

1. Auf die Berufung der Beklagten zu 2 wird das Urteil des LG Ellwangen (Jagst) vom 29.08.2022 (Az. 5 O 219/21) bezüglich Ziff. 1 abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 - a. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an den Kläger 19.746,36 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.04.2022 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges der Marke Audi, Typ A5 Cabriolet 2.0 TDI mit der Fahrgestellnummer [REDACTED] zu zahlen.
 - b. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte zu 2.
4. Dieses Urteil und das Urteil des LG Ellwangen (Jagst) vom 29.08.2022 (Az. 5 O 219/21) sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 21.551,23 €

Gründe

I.

Von einer Darstellung tatbestandsgleicher Gründe wird gem. §§ 540 Abs. 2, 544 Abs. 2 Nr. 1, 313 a Abs.1 S. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die Berufung ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO statthaft und die gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Mindestbeschwerde ist erreicht. Die Form- und Fristvorschriften der §§ 517, 519 und 520 ZPO sind gewahrt. Die Berufung ist damit insgesamt zulässig.

III.

Die Berufung ist – abgesehen von der Anpassung des Abzugs für weiter gezogene Nutzungen nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz - unbegründet. Die Beklagte zu 2 haftet dem Grunde nach aus §§ 826, 31 BGB (1.). Sie kann sich zwar mit Erfolg auf die Einrede

der Verjährung berufen (2.), es besteht jedoch ein Anspruch auf Zahlung von 19.746,36 € Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs aus § 852 BGB (3.).

1.

a.

Das mit dem Motor EA189 ausgestattete streitgegenständliche Fahrzeug war bei seinem Inverkehrbringen durch die Beklagte zu 2 mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung („Umschaltlogik“) i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171 vom 29.06.2007) versehen. Aufgrund dieser unzulässigen Abschaltvorrichtung drohte der Widerruf der erteilten, aber lediglich formal wirksamen EG-Typgenehmigung und in der Folge die Betriebsuntersagung oder -beschränkung auf öffentlichen Straßen gem. § 5 Abs. 1 FZV (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, VI ZR 252/19, Rn. 17 ff., juris). Das Verhalten der Beklagten zu 2 – das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit dem Dieselmotor EA 189 mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung – stellt in objektiver Hinsicht eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB dar (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, VI ZR 252/19, Rn. 16 ff., juris).

Der Kaufvertragsabschluss stellt den Schaden des Klägers dar. Ersatzfähig iSd. §§ 249 ff. BGB ist deshalb der gezahlte Kaufpreis. Abziehen lassen muss sich der Kläger die gezogenen Nutzungen (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19 -, juris zu Rn. 64 ff.).

b.

Allerdings ist im Rahmen des Berufungsverfahrens – anders als in den unter Ziff. a. zitierten Urteilen des Bundesgerichtshofs – nicht die Beklagte zu 1 Volkswagen AG als Herstellerin von Motor und Fahrzeug Verfahrensbeteiligte, nachdem die Klage gegen diese rechtskräftig abgewiesen wurde und der Kläger hiergegen nicht in Berufung gegangen ist, sondern nur noch die Beklagte zu 2, die unstreitig zwar das Fahrzeug, nicht aber den Motor hergestellt hat, diesen jedoch von der Volkswagen AG bezogen hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelten für die Haftung des Fahrzeugherstellers, der nicht Motorhersteller ist, die folgenden Grundsätze:

Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzli-

chen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugherwerber in der Bewertung gleich. Ein sittenwidriges Vorgehen des betreffenden Automobilherstellers kommt dabei nicht nur dann in Betracht, wenn dieser den Motor samt „Täuschungssoftware“ selbst hergestellt und entwickelt hat, sondern bereits dann, wenn seine verfassungsmäßig berufenen Vertreter zumindest wissen, dass die von einem anderen Hersteller gebauten Motoren mit einer auf arglistige Täuschung abzielenden Prüfstandserkennungssoftware ausgestattet sind, und sie Fahrzeuge in Kenntnis dieses Umstandes mit einem solchen Motor versehen und in den Verkehr bringen (BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 965/20 -, juris Rn.10; BGH, Urteil vom 21. Dezember 2021 – VI ZR 875/20 –, juris Rn. 10). Über eine Wissenszusammenrechnung führt kein Weg zu dem für das Merkmal der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB erforderlichen moralischen Unwerturteil. So, wie sich die die Verwerflichkeit begründende bewusste Täuschung nicht dadurch konstruieren lässt, dass die im Hause der juristischen Person vorhandenen kognitiven Elemente „mosaikartig“ zusammengesetzt werden, weil eine solche Konstruktion dem personalen Charakter der Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB nicht gerecht würde, so lässt sie sich erst recht nicht mit einer Wissenszurechnung entsprechend § 166 BGB über die Grenzen rechtlich selbständiger (Konzern-)Gesellschaften hinaus begründen. Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass einer ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB persönlich verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 08. März 2021 – VI ZR 505/19 –, juris Rn. 23).

