
Datum: 06.07.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 87/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0706.8U87.19.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 11 O 329/18

Tenor:

Auf die Berufungen des Klägers und der Beklagten wird unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel das am 25.03.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Münster teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 18.437,76 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.09.2018 zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw X Q, Fahrzeugidentifikationsnummer #####0####000001.

Die Beklagte wird weiterhin verurteilt, den Kläger von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten i.H.v. 1.171,67 € freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 23 % und die Beklagte zu 77 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

A.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 23.989 € Zum um Zug gegen Herausgabe des von ihm erworbenen Fahrzeugs sowie Freistellung von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten von 1.899,24 €.

Er erwarb den streitgegenständlichen gebrauchten Pkw Q # 2.0 #### mit Vertrag (verbindlicher Bestellung) vom 23.06.2015 (Anl. K 1) zum Preis von 23.989 € mit einem Kilometerstand von 8.000 km. Das Fahrzeug ist mit dem Dieselmotor EA 189 versehen, deren Motorsoftware zur Optimierung der Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren beiträgt. Gemäß Bescheid des Kraftfahrtbundesamtes vom 14.10.2015 lag eine unzulässige Abschalteinrichtung vor. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung beim Landgericht am 25.03.2019 betrug der Kilometerstand 57.877 km.

Der Kläger hat behauptet, die tatsächlichen NOx-Werte des Fahrzeugs hätten von den gesetzlichen Vorgaben und den Angaben des Herstellers im technischen Datenblatt erheblich abgewichen. Es habe von Anfang an keine EU-Typengenehmigung besessen. Die Beklagte habe hierüber bewusst getäuscht, um ihn zum Vertragsschluss zu bewegen. Die Beklagte habe unter Verschweigen der gesetzeswidrigen Softwareprogrammierung das streitgegenständliche Fahrzeug in den Verkehr gebracht. Insoweit liege eine sittenwidrige Schädigung vor. Der Einbau der unzulässigen Abschalteinrichtung sei nicht ohne Kenntnis ihres Vorstands entschieden worden. Ihm, dem Kläger, sei es bei seiner Kaufentscheidung auf die Zuordnung der Schadstoffklasse angekommen. Hätte er positive Kenntnis von der Abschalteinrichtung gehabt, hätte er das Fahrzeug nicht erworben. Ein Software-Update sei nicht geeignet, die Mängel an dem Fahrzeug zu beheben.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 23.989 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.07.2015 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückübertragung des Pkw X Q, Fahrgestellnummer #####0####000001.

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.899,24 € freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, eine unzulässige Abschalteinrichtung bzw. manipulierte Software liege nicht vor. Das Fahrzeug sei technisch sicher und in der Fahrbereitschaft nicht eingeschränkt. Es sei als Fahrzeug der Abgasnorm EU5 zu klassifizieren und könne von dem Kläger uneingeschränkt im Straßenverkehr genutzt werden. Selbst bei Vorliegen eines Mangels wäre dieser unerheblich. Ein Mangel wäre ohne negative Folgen und auch ohne negative Folgen durch das durchgeführte Software-Update behoben worden. Ein Wertverlust sei nicht eingetreten. Ein Schaden liege nicht vor. Eine Täuschung oder sonst unwahre und irreführende Handlung werde bestritten ebenso wie eine Kenntnis oder Beteiligung von

Vorstandsmitgliedern.

Das Landgericht hat der Klage teilweise unter Abweisung im Übrigen stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 19.815,95 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.12.2018 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückübertragung des Pkw X Q, Fahrgestellnummer #####0####000001. 12

Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31, 249 BGB zu. Ihr sei durch das Inverkehrbringen des manipulierten Fahrzeugs ein vorsätzliches sittenwidriges Verhalten anzulasten, das auch schadensursächlich gewesen sei. Die Beklagte habe mit der Abschalteinrichtung ein System zur planmäßigen Verschleierung ihres Vorgehens gegenüber den Abgasbehörden und den Verbrauchern geschaffen, welches sich insgesamt als sittenwidrig darstelle. Das Wissen vom Einbau der streitgegenständlichen Software sei dem seinerzeitigen Vorstand der Beklagten gemäß § 31 BGB analog zuzurechnen. Die Beklagte treffe insoweit eine sekundäre Darlegungslast, der sie nicht in ausreichendem Maße nachgekommen sei. Der Kläger habe einen Schaden erlitten. Dieser liege in seiner Belastung mit dem durch eine Täuschung veranlassten Erwerb des Fahrzeugs mit der gesetzeswidrig vorgenommenen Software-Optimierung. Der Kläger sei so zu stellen, wie er ohne Erwerb des Fahrzeuges gestanden hätte. Angesichts der eigenen sittenwidrigen Schädigung durch die Beklagte sei es unerheblich, dass diese nicht Vertragspartnerin des Klägers sei. Der Kläger müsse sich allerdings bei einer zu erwartenden und zu schätzenden Gesamtleistung von 300.000 km in Höhe von 4.082,06 € die von ihm gezogenen Nutzungen im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen. Zinsen seien geschuldet ab Rechtshängigkeit. Der Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten sei unbegründet, da eine vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit und Inrechnungstellung nicht dargetan seien. 13

Beide Parteien wehren sich hiergegen mit ihren Berufungen. Die Beklagte begehrt abändernd eine vollständige Klageabweisung. Der Kläger verlangt die Zahlung weiteren Schadensersatzes in Höhe von 4.082,05 €, Zinsleistungen ab dem Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs sowie die Freistellung von den geltend gemachten außergerichtlichen Anwaltskosten. 14

Der Kläger macht geltend, dass eine Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs nicht bestanden habe. Bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung könne vor diesem Hintergrund nicht angenommen werden, dass eine weitere Laufleistung zu erwarten gewesen wäre. Es fehle an der Eignung des Fahrzeugs für die gewöhnliche Nutzung im Straßenverkehr. Mangels Möglichkeit zur gewöhnlichen Verwendung sei das Fahrzeug wertlos gewesen. Die Beklagte werde durch die Anrechnung der Nutzungsentschädigung unbillig entlastet. Sie habe sich nämlich durch eine sittenwidrige und betrügerische Tat bereichert und würde bei einer Anrechnung einer Nutzungsentschädigung dafür auch noch belohnt. Die Beklagte habe vorsätzlich sittenwidrig gerade auch im Hinblick darauf gehandelt, dass das von ihr hergestellte und mit einer Manipulationssoftware versehene Vehikel der Abnutzung zugeführt werde. Hätte der Kläger gewusst, dass das Fahrzeug seit Herstellung manipuliert und rechtlich nicht nutzbar sei, wäre es bereits nicht zum Kaufvertragsabschluss und folglich nicht zu einer Abnutzung gekommen. Die aus der Benutzung des Fahrzeugs erfahrenen Vorteile stünden, um auf den Schaden anrechenbar zu sein, mit dem schädigenden Ereignis nicht in adäquatem Zusammenhang. Das schädigende Inverkehrbringen des gesetzeswidrigen Fahrzeuges durch den Hersteller sei vielmehr für die mit diesem gefahrenen Wegstrecken und der einhergehenden Nutzung zurechenbar kausal. Die Anrechnung entspreche nicht dem Zweck der Ersatzpflicht und führe bei wertender Betrachtung zu einer unbilligen Entlastung 15

des Schädigers. Mit der unerlaubten Handlung sei auch eine Selbstmahnung begründet, so dass auch der Zinsanspruch und die außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten begründet seien.

