
Datum: 21.11.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 21/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:1121.28U21.19.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 10 O 491/18

Tenor:

Auf die Berufungen der Parteien wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 19.03.2019 – 10 O 491/18 teilweise abgeändert und klarstellend wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.957,81 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 4.635,80 Euro vom 29.12.2018 bis zum 04.09.2019 und seit dem 05.09.2019 aus einem Betrag von 3.957,81 Euro Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des PKWs VW A 2.0 I mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer B zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 492,54 Euro freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen des Klägers und der Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 63 % und die Beklagte zu 37 %, die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen der Kläger zu 69 % und die Beklagte zu 31 %.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch

Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, sofern nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten Rückzahlung des Kaufpreises und Feststellung des Annahmeverzuges im Zusammenhang mit einem am 20.01.2012 von der Fa. C GmbH zu einem Gesamtkaufpreis von 12.700,00 Euro gebraucht gekauften VW A Variant 2.0 TDI 103 kW. Zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs betrug der Kilometerstand 130.833 km, am Tag der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung 238.250 km und am Tag der mündlichen Verhandlung vor dem Senat 247.281 km.

Der in dem Fahrzeug verbaute, von der Beklagten entwickelte und hergestellte 2,0-Liter-Dieselmotor vom Typ EA 189 steht in Verbindung mit einer Software, die die Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren optimiert. Das Motorsteuerungsgerät ermöglicht dabei zwei Betriebsmodi bei der Abgasrückführung, einen Stickstoff-optimierten Modus 1 mit einer relativ hohen Abgasrückführungsrate und einen Partikel-optimierten-Modus 0, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer ist. Die Software des Motorsteuerungsgerätes verfügt über eine Fahrzykluserkennung, die erkennt, ob sich das Fahrzeug im üblichen Straßenverkehr oder auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte befindet. Während des Prüfstandtests spielt die eingebaute Software beim Stickstoff-Ausstoß dann das andere Motorprogramm ab, nämlich Modus 1 anstatt Modus 0, sodass hierdurch geringere Stickoxidwerte (im Folgenden: NOx) erzielt und die gesetzlich vorgegebenen und im technischen Datenblatt aufgenommenen Abgaswerte wie auch die nach der Euro-5-Abgasnorm vorgegebenen NOx-Grenzwerte eingehalten werden. Unter realen Fahrbedingungen im Straßenverkehr wird das Fahrzeug hingegen im Abgasrückführungs-Modus 0 betrieben.

Nach Bekanntwerden des Einsatzes des in der Öffentlichkeit als Manipulationssoftware bezeichneten Motorsteuerungsprogrammes in verschiedenen Diesel-Fahrzeugen verschiedener Herstellerfirmen, unter anderem der Beklagten, legte das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) den Herstellerkonzernen im Herbst 2015 auf, die entsprechende Software aus allen Fahrzeugen zu entfernen. In der Folgezeit prüfte das KBA einen vorgelegten Maßnahmenplan und gab zeitlich gestaffelt die auf den jeweiligen Fahrzeugtyp abgestimmten Software-Updates frei. Der Kläger wurde nach Genehmigung durch das KBA über das Bereitstehen der Software-Lösung informiert und ließ die technische Maßnahme am 05.01.2017 durchführen.

Auch ohne das Software-Update war der streitgegenständliche Wagen fahrbereit und verkehrssicher. Zudem wurde die EG-Typengenehmigung nicht entzogen, wenngleich das KBA das Aufspielen der jeweiligen Software als verpflichtend ansieht.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.08.2018 (Bl. 266 ff. d.A., Anl. K20) meldete der Kläger die jetzt klageweise geltend gemachten Schadensersatzansprüche gegenüber der Beklagten

an und forderte diese unter Fristsetzung bis zum 24.08.2018 erfolglos zur Rückzahlung des Kaufpreises auf. Mit der Beklagten am 28.12.2018 zugestellter Klageschrift hat der Kläger die Beklagte aufgefordert, das streitgegenständliche Fahrzeug an seinem Wohnort abzuholen.

Im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO wegen des erstinstanzlichen Vorbringens, wegen des näheren Sach- und Streitstandes bis zur Entscheidung in erster Instanz sowie wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 8

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 1.252,23 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.01.2012 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des im Tenor bezeichneten PKW sowie zur anteiligen Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Beklagte dem Kläger durch das Inverkehrbringen von Dieselmotoren zum Zwecke des Weiterverkaufs, deren Motorsteuerungssoftware so programmiert war, dass sie den Betrieb des Fahrzeugs auf einem Prüfstand im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) erkannte und die Abgasbehandlung in den sogenannten Modus 1 versetzte, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt habe. Dies hat es im Einzelnen näher erläutert. Die Beklagte müsse die wirtschaftlichen Folgen des Kaufs dadurch ungeschehen machen, dass sie den Kaufpreis erstatte. Im Wege des Vorteilsausgleichs habe allerdings der Kläger zum einen das erworbene Fahrzeug und zum anderen auch die von ihm gezogenen Nutzungen herauszugeben. Den Differenzbetrag müsse die Beklagte auch ab dem Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs verzinsen. Der Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sei dagegen nicht begründet. 9