Neben der Sittenwidrigkeit ist auch der Schädigungsvorsatz festzustellen; dies setzt die Feststellung voraus, dass Personen, für deren Verhalten die Beklagte nach § 31 BGB einzustehen hat, Kenntnis vom Einsatz der Manipulationssoftware und ihrer Unzulässigkeit besaßen (BGH, Urteil vom 08. März 2021 – VI ZR 505/19 –, juris Rn. 33).

c.

Das Landgericht hat angenommen, dass auch die Beklagte zu 2 bzw. deren Organe von der eingebauten Umschaltlogik gewusst hat.

Die Beklagten zu 1 und 2 betrieben eine gemeinsame Plattformstrategie, die nur mit einem hohen Maß an Kooperation und Absprache funktioniere, was Abstimmungen über wesentliche Punkte

wie den Einbau einer Motorgerätesteuersoftware zur Optimierung der Stickoxidwerte zum Zwecke der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften auf höchster Ebene der Unternehmen erfordere, woraus auf Kenntnis des Vorstands der Beklagten zu 2 geschlossen werden könne. Außerdem gebe es enge personelle Verflechtungen: so sei der amtierende Vorstandsvorsitzende der Beklagten zugleich Vorstandsmitglied bei VW. Schließlich sei es unrealistisch anzunehmen, dass die Beklagte zu 2, die sich unstreitig selbst mit der Motorentwicklung beschäftige, sich nicht mit der konkreten Ausgestaltung des streitgegenständlichen Motors beschäftigt habe.

d.

Dies ist nicht zu beanstanden. Es bestehen keine konkreten Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen entscheidungserheblichen Feststellungen, weshalb der Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO an den vom Landgericht festgestellten Tatsachen gebunden ist. Danach war Personen, für die die Beklagte nach § 31 BGB einzustehen hat, im maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs bekannt, dass der darin verbaute Motor über die unter a. näher dargestellte Prüfstandserkennung verfügte.

aa.

Der Kläger hat vorgetragen, dass in Fahrzeugen der Beklagten bereits in den Jahren ab 2000 bei von dieser in Zusammenarbeit mit der Fa. Robert Bosch GmbH entwickelten Motoren eine illegale Softwarefunktion in Form einer „Akustikfunktion“ eingebaut worden sei, die dazu geführt habe, dass außerhalb des Prüfstands die Motoren zwar leiser gewesen seien, aber sich dafür der Abgasausstoß erhöht habe. Die Beklagte hat das Vorbringen zur Akustikfunktion nicht bestritten und dazu lediglich vorgetragen, dass von der Kenntnis einzelner Mitarbeiter „auf Arbeitsebene“ nicht darauf geschlossen werden könne, dass dies auch Vorstandsmitgliedern bekannt gewesen sei.

Weiter hat die Beklagte auch eingeräumt, selbst aktiv Diesel-Motoren, wenn auch lediglich großvolumige V6- und V8-TDI-Motoren, entwickelt zu haben, die ihrerseits teils unzulässige Abschalt-einrichtungen beinhaltet hätten, wenn auch zur Euro-6-Norm.

Nicht bestritten hat die Beklagte weiter, dass die Entscheidung über den Verbau des Motors vom Typ EA 189 in den Jahren 2005/2006 vom sog. Produkt-Strategie-Komitee der Beklagten getroffen worden seien, dem auch mindestens ein Vorstandsmitglied der Beklagten angehört hat.

Hieraus ergibt sich zwar noch keine positive Kenntnis der Beklagten davon, dass in den von der Volkswagen AG bezogenen EA-189-Motoren eine Prüfstandserkennung implementiert war. Diese unbestrittenen Umstände machen aber deutlich, dass im Bereich der Motorentwicklung der Beklagten das Bewusstsein vorhanden war, dass die geltenden Grenzwerte auf legalem Wege nicht

ohne weiteres zu erreichen waren.

bb.