Der Kläger beantragt, 16

teilweise abändernd 17

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 4.082,05 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag von 23.898 € seit dem 07.07.2017 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückübertragung des Pkw X Q, Fahrgestellnummer #####0####000001. 18

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.899,24 € freizustellen; 19

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 20

Die Beklagte beantragt, 21

teilweise abändernd 22

die Klage vollständig abzuweisen; 23

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 24

Sie rügt die Verletzung von Verfahrensrecht und materiellem Recht. 25

Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht festgestellt, dass die Motorsteuerungssoftware des streitgegenständlichen Fahrzeugs gesetzeswidrig sei, weil es sich bei der in Frage stehenden Software nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 handele. Es habe weder ein Entzug der EG-Typengenehmigung noch der individuellen Straßenverkehrszulassungsordnung für das Fahrzeug des Klägers gedroht. Das Fahrzeug sei vorschriftsmäßig und stimme mit dem Inhalt der Typengenehmigung überein. 26

Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht eine Kausalität für den Fahrzeugkauf festgestellt. Es gebe keinen Erfahrungssatz, dass Neu- oder Gebrauchtwagenkäufer ein Fahrzeug mit der streitgegenständlichen Software nicht erwerben würden. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei in der vorliegenden Fallkonstellation nicht anwendbar. Diese gelte nur bei Verletzung (vor)vertraglicher Aufklärungspflichten im Bereich der Prospekthaftung. Tatsächlich habe sich der Kläger im Juni 2015 keine Gedanken über NOx-Werte oder deren Steuerung durch eine Motorsoftware im Prüfstand gemacht. 27

Eine Kenntnis der Vorstandsmitglieder von der Software habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bestanden. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast seien nicht anwendbar, da es sich für sie, die Beklagte, um eine negative Tatsache handele. Sie müsse sonst unzumutbar beweisen, dass der Vorstand keine Kenntnis gehabt habe. Selbst wenn man eine sekundäre Darlegungslast annähme, sei sie dieser durch das substantiierte Bestreiten der Kenntnis der Vorstandsmitglieder nachgekommen. Sie habe konkret vorgetragen, dass nach dem Stand der internen Ermittlungen keine Erkenntnisse darüber vorlägen, dass Vorstandsmitglieder im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses Kenntnis von der Software im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp gehabt hätten. Vor dem Ende der internen 28

Untersuchungen sei es ihr gar nicht möglich gewesen, sich abschließend zu äußern. Weitergehender Vortrag sei ihr im Rahmen der negativen Tatsache „keine Kenntnis der Vorstandsmitglieder“ nicht zumutbar. Der Kläger sei seinerseits aufgrund ihres Vortrags in der Lage gewesen, Beweis für den gebotenen Nachweis anzutreten, dass auf Seiten der Beklagten ein Vorstandsmitglied im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorsätzlich gehandelt habe. Eine sekundäre Darlegungslast erlaube jedenfalls keine Fiktion eines Schädigungsvorsatzes.

Bei zutreffender Anwendung materiellen Rechts hätte das Landgericht die Klage abweisen müssen: 29

Ihr sei keine Schädigungshandlung vorzuwerfen. Es fehle an einem täuschenden bzw. manipulativen Verhalten gegenüber dem Kläger. Es sei eine Erwartungshaltung des Klägers unterstellt worden, für die objektiv keine Anhaltspunkte bestünden. 30

Es mangle an der Kausalität zwischen der vermeintlichen Schädigungshandlung und der Kaufentscheidung des Klägers. Das Landgericht berufe sich verfahrensfehlerhaft und unter Verstoß gegen §§ 286, 292 ZPO auf eine Vermutung, indem es unterstelle, dass der Kläger von dem Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs abgesehen hätte, wenn er von der hier in Rede stehenden Software gewusst hätte. Diese Vermutung widerspreche den tatsächlichen Marktverhältnissen und werde vom Bundesgerichtshof für deliktsrechtliche Ansprüche abgelehnt. Der Kläger habe die Kausalität darlegen und wegen des Bestreitens durch sie, die Beklagte, auch beweisen müssen. Er sei insoweit aber beweisfällig geblieben. 31

Das Landgericht habe unter Verletzung materiellen Rechts die Sittenwidrigkeit des Handelns, insbesondere einen Verstoß der Beklagten gegen die Vorgabe der VO (EG) Nr. 715/2007, angenommen. Bei der Programmierung habe es sich nicht um eine nach europarechtlichen Vorgaben unzulässige Abschaltvorrichtung gehandelt, sondern um eine zulässige innermotorische Maßnahme, für die das Emissionsverhalten unter Realbedingungen mangels Einwirkens auf den normalen Straßenbetrieb irrelevant sei. Dies könne aber auch dahinstehen, denn die Verwendung einer Abschaltvorrichtung verstoße nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Es fehle am besonders verwerflichen Moment. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Schutzzweck der Typengenehmigungsvoraussetzungen, die ausschließlich öffentlichen Interessen dienen und deren Nichtvorliegen deshalb die Sittenwidrigkeit einer Handlung der Beklagten im Verhältnis zur Klagepartei nicht begründen könne. Insoweit liege keine Sittenwidrigkeit der vermeintlichen Schädigung vor. Die Typengenehmigungsvoraussetzungen bezweckten keinen individuellen Vermögensschutz, und ihrem, der Beklagten, Handeln fehle ein besonders verwerfliches Moment, das einen beachtlichen Vermögensschaden bei dem Kläger begründet habe. 32

Ein Vermögensschaden sei weder nach der Differenzhypothese noch nach einer normativen Korrektur gegeben. Diesbezüglich habe das Landgericht ihren Vortrag und (Gegen-) Beweisangebote dahingehend übergangen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug keinen Wertverlust erlitten habe, der ursächlich auf dem Einbau der beanstandeten Software beruhe. In dem Abschluss des Kaufvertrags könne kein Schaden liegen, da der Kläger das Fahrzeug für seinen subjektiven Verwendungszweck ohne Einschränkungen habe nutzen können und dies auch getan habe. Jedenfalls sei ein etwaiger Schaden durch das Software-Update entfallen. 33

Ein Schadensersatzanspruch ergebe sich auch nicht aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen (§§ 823 Abs. 2, 831 BGB, vertragliche oder vorvertragliche Haftungsgrundlagen). 34

Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung von einer Gesamtleistung des Fahrzeugs von 200.000 bis 250.000 km auszugehen.	35
Im Umfang ihres Obsiegens verteidigen die Parteien das landgerichtliche Urteil mit näheren Ausführungen.	36
B.	37
<u>I. Berufung der Beklagten</u>	38
Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. Der Kläger kann von ihr unter Berücksichtigung einer abweichenden Berechnung der Nutzungsentschädigung bezogen auf die bis zum Senatstermin gefahrenen Kilometer (nur) Zahlung i.H.v. 18.437,76 € sowie die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten i.H.v. 1.171,67 € verlangen. Die weitergehende Berufung der Beklagten ist unbegründet.	39
1. Rückzahlungsanspruch aus §§ 826, 31, 249, 251 BGB	40
Der Kläger kann von der Beklagten aus §§ 826, 31 BGB die Erstattung des Kaufpreises verlangen. Die Beklagte hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen ersatzfähigen Schaden in der genannten Höhe zugefügt, der zu dem tenorierten Zug um Zug abzuwickelnden Schadensersatzanspruch führt. Bei der Zug um Zug vorzunehmenden Leistung hat der Senat den im Klageantrag verwendeten Begriff „Rückübertragung“ sinnvoll dahin ausgelegt, dass „Übergabe und Übereignung“ gemeint sind.	41
a) Konkludente Täuschung über unzulässige Abschaltvorrichtung und dadurch kausal verursachter Irrtum des Klägers	42
aa) Die Beklagte hat den Kläger durch das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit der manipulierten Motorsteuerungssoftware konkludent getäuscht. Mit dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs gibt ein Hersteller nämlich konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz dieses Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist, d. h. insbesondere, dass das Fahrzeug über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei der Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter, konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019, 13 U 149/18, juris, Rn. 45; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019, 13 U 142/18, juris, Rn. 11; OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019, 5 U 1318/18, juris, Rn. 22). 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 Kraftfahrtbundesamtes erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für den Erhalt und die Fortdauer der EG-Typengenehmigung einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Dies bestätigt der Hersteller mit der Inverkehrgabe des Fahrzeugs zumindest konkludent. Nach der Verkündung des o. g. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) ist diese Frage jedenfalls für Fälle des Erwerbs eines Pkw mit dem Aggregat EA 189 EU vor der ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 22.09.2015 höchstrichterlich geklärt. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung kraft eigener Prüfung und Meinungsbildung vollumfänglich an.	43
bb) Da die Beklagte grundsätzlich für die in dem Inverkehrbringen des Motors zum Einbau in dem betroffenen Fahrzeug mit der Abgas-Software liegende konkludente Täuschung haftet,	44

ist es rechtlich unerheblich, dass nicht die Beklagte Vertragspartnerin des Klägers ist. Die Täuschungshandlung der Beklagten gegenüber dem Kläger liegt nämlich darin, dass das Inverkehrbringen des Motors beim Abschluss des Kaufvertrags des Klägers fortwirkt, weil dieser einen Pkw mit dem Aggregat EA 189 erworben hat, von dem er erwarten durfte, dass der Hersteller des Motors diesen in einem für die Zulassung ordnungsgemäßen Zustand hergestellt und zum Einbau in das Fahrzeug vorgesehen hatte. Stattdessen weist das Aggregat EA 189 entsprechend der Definition in Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG eine unzulässige Abschalteinrichtung auf.

cc) Der Kläger hat durch die Täuschung der Beklagten einen kausal verursachten Irrtum erlitten. Zum einen hat der Kläger im Senatstermin nachvollziehbar erklärt, er hätte das Fahrzeug, das er nicht einmal hätte anmelden dürfen, in Kenntnis einer solchen Abschalteinrichtung nicht gekauft. Zum anderen durfte der Kläger vor allem beim Kauf im sachgedanklichen Mitbewusstsein erwarten, dass das Fahrzeug im Hinblick auf seine Abgaswerte uneingeschränkt zulassungsfähig und betriebstauglich gewesen ist. Das war der Pkw mit dem Motor der Beklagten EA 189 zum Zeitpunkt des Kaufs vom 23.06.2015 wegen der unzulässigen Abgas-Software nicht. Es bestand aus den obigen Gründen das konkrete Risiko der Betriebsuntersagung. Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof in seiner jüngsten Grundsatzentscheidung ausdrücklich den Erfahrungssatz gebilligt, dass auszuschließen ist, dass ein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsbeschränkung oder Betriebsuntersagung droht und bei dem nicht abzusehen ist, ob dieses Problem behoben werden kann (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 49, 51). Ob die Software zu einem Wertverlust beim Wiederverkauf führt, ist entgegen den Berufungsangriffen der Beklagten ebenso unerheblich wie die Frage, ob es dem Kläger nach den Umständen des Einzelfalls vorrangig nicht um die Abgas-Software an sich bzw. die Abgaswerte, sondern um andere Motive gegangen ist. Allein entscheidend ist, dass die Beklagte über das Inverkehrbringen eines uneingeschränkt zulassungsfähigen Motors getäuscht hat und der Kläger den Pkw in Kenntnis der Manipulationssoftware nicht erworben hätte.

45

b) Objektive Zurechnung zur beklagten AG analog § 31 BGB

46

Das festzustellende schädigende Verhalten ist der Beklagten auch analog § 31 BGB objektiv zuzurechnen, denn der Senat muss zugrunde legen, dass ein oder mehrere der Organe der beklagten AG an der zumindest konkludenten Täuschung der Kunden – hier des Klägers – über das betroffene Fahrzeug verantwortlich beteiligt waren. Der Kläger, der keinen Einblick in die internen Entscheidungsstrukturen und etliche Jahre zurückliegenden tatsächlichen Vorgänge bei der Entwicklung der Software und Einbau in die Aggregate EA 189 im Hause der Beklagten hat, genügt seiner primären Darlegungslast mit der Behauptung, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung sicher davon auszugehen sei, dass eine Entscheidung von so großer technischer und wirtschaftlicher Reichweite im Konzern der Beklagten nicht auf der unteren oder mittleren Facharbeiter- bzw. Ingenieursebene, sondern in Kenntnis und mit Billigung zumindest des für Motorsteuerungssoftware zuständigen Vorstandsmitgliedes der Beklagten getroffen worden ist. In vergleichbarer Fallkonstellation mit vergleichbarem tatsächlichen Vortrag der Parteien hat der Bundesgerichtshof höchstrichterlich entschieden, dass hinreichende Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstands der Beklagten vorlägen und ihr eine weitergehende als mit dem stets ähnlichen Hinweis auf noch nicht abgeschlossene sehr umfassende, bisher keine Kenntnis des Vorstands ergebende interne Ermittlungen sekundäre Darlegung möglich und zumutbar sei (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 37 ff., 39). Die Berufungsangriffe der Beklagten, dass die Darlegungen des Klägers nicht ausreichen, sie – die Beklagte – keine sekundäre Darlegungslast treffe, sie jedenfalls mit ihrem o. g. Vortrag im vorliegenden Verfahren ihrer

47

sekundären Darlegungslast hinreichend nachgekommen sei und ihr weitergehende Angaben nicht möglich und zumutbar seien, greifen vor diesem Hintergrund nicht durch:

aa) Der Kläger hatte zunächst im Rahmen des ihm ohne Einblick in die Unternehmensabläufe bei der Beklagten Möglichen primär darzulegen, dass die inkriminierten Täuschungshandlungen auf Veranlassung bzw. mit Billigung der für die beklagte AG handelnden Organe, also des Vorstandsvorsitzenden bzw. des/der für die Planung und Umsetzung von Abgas-Software zuständigen Vorstandsmitgliedes/r i.S.d. AktG, erfolgt sind. Die Anforderungen an die primäre Darlegungslast des Klägers dürfen dabei nicht überspannt werden. Grundsätzlich genügt die allgemeine Behauptung des Vorliegens der Tatsache, die für das Tatbestandsmerkmal erforderlich ist. Nur wenn man allgemeine Behauptungen ausreichen lässt und von weiterer Substantiierung absieht, wird man dem Umstand gerecht, dass der Anspruchsteller in Fällen wie dem Vorliegenden jeweils außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihm entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019, 12 U 61/19, juris). Vor diesem Hintergrund genügte die Behauptung des Klägers, dass dem Vorstand der Beklagten sämtliche oben erörterten Umstände bekannt gewesen seien, konkret, dass der Vorstandsvorsitzende bzw. die oder eines der Vorstandsmitglieder der Beklagten den Einbau der Abschalteinrichtung in die betroffenen Fahrzeugtypen veranlasst bzw. gebilligt hätten, weil es bei der wirtschaftlichen und organisatorischen Reichweite der Maßnahme der Beklagten als ausgesprochen lebensfremd erschiene, dass diese nur auf der Mitarbeiterebene ersonnen und umgesetzt worden wäre. Mehr konnte und musste der Kläger nicht vortragen. Weitergehender Vortrag war ihm nämlich mangels Einblicks in die Unternehmensstruktur und die internen Entscheidungsprozesse nicht möglich und konnte nicht verlangt werden. 48

bb) Demgegenüber ist die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen. 49