Dagegen wenden sich beide Parteien mit der Berufung. 10

Der Kläger hält das Urteil hinsichtlich des Haftungsgrunds für zutreffend, macht aber geltend, dass die Voraussetzungen für einen Vorteilsausgleich nicht vorlägen. Jedenfalls aber sei dieser anders zu ermitteln; so sei etwa die erwartbare Gesamtleistung höher als die durch das Landgericht angesetzten 250.000 km. Auch sei die Entscheidung des Landgerichts mit Blick auf die Ablehnung des Annahmeverzugs der Beklagten unzutreffend. 11

Der Kläger beantragt, 12

unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten 13

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 12.700 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.12.2012 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des PKWs VW A 2.0 I mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer B zu zahlen, 115
- 2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 958,19 Euro freizustellen, 116
- 3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des PKW VW A 2.0 I mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer B in Annahmeverzug befindet. 119

Die Beklagte beantragt,

unter Zurückweisung der Berufung des Klägers das am 19.09.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen, Az. 10 O 491/18, im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen. 21

Die Beklagte hält die Bejahung ihrer Haftung aus §§ 826, 31 BGB bereits dem Grunde nach für rechtsfehlerhaft und macht hierzu umfangreiche Ausführungen. Selbst wenn man diese Haftung aber annähme, bestünde zumindest kein Zinsanspruch und kein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. 22

Im Übrigen wird wegen der weiteren Einzelheiten des umfangreichen Parteivorbringens und des Sach- und Streitstands in zweiter Instanz auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 23

II. 24

Die – zulässigen – Berufungen haben teilweise Erfolg. 25

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus §§ 826, 31 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des aufgewandten Kaufpreises abzüglich Ersatzes für die erlangten Gebrauchsvorteile und Zug um Zug gegen Übereignung des von ihm erworbenen Personenkraftwagens. Denn die Beklagte hat dem Kläger, wie bereits das Landgericht zutreffend dargelegt hat, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt. Der Senat sieht sich mit Blick auf die insoweit zu beurteilenden Rechtsfragen in Übereinstimmung mit der Auffassung anderer Senate des Hauses (vgl. nur OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18; Beschluss vom 27.06.2019 – 27 U 14/19; Urteil vom 17.07.2019 – 16 U 199/18; jeweils zitiert nach juris) sowie anderer Oberlandesgerichte (vgl. etwa OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 – 5 U 1318/18; Kammergericht, Urteil vom 26.09.2019 – 4 U 51/19; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.10.2019 – 13 U 73/19; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19; a.A. indes OLG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019 – 7 U 134/17; jeweils zitiert nach juris). 26

a. Schädigungshandlung ist das Inverkehrbringen des mit der streitgegenständlichen Umschaltlogik versehenen Fahrzeugs. 27

aa. Mit der Inverkehrgabe des Fahrzeugs bringt der Hersteller jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden darf, das heißt über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typgenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen KBA erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (im Folgenden: FZV) dürfen Fahrzeuge nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind, was gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 FZV voraussetzt, dass sie einem genehmigten Typ entsprechen. Wird die EG-Typgenehmigung entzogen oder mit Nebenbestimmungen versehen, entspricht das Fahrzeug – im Fall der Nebenbestimmung: bis zur Nachrüstung - keinem genehmigten Typ mehr. Die Zulassungsbehörde kann dem Eigentümer oder Halter dann gemäß § 5 Abs. 1 FZV eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb 28

des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen.

bb. Der Käufer eines Kraftfahrzeugs kann vor diesem Hintergrund nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typgenehmigung 29

formal vorliegt, sondern auch davon, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung 30

droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei Erteilung nicht vorgelegen haben. 31

Entsprechend dieser selbstverständlichen Käufererwartung ist der Inverkehrgabe des Fahrzeugs der Erklärungswert beizumessen, dass auch die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung vorlagen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 4 f.; Beschluss vom 29.11.2018 - 18 U 70/18, BeckRS 2018, 36568 Rn. 43).

cc. Vorliegend verfügte das Fahrzeug indes entgegen dem konkludenten Erklärungswert bei Inverkehrgabe gerade nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine Umschaltlogik enthielt, die als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist, weshalb die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht gegeben waren (vgl. hierzu BGH, Hinweisbeschluss vom 08.01.2019, VIII ZR 225/17, juris Rn. 5 ff.). 32

b. Durch das Verhalten der Beklagten ist dem Kläger auch ein Schaden entstanden, der bereits im Abschluss des Kaufvertrags zu sehen ist. 33

aa. Schaden im Sinne von § 826 BGB ist nicht nur jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, sondern darüber hinaus jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, juris Rn. 41; Urteil vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14, juris Rn. 19). Letzteres ist hier gegeben. Der Schaden des Klägers als Käufer eines Kraftfahrzeugs liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, weil der konkret abgeschlossene Vertrag beziehungsweise die Eigenschaften des Kaufgegenstands nicht seinen berechtigten Erwartungen entsprachen und überdies die Leistung für seine Zwecke – Einsatz im Straßenverkehr - nicht ohne Einschränkung brauchbar war, nachdem wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung, also bei Verbleib des Fahrzeugs im Auslieferungszustand, die Stilllegung drohte. 34