Die Beklagte bestreitet zwar, dass Vorstandsmitglieder oder sonstige Repräsentanten der Beklagten bekannt gewesen sei, dass der Motor EA 189 mit einer Prüfstandserkennung versehen war. Insbesondere sei im Audi-Produkt-Strategie-Komitee zwar über den Einsatz des EA189-Motors entschieden worden, die technischen Einzelheiten des Motors seien aber nicht bekannt gewesen. Die Beklagte beruft sich darauf, dass bei einer anzunehmenden Kenntnis der Vorstandsmitglieder der Volkswagen AG trotz der bestehenden personellen Verflechtungen keine entsprechende Kenntnis bei Vorstandsmitgliedern der Beklagten bestanden haben muss. Zwar legt auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der bloße Hinweis auf diese personellen Verflechtungen den Schluss auf ein entsprechendes Vorstellungsbild bei der Beklagten nicht nahe (BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 965/20 -, juris Rn. 15). Dass aber Rupert Stadler, der von 2007 bis 2018 Vorstandsvorsitzender der Beklagten war, ab 2010 auch Mitglied des Vorstandes der Volkswagen AG war, ist ein Umstand, der zumindest ein Indiz dafür begründet, dass die im Vorstand der Volkswagen AG – wo die grundlegende Strategieentscheidung über den Einsatz des Motors getroffen worden sein muss – anzunehmende (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, BGHZ 225, 316-352, juris Rn. 34) und von der Beklagten nicht in Abrede gestellte Kenntnis von der im Motor implementierten Prüfstandserkennung auch im Vorstand der Beklagten vorhanden war.

cc.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Beklagte mit der Abgabe der Beschreibungsunterlagen und ihrem Antrag auf Erteilung einer EG-Typgenehmigung eine eigene Erklärung gegenüber der Genehmigungsbehörde abgegeben hat, was die Verpflichtung einschloss, den Motor eigenständig auf Funktionsmäßigkeit und Gesetzesmäßigkeit zu überprüfen, weil mit dem Antrag auf Erteilung einer EG-Typgenehmigung zumindest konkludent erklärt wird, dass das Fahrzeug die gesetzlichen Vorschriften einhält und insbesondere über keine unzulässige Abschaltvorrichtung verfügt. Dem Anhang I der RL 2007/46/EG Ziffer 3 lässt sich entnehmen, dass zur Antriebsmaschine eine Beschreibung des Systems zu erfolgen hat (vgl. OLG München, Urteil vom 30. November 2020 – 21 U 7307/19 –, juris-, Vorinstanz zu BGH, V ZR 257/20, juris Rn. 45). Dass die Volkswagen AG auch diese Beschreibungsunterlagen gefertigt und vorgelegt hat, wird von der Beklagten nicht vorgetragen, sondern nur, dass Mitarbeiter der Konzernmutter auch Fahrzeuge der Beklagten dem Technischen Dienst vorgestellt haben.

dd.

Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon ausgegangen werden kann, dass die Einhaltung der für den Motor EA 189 relevanten Stickoxidgrenzwerte unter Berücksichtigung des grundsätzlichen Verbots von Abschaltvorrichtungen eine Herausforderung darstellte, die jedem Kraftfahrzeughersteller, der sich - wie die Beklagte - mit der Entwicklung von Dieselmotoren befasste, bekannt war; ebenso ist davon auszugehen, dass das hieraus resultierende Spannungsverhältnis zwischen kostengünstiger Produktion und Begrenzung der Stickoxidemissionen seinerzeit allgemein bekannt war (BGH, Urteil vom 25. November 2021 – VII ZR 257/20 –, juris Rn. 32, 37).

ee.

Nachdem somit nicht nur davon auszugehen ist, dass das Spannungsverhältnis zwischen kostengünstiger Produktion und vorschriftsgemäßer Begrenzung der Stickoxidemissionen allgemein und damit auch dem Vorstand bzw. der als Repräsentanten der Beklagten in Frage kommenden Personen bekannt war, sondern auch, dass diesen Personen bekannt gewesen sein muss, dass bei der Beklagten unzulässige Abschaltvorrichtungen (Akustikfunktion; Abschaltvorrichtungen bei V6- und V8-Motoren, siehe oben) eingesetzt wurden, erscheint es auch unter Berücksichtigung der bestehenden personellen Verflechtungen unvorstellbar, dass die verantwortlichen Personen der Beklagten bei Einsatz des von der Volkswagen AG bezogenen Motors nicht hinterfragt haben, ob und wie es der Motorherstellerin gelungen sein könnte, die vorgeschriebenen Grenzwerte ohne den Einsatz unerlaubter Abschaltvorrichtungen einzuhalten. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, dass der Motor im Hinblick auf die Einhaltung der Abgasvorschriften und damit die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit den gesetzlichen Vorschriften von besonderer Bedeutung ist (vgl. OLG München, Urteil vom 30. November 2020 – 21 U 7307/19 –, juris – Rn. 60: „Kernstück“). Der Senat ist aufgrund der aufgezeigten Indizien vielmehr zur Überzeugung gelangt, dass die im Motor implementierte Prüfstandserkennung den verantwortlichen Personen der Beklagten jedenfalls im Zeitpunkt des streitgegenständlichen Fahrzeugkaufs bekannt gewesen sein muss. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte nicht etwa behauptet, sie sei von der Volkswagen AG im Zusammenhang mit dem Bezug des Motors über das Vorhandensein der unerlaubten Abschaltvorrichtung getäuscht worden; sie beschränkt sich vielmehr auf das Vorbringen, dieser Umstand sei ihren Verantwortlichen nicht bekannt gewesen.