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (a.a.O.) genügt das einfache Bestreiten nämlich dann nicht mehr, wenn die primär darlegungspflichtige Partei außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht und die andere Partei die wesentlichen Tatsachen kennt und die Darlegung dieser zuzumuten ist. Die primär nicht darlegungspflichtige Partei trifft dann eine sekundäre Darlegungslast (BGH, a.a.O., sowie Urteil v. 30.03.2017, I ZR 19/16, BeckRS 2017, 108569). Entgegen der Auffassung der Beklagten greifen diese Grundsätze nicht nur bei schuldrechtlichen oder dinglichen, insbesondere vertraglichen Lebenssachverhalten, sondern nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auch im deliktischen Bereich (BGH, a.a.O.). Der Kläger als geschädigter Pkw-Käufer kann nicht mehr vortragen, als dass bei lebensnaher Betrachtung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bei einer derart weitreichende Kosten und Folgen auslösenden Maßnahme eines Weltkonzerns die Handlungen nicht ohne Veranlassung und Wissen des Vorstandsvorsitzenden bzw. des oder der für die Leitung und Überwachung der Entwicklung der Abgas-Software hausintern verantwortlichen Vorstandsmitgliedes/r erfolgt sind. 50

(2) Die von der Beklagten zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Darlegungs- und Beweislast bei einer vorsätzlichen Schädigungshandlung bei der Fondsprospekt-Haftung (BGH, Urteil v. 28.06.2016, VI ZR 536/15, BeckRS 2016, 17448 = NJW 2017, S. 250) kann nach der Entscheidung vom 25.05.2020 (a.a.O.) nicht mit Erfolg für die Auffassung herangezogen werden, dass im Rahmen der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung keine sekundäre Darlegungslast greifen könne. Vorliegend geht es nicht um eine Auskunft- bzw. 51

Aufklärungspflichtverletzung, sondern um konkretes Handeln/Anweisen zum Einbau von Abschalteinrichtungs-Software in Millionen Pkw, die anschließend an Kunden wie den Kläger verkauft worden sind, also um aktive bzw. konkludente Täuschung. In diesem Zusammenhang steht nicht eine Vermutung im Raum, sondern dass im Rahmen des den Parteien jeweils subjektiv möglichen Tatsachenvortrags die Beklagte sich nach Ort, Zeit und Umständen substantiiert dazu zu erklären hat, wie die groß angelegte, in Planung und Umsetzung sehr aufwändige Maßnahme ohne verantwortliches Handeln und Wissen des Vorstandsvorsitzenden bzw. zumindest des oder der für die Leitung dieses Bereichs verantwortlichen Vorstandsmitgliedes/r erfolgt sein soll.

(3) Die Beklagte genügt an diesem Maßstab gemessen den Anforderungen der sekundären Darlegungslast nicht. Es fehlt insoweit konkretes Vorbringen zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, der Bezahlung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der oben erwähnten Motorsteuerungssoftware. Die Beklagte legt auch nicht konkret dar, dass und wie einzelne Mitarbeiter unter Ausschluss des Vorstandes die mangelhafte Software pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden ließen. Entsprechend den Feststellungen des Bundesgerichtshofs in einem gleich gelagerten Fall in seinem Grundsatzurteil von 25.05.2020 (a.a.O.) erscheint es als lebensfremd anzunehmen, dass wirtschaftlich und strukturell derart weitreichende Grundsatzentscheidungen allein auf der Mitarbeiterebene der Ingenieure und Techniker getroffen worden sei sollen. Auch wenn die internen Ermittlungen, wie von der Beklagten behauptet, zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats noch immer andauern sollten, hätte die Beklagte zumindest in der Lage sein müssen, konkrete Zwischenergebnisse mitzuteilen bzw. anhand der seinerzeit bei Vertragsschluss konkret implementierten Unternehmensstrukturen darzulegen, inwieweit es einzelnen Mitgliedern möglich gewesen sein soll, eine solche Software ohne Kenntnis des Vorstandes zu implementieren. An solchem Vortrag fehlt es indes bis zum Schluss. 52

(4) Der in der Berufungsbegründung wiederholte pauschale Vortrag der Beklagten, dass die sehr aufwändigen internen Ermittlungsarbeiten bisher keine Erkenntnisse erbracht hätten, „dass Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses“ Kenntnis von der Software im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp gehabt hätten, daher die Inauftraggabe der Entwicklung und Verwendung der Software durch die Vorstandsmitglieder bestritten werde und schließlich eine abschließende Äußerung vor dem Ende der internen Untersuchungen nicht möglich sei, reicht nach den vorstehenden Ausführungen im Rahmen der sekundären Darlegungslast nicht aus. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, inwieweit der Beklagten weiterer Tatsachenvortrag („Welcher Vorstand wusste im maßgeblichen Zeitpunkt von der Software?“) unzumutbar sein sollte. Seit dem Öffentlichwerden der „X-Dieselsabgas-Problematik“ sind mehrere Jahre vergangen, sodass es der Beklagten nach menschlichem Ermessen auch bei der unterstellten erforderlichen Auswertung eines ganz erheblichen Datenvolumens und der Befragung einer Vielzahl von Mitarbeitern bei unterstelltem Aufklärungswillen inzwischen ohne Weiteres zumindest teilweise möglich sein müsste, die internen Abläufe sekundär darzulegen. Dass sie dies nicht getan hat, spricht für die Annahme, dass die in Streit stehende strategische Grundentscheidung der Beklagten entsprechend aller Lebenswahrscheinlichkeit zuvörderst auf der Vorstandsebene als zentralem Entscheidungsorgan für eine derart weitreichende Frage angesiedelt gewesen ist. 53

Insgesamt muss der Senat nach alldem davon ausgehen, dass das inkriminierte Handeln der Mitarbeiter der Beklagten, also die konkludente Täuschung durch das Inverkehrbringen des Motor EA 189 mit der Abgas-Software für den Pkw des Klägers, mit Billigung aller oder des verantwortlichen Vorstands-Organmitglieds der Beklagten erfolgt und ihr objektiv zurechenbar 54

ist.

c) Sittenwidrigkeit

55

Die Beklagte hat auch sittenwidrig gehandelt. Auf Grundlage der rechtlichen Feststellungen des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 16 ff.), denen sich der Senat für den vorliegend zu beurteilenden vergleichbaren Fall anschließt, ist das Verhalten der Beklagten im Verhältnis zum Kläger objektiv als sittenwidrig zu qualifizieren. Die Beklagte hat auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) systematisch, langjährig und in Bezug auf den Dieselmotor der Baureihe EA189 in siebenstelligen Stückzahlen in Deutschland Fahrzeuge in Verkehr gebracht, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Damit ging einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Zudem missbrauchte die Beklagte durch ihr Vorgehen systematisch das Vertrauen potentieller Käufer in ihr Ansehen und ihre Kompetenz als einer der größten deutschen Autohersteller-Konzerne. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens der Beklagten unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen (vgl. BGH, a.a.O.).

