



Oberlandesgericht Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

...

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

- Kläger und Berufungskläger -

gegen

...

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

wegen Schadensersatz

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz ... am 17.03.2021 auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22.02.2021 für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 31.668,71 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.11.2019 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs der Marke ... vom Typ ... mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ... nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Serviceheft.
2. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.
3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.751,80 € freizustellen.

4. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.
6. Die Revision wird zugelassen.
7. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis zu 40.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte als Herstellerin und Entwicklerin des in seinem Fahrzeug eingebauten Motors unter deliktsrechtlichen Gesichtspunkten auf Schadensersatz wegen des Kaufs eines gebrauchten Dieselfahrzeugs in Anspruch.

Durch verbindliche Bestellung vom 29.06.2018 (Anlage K 1, Anlagenband) erwarb der Kläger bei einem Händler den streitgegenständlichen PKW ..., Fahrzeug-Identifikations-Nr.: ..., als Gebrauchtwagen mit einem Kilometerstand von 112.908 Kilometern zum Kaufpreis von 38.844 €. Der Kaufpreis wurde in Höhe von 15.000 € finanziert, wodurch dem Kläger Darlehenskosten in Form von Zinsen in Höhe von 883,68 € entstanden. Das Fahrzeug verfügt über einen von der Beklagten hergestellten V6 3,0 Liter Turbodieselmotor des Typs EA897 bzw. EA896 2. Gen. (240 kW), für den eine Typengenehmigung der Schadstoffklasse EURO 6 erteilt ist.

Das streitgegenständliche Fahrzeug verfügt unstreitig über mehrere technische Einrichtungen zur Minimierung seines Stickoxidausstoßes (NOx), zumindest aber über ein sog. Thermofenster und über eine sog. Warmlaufstrategie. Bei dem sog. Thermofenster wird - um den Ausstoß von NOx zu optimieren - das Abgas im Rahmen der Abgasrückführung aus dem Anlassbereich des Motors über ein Abgasrückführungsventil in den Ansaugtrakt des Motors zurückgeleitet. Dort ersetzt das rückgeführte Abgas einen Teil der Frischladung, die für den nächsten Verbrennungsprozess benötigt wird. Im Ergebnis, durch Abkühlung während des Verbrennungsvorganges, bilden sich hierdurch weniger Stickoxide. Bei kühleren Temperaturen wird die Abgasrückführung zurückgefahren (sogenanntes „Thermofenster“). Zwischen den Parteien ist streitig, in welchem Temperaturbereich diese Funktion einsetzt und ob es sich dabei überhaupt um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelt. Ferner kommt zur Reduktion des Stickoxidausstoßes die vom Landgericht so bezeichnete Warmlaufstrategie (auch „schnelle Motoraufwärmfunktion“, „Aufheizstrategie“ oder „Strategie A“ genannt) zum Einsatz. Durch diese Funktion werden ver-

schiedene physikalische Größen wie beispielsweise die Umgebungstemperatur ausgewertet und dementsprechend das Emissionskontrollsystem betrieben oder abgeschaltet. So erkennt die Software, dass sich das Fahrzeug auf einem Rollensprüfstand befindet und aktiviert infolgedessen die Aufheizstrategie, die den Ausstoß von Schadstoffen reduziert. Im normalen Fahrbetrieb, d.h. wenn nicht alle notwendigen Bedingungen gleichzeitig vorliegen, schaltet sie diesen umweltfreundlichen Modus wieder ab, wodurch es zu einem höheren Stickoxidausstoß kommt. Das Kraftfahrtbundesamt (KBA) hat Fahrzeuge mit dem streitgegenständlichen Motor zurückgerufen, weil in ihnen eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut ist. Dies ergibt sich gerichtsbekannt aus einem Vergleich der für das streitgegenständliche Fahrzeug erteilten Genehmigungsnummer ... (vgl. Zulassungsbescheinigung Teil I, vorgelegt mit Anlage BK 2 zu Bl. 347 eGA) mit der vom KBA veröffentlichten Liste der Rückrufaktionen, Stand 11.08.2020 (abrufbar unter: https://www.kba.de/DE/Marktueberwachung/Abgasthematik/uebersicht2.pdf?__blob=publicationFile&v=7). Die Beklagte hat auf Anordnung des KBA ein Software-Update entwickelt. Es wurde am Fahrzeug des Klägers noch nicht aufgespielt (Bl. 46 GA).

Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.07.2019 (Anlage K 7, Anlagenband) forderte der Prozessbevollmächtigte des Klägers die Beklagte unter Fristsetzung von einem Monat zur Zahlung des Kaufpreises von 38.844 € und bot Zug-um-Zug die Übergabe und Übereignung des PKW an. Der Kilometerstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs betrug bei Erhebung der Klage 130.000, im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz 141.572 und vor dem Senat 151.724 Kilometer.

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, er sei beim Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs davon ausgegangen, ein leistungsstarkes und gleichzeitig umweltverträgliches und wertstabiles Fahrzeug zu erwerben, da das Fahrzeug nach den Werbeinformationen der Beklagten die abgasrechtlichen Vorschriften der EURO 6 erfüllen sollte. Er habe darauf vertraut, dass die Beklagte das Fahrzeug vor dem Inverkehrbringen auf seine Rechtmäßigkeit geprüft habe und es alle gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die vorgeschriebenen Abgaswerte, einhalte und nicht über eine illegale Abschaltvorrichtung verfüge. Hätte der Kläger von den verbauten illegalen Abschaltvorrichtungen gewusst, hätte er von dem Kauf des Fahrzeugs Abstand genommen. Die Beklagte habe an der gezielten Manipulationsstrategie des ...konzerns mitgewirkt und eine wesentliche Rolle bei der Entwicklung der illegalen Abschaltvorrichtung gespielt. Der Vorstand sowie zahlreiche Mitarbeiter der Beklagten hätten Kenntnis von dem Einsatz der illegalen Abschaltvorrichtungen und hätten diesen zumindest gebilligt; dies ergebe sich aus der allgemeinen Unternehmensstruktur, die darauf angelegt sei, dass grundsätzliche Entscheidungen vom Vorstand getroffen würden bzw. dieser über wichtige Vorgänge im Unternehmen informiert werde. Auch sei der Beklagten bekannt gewesen, dass die betroffenen Fahrzeugkäufer, so auch der Kläger, durch den Kauf eines manipulierten Fahrzeugs einen Schaden erleiden würden. Die Beklagte habe auch nach Bekanntwerden des „...-Abgasskandals“ im Jahr 2015 weiterhin und gerade auch in vermeintlich „sauberen“ Diesel-Fahrzeugen der neuen Generation – trotz an-

derslautender Bekundungen an ihre Kunden – unzulässige Abschaltvorrichtungen verwendet und derart manipulierte Fahrzeuge auf den Markt gebracht. Es bestehe die Gefahr, dass die Fahrzeuge von Endkunden stillgelegt würden, wenn sie das angebotene Software-Update nicht aufspielen ließen. Die erwartbare Gesamtleistung des Fahrzeugs liege – zurückhaltend geschätzt – bei 400.000 Kilometern. Den Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten begehrt der Kläger aus einer 2,0 Geschäftsgebühr.

Die Beklagte hat eingewandt, der geltend gemachte Anspruch stehe dem Kläger aus mehreren Gründen nicht zu. Es liege keine Handlung der Beklagten vor, die als Täuschung oder sittenwidrige Schädigung zu qualifizieren sei. Die Beklagte sei an dem Abschluss des Kaufvertrags nicht beteiligt gewesen und habe hiervon keine Kenntnis gehabt, weshalb sie auch keine unzutreffenden Angaben zum Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeugs gemacht haben könne. Zu der Täuschungshandlung trage der Kläger bereits nicht substantiiert vor. Selbst wenn man von einer Täuschung ausginge, sei diese nicht kausal für den Kaufentschluss geworden, da es dem Kläger allein auf den Erwerb eines besonders leistungsstarken Fahrzeugs angekommen sei. Schließlich sei dem Kläger nach der Differenzhypothese kein Schaden entstanden. Das Fahrzeug sei technisch sicher und fahrbereit und verfüge über alle erforderlichen Genehmigungen. Auch sonst bestünden für den Kläger keine Einschränkungen hinsichtlich der Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs, da er das Fahrzeug seit dem Kauf ohne Beschwerden nutze. Die Beklagte geht von einer Gesamtleistung des Fahrzeugs von 200.000 bis 250.000 Kilometern aus.

Hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlichen Anträge der Parteien wird auf die angefochtene Entscheidung vom 03.08.2020 (Bl. 344 ff. GA) verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung oder sittenwidriger Schädigung bestünden nicht; selbst wenn in der Verwendung des sogenannten „Thermofensters“ und der Warmlaufstrategie ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 der VO (EU) 715/2007 liege und die gewählte Form der Softwaresteuerung diesbezüglich nicht von der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 VO (EU) 715/2007 gedeckt sei, könne aus einem solchen etwaigen Verstoß kein Rückschluss auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gezogen werden. Anders als im Falle der Verwendung einer Abschaltvorrichtung, die rein für den Prüfbetrieb eine geänderte Konfiguration wähle, sei bei der Verwendung des Thermofensters jedenfalls die weitere Begründung des Bauteilschutzes vorhanden. Der Vortrag des Klägers zu einem alternativen Betriebsmodus für den Prüfstandsbetrieb sei nicht substantiiert genug. Der diesbezügliche Vortrag, der sich in wesentlichen Teilen mit anderen Fahrzeugen, andern Typen und anderen Motorkonfigurationen und einer anderen Euro-Norm-Einstufung beschäftige, sei zu unsubstantiiert und ins Blaue hinein und deshalb einer Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht zugänglich. Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823

Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 UWG stehe dem Kläger nicht zu, da die Beklagte nicht in der Absicht gehandelt habe, ein besonders günstiges Angebot abzugeben. Ferner stehe dem Kläger kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 VO (EU) 715/2007 zu, weil die Verordnung nicht die Vermögensinteressen des einzelnen Fahrzeugkäufers schütze und damit keine Haftung nach § 823 BGB begründe. Schließlich sei auch eine Haftung nach § 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV nicht gegeben, da die Beklagte mit der Ausstellung der EG-Übereinstimmungserklärung nur eine gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung erfülle und darin kein garantierender Einstandswille bzw. Rechtsbindungswille gesehen werden könne, für etwaige Sach- und Rechtsmängeln gegenüber sämtlichen späteren Fahrzeugkäufern zu haften. Zur weiteren Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung wird auf das Urteil vom 03.08.2020 Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung unter Weiterverfolgung seiner erstinstanzlichen Anträge. Das Landgericht habe die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Klägers rechtsfehlerhaft überspannt. Ferner habe das Landgericht verkannt, dass der Kläger keine genauen Kenntnisse von dem Vorhandensein und der konkreten Wirkung einer Abschaltvorrichtung haben könne. Da es ihm insoweit an eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicken in die Konzeption und Funktionsweise des in seinem Fahrzeug eingebauten Motors einschließlich des Systems zur Verringerung des Stickoxidausstoßes mangle, sei der Kläger letztlich auf Vermutungen angewiesen. Diese habe er naturgemäß nur auf einige greifbare Anhaltspunkte stützen können, was er getan habe. Von ihm könne insoweit gerade nicht verlangt werden, dass er im Einzelnen darlege, weshalb er von dem Vorhandensein einer oder mehrerer unzulässiger Abschaltvorrichtungen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 EG-VO 715/2007 ausgehe und wie diese konkret funktionierten. Auch hinsichtlich des unstrittig im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Thermofensters, das als unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 zu werten sei, habe das Landgericht die Beweisanträge des Klägers zurückgewiesen bzw. übergangen, obwohl der Kläger hinreichend substantiiert dazu vorgetragen habe.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die Berufungsbegründung vom 02.10.2020 (Bl. 6 ff. eGA) Bezug genommen. Auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 06.01.2021 hat der Kläger die Berufung teilweise zurückgenommen.

Zuletzt beantragt der Kläger, unter Abänderung des am 03.08.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Trier,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn EUR 39.727,68 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs der Marke ... vom Typ ... mit der Fahrzeugidentifikati-

onsnummer (FIN) ... nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Serviceheft.

Hilfsweise beantragt der Kläger,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in das Fahrzeug der Marke ... vom Typ ... mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ... und der damit verbundenen Manipulation des Emissionskontrollsystems resultieren.

weiter beantragt der Kläger,

3. festzustellen, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.
4. Die Beklagte zu verurteilen, ihn von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.434,74 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung ihres Vorbringens und trägt ergänzend vor, es fehle bereits an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten im Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs am 29.06.2018. Der Kläger habe das streitgegenständliche Fahrzeug zu einem zu einem Zeitpunkt erworben, als die Beklagte bereits konkrete Schritte zur Überarbeitung der Motorsteuerungssoftware eingeleitet gehabt habe und sich im Austausch mit dem Kraftfahrtbundesamt (KBA) zur Abstimmung der Softwarelösung befunden habe und ihre Vertragshändler angewiesen gehabt habe, Fahrzeuge des betreffenden Fahrzeugtyps, bei denen das Softwareupdate noch nicht aufgespielt worden sei, nur nach vorheriger Aufklärung von Kaufinteressenten durch Übergabe eines Beipackzettels zu verkaufen. Sie habe zudem durch Pressemitteilung – ebenfalls wie das KBA – über den Rückruf der betreffenden Fahrzeuge unterrichtet gehabt. Auf einer von der Beklagten geschalteten Website habe man zudem durch Eingabe der Fahrzeugidentifikationsnummer die Betroffenheit von Fahrzeugen überprüfen können. Zudem sei über den Rückruf des KBA in der landesweiten Presse berichtet worden. Angesichts der von der Beklagten ergriffenen Maßnahmen zum Zeitpunkt des Kaufs sei kein Raum für den Vorwurf des sittenwidrigen Verhaltens seitens der Beklagten. Die weiteren Einwendun-

gen im Rahmen der Berufungsbegründung seien teilweise verspätet, da sie erstmals im Berufungsverfahren vorgebracht worden seien, teilweise unerheblich, da sie andere als das streitgegenständliche Fahrzeug betreffen. Im Übrigen wird auf die Berufungserwiderung vom 24.11.2020 (Bl. 154 eGA) verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig und hat in der Sache überwiegend Erfolg.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 826 Abs. 2 i.V.m. § 31 BGB analog wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch zu. Nach Anrechnung der von ihm gezogenen Nutzungen ergibt sich ein Anspruch auf Zahlung von 31.668,71 € Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des im Tenor näher bezeichneten Fahrzeugs. Dem Kläger ist in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt worden. Das ist der Beklagten zuzurechnen.

1. Das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit einer unerlaubten Abschalteneinrichtung unter bewusstem Verschweigen der (gesetzwidrigen) Softwareprogrammierung stellt eine konkludente Täuschung dar, da der Hersteller mit dem Inverkehrbringen konkludent die Erklärung abgibt, der Einsatz des Fahrzeugs sei im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig (so auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019, 13 U 142/18, juris Rn. 8). Es stellt sich für den Senat die Frage, warum die Klägerin gegenüber dem KBA die Softwareprogrammierung nicht offengelegt hat, wenn sie aus ihrer Sicht ohne rechtliche Bedenken sein soll. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Senat davon überzeugt, dass die verantwortlichen Personen im Sinne des § 31 BGB den Einsatz der gesetzwidrigen Software und das Inverkehrbringen der hiermit ausgestatteten Fahrzeuge aktiv unterstützt oder jedenfalls bewusst nicht unterbunden haben.

Ein Hersteller, der ein Kraftfahrzeug in Verkehr bringt, gibt konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz des Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist. Der Hersteller bringt insoweit zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr nicht nur eingesetzt werden kann, sondern auch eingesetzt werden darf, d.h. über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typengenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen Kraftfahrtbundesamts erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 25; Urteile des erkennenden Senats vom 12.06.2019, 5 U 1318/18, und vom 28.08.2019, 5 U 1218/18; OLG Karlsruhe, a.a.O., Rn. 11).

Der Senat zeigt sich überzeugt, dass die Beklagte in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut hat.

Unstreitig und gerichtsbekannt war das streitgegenständliche Fahrzeug von einer Rückrufaktion des KBA betroffen. Grund für den Rückruf war eine unzulässige Abschaltvorrichtung, was durch das KBA am 19.01.2018 festgestellt wurde. Aus der auf der Homepage des KBA abrufbaren Liste der betroffenen Fahrzeuge ergibt sich indes nicht, welches Element konkret eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt.

Nach erstinstanzlicher Darstellung der Klägerseite erfolgte der Rückruf deshalb, weil das KBA an dem streitgegenständlichen Motor gleich mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen nachgewiesen habe. Die „Strategie A“ genannte Software erkenne, ob sich das Fahrzeug auf dem Rollenprüfstand befinde und aktiviere infolgedessen die Aufheizstrategie, die den Ausstoß von Schadstoffen reduziere, damit diese in Einklang mit den gesetzlichen Werten stünden. Im normalen Fahrbetrieb werde dieser umweltfreundliche Modus wieder abgeschaltet. Außerdem werde das von den SCR-Katalysatoren eingesetzte AdBlue im normalen Fahrbetrieb nur eingeschränkt oder gar nicht eingespritzt. Des Weiteren sei die Funktion, die durch Aufwärmen des Abgassystems den Schadstoffausstoß verringern soll, im realen Verkehr überwiegend - nämlich bereits bei Temperaturen zwischen 17 und 30 Grad (sog. Thermofenster) – ausgeschaltet, was einer faktisch dauerhaften Reduzierung gleichkomme.

Der Vortrag des Klägers ist entgegen der Auffassung des Landgerichts auch hinsichtlich des Vortrags zum Einsatz eines alternativen Betriebsmodus für den Prüfstandsbetrieb ausreichend substantiiert und stellt keinen „Vortrag ins Blaue“ hinein dar.

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2014, VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rn. 43; Beschlüsse vom 28.02.2012, VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 Rn. 6 mwN; vom 26.03.2019, VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 11 mwN). Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat (BGH, Beschluss vom 12.09.2012, IV ZR 52/14, NJW-RR 2017, 22 Rn. 27). Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 28.02.2012, VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 vom 26.03.2019, VI ZR 163/17, VersR 2019, 835). Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19,

juris Rn. 7). Weiter ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2003, IX ZR 283/99, NJW-RR 2004, 337 unter II 1 mwN; Beschluss vom 09.11.2010, VIII ZR 209/08, juris Rn. 15). Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich - wie hier der Kläger - nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite mit entwickelten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzel-tatsachen haben kann (vgl. BGH, Beschluss vom 26.03.2019, VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 13). Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 27.05.2003, IX ZR 283/99, NJW-RR 2004, 337 vom 26.01.2016, II ZR 394/13, WM 2016, 974 Rn. 20; Beschlüsse vom 09.11.2010, VIII ZR 209/08, juris; vom 26.03.2019, VI ZR 163/17, VersR 2019, 835; jeweils mwN). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, juris Rn. 8).