Der Überzeugung des Senats steht nicht entgegen, dass die Beklagte Zeugenbeweis dafür angeboten hat, dass im Produkt-Strategie-Komitee, das sich aus Mitgliedern des Vorstandes und aus der Fachabteilung bestand, keine technischen Details der streitgegenständlichen Software besprochen worden seien. Geht man vom Vorbringen der Beklagten aus, dass in diesem Komitee

finanzielle und zeitliche Planungsaspekte relevant waren, aber nicht über die technische Funktionsweise und Bedienung der Steuerungssoftware und die Frage, wie der Motor, die Einhaltung der NOx-Grenzwerte erreiche, gesprochen worden sei, dann müssen diese technischen Details außerhalb dieses Gremiums geklärt worden sein.

d.

Selbst wenn die unter oben c. dargestellten Umstände nicht für eine Überzeugungsbildung ausgereicht hätten, würde die Beklagte zu 2 jedenfalls eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Frage der (Un-)Kenntnis der Personen, für die sie nach § 31 BGB einzustehen hat, von der im Motor verbaute Prüfstandserkennung treffen. Da sie dieser sekundären Darlegungslast nicht in ausreichendem Maße nachgekommen ist, wäre auch ohne Überzeugungsbildung davon auszugehen, dass die Kenntnis bei Organen / Repräsentanten der Beklagten vorhanden war.

aa.

Im Grundsatz trägt 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 (BGH, Urteil vom 08. März 2021 – VI ZR 505/19 –, juris Rn. 25 m.w.N.).

Die Beklagte zu 2 hat zwar bestritten, dass Mitglieder ihres Vorstandes und insbesondere der Vorstandsvorsitzende Rupert Stadler Kenntnis von der im Motor EA 189 verbauten Täuschungssoftware gehabt hätten.

Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu Vorgängen innerhalb ihres Unternehmens, die auf eine Kenntnis ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter von der Verwendung der unzulässigen Abschalteneinrichtung schließen lassen sollen, setzt jedenfalls voraus, dass das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen (BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 965/20 –, juris Rn. 13; Urteil vom 08. März 2021 – VI ZR 505/19 –, juris Rn. 23).

bb.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Aus den unter oben c. aufgezeigten Umständen ergeben sich auch dann, wenn diese für eine Überzeugungsbildung nicht ausgereicht hätten, jedenfalls hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Umstand, dass der von der Volkswagen AG bezogene Motor EA 189 mit einer Prüfstandserkennung versehen war, zumindest einzelnen Personen, für die die Beklagte als Organ oder Repräsentant nach § 31 BGB einzustehen hat, bekannt war. Auf die Ausführungen unter oben c., insb. ee. wird Bezug genommen.