bb. Dieser dem Kläger entstandene Schaden wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Kläger zwischenzeitlich das von der Beklagten zur Verfügung gestellte Software-Update hat installieren lassen, so dass das streitgegenständliche Fahrzeug wieder die in der Typgenehmigung ausgewiesene Schadstoffklasse aufweist. Entscheidend ist vielmehr, dass der Kläger durch ein haftungsbegründendes Verhalten der Beklagten zum Abschluss eines Vertrags verleitet wurde, den er ohne dieses Verhalten nicht geschlossen hätte. Dementsprechend kommt es allein auf die Umstände im Zeitpunkt des Ankaufs des Fahrzeugs durch den Kläger an. Denn § 826 BGB schützt auch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Geschädigten, ohne dass es darauf ankäme, ob sich ein Wertverlust bereits realisiert hat (vgl. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 826 Rn. 43). 35

c. Die Täuschung war auch kausal für den Kaufvertragsabschluss. 36

aa. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass der Kläger – wie er dies auch geltend gemacht hat – vom Kauf des Fahrzeugs Abstand genommen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass das Fahrzeug zwar formal über eine EG-Typgenehmigung verfügt, aber wegen Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohten. Zwar mag die Entscheidung für den Kauf eines bestimmten Kraftfahrzeugmodells von einem ganzen Motivbündel getragen sein. Vorliegend geht es aber um die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs und, soweit diese in Frage steht, um die drohende Stilllegung. Die weiteren Motive für die Wahl des konkreten Modells treten demgegenüber in den Hintergrund, weil dieser Mangel den elementaren Zweck des Autokaufs, nämlich die Fortbewegung auf öffentlichen Straßen, gefährdet. Im Hinblick auf diesen klaren Bezug zur Kaufentscheidung droht hier auch keine dem Zweck der Haftungsnorm widersprechende, uferlose Ausweitung der Haftung nach § 826 BGB (s.a. OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris-Rn. 36).

bb. Dass der Kläger das Fahrzeug nicht neu und unmittelbar von der Beklagten, sondern 38
gebraucht von einem Vertragshändler erworben hat, stellt den Kausalzusammenhang nicht in Frage. Denn durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs hat die Beklagte den Kausalverlauf bewusst unter Einschaltung ihres Vertriebssystems in Gang gesetzt. Die mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundene konkludente Täuschung über das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die EG-Typgenehmigung wirkt auch fort, weil hinsichtlich derartiger Angaben der Fahrzeughändler lediglich das durch den Hersteller vermittelte Wissen weitergibt und der Käufer insoweit auf die Herstellerangaben sowie auf die Seriosität des Herstellers vertraut. Diese Täuschung wirkt bei allen weiteren Verkäufen in der Käuferkette (jedenfalls vor Aufdeckung der Abschalteinrichtung) fort (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 29.04.2019 – 16 U 30/19, juris Rn. 6).

cc. Das Vorgehen der Beklagten, die mit einer Software wie der streitgegenständlichen 39
ausgerüsteten Motoren in den Verkehr zu bringen, war auch nicht nur unter ganz besonderen, außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Umständen geeignet, den Schaden herbeizuführen. Vielmehr war es so, dass die Motoren gerade für den Einbau in die zur Veräußerung bestimmten Fahrzeuge vorgesehen waren und das heimliche Vorgehen hinsichtlich der eingesetzten Software nur dann sinnvoll war, wenn man davon ausging, dass die zuständigen öffentlichen Stellen, Händler, Kunden und Letzterwerber nicht in Kenntnis gesetzt werden sollten. Dementsprechend war der Eintritt solcher Schäden, wie sie der Kläger erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern sogar bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sicher zu erwarten.

d. Diese Täuschungshandlung ist auch als sittenwidrig im Sinn des § 826 BGB zu 40
qualifizieren.

aa. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende 41
Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann und die das schädigende Verhalten nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als "anständig" Geltenden verwerflich machen. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich

rechtfertigen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 16).

bb. Nach diesem Maßstab ist von einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten auszugehen. 42

(1) Denn als Beweggrund für das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschaltanlage versehenen Fahrzeugs kommt allein eine angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen in Betracht. Es erscheint lebensfremd, dass die Beklagte das mit der Verwendung der Abschaltsoftware verbundene erhebliche Risiko ohne wirtschaftlichen Vorteil eingegangen wäre (ebenso OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 20). Auch die Beklagte selbst trägt keinen anderen Grund vor. 43