56

Unter Abwägung aller Gesichtspunkte, maßgeblich dem Motiv der Kostensenkung und Gewinnmaximierung einerseits und der Folge der Gefährdung von erheblichen Vermögensinteressen vieler Kunden andererseits, verstößt das Vorgehen der Beklagten gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, sodass es sich um eine sittenwidrige Täuschung handelt.

57

d) Schädigungsvorsatz

58

Soweit die Beklagte darlegt, dass sie keinen Schädigungsvorsatz gehabt habe, greift dies aus den gleichen Gründen wie oben im Rahmen der objektiven Zurechnung nach § 31 BGB analog dargelegt nicht durch.

59

aa) 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. Dabei braucht der Täter nicht zu wissen, welche oder wie viele Personen durch sein Verhalten geschädigt werden; vielmehr reicht aus, dass er die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher anderer auswirken könnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen hat (BGH, Urteil vom 19.07.2004, II ZR 402/02, BGHZ 160, S. 149, 156; BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 60 ff.). 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; in einer solchen Situation ist lediglich Fahrlässigkeit gegeben. Es kann aber durchaus

60

gerechtfertigt sein, im Einzelfall aus dem Wissen einer natürlichen Person auf deren Willen zu schließen. Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist.

bb) An diesem Maßstab gemessen ist der Senat vorliegend von dem (auch) auf die Käufer der mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeuge bezogenen Schädigungsvorsatz der handelnden Personen - des vormaligen Leiters der Entwicklungsabteilung und der für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Beklagten verantwortlichen vormaligen Vorstände - überzeugt. Da diese nach den obigen Feststellungen die grundlegende und mit der bewussten Täuschung des KBA verbundene strategische Entscheidung in Bezug auf die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software jedenfalls kannten und jahrelang umsetzten, ist schon nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass ihnen als für die zentrale Aufgabe der Entwicklung und des Inverkehrbringens der Fahrzeuge zuständigem Organ oder verfassungsmäßigem Vertreter (§ 31 BGB) bewusst war, in Kenntnis des Risikos einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der betroffenen Fahrzeuge werde niemand - ohne einen erheblichen, dies berücksichtigenden Abschlag vom Kaufpreis - ein damit belastetes Fahrzeug erwerben. 61

e) Vermögensschaden 62

Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 79. Aufl., § 826 Rn. 15). Der Kläger kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn er das streitgegenständliche Fahrzeug nicht erworben hätte. 63

aa) Der Schaden liegt trotz der Möglichkeit des Aufspielens des Software-Updates in dem Erwerb eines mit der Steuerungssoftware ausgerüsteten Fahrzeugs (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, juris, Rn. 48; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019, I-13 U 149/18, juris, Rn. 49; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.09.2019, 17 U 45/19, juris, Rn. 18; OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019, 18 U 70/18, juris, Rn. 34). Der Kläger ist mit dem Kaufvertragsabschluss über den mit einem Motor mit der manipulierten Abgas-Software ausgestatteten Pkw eine ungewollte Verpflichtung eingegangen. Der Schaden ist deshalb eingetreten, weil der Vertragsschluss als unvernünftig anzusehen ist. Der Kläger hat mit dem Pkw eine Leistung erhalten, die für seine Zwecke nicht voll brauchbar war und ist (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 48). 64

(1) Zwar erfüllt das Fahrzeug seinen primären Zweck, das betriebs- und verkehrstechnisch sichere Fahren. Damit hat es den gewollten Nutzwert im engeren Sinne. Es verfügte aber über eine Einrichtung, bei deren Bekanntwerden die Typengenehmigung für das Fahrzeug nicht erteilt worden wäre. Aufgrund der Einrichtung unterlag es einer Rückrufaktion der Beklagten, zu der diese durch den bestandskräftigen Bescheid des Kraftfahrtbundesamtes verpflichtet worden ist, um die unzulässige Software zu entfernen. Ohne die Durchführung des Software-Updates drohte eine Betriebsuntersagung. Zweck des Erwerbs war aber die uneingeschränkte Teilnahme am Straßenverkehr, ohne dass durch weitere Maßnahmen eine drohende Betriebsuntersagung abzuwehren gewesen wäre. Der Nutzwert des streitgegenständlichen Pkw ist also für den Kläger von vornherein eingeschränkt gewesen. 65

(2) Dieser bereits bei Vertragsschluss eingetretene Schaden wird auch nicht durch kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche gegen den Vertragspartner, also vorliegend die N GmbH & Co. KG, kompensiert, weil solche Ansprüche zum einen einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegen und zudem nicht ausreichen, um die dargelegten Nachteile zu kompensieren. 66

bb) Der Höhe nach ist dem Kläger in tatsächlicher Hinsicht im konkreten Fall grundsätzlich ein gem. §§ 249 Abs. 2, 251 BGB ersatzfähiger Schaden im Umfang des Kaufpreises von 23.989,00 € entstanden.

f) Kein Wegfall der Haftung durch das Software-Update/Schutzzweck der Norm

68

Der Schadensersatzanspruch scheitert schließlich nicht am haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Schutzzweck der Normen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Schaden nicht nur dann gegeben, wenn sich bei dem vorzunehmenden Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, ein wirtschaftlich rechnerisches Minus ergibt. Vielmehr ist auch dann, wenn die Differenzhypothese vordergründig - wie es die Beklagte unter Hinweis auf das aufgespielte Software-Update geltend macht - nicht zu einem rechnerischen Schaden führt, die Bejahung eines Vermögensschadens auf einer anderweitigen Beurteilungsgrundlage nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Differenzhypothese muss stets einer normativen Kontrolle unterzogen werden, weil sie eine wertneutrale Rechenoperation darstellt. Dabei ist einerseits das konkrete haftungsbegründende Ereignis als Haftungsgrundlage zu berücksichtigen. Andererseits ist die darauf beruhende Vermögensminderung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände sowie der Verkehrsauffassung in die Betrachtung einzubeziehen. Erforderlich ist also eine wertende Überprüfung des anhand der Differenzhypothese gewonnenen Ergebnisses gemessen am Schutzzweck der Haftung und an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes (BGH, a.a.O., juris, Rn. 47; Urteil vom 28.10.2014, VI ZR 15/14, WM 2014, S. 2318 Rn. 17 m.w.N.). Insofern lässt das Aufspielen des Software-Updates auf den Motor des Pkw des Klägers den bereits bei Vertragsschluss eingetretenen Schaden bei normativ wertender Betrachtungsweise nicht entfallen. Die nach allgemeiner Lebenserfahrung nachvollziehbare Unsicherheit über die vollständige Beseitigung der Schadensfolgen durch das Software-Update rechtfertigt die Annahme des Fortbestehens eines kausalen Schadens in der o. g. Höhe.