cc.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung der Volkswagen AG für den von ihr hergestellten Motor EA 189 mit Prüfstandserkennung genügt der Fahrzeughersteller seiner sekundären Darlegungslast nicht, wenn er pauschal darauf verweist, dass nach derzeitigem Ermittlungsstand keine Erkenntnisse vorlägen, dass eines ihrer Vorstandsmitglieder im Sinne des Aktienrechts oder eine Person im Sinne des § 31 BGB in den Vorgang verwickelt gewesen sei und dabei schon offenbleibt, welche Personen dazu überhaupt bereits befragt worden sind (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 34). Der Kläger hat insbesondere vorgetragen, dass Rupert Stadler, seit 2007 Vorstandsvorsitzender der Beklagten und seit 2010 Vorstandsmitglied der Volkswagen AG, seit 2007 und jedenfalls ab 2012 Kenntnis von der unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt habe. Sie hat weiter vorgetragen, dass dies den Mitgliedern des Produkt-Strategie-Komitees bei der Entscheidung über den Einsatz des Motors in Audi-Fahrzeugen und dem Vorstand und den ihm untergeordneten Teamleitern bekannt gewesen sei. Die Beklagte hat sich darauf beschränkt, dieses Vorbringen zu bestreiten und vorzutragen, dass im Produkt-Strategie-Komitee keine Kenntnis von der Prüfstandserkennung bestanden habe und darüber nicht gesprochen worden sei. Obwohl sie die Kanzleien Gleiss Lutz und Jones Day mit internen Untersuchungen beauftragt hatte, die nach ihrem eigenen Vorbringen zwar schwerpunktmäßig die Entwicklung des V6-TDI-Motors, aber auch den hier streitgegenständlichen 2.0-TDI-Motor betroffen habe, hat sie sich darauf beschränkt, vorzutragen, dass sich aus diesen Untersuchungen „keine belastbaren Anhaltspunkte für eine Kenntnis der Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne der Beklagten [...] oder eine Kenntnis von seitens der Beklagten als potentielle Repräsentanten eingeordneten Personen“ ergeben hätten. Aus dem Vorbringen ergibt sich nicht, welche Personen mit welchem Ergebnis befragt wurden. Insbesondere ergibt sich daraus nicht, ob und mit welchem Ergebnis der namentlich von der Klägerseite benannte Vorstandsvorsitzende Stadler oder die Mitglieder des Produkt-Strategie-Komitees befragt wurden. Nachdem sich die Beklagte unter Berufung darauf, dass die Arbeit der mit den Untersuchung beauftragten Anwaltskanzleien „in Zusammenhang mit den vorgenannten Untersuchungen und Verfahren auch weiterhin dem Anwaltsgeheimnis unterliegt“ geweigert hat, diese Untersuchungen zu veröffentli-

chen, genügte der pauschale Verweis darauf, dass sich aus den Untersuchungen keine Anhaltspunkte für eine Kenntnis ergebe, nicht, um der sekundären Darlegungslast nachzukommen. Berücksichtigt man den Umstand, dass die Beklagte jedenfalls aufgrund der durchgeführten Untersuchungen weitergehende Erkenntnisse haben muss, dann entspricht dieses Vorbringen im Hinblick auf die sekundäre Darlegungslast dem Vorbringen der Volkswagen AG, dass ihr nach derzeitigem Ermittlungsstand keine entsprechenden Erkenntnisse vorlägen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 34).

e.

Damit ergibt sich zur Überzeugung des Gerichts – und jedenfalls unter Berücksichtigung der sekundären Darlegungslast der Beklagten –, dass Personen, für die die Beklagte nach § 31 BGB einzustehen hat, im maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs bekannt war, dass der darin verbaute Motor über die unter oben a. näher dargestellte Prüfstandserkennung verfügte.

f.

Diese Kenntnis begründet auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 BGB.

Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugherwerber in der Bewertung gleich (BGH, Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19 –, juris Rn. 19). Dies gilt in gleichem Maße für den Fahrzeughersteller, der in Kenntnis einer im Motor implementierten Prüfstandserkennung diesen Motor in seine Fahrzeuge einbaut und in den Verkehr bringt. Da aufgrund der obigen Ausführungen davon auszugehen ist, dass diese Kenntnis bei Mitgliedern des Vorstands oder weiteren Personen, für die die Beklagte nach § 31 BGB einzustehen hat, im maßgeblichen Zeitraum vorhanden war, ist von einer der Motorherstellerin vergleichbaren Strategieentscheidung zum Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung zur Reduzierung der Herstellungskosten auch bei der Beklagten auszugehen, weshalb die Beklagte nach §§ 826, 31 BGB haftet.

g.

Da der Senat davon ausgeht, dass der Kläger das Fahrzeug bei Kenntnis der darin verbauten unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht erworben hätte, stellt der Kaufvertragsabschluss im Grundsatz den Schaden dar mit der Folge, dass der Kläger gem. §§ 826, 31 BGB einen Anspruch darauf hat, so gestellt zu werden, als hätte sie das Fahrzeug nicht erworben (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19). Da weiter davon auszugehen ist, dass die Prüfstandserkennung bei Personen, für die die Beklagte nach § 31 BGB einzustehen hat, bekannt war, lag der für eine Haftung aus § 826 BGB erforderliche Schädigungsvorsatz bei denjenigen Personen, denen die Prüfstandserkennung bekannt war, vor (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 Rn. 60 ff.).

h.