(2) Zwar ist allein ein Handeln mit Gewinnstreben nicht als verwerflich zu beurteilen. Im Hinblick auf das eingesetzte Mittel ist das Handeln hier aber verwerflich: Bereits das Ausmaß der (konkludenten) Täuschung rechtfertigt das besondere Unwerturteil. Wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren und zwischenzeitlich auch allgemein bekannt ist, wurde die unzulässige Abschaltanlage in einer hohen Zahl von Fahrzeugen verschiedener Marken des Konzerns verbaut, mit der Folge einer entsprechend hohen Anzahl getäuschter Käufer. 44

(3) Dieses Ergebnis ist auch nicht unter Schutzzweckgesichtspunkten zu korrigieren. Zwar ist die Haftung beschränkt auf die Schäden, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen, das heißt in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen (vgl. BGH, Urteil vom 11.11.1985 - II ZR 109/84, juris Rn. 15; Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Auflage 2017, § 826 Rn. 22). Die Haftung aus § 826 BGB knüpft indes nicht unmittelbar an den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 an, sondern folgt aus der mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundenen Täuschung über die Erfüllung der materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen. Diese Pflichtverletzung ist für den Rechtskreis des Käufers ersichtlich von Bedeutung, weil über einen die Kaufentscheidung wesentlich beeinflussenden Umstand getäuscht wird (OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.07.2019, 17 U 160/18, juris Rn. 85 ff). 45

e. Bei der Beklagten lagen auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung gemäß §§ 826, 31 BGB vor. 46

aa. In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 47

(1) Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement: Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Dabei setzt § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei dieser nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Schaden im Sinn des § 826 BGB nicht nur in der Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter liegt, sondern vielmehr jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage genügt, einschließlich der sittenwidrigen Belastung fremden Vermögens mit einem Verlustrisiko (st. Rspr., BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02, juris Rn. 38; Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, juris Rn. 47). Im Rahmen des § 826 BGB kann sich im Einzelfall aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns, insbesondere dem Grad der Leichtfertigkeit des Schädigers, die Schlussfolgerung ergeben, dass er mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Dies kann insbesondere dann 48

naheliegen, wenn der Schädiger sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des Rechtsguts durchgeführt hat und es dem Zufall überlässt, ob sich die erkannte Gefahr verwirklicht. Stets ist aber eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände erforderlich (BGH, Urteil vom 20.11.2012 - VI ZR 268/11, juris Rn. 33; Urteil vom 20.12.2011 – VI ZR 309/10, juris Rn. 11).

(2) Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02, juris Rn. 36). 49

(3) Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit lässt sich nicht dadurch begründen, dass unter Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und -zusammenrechnung auf die „im Hause“ der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse abgestellt wird. Insbesondere lässt sich eine die Sittenwidrigkeit begründende bewusste Täuschung nicht durch mosaikartiges Zusammenrechnen der bei verschiedenen Mitarbeitern der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse konstruieren. Die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente müssen vielmehr kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 13, 23, 25 f.). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ weit auszulegen: „Verfassungsmäßig berufene Vertreter“ sind danach auch Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (sogenannte Repräsentantenhaftung, st. Rspr. BGH, Urteil vom 05.03.1998 - III ZR 183/96, juris Rn. 18; Urteil vom 30.10.1967 - VII ZR 82/65, juris Rn. 11; auch in der neueren Rechtsprechung zu § 826 BGB verweist der Bundesgerichtshof ausdrücklich unter Bezugnahme auf das Urteil vom 30.10.1967 auf die weite Auslegung des Begriffs „verfassungsmäßig berufener Vertreter“, vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 541/15, juris Rn. 14; Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 13). 50

bb. Bei der Beklagten lagen die dargestellten subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB vor. Denn nach dem Sach- und Streitstand steht fest, dass der Vorstand der Beklagten, jedenfalls aber die Mitarbeiter des oberen Managements der Beklagten nicht nur über umfassende Kenntnisse von dem Einsatz der Software zur Motorsteuerung verfügten, sondern die Herstellung und das Inverkehrbringen der entsprechend ausgerüsteten Motoren in der Vorstellung veranlasst haben, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis weiter veräußert werden würden, obwohl die materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen fehlten und dies für die Käufer wesentlich war. 51

(1) Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen von §§ 826, 31 BGB grundsätzlich beim Kläger. Allerdings trifft die Beklagte vorliegend eine sekundäre Darlegungslast. Denn der Kläger, der bereits in erster Instanz vorgetragen hat, dass die Beklagte ihn vorsätzlich getäuscht habe, wobei der Vorstand der Beklagten von der 52

Manipulation gewusst und mit entsprechendem Schädigungsvorsatz gehandelt habe, steht außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs, während die Beklagte alle wesentlichen Tatsachen kennt. Dann genügt nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast ein einfaches Bestreiten des Anspruchsgegners nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (st. Rspr., u.a. BGH, Urteil vom 24.10.2014 - V ZR 45/13, juris Rn. 22; Urteil vom 03.05.2016 - II ZR 311/14, juris Rn. 18 f.; eine sekundäre Darlegungslast in den Abgas-Manipulationsfällen befürwortend: OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 - 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 28 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 25 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 79 ff.).