Es ist demnach ausreichend, wenn der Kläger greifbare Umstände anführt, auf die er den Verdacht gründet, sein Fahrzeug weise eine oder mehrere unzulässige Abschalt-einrichtungen auf und die von ihm befürchteten Auswirkungen einer solchen Abschalt-einrichtung auf den Stickoxi-dausstoß im realen Fahrbetrieb und auf dem Prüfstand beschreibt (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, juris Rn. 10). Hierfür wäre es nicht einmal notwendig, dass das klägerische Fahrzeug von einer Rückrufaktion des KBA betroffen ist. Nach der vorgenannten Entscheidung reicht es aus, wenn vorgetragen wird, dass Fahrzeuge mit dem gleichen oder ähnlichen Motortyp zurückgerufen worden sind. Da das streitgegenständliche Fahrzeug unstrittig von einer Rückrufaktion betroffen war und ein Software-Update aufgespielt werden muss, sind - neben dem bestandskräftigen Bescheid des KBA - erst Recht ausreichend tatsächliche Anhaltspunkte vorgetragen. Der Vortrag des Klägers ist als hinreichend schlüssig anzusehen, auch wenn nicht vorgetragen wird, wie im Einzelnen die Abschalt-einrichtung funktioniert.

Demgegenüber ist der Vortrag der Beklagten, bei dem Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs handele es sich nicht um einen von der im September 2015 bekannt gewordenen Dieseldieselthematik betroffenen Motor des Typs EA 189, nicht erheblich. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um einen Motor des Typs EA 189 oder des Typs EA 897 oder EA 896 der 2. Generation handelt. Denn unabhängig von Motortyp ist das streitgegenständliche Fahrzeug von einer Rückrufaktion des KBA wegen einer unzulässigen Abschalt-einrichtung betroffen. Soweit vorgetragen wird, die auf Anordnung des KBA durchgeführte Aktualisierung der Motorsoftware betreffe den sog. Warmlaufmodus des SCR-Katalysators und habe mit einem alternativen Betriebsmodus nichts zu tun, ist dieser Vortrag nicht ausreichend substantiiert. Denn wenn vorgetragen wird, die

Konditionierung des Warmlaufmodus im Straßenbetrieb sei nach Auffassung des KBA nicht ausreichend gewesen, was nun durch eine Änderung der Software geändert werde, heißt das doch gleichzeitig, dass die Funktion im Prüfstandsmodus offenbar ausreichend war, da sonst die Typengenehmigung nicht erteilt worden wäre. Hieraus ergibt sich zugleich, dass es demnach zwei verschiedene Betriebsmodi und damit auch eine Umschaltprogrammierung gab. Es hätte deshalb der Beklagten obliegen, genauer dazu vorzutragen, warum der „Warmlaufmodus“ oder die „Aufwärmstrategie“ offenbar auf dem Prüfstand eine andere war als im normalen Straßenbetrieb. Die Beklagte genügt angesichts des ihr allein bekannten Bescheids des KBA und des zugrundeliegenden Verfahrens ihrer Darlegungslast nicht, wenn sie einfach bestreitet, bei dem Warmlaufmodus handele es sich nicht um einen alternativen Betriebsmodus für den Motor im Prüfstandsbetrieb. Die Beklagte zeigt eine fortgesetzt destruktive Prozessführung, die weder § 138 ZPO Rechnung trägt, noch dem Umstand, dass allein sie über die maßgeblichen Kenntnisse verfügt.

Nach der Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist eine „Abschalteinrichtung“ ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Wenn das KBA durch Bescheid vom 19.01.2018 eine unzulässige Abschalteinrichtung in Bezug auf Fahrzeuge mit dem streitgegenständlichen Motor feststellt und die Beklagte diesen Bescheid bestandskräftig werden lässt – wovon mangels substantiierten Bestreitens der Beklagten auszugehen ist -, dann spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die ursprünglich erteilte Typengenehmigung auf einer auf dem Prüfstand ausreichenden Programmierung aller Bestandteile des Emissionskontrollsystems beruhte, welches im Normalbetrieb deaktiviert war. Es wäre an der Beklagten, ergänzend dazu vorzutragen, wie genau und aus welchen Gründen diese unterschiedliche Programmierung erfolgt ist. Ohne diesen Vortrag geht der Senat davon aus, dass die unterschiedlichen Betriebsmodi dazu dienten, das KBA - und dem folgend den Verbraucher und weitere Personen und Stellen - über den tatsächlichen Stickoxidausstoß im normalen Fahrbetrieb zu täuschen. Die Grundsätze, nach denen der Senat bei Motoren des Typs EA 189 schon wiederholt Schadensersatzansprüche gemäß § 826 BGB zugesprochen hat, gelten daher auch in diesem Fall.

2. Das täuschende Vorgehen der Beklagten zielte erkennbar in verschiedene Richtungen.

Einerseits richtete sich die Täuschung gegen die Genehmigungsbehörde. Dieser wurde vorge spiegelt, das Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen. Diese Bedingungen zu ermitteln dient der Prüfstand. Die Interessen der Genehmigungsbehörde vermag der Kläger aber nicht wahrzu-

nehmen, so dass sich dieses Verhalten nur bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit auswirkt (s.u.).

Darüber hinaus resultiert aus den Täuschungen ein Eingriff in den freien Wettbewerb. Die Beklagte verschaffte sich dadurch, dass sie Fahrzeuge anbot, die die Voraussetzungen für den Erhalt der Typengenehmigung ohne die Abschaltvorrichtung nicht erfüllt hätten, eine Stellung am Markt, die sie ohne das planmäßige Vorgehen nicht oder nur mit einem erheblichen Aufwand und nur zu anderen Preisen hätte erreichen können. Auch wenn der Kläger kein Wettbewerber ist, so ist aber doch zu sehen, dass die Beklagte damit nicht nur die Position von Wettbewerbern am Markt - die sich einem Konkurrenten gegenüber sahen, der sich ohne die Täuschung nicht oder nur zu anderen Konditionen hätte betätigen können - Einfluss genommen hat, sondern durch Einflussnahme auf den Wettbewerb - nämlich das Angebot eines Fahrzeuges, das sonst nicht oder nur zu einem erheblich höheren Preis zur Verfügung gestanden hätte - auch auf die Entscheidung des Endverbrauchers.

Letztlich wurden also zwangsläufig auch die Kunden der Beklagten getäuscht, die keinerlei Möglichkeit hatten, die Täuschung zu erkennen. Nach Auffassung des Senates ist es nicht erforderlich, dass sich der Kunde bewusst mit der Frage auseinandersetzt, welche genauen Kriterien für die Erteilung der Typengenehmigung erfüllt sein müssen. Wer ein Fahrzeug erwirbt, um dieses im Straßenverkehr zu verwenden, vertraut darauf, dass die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden, wovon die erteilte Typengenehmigung zeugt. Der Kunde weiß, dass der Konstrukteur bzw. Hersteller eines Fahrzeugs kraft seiner Fachkenntnis ihm gegenüber zwangsläufig über einen Wissensvorsprung verfügt. Da der Kunde einen Einblick in die technischen Vorgänge nicht haben kann, bringt er denjenigen, die für die Entwicklung und Zulassung der Fahrzeuge verantwortlich sind, ein besonderes Vertrauen entgegen, das sich auch in der Markenauswahl beim Erwerb eines Fahrzeugs niederschlägt. Dies hat die Beklagte zu ihrem wirtschaftlichen Vorteil ausgenutzt.

Unerheblich bleibt im konkreten Einzelfall, dass die Beklagte an dem Erwerb des hier streitgegenständlichen Fahrzeuges weder unmittelbar noch über einen Händler beteiligt war. Gleichwohl wurde der Kläger von der Beklagten getäuscht. Auch bei Gebrauchtwagenkäufen bilden die allgemeinen Herstellerangaben und die Typengenehmigung die Grundlage des Erwerbsgeschäftes. Insoweit täuscht die Beklagte auch in diesem Kontext die Beteiligten eines Gebrauchtwagenkaufs im vorgenannten Sinne. Dem hat die Beklagte nichts Substantielles entgegengesetzt. Das Inverkehrbringen des Fahrzeuges und das Verschweigen der unzulässigen Abgasabschaltvorrichtung hat eine Kausalkette in Gang gesetzt, die bis zur Stilllegung des Fahrzeuges fortwirkt (so auch OLG Karlsruhe, a.a.O.). Die Täuschung wirkt damit auch innerhalb von Käuferketten außerhalb des Herrschaftsbereiches der Beklagten fort.

Es bleibt die fortgesetzte Frage, warum die Beklagte die technischen Zusammenhänge im Kontext der Fahrzeugprüfungen nicht offenbart hat, wenn sie aus ihrer Sicht technisch zwingend und

regulatorisch unbedenklich waren. Bei vollständiger Offenlegung der Motorsteuerungssoftware und der Abschaltvorrichtungen hätten diese zur Ermittlung der im Normalbetrieb entstehenden Emissionswerte bei der Fahrzeugprüfung auch technisch-mathematisch berücksichtigt werden können. Dass die Beklagte davon abgesehen hat, belegt die objektive Täuschung sowie den dahingehenden Willen.

3. Das Verhalten der Beklagten ist auch sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB.

Objektiv sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, d.h. mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar ist. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 19.11.2013, VI ZR 336/12, juris Rn. 9 und BGH, Urteil vom 28.06.2016, VI ZR 536/15, juris Rn. 16, jeweils mwN). Daran gemessen erweist sich das Handeln der Beklagten als objektiv sittenwidrig.