Im Grundsatz hat der Kläger deshalb einen Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Nettokaufpreises, da der Kläger vorsteuerabzugsberechtigt ist, wovon auch das Landgericht zu Recht ausgegangen ist. Er muss sich jedoch im Wege des Vorteilsausgleichs dasjenige anrechnen lassen, was er durch die Nutzung des Fahrzeugs erlangt hat.

Grundlage für die Schätzung gemäß § 287 ZPO ist die durchschnittlich zu erwartende Gesamtlauflistung eines Fahrzeugs der vorliegenden Art. Das Landgericht hat dabei die Gesamtlauflistung auf 250.000 km geschätzt, wogegen sich die Beklagte zu 2 nicht wendet.

Maßgeblich für die Schadensberechnung ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Danach beträgt die Laufleistung des klägerischen Fahrzeugs unstreitig 124.565 km.

Auf der Grundlage dieser Laufleistung, der Gesamtlauflistung von 250.000 km und ausgehend von einem Nettokaufpreis von vom Landgericht bindend festgestellten 49.152,10 € (19 LGU) beträgt der anzurechnende Nutzungsvorteil 24.490,53 €. Der Betrag liegt, da der Kläger das Fahrzeug nach der mündlichen Verhandlung weiter genutzt hat, höher als noch vom Landgericht festgesetzt.

Der Kläger hat deshalb im Grundsatz gegen die Beklagte zu 2 aus §§ 826, 31 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 49.152,10 € Nettokaufpreis abzüglich 24.490,53 € gezogene Nutzungen = 24.661,57 € Zug um Zug gegen Rückgabe und –übereignung des erworbenen Audi A5 Cabrio.

2.

Dem Anspruch aus § 826 BGB steht jedoch gemäß § 214 BGB die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen. Die Beklagte ist daher berechtigt, die Leistung von Schadensersatz zu verweigern.

a.

Die Verjährung des Anspruchs aus § 826 BGB richtet sich ebenso wie die Verjährung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nach §§ 195, 199 BGB. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre und beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste.

Für den Beginn der Verjährung gemäß eines Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB wegen Erwerbs eines vom so genannten „Dieselskandal“ betroffenen Fahrzeugs genügt es, dass der geschädigte Fahrzeugkäufer Kenntnis vom „Dieselskandal“ im Allgemeinen, von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs und von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung hat (BGH, Urteil vom 10. Februar 2022 – VII ZR 365/21 –, juris Rn. 17).

aa.

Nach den landgerichtlichen Feststellungen hat die Beklagte den Kläger 2016 über die Betroffenheit seines Fahrzeugs vom „Dieselskandal“ informiert; das Update wurde sodann am 02.11.2016 aufgespielt (Anlage K1c LGA).

bb.

Dem Verjährungsbeginn stand auch nicht die fehlende Zumutbarkeit einer Klageerhebung zum damaligen Zeitpunkt entgegen. Denn eine Klageerhebung war bereits im Jahr 2015 zumutbar (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - VI ZR 739/20 Rn. 20 ff.; BGH, Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 294/20, juris, Rn. 6 ff., 12; BGH, Urteil vom 21.12.2021 – VI ZR 212/20, juris, Rn. 14; BGH, Urteil vom 10.02.2022 – VII ZR 679/21, juris, Rn. 36; BGH, Urteil vom 10.02.2022 – VII ZR 692/21, juris, Rn. 36).

cc.

Die Verjährung begann damit im vorliegenden Fall mit Abschluss des Jahres 2016 zu laufen und endete mit dem Schluss des Jahres 2019.

dd.

Die Beklagte hat die Verjährungseinrede nicht in unredlicher Weise erhoben (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 8/21 –, juris Rn. 48 ff.).

ee.

Bei Eingang der Klage beim Landgericht am 26.07.2021 (1 LGA) lag damit bereits Verjährung vor.

b.

Das Aufspielen des Softwareupdates stellt auch kein Anerkenntnis dar, so dass die Verjährung nicht nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB erneut begonnen hat.

Ein Neubeginn der Verjährungsfrist knüpft an ein Anerkenntnis der Beklagten an. Das Anerkenntnis ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine geschäftsähnliche Handlung, deren Rechtsfolgen unabhängig vom Willen des Schuldners eintreten. Erforderlich ist allerdings, dass sich aus dem Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger das Bewusstsein des Schuldners vom Bestehen des Anspruchs unzweideutig ergibt. Hierbei gelten die Grundsätze der §§ 133, 157 BGB, wonach auf einen objektiv-normativen Empfängerhorizont abzustellen ist, wobei auch außerhalb des Erklärungsaktes liegende Begleitumstände zu berücksichtigen sind.