(2) Dieser sekundären Darlegungslast ist die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen. Insbesondere genügt das Vorbringen der Beklagten zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, der Bezahlung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung den zu stellenden Anforderungen nicht. Da die Beklagte nicht konkret darlegt, dass und wie einzelne, nicht von § 31 BGB erfasste Mitarbeiter unter Ausschluss ihres Vorstandes über einen immerhin nicht unerheblichen Zeitraum die mangelhafte Software pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden konnten und weshalb sie dies hätten tun sollen, kann sich die Beklagte hierauf nicht berufen. Die bloße Behauptung, der Vorstand im aktienrechtlichen Sinne sei nach den Ermittlungen der Beklagten weder informiert noch involviert gewesen, erschöpft sich insoweit letztlich in einem nicht ausreichenden einfachen Bestreiten der Behauptungen des Klägers. 53

(3) Demgegenüber verfängt der Einwand, die Grundsätze der sekundären Darlegungslast könnten nicht eingreifen, weil der Kläger schon nicht substantiiert vorgetragen habe, nicht. Richtig ist, dass es auf den Umfang der sekundären Darlegungslast nur ankommt, wenn der Anspruchsteller der ihn treffenden primären Darlegungslast überhaupt nachgekommen ist. Da der Kläger hier aber außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihm entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen, so dass er letztlich nur aufgrund öffentlich zugänglicher Quellen und der Äußerungen der Beklagten selbst Behauptungen in Bezug auf die streitgegenständliche Vorgänge aufstellen kann, sind insoweit bereits allgemeine Behauptungen ausreichend und eine weitere Substantiierung nicht erforderlich. Es ist anerkannt, dass im Falle der Nichterfüllung der sekundären Darlegungslast die Behauptung des primär Darlegungspflichtigen gerade trotz ihrer mangelnden Substantiierung als zugestanden gilt (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2005 – IX ZR 276/02, zitiert nach juris). 54

(4) Der Beklagten ist es auch zumutbar, dazu vorzutragen, wer, wann und weshalb den Einsatz der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung veranlasst hat. Bei der gebotenen Abwägung im Einzelfall ist das diesbezügliche Interesse der Beklagten, keine näheren Angaben zu machen, geringer zu gewichten als das Interesse des Klägers am Erhalt der entsprechenden Auskünfte. Dabei ist ausschlaggebend, dass die der Sphäre der Beklagten zuzuordnende Manipulation ein erhebliches Ausmaß hatte und die Beklagte sich deshalb veranlasst sah, die Angelegenheit intern umfassend aufklären zu lassen. Damit ist es der Beklagten aber unschwer möglich, jedenfalls näher zu den maßgeblichen Ereignissen vorzutragen, während der Kläger, ohne dass ihm dies vorzuwerfen wäre, in Unkenntnis über die internen Geschehnisse im Zusammenhang mit der Entwicklung und dem Einsatz der streitgegenständlichen Software ist. Unzweifelhaft wäre es der Beklagten zudem möglich, jedenfalls allgemein darzulegen, wie bei ihr entsprechende Entscheidungsabläufe organisiert sind. Richtig ist im Übrigen, dass die Beklagte hiermit dem Kläger unter Umständen entscheidende Informationen liefern könnte. Eine von der Beklagten befürchtete Ausforschung ist hierin aber nicht zu sehen. Zum einen hat der Kläger greifbare Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten auf der Vorstandsebene oder jedenfalls des oberen 55

Managements der Beklagten vorgetragen. Zum anderen steht ohnehin fest, dass ein konkretes, im Verantwortungsbereich der Beklagten liegendes Fehlverhalten zu einer Schädigung des Klägers geführt hat. Fraglich ist allein, welchen konkreten Personen dieses Fehlverhalten anzulasten ist. Die Beklagte verkennt zudem, dass sie nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast nicht etwa gehalten ist, dem Kläger im Sinne einer allgemeinen Aufklärungspflicht Informationen zu erteilen, die seiner Klage erst zum Erfolg verhelfen. Zur Erfüllung der sekundären Darlegungslast muss der Prozessgegner vielmehr die vom Anspruchsteller dargelegten anspruchsbegründenden Umstände qualifiziert und substantiiert bestreiten. Es hätte der Beklagten also – unter Beachtung der im Zivilprozess im Interesse einer geordneten Rechtspflege beide Parteien nach § 138 Abs. 1, Abs. 2 ZPO treffenden Pflicht, sich vollständig und der Wahrheit gemäß zu erklären – gerade nicht zwingend oblegen, im Einzelnen zu offenbaren, von welchen Mitarbeitern das inkriminierte Fehlverhalten ausging, sondern darzulegen, dass und weshalb ihr Vorstand hierüber entgegen den Vorbringen des Klägers nicht unterrichtet war.