69

g) Den ersatzfähigen Schaden reduzierender Nutzungersatz

70

Von dem in der Hauptsache zuzusprechenden Schadensersatz ist schließlich – auch insoweit der jüngsten Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs folgend (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 64 ff.) - ein Anspruch der Beklagten gegen den Kläger auf Nutzungersatz unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung entsprechend § 251 Abs. 1 BGB i.H.v. 5.551,24 € abzuziehen.

71

aa) Soweit sich der Kläger im Berufungsverfahren weiterhin gegen die Abzugsfähigkeit des Nutzungersatzes wehrt, kann er damit aus den Gründen der o. a. Grundsatzentscheidung keinen Erfolg haben:

72

(1) Im Ausgangspunkt kann der Senat über die Frage des dem Anspruch aus § 826 BGB entgegenstehenden Nutzungsausgleichsanspruchs selbst entscheiden, ohne diese Rechtsfrage entsprechend der Berufungsanregung des Klägers im Hinblick auf die oben geprüften Regelungen der EG-FGV gem. Art. 267 AEUV dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen zu müssen, weil der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz diese Frage in der Entscheidung vom 25.05.2020 (a.a.O.) ohne Vorlage an den Europäischen Gerichtshof selbst höchstrichterlich geklärt hat.

73

(2) In der Sache selbst folgt der Senat dem Bundesgerichtshof darin, dass das dem Schadensersatzrecht immanente Bereicherungsverbot eine Außerachtlassung der

74

gezogenen Nutzungen nicht erlaubt. Gegen einen Nutzungsersatzanspruch wird von Seiten des Klägers vorgebracht, dass bei Abzug einer Nutzungsentschädigung, die sich nach dem Brutto-Kaufpreis errechnet, der Schädiger einen Teil seines Gewinnes auf diese Weise realisieren kann. Der Kläger trägt diesbezüglich vor, dass deshalb bei Gewährung eines Vorteilsausgleichs der Geschädigte unzumutbar belastet und der Schädiger unbillig begünstigt werde. Das Bereicherungsverbot, verankert in §§ 249 Abs. 1 u. 2, 251 Abs. 1 BGB, ist indes ein anerkanntes Grundprinzip des deutschen Schadensrechts. Der Schadensersatzanspruch dient primär der Schadensbeseitigung beim Geschädigten und nicht der Bestrafung des Schädigers. Nach der gesetzlichen Systematik der §§ 826, 249 ff. BGB gilt das auch, wenn die Schädigung in besonders verwerflicher Weise auf vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung beruht. Die Schadensbeseitigung beim Geschädigten schließt entsprechend der Differenzhypothese die Anrechnung von etwaigen erlangten Vorteilen durch die Tat ein. Im Übrigen geht angesichts der Verfahrenskosten und des Rufschadens, die mit der Verurteilung der Beklagten nach § 826 BGB einhergehen, immer noch eine hinreichend präventive Wirkung von der Verurteilung aus, ohne dass es tatsächlich gleichsam noch eines Strafschadensersatzes im Sinne eines „punitive damage“ bedürfte, um steuernd präventiv auf die Beklagte einzuwirken (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019, 5 U 47/19, juris).

(3) Da der Kläger das Fahrzeug im Straßenverkehr über viele Kilometer genutzt hat, hatte er hierdurch auch entsprechende Vorteile. Seine Auffassung, das Fahrzeug sei zur gewöhnlichen Verwendung nicht geeignet und wertlos gewesen und habe im Moment des Kaufvertragsabschlusses eine Gesamtfahrleistung nicht zu erwarten gehabt, überzeugt nicht. Ohne diese Nutzung hätte er für eine andere eigene oder angemietete Fahrzeugnutzung ebenfalls erhebliche Aufwendungen gehabt. Die abstrakte Erwartung, dass das Fahrzeug zukünftig stillgelegt wird, hinderte den Kläger jedenfalls nicht an der für ihn insoweit günstigen Nutzung des Fahrzeugs. Dabei geht es auch nicht, wie mit Schriftsatz vom 24.06.2020 geltend gemacht wird, um die bloße Bemessung der Schadenshöhe, die in erster Linie Sache des Tatrichters sei, sondern vielmehr um die grundsätzliche rechtliche Beurteilung, ob – wie erkannt - ein Vorteilsausgleich anzuerkennen ist. Da es sich in diesem Zusammenhang um eine Rechtsfrage handelt, über die vom Gericht zu befinden ist, bedarf es insoweit nicht, wie vom Kläger beantragt, der Einholung eines Sachverständigengutachtens. Der Einwand, dass das Fahrzeug von niemandem in Kenntnis der Manipulation zu dem streitgegenständlichen Kaufpreis erworben worden wäre, betrifft im Übrigen den Aspekt der Schadenskausalität, rechtfertigt indes nicht die Aberkennung eines Nutzungsausgleichs. Auch der Vortrag, dass das Fahrzeug aufgrund erheblicher technischer Mängel nicht verkehrssicher und gesundheitsgefährdend sei, so dass es hätte stillgelegt werden müssen, dass der Kläger im Moment des Kaufvertragsabschlusses ein nicht zulassungsfähiges Fahrzeug erworben habe, dass es nicht marktfähig gewesen sei und dass die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB fehle, trägt insoweit nicht, zumal grundsätzlich auch gesetzlich ein Nutzungsersatz bei der Rückgabe von Sachen vorgesehen ist, was sich unter anderem aus §§ 346 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 993 BGB ergibt. Entscheidend ist, dass – ungeachtet des Werts des Fahrzeugs – die Nutzung des Pkw auch dann einen Wert für den Kläger hatte, wenn das Fahrzeug dem Risiko der Stilllegung ausgesetzt war. Dies kann der Senat aus eigener Sachkunde ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens beurteilen. Eine andere Beurteilung ergibt sich schließlich nicht daraus, dass der Kläger ausgehend von einem besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung einem Wuchergeschäft aufgesessen sei. Ein unmittelbares Vertragsverhältnis hat schon mit der Beklagten nicht bestanden. Die Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit der Abgasmanipulationen durch die Beklagte begründen wie ausgeführt den Ersatzanspruch des Klägers, führen indes nicht zur Aberkennung eines Nutzungsersatzes.

bb) Der Höhe nach ist der Abzug durch Schätzung gem. § 287 ZPO mit 5.551,24 € zu bemessen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Grundsatzentscheidung die lineare Berechnung des Nutzungsvorteils ausgehend vom Kaufpreis unter Berücksichtigung der Laufleistung ausdrücklich gebilligt (BGH, a.a.O., Rn. 80, 82). Die linear zu berechnende Höhe des Nutzungsersatzes ausgehend von dem Kaufpreis von 23.989,00 € und der aktuellen Fahrleistung von 67.571 km (75.571 km . /. Fahrleistung beim Ankauf 8.000 km) im Verhältnis zu einer zu erwartenden Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt von (300.000 km ./. 8.000 km =) 292.000 km (vgl. dazu BGH, a.a.O., juris, Rn. 80) ermittelt sich im Ergebnis wie folgt:

