Ausführungen dezidiert zu befassen und darzulegen, dass und wodurch welche für die Beklagte zu 2 handelnde Person schon früher Kenntnis hatte, woran es aber - abgesehen von Behauptungen "ins Blaue" - fehlt (vgl. OLG Köln Beschluss vom 09.09.2020 - 8 U 12/20, juris).

Die Beklagte zu 2 muss sich auch nicht das Wissen anderer Konzernunternehmen, der Beklagten zu 1 zurechnen lassen. Auf welcher Grundlage dies vertreten werden könnte, ist nicht ersichtlich. Der streitgegenständliche Motor wie auch dessen Steuerung wurden samt Software bei einem konzernzugehörigen Unternehmen zugekauft und fertig "modular" übernommen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Januar 2021 – I-23 U 73/19 –, Rn. 36 - 41, juris). Ebenso fehlt es an einer Grundlage für eine Haftung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt eines Organisationsmangels (vgl. auch BGH, Urteil v. 08.03.2021, IV ZR 505/19).

Eine etwaige Prüfpflicht des Motorenzukäufers geht jedenfalls nicht so weit, dass er die Motorsteuerungssoftware gezielt auf solche - im Programmcode verborgene - Abschalteinrichtungen untersuchen muss. Dies würde den Zweck des Motorzukaufs, Kosten einsparen zu können und kein auf Dieselmotoren spezialisiertes Personal vorhalten zu müssen, verfehlen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 21.07.2020, 3 U 251/20). Zudem kann eine Verletzung einer etwaigen Überwachungs- oder

Überprüfungspflicht grundsätzlich allenfalls einen Fahrlässigkeitsvorwurf, nicht jedoch den Vorwurf eines vorsätzlichen sittenwidrigen Verhaltens begründen. Für eine bewusste Verletzung von Überprüfungspflichten im Sinne eines vorsätzlichen Wegschauens bestehen wiederum keine Anhaltspunkte (vgl. OLG München, Beschluss v. 04.01.2021, 20 U 6216/19).

II.

Eine Verurteilung der Beklagten zur Kaufpreiserstattung kommt im Übrigen auch nicht aus anderen Gründen in Betracht. Es besteht insbesondere kein Anspruch der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV. Die Klägerin stützt ihren Schadensersatzanspruch darauf, dass sie zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst worden sei. Das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt jedoch nicht im Aufgabenbereich des § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (vgl. BGH, Urteil v. 08.03.2021, IV ZR 505/19; zu weiteren denkbaren Anspruchsgrundlagen – BGH, Urteil v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20, m.w.N.; OLG Köln, Beschluss vom 19. Mai 2021 – 2 U 31/20 –, Rn. 63 - 65, juris)

D.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 2, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Entscheidung beruht auf der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung, von der nicht abgewichen wird.

Streitwert des Rechtsstreites in erster und zweiter Instanz: bis 80.000 € (Zahlungsforderung abzüglich bezifferter Nutzungsentschädigung vgl. BGH, Beschluss vom 23.02.2021 – VI ZR 1191/20, juris; dabei Berufung der Beklagten: bis 76.300; Berufung der Klägerin: bis 3.100 €)

Peters Schuh-Offermanns Toporzysek

Beglaubigt
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle
Oberlandesgericht Düsseldorf