(5) Der Annahme einer sekundären Darlegungslast der Beklagten steht schließlich nicht entgegen, dass die Beklagte eine negative Tatsache darzulegen hätte, denn es wäre der Beklagten ohne weiteres möglich, dazu vorzutragen, warum die vom Kläger vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine Beteiligung ihres Vorstandes nicht zulassen sollten (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2014 – IV ZR 90/13, zitiert nach juris). Zwar setzt die Zumutbarkeit weiteren Vortrags seitens der nicht beweisbelasteten Partei stets besondere Anknüpfungspunkte voraus. Vorliegend hat der Kläger aber – teils unter Hinweis auf allgemein zugängliche Quellen – Anhaltspunkte vorgetragen, zu denen die Beklagte sich hätte erklären können. Der Beklagten wird damit auch nichts Unmögliches abverlangt. Ausreichend, aber auch erforderlich wäre es nach dem Gesagten, sich mit den vom Kläger angeführten Indizien auseinanderzusetzen und darzulegen, warum trotz dieser Indizien keine Kenntnis ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter vorgelegen haben soll. 56

(6) Als Rechtsfolge des nicht ausreichenden Vortrags der Beklagten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast ist der Vortrag des Klägers dazu, dass der Vorstand der Beklagten Kenntnis vom Einsatz der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung und der hieraus folgenden Unwägbarkeiten bezüglich der Typengenehmigung und der Zulassung der entsprechend ausgestatteten Fahrzeuge hatte und diese gleichwohl bewusst und unter Inkaufnahme einer Schädigung einer Vielzahl von Enderwerbern in Verkehr bringen wollte, als zugestanden anzusehen. 57

(7) Die Beklagte kannte nach alledem auch die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände. Aufgrund des maßgeblichen Sach- und Streitstands ist nicht nur davon auszugehen, dass die Installation der Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerungssoftware mit Wissen und Wollen eines oder mehrerer Mitglieder des Vorstands der Beklagten bzw. eines oder mehrerer Repräsentanten im Sinne des § 31 BGB erfolgt und somit der Beklagten zuzurechnen ist, sondern auch davon, dass der Vorstand oder sonstige verfassungsmäßig berufene Vertreter in der Vorstellung handelten, dass die so ausgestatteten Motoren in Fahrzeugen der Beklagten oder der Tochterunternehmen eingebaut würden und für diese die EG-Typgenehmigung beantragt würde, obwohl die materiellen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen, und die Fahrzeuge sodann in den Verkehr gebracht werden würden. 58

f. Dem geltend gemachten Zahlungsanspruch steht in der hier zu beurteilenden Konstellation auch nicht das Gebot von Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB entgegen. Es stellt sich nicht als rechtsmissbräuchlich dar, dass der Kläger begehrt, so gestellt zu werden, als hätte er das streitgegenständliche Fahrzeug nicht erworben. 59

g. Der Kläger schuldet indes entgegen seiner Auffassung im Wege des Vorteilsausgleichs Ersatz für die erlangten Gebrauchsvorteile. 60

aa. Wenn wie hier der Geschädigte durch Täuschung eines Dritten zum Abschluss eines Vertrags veranlasst wurde, steht ihm im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrags zu, also Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, juris Rn. 41; Urteil vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14, juris Rn. 28). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist außerdem geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12.03.2009 - VII ZR 26/06, juris Rn. 16; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 78. Auflage 2019, Vor § 249 Rn. 71). Solange Ersatzanspruch und Vorteil nicht gleichartig sind, muss der Schädiger Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an. Insbesondere bedarf es anders als in den Fällen der §§ 320, 322, 348 BGB keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23.06.2015 - XI ZR 536/14, juris Rn. 23 f.). 61

bb. Danach kann der Kläger vorliegend Erstattung der für den Erwerb des Fahrzeugs verauslagten Kosten abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs an die Beklagte verlangen. Bei Berechnung der Entschädigung für die gezogenen Nutzungen ist der für jeden gefahrenen Kilometer in Abzug zu bringende Betrag in der Weise zu ermitteln, dass der vereinbarte Bruttokaufpreis durch die im Kaufzeitpunkt zu erwartende Rest- (beim Gebrauchtwagenkauf) bzw. Gesamtlauflistung (beim Neuwagenkauf) geteilt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 09.12.2014 - VIII ZR 196/14, juris Rn. 3). Der Senat schätzt die Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs analog § 287 ZPO auf 300.000 km. Dies hält sich innerhalb des üblichen Schätzungsrahmens, der inzwischen bei Personenkraftwagen zwischen 150.000 und 350.000 Kilometern liegt (vgl. beispielhaft OLG Köln, Beschluss vom 18.05.2018 – 27 U 13/17, juris Rn. 63; Beschluss vom 29.11.2018 – 18 U 70/18, juris Rn. 43; KG Berlin, Urteil vom 23.05.2013 – 8 U 58/12, zitiert nach juris; sowie die Übersicht bei Kaiser in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2012, § 346, Rdnr. 261). Nach der üblichen Formel: Bruttokaufpreis * gefahrene Kilometer / noch zu erwartende Lauflistung beläuft sich mithin die vom Kaufpreis abzuziehende Nutzungsentschädigung auf 8.742,19 Euro (= 12.700,00 * 116.448 / 169.167). 62