Der Beweggrund für die Verwendung der Software ist (auch) in einer von der Beklagten angestrebten Profitmaximierung zu sehen. Ziel für die Handlung der Beklagten war es, - allein formal - die Höchstgrenzen des NO_x-Ausstoßes einzuhalten und so die Typgenehmigung für die Fahrzeuge zu erhalten. Auf diese Weise sollte auf kostengünstigem Weg die Einhaltung der im multikausalen Interesse festgesetzten gesetzlichen Abgasgrenzwerte vorgetäuscht werden. Eine Einhaltung der Werte ohne die Steuerungssoftware war zum Zeitpunkt von deren Einbau entweder gar nicht möglich, mit großen Kosten oder technischen Schwierigkeiten verbunden. Einen anderen Grund für die Verwendung der Software hat die Beklagte in einer für den Senat überzeugenden Art und Weise weder vorgetragen noch ist ein solcher ersichtlich.

Das von der Beklagten entwickelte Softwareupdate musste vom KBA freigegeben und dann auf diverse Fahrzeugvarianten angepasst werden. Wenn dies zum Zeitpunkt der Fahrzeugfabrikation schon problemlos und ohne großen Kostenaufwand möglich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte den Weg der Abschaltvorrichtung überhaupt gewählt hat bzw. ihr Vorgehen nicht insgesamt unter Darlegung der Problemlage offenbart hat.

Zu berücksichtigen ist auch, dass sich die Täuschung gegen staatliche Behörden, Wettbewerber und Endverbraucher richtete und damit auf unterschiedliche Art eine große Zahl getäuschter Personen als Ziel hatte. Dabei hat sich die Beklagte auch das Vertrauen der Verbraucher in das bei einer unabhängigen Behörde, dem KBA, zu durchlaufende Genehmigungsverfahren zunutze gemacht.

Das Verhalten der Beklagten ging auch zu Lasten der Umwelt, da der tatsächliche NOx-Ausstoß der Fahrzeuge aufgrund der verwendeten Abschaltvorrichtung oberhalb der Werte lag, die im Typengenehmigungsverfahren ermittelt und demnach als zulässig angesehen worden sind. Dies verletzt in besonders verwerflicher Weise nicht nur Allgemeininteressen, sondern auch elementare Individualinteressen. Die Beklagte kann insoweit nicht für sich in Anspruch nehmen, dass der Schutz der Umwelt eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe sei, so dass der Kläger sich individuell hierauf nicht berufen könne. Soweit die Beeinträchtigung der Umwelt ohne jeden Zweifel eine gesamtgesellschaftliche Betroffenheit auslöst und sich hieraus deren Schutz als gemeinsame Aufgabe entwickelt, besteht die Erfüllung der Aufgabe doch in der Summe des Verhaltens Einzelner. Der Gesetzgeber steuert, etwa über Grenzwerte, das Verhalten Einzelner, was nicht ausschließt, dass sich jeder Verbraucher noch ambitionierter verhält. Der Einzelne kann gerade dadurch einen Beitrag zum Umweltschutz leisten, indem er möglichst umweltschonende Produkte erwirbt. Genau hierauf hat sich der Kläger für den Senat nachvollziehbar berufen. Es stellt sich als Element der Sittenwidrigkeit in der Gesamtschau dar, dieses Bestreben des Einzelnen durch eine gezielte Täuschung zu unterlaufen. Es ist besonders verwerflich, den Einzelnen in dem Glauben zu lassen, positiver als andere einen Beitrag zum Umweltschutz zu leisten, für den er auch einen zählbaren „Preis“ zahlt, während genau das Gegenteil der Fall ist.

Zur Sittenwidrigkeit trägt weiter bei, dass die Täuschung von der Beklagten aufrechterhalten wurde, nachdem der Abgasskandal bezüglich des Motors EA 189 - auch von der Beklagten - bereits öffentlich gemacht wurde. Gleichwohl hat die Beklagte bezüglich des hier streitgegenständlichen Motortyps nichts zur Aufklärung unternommen und die Programmierung unmittelbar offengelegt. Entsprechendes ist weder von der Beklagten vorgetragen noch ist dies sonst ersichtlich. Die Entwicklung des Software-Updates erfolgte erst nach dem Bescheid des KBA, das eine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt hat. Für die Frage der Täuschung des Klägers und deren Sittenwidrigkeit kommt es aber auf den früheren Zeitpunkt des Erwerbs an. Dabei wurde die Arglosigkeit des Verbrauchers in besonders verwerflicher Weise ausgenutzt und sein Vertrauen auf die hohe Qualität gerade deutscher Fahrzeuge und gerade solcher Fahrzeuge, die die Beklagte hergestellt hat, missbraucht.

Zu bedenken sind des Weiteren die unklaren Folgen der verwendeten Software für den Kunden. Aufgrund der vom KBA angeordneten Rückrufaktion muss an den Fahrzeugen ein Software-Update durchgeführt werden, dessen Auswirkungen höchst umstritten sind. Ohne Durchführung des Updates drohte ein Entzug der Betriebserlaubnis und damit die Stilllegung des Fahrzeugs. Die Verwendung der Abschaltvorrichtung gefährdet damit den ureigenen Zweck des Fahrzeugs, die Nutzung im öffentlichen Straßenverkehr. Das verwendete Mittel ist daher nicht akzeptabel, um den angestrebten Zweck, den Erhalt der Typengenehmigung, zu erreichen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte das bestehende Zulassungssystem ausgenutzt hat, das ein besonderes Vertrauen für sich an Anspruch nehmen kann. Die Erteilung der Typengenehmigung erfolgt in einem standardisierten Verfahren durch eine staatliche Stelle. Dies trägt dem Umstand Rech-

nung, dass der Verbraucher als technischer Laie selbst nicht nachprüfen kann, ob ein Kraftfahrzeug gesetzlichen Vorgaben entspricht. Er hat daher die berechtigte Erwartung, dass der Zulassungsprozess ordnungsgemäß durchlaufen wurde.

Es liegt mithin ein rechtlich nicht erlaubtes, in großem Stil angelegtes Vorgehen der Beklagten aus reinem Gewinnstreben vor. Die Verwerflichkeit wird durch das systematische Vorgehen und den großen betroffenen Personenkreis vertieft. Dass die Beklagte bis heute den Schaden für die Umwelt und die hierauf bezogene Individualbetroffenheit bagatellisiert, verstärkt die Sittenwidrigkeit im Allgemeinen wie bezogen auf den einzelnen Kunden. In dem Element der Profitgier verbunden mit dem Unterlaufen umweltbewusster Verhaltensweisen sieht der Senat schon für sich ein sittenwidriges Verhalten, das sich mit den weiteren Faktoren in einer Gesamtschau als in besonderer Weise verwerflich darstellt. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass - wie der vorliegende Fall zeigt - ungeachtet der Vorwürfe zum Motor EA 189 in Bezug auf den hier streitgegenständlichen Motortyp in vergleichbarer Weise agiert wurde, allerdings ohne dies zu offenbaren. Das vertieft den Vorwurf der Sittenwidrigkeit weiter.

Der Einwand der Beklagten, der Kläger habe das Fahrzeug offensichtlich in Kenntnis der Umstände gekauft, auf die er nun seine Klage stütze, weil zu diesem Zeitpunkt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung oder eine angebliche Täuschung nicht zu erkennen sei, greift nicht durch.

Da für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als (nicht) sittenwidrig in einer Gesamtschau (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, ZIP 2020, 1179 Rn. 16) dessen Gesamtcharakter zu ermitteln ist, ist ihr das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen. Im Falle der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB wird das gesetzliche Schuldverhältnis erst mit Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten begründet, weil der haftungsbegründende Tatbestand des § 826 BGB die Zufügung eines Schadens zwingend voraussetzt. Deshalb kann im Rahmen des § 826 BGB ein Verhalten, das sich gegenüber zunächst betroffenen (anderen) Geschädigten als sittenwidrig darstellte, aufgrund einer Verhaltensänderung des Schädigers vor Eintritt des Schadens bei dem konkreten Geschädigten diesem gegenüber nicht mehr als sittenwidrig zu werten sein. Eine solche Verhaltensänderung kann somit bereits der Bewertung seines Gesamtverhaltens als sittenwidrig - gerade in Bezug auf den geltend gemachten, erst später eingetretenen Schaden und gerade im Verhältnis zu dem erst später Geschädigten - entgegenstehen und ist nicht erst im Rahmen der Kausalität abhängig von den Vorstellungen des jeweiligen Geschädigten zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798). Der Bundesgerichtshof berücksichtigte bei seiner Entscheidung insbesondere, dass die ... AG am 22. September 2015 eine Ad-hoc-Mitteilung und eine gleichlautende Pressemitteilung herausgegeben hatte, in der sie "Unregelmäßigkeiten" in Bezug auf die verwendete Software bei Dieselmotoren vom Typ EA189 einräumte, dass die ... AG in der Mitteilung von einer "auffälligen Abweichung" zwischen Prüfstandwerten und realem Fahrbetrieb gesprochen

habe; dass die ... AG mit dem Kraftfahrtbundesamt, das ihr die Entfernung der Software und Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit auferlegt hatte, zusammenarbeitete; dass die ... AG auf ihrer Website einen Link zu einer Suchmaschine freigeschaltet hatte, mit deren Hilfe durch Eingabe der Fahrzeugidentifizierungsnummer (FIN) festgestellt werden konnte, ob ein konkretes Fahrzeug mit der beanstandeten Motorsteuerungssoftware ausgestattet war; dass die ... AG ihre Servicepartner und Vertragshändler über die Verwendung der Umschaltlogik informiert hatte und ein Software-Update bereitgestellt hatte, um den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Zudem hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung berücksichtigt, dass über die Verwendung der Abschaltvorrichtung ab September 2015 in Presse, Funk und Fernsehen umfangreich und wiederholt berichtet und das Thema unter Bezeichnungen wie "Diesel-Gate", "Dieselskandal", "...-Abgasskandal" monatelang ein die Nachrichten beherrschendes Thema gewesen sei. Auch über die Einrichtung des Links zur Suchmaschine auf der Website der Beklagten, die Maßnahmen des KBA und die Bereitstellung des Software-Updates sei in den Medien breit berichtet worden.