Die Zurverfügungstellung des Software-Updates durch die Beklagte kann hierbei nicht als Anerkenntnis im Sinn des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB angesehen werden. Die Beklagte war zur Umsetzung der Nachrüstungsmaßnahme aufgrund der Rückrufaktion des Kraftfahrt-Bundesamts gezwungen, weil ansonsten Betriebsuntersagungen drohten. In diesem Kontext konnte ein vernünftiger Durchschnittskunde nicht davon ausgehen, dass hiermit ein Schuldanerkenntnis verbunden war, zumal die Beklagte die ihr zur Last gelegten Abgasmanipulationen weiterhin bis insbesondere in die Gerichtsverfahren hinein bestritt.

3.

Der geltend gemachte Anspruch besteht trotz Verjährung des Anspruchs aus § 826 BGB dem Grunde nach auf der Grundlage von § 852 S. 1 BGB.

a.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anspruch aus § 852 BGB kein anderer Streitgegenstand als der primär geltend gemachte und verjährte deliktische Anspruch, der dem „Restschadensersatzanspruch“ aus § 852 BGB zu Grunde liegt. Vielmehr genügt es, dass die Voraussetzungen eines deliktischen Anspruchs vorliegen, um die Prüfung des Bereicherungsanspruchs [aus § 852 BGB] zu veranlassen (BGH, Urteil vom 14. Februar 1978 – X ZR 19/76 –, BGHZ 71, 86-101 – Fahrradgepäckträger II, juris Rn. 58).

b.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anwendungsbereich des § 852 S. 1 BGB eröffnet, wenn der Käufer eines Neufahrzeugs gegen den Fahrzeughersteller aus § 826 BGB einen Anspruch auf Erstattung des aufgrund eines ungewollten Vertragsschlusses an ihn gezahlten Kaufpreises hat. Eine teleologische Reduktion der Norm auf Fälle, in denen aufgrund unklarer Sach- oder Rechtslage für den Deliktsgläubiger ein besonderes Prozesskostenrisiko besteht, ist nicht veranlasst (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 8/21 –, juris Rn. 57 ff.). Liegt dem Neuwagenkauf eines nach § 826 BGB durch den Fahrzeughersteller Geschädigten bei einem Händler die Bestellung des bereitzustellenden Fahrzeugs durch den Händler bei dem Fahrzeughersteller zugrunde und erwirbt der Fahrzeughersteller deshalb gegen den Händler einen Anspruch auf Zahlung des Händlereinkaufspreises, beruhen der schadensauslösende Vertragsschluss zwischen dem Geschädigten und dem Händler einerseits und der Erwerb des Anspruchs auf Zahlung des Händlereinkaufspreises bzw. der Erwerb des Händlereinkaufspreises durch den Fahrzeughersteller andererseits auf derselben, wenn auch mittelbaren Vermögensverschiebung. Nach Verjährung des Anspruchs aus § 826 BGB hat der Geschädigte in diesem Fall einen Anspruch auf Restschadensersatz nach § 852 Satz 1 BGB gegen den Fahrzeughersteller, weil der Fahrzeughersteller den Händlereinkaufspreis auf Kosten des Geschädigten erlangt hat (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 57/21 –, juris Rn. 14).

Der Kläger hat das streitgegenständliche Fahrzeug als Neufahrzeug aufgrund einer Bestellung bei einem Händler, der WWG Autowelt GmbH & Co. KG, erlangt (Anlage K1b), es ist daher davon auszugehen, dass dem Kauf eine Bestellung des Fahrzeugs durch den Händler bei der Beklagten zu Grunde liegt.

c.

Erlangt und herauszugeben hat die Beklagte nach § 852 Satz 1 BGB zunächst die vom Händler ihr gegenüber erbrachte Leistung, wobei die Händlermarge vom Kaufpreis in Abzug zu bringen ist, da diese die Beklagte nicht erlangt hat. Allerdings gelten für den Anspruch aus § 852 Satz 1 BGB mit Rücksicht auf seine Rechtsnatur als nach Verjährungseintritt fortbestehender Restschadensersatzanspruch die für den Schadensersatzanspruch bis zum Eintritt der Verjährung anzuwendenden Regeln. Wie der ursprünglich bestehende Schadensersatzanspruch unterliegt deshalb auch der Restschadensersatzanspruch der Vorteilsausgleichung (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 8/21, Umdruck S. 31). Zum einen ist deshalb der Wert der gezogenen Nutzungen von dem erlangten Händlereinkaufspreis in Abzug zu bringen. Zum anderen kann die Herausgabe des entsprechend verringerten Händlereinkaufspreises nur Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des erworbenen Kraftfahrzeugs begehrt werden (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 57/21 –, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 8/21 –, ju-