cc. Soweit prinzipielle Einwände gegen die Berücksichtigung der Nutzung des Fahrzeugs als Abzugsposition im Rahmen der deliktischen Haftung vorgebracht werden – etwa dahin, dass der wegen Arglist haftende Hersteller die Wertschöpfung des inkriminierten Warenabsatzes nicht doch noch im Wege der Schadensberechnung zeitweilig realisieren dürfe und so die Präventionsfunktion des Deliktsrechts verfehlt werde (vgl. Heese, NJW 2019, S. 257, 261) – vermögen diese nicht zu überzeugen. Diese Auffassung vernachlässigt, dass die deutsche Zivilrechtsordnung als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB), nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vorsieht. Die Berechnung des Vorteilsausgleichs dient allein dem Zweck, die tatsächlich dem Geschädigten zugeflossenen Nutzungsvorteile abzuschöpfen. Eine Parallele zur Frage des kaufvertraglichen Gewährleistungsanspruchs auf Nachlieferung verbietet sich dagegen. Denn in der die Nachlieferung regelnden Richtlinie 1999/44/EG ist in Art. 3 Abs. 3 ausdrücklich die 63

Unentgeltlichkeit der Nachlieferung normiert. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht es dem nationalen Gesetzgeber demgegenüber insbesondere frei, im Fall der vertraglichen Rückabwicklung dem Verbraucher die Erstattung von Nutzungsersatz aufzuerlegen (vgl. EuGH, Urteil vom 17.04.2008 - C-404/06, juris Rn. 39; BGH, Urteil vom 16.09.2009 - VIII ZR 243/08, juris Rn. 14 f.). Regelungen über die Abwicklung von Kaufverträgen oder der deliktischen Schadensersatzpflicht des Herstellers bei Verstößen lassen sich den europarechtlichen Vorschriften zur Typgenehmigung indes nicht entnehmen (vgl. ausführlich hierzu OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 110 ff.).

dd. Schließlich besteht entgegen der Auffassung der Klägers auch kein Anlass, den Nutzungsersatz im Hinblick auf einen der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen. Die Berücksichtigung des mit dem Mangel verbundenen Minderwerts mag in Betracht kommen, wenn der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich einschränkt. Vorliegend war indes allein die fortdauernde Nutzbarkeit aus Rechtsgründen nicht sichergestellt, auf den tatsächlichen Gebrauch hatte dies aber keine Auswirkungen, wie sich nicht zuletzt daran zeigt, dass der Kläger mit dem Fahrzeug viele Kilometer zurückgelegt hat. 64

2. Der Kläger hat auch einen Anspruch auf Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Insbesondere ist ihm nicht entgegen zu halten, dass er nicht sogleich den Klageweg beschritten hat, etwa weil unter allen Umständen eine Einigungsbereitschaft der Beklagten von vorneherein ausgeschlossen gewesen wäre. Wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt ist, besteht bei der Beklagten durchaus Einigungsbereitschaft. Es ist nichts Konkretes dafür ersichtlich, dass der Kläger mit einer solchen Bereitschaft der Beklagten zwingend erst im Verlauf eines Rechtsstreits rechnen durfte. 65

3. Die Beklagte befindet sich allerdings hinsichtlich der Annahme des streitgegenständlichen Fahrzeuges nicht in Verzug. Denn der Kläger hat sie zur Rückzahlung des gesamten Kaufpreises unter gänzlicher Außerachtlassung der Gebrauchsvorteile aufgefordert und damit eine deutlich zu hohe Leistung verlangt (vgl. nur BGH, Urteil vom 20.07.2005 – VIII ZR 275/04, juris Rn. 30; OLG Köln, Urteil vom 17.07.2019 – 16 U 199/18, juris Rn. 27). Die Rechtsauffassung, sich keinerlei Vorteilsausgleich anrechnen lassen zu müssen, hat der Kläger über zwei Instanzen bis zum Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufrecht erhalten. Die Beklagte musste und muss angesichts dessen schon nicht annehmen, dass der Kläger – wie sich durch sein Prozessverhalten und nicht zuletzt den gescheiterten Versuch einer vergleichweisen Erledigung des Rechtsstreits mit Hilfe des Senats im Termin zur mündlichen Verhandlung bestätigt hat – zur Übereignung des Fahrzeugs auch bei Zahlung eines um mehr als 60 % geringeren Betrages als gefordert bereit sein würde. 66

4. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat der Kläger gegen die Beklagte allerdings keinen Anspruch auf Zahlung von Zinsen aus dem von ihm für den Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeuges aufgewandten Betrag bereits seit dem 20.01.2012, sondern erst ab Rechtshängigkeit. 67

a. Ein darüber hinausgehender Zinsanspruch folgt insbesondere nicht aus § 849 BGB (vgl. ausführlich OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 134 ff.). 68

aa. 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 69

Sachentziehung oder -beschädigung ein, sondern auch in Fällen, in denen dem Geschädigten Geld entzogen wurde (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 nach 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).