Solche umfassenden Aufklärungsbemühungen hat die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz behauptet. Die Beklagte hat jedoch keinerlei Vortrag dazu gehalten, aus welchen Gründen ihr neues Vorbringen in der Berufungsinstanz gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen sein sollte, zumal der Kläger weiterhin von einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten ausgeht und eine Verhaltensänderung damit bestreitet.

Unabhängig davon erreichen die angeblichen Aufklärungsbemühungen der hiesigen Beklagten auch nicht annähernd den Umfang und die Intensität, wie dies ab September 2015 für den ...konzern im Hinblick auf den Motor EA189 galt. Zwar ist auch auf ihrer Homepage eine Suchmaschine eingerichtet; für andere Motortypen als den Dieselmotor EA 189 kann jedoch die Betroffenheit von einer Rückrufaktion nicht überprüft werden. Schon aus diesem Grund kann in Bezug auf den streitgegenständlichen Motortyp nicht von einer relevanten Verhaltensänderung ausgegangen werden. Aber auch aus ihrer Pressemitteilung vom 21.07.2017, den Hinweisen an die Vertragshändler seit Januar 2018 und dem „Beipackzettel“ ergibt sich nicht, dass illegale Abschaltvorrichtungen vorgelegen haben, über die nun aufgeklärt und die mittels Software-Updates behoben werden. Vielmehr erwecken alle diese Informationen ebenso wie die vereinzelten Presseberichte – die im Vergleich zu der Presseberichterstattung von September 2015 an weitaus weniger Gewicht hat und verbreitet ist – immer den Eindruck, dass die Nachrüstung zur Verbesserung des Emissionsverhaltens als Beitrag zu einer „Reduzierung der Gesamtemissionen in den Innenstädten“ geschieht. Das Eingeständnis eines Fehlers der Beklagten, wie dies im Jahr 2015 vom ...konzern zugegeben wurde, liegt darin nicht.

Es ist auch nicht als zugestanden anzusehen, dass der Kläger den „Beipackzettel“ von seinem Vertragshändler beim Kauf des Fahrzeugs unterschrieben hat, wie die Beklagte – ebenfalls erstmals in zweiter Instanz – behauptet (Bl. 234 eGA). Auch hier gilt, dass weder vorgetragen noch ersichtlich ist, warum dieser augenscheinlich neue Vortrag zuzulassen sein sollte, § 531

Abs. 2 ZPO. Zudem wurden schon in der Berufungserwiderung nicht behauptet, dass der Kläger dieses Dokument unterschrieben hat (erst recht nicht, wann dies geschehen sein soll), sondern nur, dass davon auszugehen sei, dass der Kläger aufgeklärt wurde.

Für den Senat erweist sich das Handeln der Beklagten deshalb – weiterhin – als objektiv sittenwidrig. In die für diese Beurteilung notwendige Gesamtbetrachtung ist dabei einzustellen, dass die Beklagte zu keinem Zeitpunkt – auch nicht durch ihre Pressemitteilung vom 21.07.2017 – öffentlich eingeräumt hat, dass auch in anderen von ihr hergestellten Motoren als dem Typ EA 189 eine Technik enthalten ist, die vom Kraftfahrtbundesamt beanstandet wurde. Auch auf die – vereinzelt – Medienberichte von Januar 2018 erfolgte keine öffentliche Reaktion der Beklagten. In Bezug auf die Beklagte ist sogar eine besondere Verwerflichkeit ihres Verhaltens darin zu sehen, dass sie auch nach Bekanntwerden des Dieselskandals bei der ... AG im Jahr 2015 ihr systematisches Vorgehen im Hinblick auf den Bau und den Vertrieb von Dieselmotoren mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen aufrechterhielt.

Im Rahmen einer zusammenfassenden Würdigung kommt der Senat deshalb zu dem Ergebnis, dass das Inverkehrbringen der manipulierten Fahrzeuge unter Verschweigen der Softwaremanipulation auch zum Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs noch gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstieß. Als Teil der abstrakt betroffenen Gruppe der Verbraucher kann der Senat dies aufgrund eigener tatrichterlicher Würdigung feststellen.

4. Die Beklagte hat auch vorsätzlich gehandelt und das Tun der handelnden Personen ist der Beklagten zuzurechnen.

Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz enthält ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen (BGH, Urteil vom 28.06.2016, VI ZR 536/15, juris Rn. 25).

a) Die Verwendung der Software erfolgte vorsätzlich und den Akteuren waren auch alle Aspekte bekannt und bewusst, die ihr Handeln als sittenwidrig erscheinen lassen.

In subjektiver Hinsicht setzt der Schädigungsvorsatz gemäß § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei jener nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss (BGH, Urteil vom 13.09.2004, II ZR 276/02, juris Rn. 38). Für den Vorsatz genügen das Bewusstsein, dass die Schädigung im Bereich des Möglichen liegt, sowie die billigende Inkaufnahme des Schädigungsrisikos. Nicht erforderlich ist, dass der Handelnde die Schädigung eines

anderen anstrebt oder als sichere Folge des eigenen Handelns akzeptiert (MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 27).

Die Software wurde bewusst in die Motorsteuerung eingebaut, um die Abgasrückführung beeinflussen zu können und so die Typengenehmigung zu erhalten. Einen anderen Zweck hatte ihre Verwendung nicht. Indiz hierfür ist auch der Umstand, dass der dies feststellende Bescheid des KBA hingenommen wurde. Da die Beklagte wusste, dass sie die Typengenehmigung erhalten hatte, obwohl deren Voraussetzungen nicht erfüllt waren, musste sie ein Entdeckungsrisiko fürchten. Dabei ist nicht erklärlich, warum die Beklagte die Vorgänge überhaupt geheim gehalten hat, wenn sie ihr Vorgehen als rechtmäßig eingeordnet hätte. Im Gegenteil begründet gerade diese Geheimhaltung eine Vermutung für ein vorsätzliches Vorgehen. Die Beklagte hat ersichtlich bewusst in Kauf genommen, dass eine Entdeckung der verwendeten Software und ihrer Wirkungen dazu führen würde, dass die Betriebserlaubnis der betroffenen Fahrzeuge würde erlöschen können. Die Beklagte hat dabei das Risiko der darin liegenden Schädigung der Kunden als möglich erkannt und dennoch billigend in Kauf genommen.

Die Beklagte hat auch die Folgen ihres Handelns jedenfalls billigend in Kauf genommen. Sie wusste, dass die Behörden bei der Erteilung der Typengenehmigung getäuscht worden waren, die Kunden allerdings aufgrund der erteilten Typengenehmigung davon ausgingen und gehen konnten, ein Fahrzeug zu erhalten, das den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Dass das KBA im Falle der Entdeckung der Täuschung Maßnahmen ergreifen musste, musste der Beklagten klar sein und war ihr auch klar. Das ergibt sich vorliegend schon aus dem Vorgehen des KBA im Hinblick auf andere Motoren. Das KBA als zuständige Behörde konnte ein gegen die gesetzlichen Regelungen verstoßendes Verhalten, das noch dazu einen Kernbereich seiner Aufgabe betrifft, nicht einfach hinnehmen. Die Beklagte musste deshalb davon ausgehen, dass das KBA in diesem Falle entweder die Typengenehmigung widerrufen oder aber Maßnahmen anordnen würde, um einen gesetzmäßigen Zustand der betroffenen Fahrzeuge zu erreichen. Damit musste sie zwangsläufig davon ausgehen, dass den betroffenen Fahrzeugen eine Betriebsuntersagung drohte, wenn dem nicht nachgekommen werden würde, so dass auch diese Schädigungsfolgen vom Vorsatz der Beklagten erfasst waren. Die Beklagte hat folglich das Risiko der darin liegenden Schädigung der Kunden als möglich erkannt und dennoch billigend in Kauf genommen.

b) Die Beklagte muss sich dabei das Handeln ihrer Mitarbeiter gemäß § 31 BGB analog zurechnen lassen. Die Repräsentantenhaftung erstreckt sich für juristische Personen über den Vorstand, die Vorstandsmitglieder und die verfassungsmäßig berufenen besonderen Vertreter hinaus auf alle sonstigen Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (MüKoBGB/Arnold, 8. Auflage 2018, § 31 Rn. 14; BGH, Urteil vom 30.10.1967, VII ZR 82/65, BGHZ 49, 19). Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu ent-

scheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt. Zu dem Repräsentanten der juristischen Person nach diesen Grundsätzen gehört auch der Personenkreis der leitenden Angestellten (BGH, Urteil vom 05.03.1998, III ZR 183/96, NJW 1998, 1854).

Zur Überzeugung des Senates steht schon fest, dass der Leiter der Entwicklungsabteilung der Beklagten von der Entwicklung und Verwendung der Software im maßgeblichen Zeitpunkt Kenntnis hatte und dies gebilligt - wenn nicht angeordnet, so zumindest nicht unterbunden - hat. § 286 ZPO verlangt dabei zur Überzeugungsbildung ein Maß an persönlicher Gewissheit, welches Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH, Urteil vom 17.02.1970, III ZR 139/67, BGHZ 53, 245; BGH NJW, 1973, 1925; BGH, Urteil vom 14.01.1993, IX ZR 238/91, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 16.04.2013, VI ZR 44/12, NJW 2014, 71; Zöller/Greger, ZPO, 33. Auflage 2018, § 286 Rn. 19). Diese Kenntnis lag auch zum Zeitpunkt des hier streitgegenständlichen Kaufvertragsabschlusses im Jahr 2018, also zu dem für die Täuschungshandlung relevanten Zeitpunkt, vor.