67.571 km x 23.989,00 € 77

= 5.551,24 € 78

292.000 km. 79

Der Kläger kann nicht mit Erfolg einwenden, der Wert des Fahrzeugs habe „0“ betragen, so dass der Kaufpreis kein taugliches Kriterium für die Berechnung sei. Der Kaufpreis bietet durchaus einen geeigneten Anhaltspunkt für die Ermittlung des Werts der vom Kläger gezogenen Nutzungen, da dieser insoweit bedeutsame Gesichtspunkte wie Fahrkomfort, Sicherheit, technische Ausstattung etc. widerspiegelt. Das Risiko der Stilllegung infolge Erlöschens der Betriebserlaubnis hat sich tatsächlich auf die Nutzung des Pkw nicht ausgewirkt. 80

Der Senat schätzt die Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs auf 300.000 km (vgl. BGH, a.a.o. Rn. 83). 81

2. Konkurrierende Hauptsacheanspruchsgrundlagen 82

Darauf, ob der klägerische Anspruch sich auch aus konkurrierenden Hauptsache-Anspruchsgrundlagen ergibt, kommt es nicht mehr entscheidungserheblich an. Sie bestünden maximal in der gleichen Höhe wie derjenige aus den §§ 826, 31 BGB. 83

3. Zinsanspruch 84

Der zugesprochene Zinsanspruch auf die Hauptforderung ab dem 24.09.2018 in gesetzlicher Höhe folgt nach Zahlungsaufforderung vom 13.09.2018 unter Fristsetzung bis zum 23.09.2018 (Anl. K 14) aus den §§ 280, 286, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. 85

II. Berufung des Klägers 86

Die Berufung des Klägers ist teilweise und nur insoweit begründet, als ein Zinsanspruch in der titulierten Höhe bereits ab dem 24.09.2018 besteht und auch Freistellung von Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.171,67 verlangt werden kann. Im Übrigen ist sie unbegründet. 87

1. Anrechnung Nutzungsentschädigung 88

Der Kläger muss sich auf seinen Ersatzanspruch der von ihm gezogenen Nutzungen, anders als auch mit der Berufung geltend gemacht, anrechnen lassen. Auf die obigen Ausführungen zu Ziff. I 1 g wird insoweit Bezug genommen. 89

2. Zinsanspruch ab dem 07.07.2015 90

91

a) Weitergehende Deliktzinsen nach § 849 BGB bereits ab dem 07.07.2015, dem Zeitpunkt der Leistungserbringung, können nicht verlangt werden.

aa) Die Beurteilung des Zinsanspruches in den einschlägigen Fällen der Schädigung mit grundsätzlich fortbestehender Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. 92

bb) Der 13. Zivilsenat im Hause hat hierzu ausgeführt, dass ein Anspruch des Klägers auf Verzinsung des von ihm geleisteten Kaufpreises gemäß § 849 BGB nicht bestehe (OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019, 13 U 149/18, juris). Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26. November 2007, II ZR 167/06, juris, Rn. 5 f.) bestehe der Normzweck des § 849 BGB darin, dass der Zinsanspruch den endgültig verbleibenden Verlust an Nutzbarkeit der Sache ausgleichen solle, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden könne. Dieser Schutzzweck sei hier nicht betroffen, da der Kläger im Austausch für den gezahlten Kaufpreis das Fahrzeug habe nutzen können. 93

(b) Das OLG Oldenburg (Urteil vom 02.10.2019, 5 U 47/19; s.a. OLG Köln Urteil vom 07.07.2019, 16 U 199/18; OLG Brandenburg Urte. v. 04.03.2020, 4 U 56/19; Urte. v. 17.03.2020, 3 U 85/19, Rn. 80 ff.) spricht demgegenüber Deliktzinsen nach § 849 BGB zu, weil der Geschädigte die Nutzung bereits durch den Nutzungsersatz „bezahle“, der vom Kaufpreis abgezogen werde, der zudem die Gewinnmarge des Verkäufers umfasse, weil die Nutzungsentschädigung gemeinhin aus dem Kaufpreis ermittelt werde. Die Nutzung dürfe dem Geschädigten nicht doppelt zu Lasten fallen. Der Geschädigte bezahle die Nutzung des Fahrzeugs ansonsten zweimal: Einmal durch Abzug des Nutzungsvorteils vom Kaufpreis und ein zweites Mal durch den Verzicht auf die eigentlich geschuldete Verzinsung des Rückzahlungsanspruchs gemäß § 849 BGB. Es sei auch kein plausibler Grund dafür ersichtlich, warum die Verzinsung nach § 849 BGB bei der deliktischen Entziehung von Buchgeld ausgerechnet davon abhängen solle, ob der Geschädigte seinerseits etwas erlangt habe. In der Sache stelle § 849 BGB einen pauschalierten Schadensersatz dar. Er bewirke, dass die nach §§ 286 Abs.1, 288 BGB geschuldete Verzinsung der geschuldeten Geldsumme vor den Zeitpunkt der Mahnung oder Rechtshängigkeit vorverlegt werde, mehr nicht. Warum diese zeitliche Vorverlegung davon abhängen solle, ob der Geschädigte eine Gegenleistung erhalten habe, leuchte nicht ein. Die Verzinsung ab Rechtshängigkeit hänge ebenfalls nicht davon ab, ob der Gläubiger seinerseits etwas erhalten habe oder nicht. Generell mache das BGB die Verpflichtung zur Verzinsung einer Geldschuld nicht davon abhängig, ob eine Gegenleistung geflossen sei. Vielmehr seien Verzinsung, Wertersatz etc. im Rückabwicklungsverhältnis grundsätzlich für jede Leistung gesondert zu bestimmen. 94

(2) Der Senat hält einen Zinsanspruch nach § 849 BGB nicht für gegeben und macht sich insoweit die überzeugende Rechtsprechung des 13. Zivilsenats im Hause (a.a.O.), OLG Karlsruhe (Urteil vom 06.11.2019, 13 U 37/19) und OLG Frankfurt (Urteil vom 27.11.2019, 17 U 290/18) zu eigen: 95

(a) Zinsen nach §§ 849, 246 BGB i.H.v. 4 % jährlich ab Zahlung des Kaufpreises kann der Kläger nicht verlangen, da er den bezahlten Kaufpreis nicht ersatzlos weggegeben hat, sondern ihm im Gegenzug Eigentum und Besitz an dem streitgegenständlichen Fahrzeug einschließlich abstrakter Nutzungsmöglichkeit eingeräumt wurden. Nach § 849 BGB kann zwar in den Fällen, in denen wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, eine Verzinsung des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangt werden, der der Bestimmung des Werts zugrunde gelegt wird. Die Norm greift auch nicht nur bei einer Sachentziehung oder -beschädigung ein, sondern auch in Fällen, in denen dem Geschädigten Geld entzogen 96

worden ist (BGH, Urteil vom 12.06.2018, KZR 56/16, juris, Rn. 45; BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007, II ZR 167/06, juris, Rn. 6; BGH, Urteil vom 24.01.2017, KZR 47/14, juris, Rn. 56 f.). § 849 BGB ist seinem Wortlaut nach auch nicht auf die Wegnahme beschränkt und verlangt zudem nicht, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen wird (BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007, II ZR 167/06, juris, Rn. 4, 5).