bb. Der Normzweck geht aber 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, 38, 40; BGH, NJW 2008, 291). Dieser Normzweck ist im hier vorliegenden Fall nicht betroffen, da zwar dem Kläger ein Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises für das Fahrzeug entzogen wurde, die Entziehung aber nicht ersatzlos erfolgte, sondern dadurch kompensiert wurde, dass er im Gegenzug Eigentum und Besitz des Fahrzeugs mit der Möglichkeit, dieses jederzeit nutzen zu können, erhalten hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 - 13 U 149/18; OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18, BeckRS 2019, 20653; a.A.: OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 - 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rn. 41; 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 Fahrzeuges hat hierauf keinen Einfluss (a.A.: OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 - 12 U 61/19, juris Rn. 84).

cc. Überdies wäre der der Kaufpreissumme entsprechende Betrag mit der Möglichkeit, hieraus Nutzungen zu ziehen, ohnehin nicht im Vermögen des Klägers verblieben, wenn dieser in Kenntnis des streitgegenständlichen Mangels den vorliegenden Kaufvertrag nicht abgeschlossen und stattdessen den Kaufpreis für ein anderes Fahrzeug aufgewandt hätte (vgl. ähnlich OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18, BeckRS 2019, 20653). Wendete man die Verzinsungsregelung des § 849 BGB in diesem Fall gleichwohl an, führte dies zur einer dem Schadensersatzrecht fremden Überkompensation, da der Kläger dann letztendlich 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. Ein weitergehender Zinsanspruch folgt auch nicht aus § 286 BGB.

aa. Das Schreiben vom 10.08.2018 war keine geeignete Mahnung, um die Beklagte in Verzug zu setzen. Denn der Kläger hat den Abzug einer Nutzungsentschädigung nicht angeboten. Schon das Unterlassen, den für die Berechnung des eigentlich geschuldeten Schadensersatzes wesentlichen – und der Beklagten naturgemäß unbekannten – Tachostand mitzuteilen, hindert den Verzugseintritt.

bb. Die Beklagte ist auch nicht nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB ohne Mahnung in Verzug gekommen. Nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB ist eine Mahnung des Schuldners entbehrlich, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Verzugseintritt gerechtfertigt ist. Die Norm erfasst Fälle, in denen es Treu und Glauben widersprechen würde, zur Annahme der Verzugsvoraussetzungen vom Gläubiger eine Mahnung zu verlangen. Soweit der Bundesgerichtshof dies für den Fall der direkten Entziehung von Geldbeträgen etwa durch einen alleinigen Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH durch Überweisung an sich selbst (BGH, Urteil vom 13.12.2007 - IX ZR 116/06, juris Rn. 11 ff.) oder hinsichtlich der Rückforderung eines durch einen Raubüberfall erlangten Geldbetrages (BGH, Beschluss vom 14.05.2008 - 2 StR 190/08, juris)

angenommen hat, rechtfertigt sich dies daraus, dass sich der Schuldner in diesen Fällen von vornherein im Klaren sein muss, dass er den von ihm entzogenen Geldbetrag von Rechts wegen wieder zurückführen muss und ihm die Höhe des zu zahlenden Betrages im Zeitpunkt der Tat auch bekannt ist. Daran fehlt es vorliegend. Die Beklagte ist gerade nicht zur Rückgewähr eines ihr unmittelbar vom Kläger zugeflossenen Betrages verpflichtet, sondern zur Rückgängigmachung der Folgen des mit einem Dritten aufgrund einer Täuschung abgeschlossenen Vertrags.

c. Eine Verpflichtung zur Verzinsung besteht damit (erst) ab Rechtshängigkeit aus § 291 BGB. 75

aa. Ist die Pflicht zur Herausgabe einer Sache an den Schädiger lediglich Folge des im Vorteilsausgleich zum Ausdruck kommenden schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots, ist der Schadensersatzanspruch des Gläubigers in seinem Umfang zwar von vornherein beschränkt, insoweit aber fällig, durchsetzbar und daher auch nach § 291 BGB zu verzinsen (BGH, Urteil vom 21.10.2004 - III ZR 323/03, juris Rn. 6 f.; BGH, Urteil vom 25.01.2013 - V ZR 118/11, juris Rn. 11). Dem Anspruch auf Prozesszinsen steht auch nicht entgegen, dass der Kläger den Abzug von der Klageforderung für gezogene Nutzungen nicht beziffert hat. Zwar setzt § 291 BGB grundsätzlich einen bezifferten Anspruch voraus (vgl. Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 291 Rn. 8), hier ist allerdings die Maximalforderung beziffert worden und lediglich eine Abzugsposition unbeziffert geblieben. Bei einer Zuvielforderung im Klageantrag findet aber § 291 BGB auf den tatsächlich geschuldeten Betrag uneingeschränkt Anwendung. 76

bb. Für den Zeitraum bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist der Schadensersatzbetrag für die Verzinsung maßgebend, der zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht begründet war. Für den Zeitraum danach ist die weitere Nutzung des Fahrzeugs und die im Hinblick auf die Vorteilsausgleichung damit einhergehende Reduzierung der zu verzinsenden Schadensersatzforderung zu berücksichtigen. 77

III. 78

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO und die Festsetzung des Streitwertes ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO. 79

IV. 80

Gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO war die Revision zuzulassen. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. 81