Die Programmierung einer Software setzt denotwendig eine aktive, im Hinblick auf dieses Ergebnis gewollte präzise Programmierung der Motorsteuerungssoftware voraus und schließt die Annahme einer fahrlässigen Herbeiführung dieses Zustands aus (LG Krefeld, Urteil vom 19.07.2017, 7 O 147/16, ZIP 2017, 1671). Diese Frage beurteilt sich bei dem hier eingesetzten Motor nicht anders als bei dem Motor EA 189, für den der Senat diese Frage schon mehrfach entschieden hat. Angesichts der Dimension der manipulierten Fahrzeuge in Zahl und Qualität hält der Senat es für ausgeschlossen, dass der Leiter der Entwicklungsabteilung keine Kenntnis von den Manipulationen hatte. Die Bestimmung gesetzlicher Grenzwerte war und ist in ständiger öffentlicher, politischer, umwelttechnischer und wirtschaftlicher Diskussion. Insoweit liegt die Frage auf der Hand, welche Grenzwerte von einem Autobauer technisch zu beherrschen sind und wie dies geschieht. Auch mussten die Möglichkeiten der Einhaltung dieser technischen und wirtschaftlichen Grenzen gegenüber der nationalen wie europäischen Politik kommuniziert werden. Insoweit wird der Leiter der Entwicklungsabteilung einerseits entsprechenden Fragestellungen aus dem Vorstand ausgesetzt gewesen sein, wie er andererseits genau diese Fragen beantworten und dazu sachkundig sein musste. Es erscheint dem Senat dabei undenkbar, dass dem Leiter der Entwicklungsabteilung von seinen Mitarbeitern die technische Umsetzung in Form einer Abgasabschalteinrichtung verschwiegen wurde. Zu Recht weist das Oberlandesgericht Karlsruhe darauf hin, dass es sich in der Sache um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern und auch massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen handelt, dem bei den untergeordneten Konstrukteuren kein in Anbetracht der arbeits- und strafrechtlichen Risiken annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenübersteht (OLG Karlsruhe, a.a.O., Rn. 55). Das sieht der Senat nicht anders. Auf-

grund der Zahl der betroffenen Fahrzeuge handelte es sich auch nicht nur um eine Nischenfrage.

Die Beklagte hat den hier streitgegenständlichen Motor selbst entwickelt. Entlastende Gesichtspunkte hat sie zur Überzeugung des Senates nicht vortragen können. Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Autokonzern gerichtsbekannt fortgesetzt damit wirbt, dass die Beklagte des hiesigen Verfahrens eine führende Rolle bei der Motorenentwicklung und -forschung einnimmt.

Unabhängig von der Überzeugung des Senates ergibt sich aber auch kein anderes Ergebnis aus Darlegungs- und Beweislastgesichtspunkten. Grundsätzlich hat jede Partei die ihr günstigen Tatsachen vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen. Insoweit geht auch der Senat von der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast beim Kläger aus. In bestimmten Fällen ist es aber Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substantiiert zu äußern. Eine solche sekundäre Darlegungslast, die die Verteilung der Beweislast unberührt lässt, setzt voraus, dass die nähere Darlegung dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 10.02.2015, VI ZR 343/13, juris Rn. 11 m.w.N.). So liegt der Fall hier.

Der Kläger, der als Verbraucher über keine tieferen Einblicke in die Entscheidungsstrukturen der Beklagten verfügt, hat vorgetragen, der Vorstand der Beklagten habe von dem Einbau der Manipulationssoftware Kenntnis gehabt. Auch hat er vorgetragen, dass dies im Bewusstsein erfolgte, über die Zulassungsfähigkeit der Fahrzeuge zu täuschen. Dabei standen ihm allein öffentlich zugängliche Quellen zur Verfügung. Eine weitergehende Darlegung ist ihm daher weder möglich noch ist diese erforderlich. Demgegenüber reicht das einfache Bestreiten der Beklagten nicht aus, um die klägerische Darlegung zu entkräften. Dem Kläger ist es nicht möglich und auch nicht zumutbar nähere Umstände darzulegen, während die Beklagte alle wesentlichen Tatsachen aus eigener Wahrnehmung kennt und es ihr zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen.

Die Beklagte trifft insoweit eine sekundäre Darlegungslast, der sie nicht genügt hat (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19; Urteile des erkennenden Senats vom 12.06.2019, 5 U 1318/18, und vom 28.08.2019, 5 U 1218/18). Der Senat muss die Frage der tatsächlichen Kenntnis also nicht abschließend entscheiden. Es besteht eine Vermutung für die Kenntnis des Vorstands, die sich aus den Indizien für eine Kenntnis speist. Die strategische und wirtschaftliche Bedeutung der Frage nach der Einhaltung der Abgaswerte gekoppelt mit der Zahl der betroffenen Fahrzeuge und der mangelnden Transparenz spielen hier ebenso eine Rolle wie der Umstand, dass die Vorstandsmitglieder nicht nur fachlich in der Lage waren die Problemlage zu erfassen und die Lösungswege zu erkennen, sondern dies auch in deren Zuständigkeit fiel. Die

Beklagte hätte diese Vermutung im Wege der sekundären Darlegung entkräften müssen. Dies ist ihr jedoch nicht gelungen. Die von der Beklagten dazu gepflegte destruktive Informationspolitik in öffentlichen Stellungnahmen wie in der konkreten Prozessführung trägt dem keine Rechnung.

5. Der Kläger hat auch einen Schaden erlitten. Der Schaden liegt in dem Erwerb eines mit der Steuerungssoftware ausgerüsteten Fahrzeugs (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19 Rn. 25; Urteile des erkennenden Senats vom 12.06.2019, 5 U 1318/18, und vom 28.08.2019, 5 U 1218/18).

§ 826 BGB erfasst auch reine Vermögensschäden, da er nicht auf die Verletzung bestimmter absoluter Rechtsgüter wie § 823 Abs. 1 BGB abzielt. Unter einem Schaden im Sinne des § 826 BGB ist allerdings auch nicht nur die negative Einwirkung auf die Vermögenslage zu verstehen, sondern die nachteilige Beeinträchtigung jedes rechtlich anerkannten Interesses. Der Schaden kann deshalb auch in der Eingehung einer „ungewollten“ Verbindlichkeit bestehen, selbst wenn dieser eine Forderung auf eine objektiv gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. (BGH, Urteil vom 19.07.2004, II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, ZIP 2004, 1593; BGH, Urteil vom 28.10.2014, VI ZR 15/14, juris Rn. 19). Dies ist der Fall, wenn die Leistung für die Zwecke des Erwerbers nicht brauchbar ist (BGH, Urteil vom 26.09.1997, V ZR 29/96, juris Rn. 28; BGH, Urteil vom 21.12.2004, VI ZR 306/03, BGHZ 161, 361, VersR 2005, 418). Nach Ansicht des Senates ist es für die Annahme eines Schadens nicht erforderlich, dass im Rahmen einer Mehrzahl verfolgter Zwecke keiner der Zwecke erreicht wurde. Vielmehr genügt es, dass ein nicht völlig nebensächlicher Zweck nicht erreicht wurde. Es kommt also im Ergebnis nicht zwingend auf einen geringeren Marktwert oder sonstige unmittelbare wirtschaftliche Nachteile an, wenngleich auch diese nach der Auffassung des Senates zu verzeichnen sind. Neben etwaigen wirtschaftlichen Nachteilen sind auch die enttäuschte Erwartung des Verbrauchers und die Zweckverfehlung als Schaden anzusehen. Ausgehend hiervon liegt ein Schaden vor.

Insoweit kann zunächst auf den Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 8. Januar 2019 (VIII ZR 225/17) verwiesen werden. Aufgrund der rechtswidrig verbauten Abgasabschalteinrichtung drohte die Stilllegung des Fahrzeuges, was für sich genommen schon als Schaden zu betrachten ist. Damit ist die Nutzwarterwartung enttäuscht. Diese wird auch nicht durch eine nachträgliche Maßnahme – das Angebot eines Software-Updates – wieder erfüllt. Der Schaden ist mit der Enttäuschung der Nutzwarterwartung bereits eingetreten. Das Software-Update ist eine Frage der Schadensbeseitigung, nicht aber der Schadensbegründung. Auch wenn im Kauf- und Gewährleistungsrecht der Kunde auf eine Nachbesserung verwiesen werden darf, fehlt es an dieser Option für das Recht der unerlaubten Handlung.

Der Kläger hat ein Fahrzeug erworben, das zwar primär seinem Erfordernis, am Straßenverkehr teilzunehmen, genügt. Es hat mithin den gewollten Nutzwert im engeren Sinne. Es verfügte aber über eine unzulässige Abschaltvorrichtung, deren Vorhandensein der Erteilung der Typgenehmigung für das Fahrzeug entgegengestanden hätte. Aufgrund des Vorhandenseins dieser

Einrichtung unterlag das Fahrzeug einer Rückrufaktion des KBA. Ohne Durchführung weiterer Maßnahmen – nämlich eines Software-Updates – drohte eine Betriebsuntersagung. Zweck des Erwerbs des Fahrzeugs war aber die uneingeschränkte Teilnahme am Straßenverkehr, ohne dass durch weitere Maßnahmen eine drohende Betriebsuntersagung abzuwehren gewesen wäre. Der Nutzwert ist also eingeschränkt. Dies gilt auch für die weiteren verfolgten Zwecke wie das Bestreben, einen individuellen Beitrag zum kollektiven Umweltschutz zu leisten.