(b) Der Regelung des § 849 BGB kann dennoch ein allgemeiner Rechtssatz dahin, 97
deliktische Schadensersatzansprüche seien stets von ihrer Entstehung an zu verzinsen, nicht entnommen werden (BGH, Urteil vom 12.06.2018, KZR 56/16, juris, Rn. 45 m.w.N.). Der Normzweck geht vielmehr dahin, den endgültig verbleibenden Verlust an der Nutzbarkeit der weggegebenen Sache - als pauschalierten Mindestbetrag - auszugleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (BGHZ 87, S. 38, 40; BGH, NJW 2008, S. 291).

(c) Dieser Normzweck ist im hier vorliegenden Fall nicht betroffen, da zwar dem Kläger ein 98
Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises für das Fahrzeug entzogen wurde, die Entziehung aber nicht ersatzlos erfolgte, sondern dadurch kompensiert wurde, dass er im Gegenzug für die Zahlung des Kaufpreises Eigentum und Besitz des Fahrzeugs mit der abstrakten Möglichkeit, dieses jederzeit nutzen zu können, erhalten hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019, 13 U 149/18, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019, 5 U 1218/18, BeckRS 2019, 20653; einschränkend unter Abzug einer Wertminderung des Fahrzeugs: OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019, 12 U 61/19, juris Rn. 84; a. A.: OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019, 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rn. 41; diesen Gesichtspunkt nicht berücksichtigend: OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019, 27 U 14/19, juris; OLG Köln, Beschluss vom 17.07.2019, 16 U 199/18, juris). Ein etwaiger Minderwert des Fahrzeugs hat hierauf keinen Einfluss (a. A.: OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019, 12 U 61/19, juris Rn. 84). Auch war im Zeitpunkt des Kaufs die Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs nicht durch eine Stilllegung eingeschränkt.

(d) Die dem Kläger für die Weggabe des Geldes als Gegenleistung eingeräumte 99
Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs ist auch nicht etwa deshalb unerheblich, weil der Geschädigte diese Nutzung etwa bei einer Ablehnung der Verzinsung des Rückzahlungsanspruchs zweimal dadurch bezahlte, dass ihm zusätzlich Nutzungsersatz vom Kaufpreis abgezogen werde (so aber: OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019, 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rn. 41). Denn diese Argumentation berücksichtigt nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen, während die dem Kläger darüber hinaus eingeräumte weitere allgemeine Nutzungsmöglichkeit unbeachtet bleibt. Hinzu kommt, dass § 849 BGB einen pauschalierten Mindestbetrag, und zwar unabhängig von einer im Einzelfall tatsächlich gezogenen Nutzung, verfolgt und daher bereits nach Sinn und Zweck der Regelung von vornherein dann nicht eingreift, wenn der Geschädigte für die Weggabe des Geldbetrages die abstrakte Möglichkeit zur Nutzung des Fahrzeuges eingeräumt erhält. Aufgrund des bei § 849 BGB gerade an die Entziehung der Nutzbarkeit anknüpfenden Normzwecks ergibt sich auch nichts Anderes daraus, dass sonstige Verzinsungsregelungen im BGB, etwa § 290 BGB, unabhängig davon einschlägig sind, ob eine Gegenleistung geflossen ist oder dass Fragen der Verzinsung oder des Wertersatzes im Rückabwicklungsverhältnis (§ 346 BGB) grundsätzlich für jede Leistung gesondert zu bestimmen sind (so: OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019, 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rn. 41).

(e) Überdies wäre der der Kaufpreissumme entsprechende Betrag mit der Möglichkeit, 100
hieraus Nutzungen zu ziehen, nicht weiter in dem Vermögen des Klägers verblieben, wenn dieser in Kenntnis des vorliegenden Mangels den vorliegenden Kaufvertrag nicht abgeschlossen und stattdessen den Kaufpreis für ein anderes Fahrzeug aufgewandt hätte

(vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019, 5 U 1218/18, BeckRS 2019, 20653). Würde man die Regelung des § 849 BGB in diesem Fall gleichwohl anwenden, führte dies zu einer dem Schadensersatzrecht fremden Überkompensation, da der Kläger durch das Schädigungsereignis wirtschaftlich besser stünde als ohne das schädigende Ereignis. Dies widerspräche dem Schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot (vgl. dazu BGH, Urteil vom 04.04.2014, V ZR 275/12, juris, Rn. 20 m.w.N.).

b) Eine den Verzug begründende Selbstmahnung durch die Beklagte ist nicht zu konstatieren. 101

3. Freistellung von Rechtsverfolgungskosten 102

Es besteht ferner ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten aus §§ 826, 286 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB i.H.v. 1.171,67 €. 103

a) Anders als vom Landgericht angenommen war mit der Klageschrift vom 23.10.2018 S. 4 eine vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit dargetan. Der Kläger hat die Beklagte durch seine Prozessbevollmächtigten durch Schreiben vom 13.09.2018 (Anl. K 4) unter Fristsetzung zum 23.09.2018 aufgefordert, den Kaufpreis zurückzuzahlen. 104

b) Dabei handelte es sich auch unter Berücksichtigung von § 254 BGB um eine zweckentsprechende Maßnahme, zumal die Beklagte gerichtsbekannt viele Zahlungen vorgenommen, Berufungen gegen stattgebende Urteile gegen sie zurückgenommen hat und von daher nicht von vornherein eine außergerichtliche Inanspruchnahme aussichtslos war. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers sicher annehmen musste, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des vorgerichtlichen Aufforderungsschreibens in keinem Falle außerprozessual leistungsbereit sein würde. Tatsächlich hat die Beklagte im Zeitraum 2018 schon in verschiedenen anderen Fällen außergerichtliche Vergleiche mit Anspruchstellern geschlossen. Dass dies im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt der Beauftragung von vornherein aussichtslos gewesen wäre, lässt sich nicht feststellen; die Beklagte ist aber für einen etwaigen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht darlegungs- und beweisbelastet (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 254 Rn. 72). 105

b) Indes ist ein Freistellungsanspruch nicht in der geltend gemachten Höhe von 1.899,24 € berechtigt, weil bei der Anspruchsverfolgung wiederum auch nicht ein Abzug für eine bis dahin in Anspruch genommene Nutzung erfolgt ist, so dass die Kostenberechnung ausgehend von einem (vollen) Gegenstandswert von 23.898 € unzutreffend war. Bei zeitanteiliger Berechnung der Nutzungsentschädigung – Km-Leistung am 07.07.2018 8.000 Km und am 25.03.2019 57.877 km – zum Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung vom 13.09.2018 lag nur ein Gegenstandswert von bis zu 22.000 € vor. 106

c) Berechtigt ist nach Nr. 2300 VV RVG – die Klage geht von einer 2,0-Gebühr aus - nur der Ansatz einer 1,3-Geschäftsgebühr. Eine umfangreiche oder schwierige Angelegenheit und ein überdurchschnittlicher Aufwand sind unter Berücksichtigung auch der vielen geführten Parallelverfahren nicht anzunehmen. 107

1,3 Gebühr á 742 € = 964,60 € 108

+ 20 € Pauschale = 984,60 € 109

+ 19 % MWSt. i.H.v. 187,07 € 110

= 1.171,67 €. 111

III. 112

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 113

Der Senat lässt die Revision in Bezug auf den Anspruch auf Deliktzinsen aus § 849 BGB in Konstellationen wie der vorliegenden im Hinblick auf die Divergenz zu anderweitigen obergerichtlichen Entscheidungen gem. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu. Im Übrigen sind die vorliegend relevanten Streitfragen durch das Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, juris) höchstrichterlich geklärt. 114