ris 84). Der Senat folgt inzwischen der Rechtsprechung des BGH, dass nicht nur der Schaden im Rahmen des § 826 BGB um den Nutzungsvorteil zu kürzen ist und so der Anspruch aus § 852 BGB begrenzt wird, sondern (auch) im Rahmen des § 852 BGB das von der Beklagten Erlangte um den Nutzungsvorteil zu kürzen ist, nachdem der BGH daran in einer weiteren Entscheidung festgehalten hat (BGH, Urteil vom 13. Juni 2022 – VIa ZR 680/21 –, juris Rn. 29).

aa.

Die Beklagte zu 2 als Fahrzeugherstellerin hat aufgrund einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung des Käufers eines von ihr erworbenen Neufahrzeugs den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und bei dessen Einziehung den Kaufpreis im Sinne des § 852 S. 1 BGB erlangt.

Abzuziehen ist jedoch die nicht der Beklagten zugeflossene Händlermarge, die das Landgericht mit 10 % angesetzt hat, wogegen sich die Berufung nicht wendet.

Auszugehen ist damit von einem Nettokaufpreis in Höhe von 49.152,10 € abzüglich 10 % Händlermarge; dies ergibt 44.236,89 €, die die Beklagte zu 2 erlangt hat.

bb.

Die Kosten für die Herstellung des Fahrzeugs sind ebenso wenig in Abzug zu bringen (BGH, Urteil vom 21.2.2022 – VIa ZR 57/21, juris Rn. 17) wie von der Beklagten sonst getätigte Aufwendungen etwa für die Entfernung der Steuerungssoftware oder die diesbezügliche Information der Öffentlichkeit (BGH, Urteil vom 21.2. 2022 – VIa ZR 8/21, juris Rn. 86).

cc.

Vom Erlangten abzuziehen sind aber die vom Kläger gezogenen Nutzungen. Diese liegen wie oben unter 1. h. dargelegt bei 24.490,53 €.

dd.

Im Ergebnis steht damit dem Kläger ein Anspruch in Höhe von 19.746,36 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu.

4.

Außerdem hat der Kläger Anspruch auf Verzugszinsen ab Rechtshängigkeit. Die subjektive Klageerweiterung um den Beklagten zu 2 wurde dieser am 29.04.2022 zugestellt (265 LGA), so dass ab dem 30.04.2022 Verzugszinsen zu bezahlen sind.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 ZPO. Das Obsiegen der Beklagten zu 2 ist, da das Urteil in Ziff. 1 um weniger als 10 % abgeändert wurde, als geringfügig anzusehen (vgl. zur Geringfügigkeitsgrenze von rund 10 % BGH, Urteil vom 10.04.2019 - VIII ZR 12/18, dort Rn. 56 - juris), zumal die Abänderung allein den seit der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Ellwangen (Jagst) weiter gefahrenen Kilometern und den damit höheren gezogenen Nutzungen geschuldet ist.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10 S. 1, 2, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen von § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind: Die entscheidungserheblichen Fragen insbesondere im Zusammenhang mit dem Bestehen eines Anspruchs aus § 852 S. 1 BGB im Zusammenhang mit dem Erwerb eines vom Dieselskandal betroffenen Neufahrzeugs sind durch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 21.2.2022 (Az. VIa ZR 57/21 und VIa ZR 8/21, juris) höchstrichterlich geklärt. Auch die Frage, inwieweit eine Haftung der Audi AG für einen von der VW AG hergestellten Motor EA 189 besteht, ist durch mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs geklärt (BGH, Urteile vom 25.11.2021 – VII ZR 238/20 und VII ZR 257/20; BGH, Hinweisbeschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 52/21 BGH, Urteil vom 26.04.2022 – VI ZR 965/20; BGH, Urteil vom 27.10.2022 – III ZR 211/20; BGH, Urteil vom 27.03.2023 – VIa ZR 657/21;); im Übrigen handelt es sich um eine Frage der tatrichterlichen Feststellungen, die eine Revisionszulassung nicht gebietet.


Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht


Richter
am Oberlandesgericht


Richter
am Amtsgericht