Letztlich liegt ein Schaden in Form der ungewollten Eingehung einer Verbindlichkeit vor. Neben der Frage der drohenden Stilllegung hat der Kläger für den Senat nachvollziehbar dargelegt, dass für ihn auch die Umweltstandards deutscher Fahrzeuge, speziell derjenigen der Beklagten, ein ausschlaggebender Punkt im Rahmen der Kaufentscheidung waren. Insoweit ist der Kläger auch bei der Kaufentscheidung aufgrund der verschwiegenen unzulässigen Abschalteneinrichtung eine von ihm so nicht gewollte Verbindlichkeit eingegangen. Das Fahrzeug hat damit im Ergebnis nicht seinen Erwartungen entsprochen und war für einen weiteren von mehreren denkbaren Zwecken – einen individuellen Beitrag zum Umweltschutz zu leisten – nicht geeignet. Auch das begründet einen Schaden.

Die Beklagte hat dem Kläger den Schaden auch vorsätzlich zugefügt. Sie hat zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass die Abschalteneinrichtung im Falle ihres Entdecktwerdens Auswirkungen auf die Betriebserlaubnis des Fahrzeugs haben würde und Erwartungen des Fahrzeugeigentümers enttäuscht werden würden. Es war für sie vorhersehbar, dass es zu einer Stilllegung des Fahrzeuges kommen kann. Dies folgt zwangsläufig aus der Verwendung der Software. Anderenfalls ist ihr heimliches Vorgehen nicht erklärlich.

6. Für die Annahme eines Zusammenhangs zwischen Täuschung und Abgabe der Willenserklärung genügt es, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die EntschlieÙung hat (BGH, Urteil vom 12.05.1995, V ZR 34/94, juris). Der getäuschte Käufer darf keine Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen haben und seine Verfügung – der Abschluss des Kaufvertrages – muss auf dieser Unkenntnis beruhen. Es muss ein auf der Täuschung beruhender Irrtum vorliegen. Diese Voraussetzungen liegen zur Überzeugung des Senates vor. Da es sich um innere Tatsachen handelt, kann der Nachweis nur auf der Grundlage von Indizien geführt werden, die vom Kläger vorliegend hinreichend und nachvollziehbar dargelegt sind.

Nach der Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäftes ist auszuschließen, dass ein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsuntersagung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem überhaupt behoben werden kann. Dies gilt erst recht, wenn ihn der Hersteller oder der Verkäufer hierauf hinweisen würde. Diese Einwirkung auf die EntschlieÙung des Klägers als Käufer genügt für den Kausalzusammenhang zwischen dem Irrtum und der Kaufentscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.1995, V

ZR 34/94, juris). Im Zeitpunkt des Erwerbs im Juni 2018 war noch nicht absehbar, dass auch der in dem ... des Klägers eingebaute Motor des Typs EA897 von einer unzulässigen Abschalteneinrichtung betroffen war. Der Rückruf erfolgte ausweislich der abrufbaren Liste der von einer Rückrufaktion betroffenen Fahrzeuge erst am 19.01.2018. Dass bereits zuvor bezüglich des streitgegenständlichen Motortyps die Abgasmanipulation allgemein oder dem Kläger bekannt war, ist von der Beklagten weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Der vorliegende Fall ist deshalb auch nicht mit den Fallgestaltungen vergleichbar, bei denen ein Fahrzeug mit einem Motor des Typs EA189, bei dem die Manipulation bereits Ende des Jahres 2015 aufgedeckt und auch von Hersteller eingeräumt wurde, erst im Jahr 2018 erworben wurde.

Daneben sind die Aspekte der Umweltverträglichkeit und mit einem erhöhten NOx-Ausstoß einhergehende Gesundheitsgefahren oder auch unerwartete Nutzungseinschränkungen (Fahrverbote in Gegenwart und Zukunft im Gegensatz zu einer erwarteten uneingeschränkten Mobilität) Argumente, die bei einem Kaufentschluss für ein Fahrzeug plausibel eine Rolle spielen und Einfluss auf die Dispositionsfreiheit eines Kunden haben können. Insofern ist auch die Besorgnis des Klägers nachvollziehbar, dass diese Aspekte eine Wiederverkäuflichkeit des Fahrzeugs erschweren können und deshalb auch vermögensrelevante Folgen haben können. Für den Senat ist all dies glaubhaft und lebensnah vorgetragen und Grundlage einer eigenen tatrichterlichen Überzeugungsbildung. Es hätte der Beklagten obliegen, im Einzelnen darzulegen, warum gerade bei dem Kläger dieses Maß an lebensnaher Betrachtung nicht eingreifen soll. Daran fehlt es jedoch.

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, bei dem gekauften Fahrzeug sei es dem Kläger ersichtlich auf den Erwerb eines besonders leistungsstarken Fahrzeugs angekommen und nicht auf Umweltaspekte. Denn auch dann, wenn der Kläger ersichtlich ein leistungsstarkes Fahrzeug gekauft hat, bedeutet dies nicht, dass er unter vergleichbaren Fahrzeugen nicht ein solches ausgewählt hat, welches - vermeintlich - besonders emissionsarm ist. Dies gilt auch dann, wenn sich der Kläger – wie die Beklagte behauptet – um diese Frage überhaupt keine bewussten Gedanken gemacht hat. Der Käufer unterstellt aufgrund der erteilten Typgenehmigung bestimmte Eigenschaften und setzt diese als selbstverständlich voraus. Hätte die Beklagte das Fahrzeug nicht unter Verschweigen der unzulässigen Abschalteneinrichtung in den Verkehr gebracht, hätte der Kläger eine reflektierte Entscheidung unter Einbezug der von der Abschalteneinrichtung betroffenen Faktoren treffen können. Dann wäre - sachgerechtes Verhalten des Klägers unterstellt - der Kauf zur Überzeugung des Senats unterblieben. Die Beklagte mag sich die umgekehrte Frage stellen, ob der Kläger das Fahrzeug auch gekauft hätte, wenn sie den Einbau einer unzulässigen Abschalteneinrichtung, bei der die beworbenen Werte nur auf dem Prüfstand erreicht werden, offenbart hätte. Sie ist zu verneinen, wie zur Überzeugung des Senates anzunehmen ist.

7. Der von dem Kläger geltend gemachte Schaden ist auch vom Schutzzweck des § 826 BGB umfasst.

Für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen gilt allgemein, dass die Ersatzpflicht auf solche Schäden beschränkt ist, die in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen (BGH, Urteil vom 11.11.1985, II ZR 109/84, juris Rn. 15). Der Schaden des Klägers liegt innerhalb des Schutzzwecks von § 826 BGB. Der Senat vermag sich nicht dem OLG Braunschweig anzuschließen, wonach im Zusammenhang mit dem Gefahrenbereich „Übereinstimmungsbescheinigung“ entstandene Schäden aus der Haftung des § 826 BGB auszunehmen seien, da der Schutzzweck der verletzten Normen keine individualschützende Wirkung habe (OLG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019, 7 U 134/17, juris, Rn. 188 und Rn. 141 ff). Dies lässt außer Acht, dass das Vorgehen der Beklagte eben nicht nur Vorschriften verletzt hat, die Gemeinschaftsinteressen dienen, sondern ganz konkret dazu geführt hat, dass Tausende von Kunden Fahrzeuge erworben haben, die mit dem Risiko einer Betriebsuntersagung behaftet waren und die damit höchst individuell betroffen waren. Genau dies war auch das Ziel der Beklagten, die über das Inverkehrbringen der Fahrzeuge ihre Umsätze generiert. Auf die Betrachtung der weiter dargelegten Vertragserwartungen kommt es damit nicht mehr an. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat diese Sichtweise des Senates inzwischen bestätigt.

8. Der Ersatzanspruch richtet sich bei § 826 BGB auf das negative Interesse. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses stünde.

a) Ohne die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung – das Inverkehrbringen des manipulierten Fahrzeuges und das Verschweigen des Einbaus der Abgasabschalteinrichtung – hätte der Kläger den Vertrag nicht geschlossen. In diesem Fall hätte der Kläger das Fahrzeug nicht erhalten und den Kaufpreis nicht gezahlt. Die Beklagte hat dem Kläger daher den Kaufpreis zurückzuerstatten, Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeuges.

b) Die Darlehenskosten kann der Kläger hingegen nicht beanspruchen, da insofern der Zurechnungszusammenhang fehlt. Dass der Kläger zum damaligen Zeitpunkt gar kein neues Auto gekauft hätte, hat er nicht vorgetragen. Es wären also ohnehin Finanzierungskosten für ein neu anzuschaffendes Fahrzeug angefallen, die aus diesem Grund nicht erstattungsfähig sind. Dass der Kläger bei dem Kauf eines anderen Fahrzeugs vergleichbarer Art und Güte dessen Anschaffungskosten nicht hätte finanzieren müssen oder besondere Umstände vorlagen, weshalb er nur das streitgegenständliche Fahrzeug finanziert hat, sind ebenfalls nicht vorgetragen.

9. Entgegen der Auffassung des Klägers muss der gezogene Nutzungsvorteil allerdings berücksichtigt werden. Der Kläger muss sich im Wege des Vorteilsausgleichs die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Urteile des erkennenden Senats vom 12.06.2019, 5 U 1318/18, und vom 28.08.2019, 5 U 1218/18). Er hat das Fahrzeug über einen mehrjährigen Zeitraum genutzt und auf diese Weise einen geldwerten Vorteil erlangt.

Auch in Anbetracht einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung ist dies nicht unbillig, da der Kläger das Fahrzeug tatsächlich genutzt hat und der Verweigerung des Vorteilsausgleiches keine kompensierende Wirkung zukommt. Entgegen der Auffassung des Klägers führt dies nicht zu

einer unbilligen Entlastung des Schädigers. Es ist nicht Aufgabe des Schadensrechts, das Verhalten des Schädigers in einer über die faktische Rückabwicklung des Vertrages hinausgehenden Weise zu sanktionieren. Der von dem Kläger gezogene Nutzungsvorteil ist keiner, der ohne das schädigende Ereignis bei diesem verblieben wäre. Denn auch ohne das schädigende Ereignis hätte der Kläger ein Kraftfahrzeug geführt und somit die daraus resultierenden Nutzungsvorteile für sich in Anspruch genommen. In diesem Punkt steht er durch das Verhalten der Beklagten nicht schlechter da.

Dem Anspruch auf Erstattung des Nutzungsvorteils stehen die Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs nicht entgegen. Zwar erfolgt im vorliegenden Fall nicht die Rückabwicklung eines vertraglichen Schuldverhältnisses, sondern es besteht ein deliktsrechtlicher Anspruch. Der auf das negative Interesse gerichtete Schadensersatzanspruch hat aber die faktischen Wirkungen einer Rückabwicklung. Gemäß § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB ist beim Verbrauchsgüterkauf § 349 Abs. 5 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind. Erfasst sind Fälle, in denen der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert und deshalb vom Käufer die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann. Dieser Rechtsgedanke kann jedoch nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Dieser liegt parallel zum Rücktritt von einem Kaufvertrag, nicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache. Den Fall des Rücktritts eines Käufers vom Kaufvertrag und mithin die Durchführung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses erfasst diese Regelung jedoch nicht.

Der in Abzug zu bringende Nutzungsvorteil beschränkt sich auch nicht auf die Zeit bis zum Eintritt des Verzuges. Der Einwand des Klägers, die Beklagte habe es sonst in der Hand, den Rückabwicklungsanspruch zu ihren eigenen Gunsten zu beeinflussen, indem sie die berechtigten Ansprüche des Klägers nicht befriedige, mag im Ergebnis zwar zutreffen. Diese Argumentation verkennt jedoch, dass im Falle der Nichtbefriedigung von Ansprüchen in einem Rechtsstaat zeitnah der Rechtsweg beschritten werden kann und zu beschreiten ist, wovon der Kläger auch Gebrauch gemacht hat. Es ist daher legitim, wenn eine Partei das Bestehen von Ansprüchen verneint und sich in einem Prozess entsprechend verteidigt. Es kann nicht die Aufgabe des Schadensersatzrechts sein, ein legitimes Verhalten zu sanktionieren. Im Übrigen hatte und hat der Kläger es selbst in der Hand sein Fahrzeug durch Stilllegung einem weiteren Anstieg des Nutzungsvorteils zu entziehen und etwaige daraus resultierende Folgen im Wege des Verzugschadens geltend zu machen.

Die zeitanteilige lineare Wertminderung ist im Vergleich zwischen tatsächlichem Gebrauch und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer ausgehend vom Bruttokaufpreis im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO zu ermitteln (BGH, Urteil vom 17.05.1995, VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159). Dabei ist Anknüpfungspunkt der gezahlte Bruttokaufpreis, der den Nutzungswert des Fahrzeugs verkörpert. Die im Einzelfall unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtfahrleistung stellt den Gesamtgebrauchswert dar. Zu vergüten sind die Gebrauchsvorteile bis zur Rückgabe des Fahrzeugs (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Auflage 2017, Rn. 1186).

Die erwartete Gesamtleistung schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf 300.000 km. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Beklagte selbst eine hervorgehobene Qualität ihrer Fahrzeuge für sich in Anspruch nimmt, was sich auch in gegenüber vergleichbaren Fahrzeugen anderer Hersteller höheren Kaufpreisen widerspiegelt. Weiterhin ist bei der Schätzung einzubeziehen, dass es sich um ein Fahrzeug mit dem Baujahr 2015 handelt, bei dem aufgrund fortschreitender technischer Entwicklung von einer höheren Haltbarkeit ausgegangen werden muss, als das bei älteren Fahrzeugen der Fall ist. Diese in ständiger Rechtsprechung des Senats vorgenommene Schätzung des Nutzungsvorteils des Klägers auf dieser Basis wurde für den Motor EA189 bereits höchstrichterlich gebilligt (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19). Dass der vorliegend betroffene Motor eine längere oder kürzere Lebensdauer hat als der Motor EA 189, ist weder vorgetragen noch für den Senat ersichtlich.

Die Laufleistung zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vom 22.02.2021 betrug 151.724 km. Die abzuziehende Nutzungsentschädigung errechnet sich dann nach der Formel

Gebrauchsvorteil = $\frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer}}{\text{erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt}}$

Der Bruttokaufpreis betrug 38.844,00 €. Die gefahrenen Kilometer belaufen sich auf 38.816 km (151.724 km in der mündlichen Verhandlung abzüglich 112.908 km im Erwerbszeitpunkt). Die erwartete Restlaufleistung beträgt 187.092 km (300.000 km abzüglich 112.908 km) im Erwerbszeitpunkt. Dies ergibt eine zu berücksichtigende Nutzungsentschädigung von 8.058,97 €. Zwar hat der Kläger den Vorteilsausgleich in seinem in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag nicht mehr in Abzug gebracht hat, wie dies in der Klageschrift noch der Fall war. Allerdings ergibt die Auslegung des Schriftsatzes vom 12.02.2021, der die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge enthält, dass dies ein offensichtlicher Fehler war. Im Vergleich zur Klageschrift wurden nämlich nur die Anträge auf Zahlung von Deliktzinsen sowie der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs ausdrücklich zurückgenommen. Von einer Klageerweiterung, um die es sich handeln würde, wenn der Antrag nur noch auf Rückzahlung des Kaufpreises ohne Abzug der Nutzungsentschädigung lauten würde, war hingegen keine Rede. Hinzu kommt, dass im Schriftsatz vom 12.02.2021 auch noch angekündigt wird, den Rechtsstreit in Höhe der Differenz des Nutzungersatzes bis zur mündlichen Verhandlung für erledigt zu erklären. Daraus ergibt sich, dass die fehlende Nennung des Nutzungersatzes als weiterer Zug-um-Zug-Abzugsposten vom begehrten Kaufpreis lediglich ein Versehen war.

10. Der Zinsanspruch des Klägers in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ergibt sich aus §§ 286, 288, 291 BGB ab Rechtshängigkeit der Klage.

11. Dem Kläger steht auch der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten nach § 826 BGB zu. Sein Schadensersatzanspruch hat sich als begründet erwiesen.

Der Senat sieht allerdings in ständiger Rechtsprechung nur eine 1,3-Geschäftsgebühr als notwendig und damit erstattungsfähig an. Die Sache ist weder mit besonderen Schwierigkeiten versehen oder – trotz der umfangreichen Schriftsätze – besonders umfangreich. Als Gegenstandswert war aber nicht die Klageforderung, also der volle Kaufpreis, sondern die im Zeitpunkt des vorgerichtlichen Schreibens vom 12.07.2019 berechnete Forderung des Klägers, bei der der Nutzungsersatz in Abzug zu bringen gewesen wäre, anzusetzen. Die Laufleistung des klägerischen Fahrzeugs am 12.07.2019 ist nicht bekannt. Der Senat hat diese anhand des Kilometerstandes bei Klageerhebung am 28.09.2019 von 130.000 Kilometern unter Abzug des Kilometerstandes bei Kauf von 112.908 Kilometern und der danach ermittelten durchschnittlichen Fahrleistung des Klägers von 37,5 km am Tag geschätzt. Demnach hätte der Kläger am 12.07.2019 (378 nach Kauf) insgesamt 14.175 Kilometer mit dem Fahrzeug zurückgelegt. Nach der oben genannten Formel hätte sich eine berechnete Forderung von 36.784,67 € ergeben. Eine 1,3 Geschäftsgebühr nebst Telekommunikationspauschale und Mehrwertsteuer beträgt somit 1.751,80 €. Im Übrigen unterliegt der Antrag der Abweisung.

12. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs.1, 97 ZPO. Der Senat hat hierbei davon abgesehen, die Rücknahme der geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Deliktzinsen und Feststellung des Annahmeverzugs kostenmäßig zu berücksichtigen. Zwar kann sich die Abweisung von als Nebenforderung geltend gemachten Zinsen kostenmäßig auswirken, wenn diese mehr als 10 % der Hauptforderung ausmachen. Es ist dann ein fiktiver Streitwert unter Berücksichtigung der als Nebenforderung geltend gemachten Zinsen zu bilden und danach eine Kostenquote zu ermitteln (vgl. Herget in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 92 ZPO Rn.11). Vorliegend betragen die geltend gemachten Deliktzinsen aber weniger als 10 % der Hauptforderung, nämlich ca. 1.500 €. Auch der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs fällt nicht derart ins Gewicht, dass die 10%-Grenze überschritten wäre.

Der Streitwert wurde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG bestimmt.

13. Die Revision wird zugelassen, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Zwar ist die Streitfrage, ob das Inverkehrbringen eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeugs eine sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB darstellt, vom Bundesgerichtshof bezüglich eines Dieselfahrzeugs mit dem Motor EA 189 mittlerweile weitgehend geklärt. Dies gilt indessen nicht für Motoren der Beklagten des Typs EA 896 bzw. EA 897 und hier insbesondere bezüglich der Frage der Darlegungs- und Beweislast des Käufers. Entsprechende Fallgestaltungen sind beim erkennenden Senat und auch bei anderen Oberlandesgerichten in großer Zahl anhängig.

...

- Seite 27 -

Verkündet am 17.03.2021

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle