
Datum: 28.05.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 89/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0528.12U89.19.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 9 O 465/18

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das Urteil des Landgerichts Aachen vom 22.08.2019 – 9 O 465/18 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an den Kläger 10.260,20 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.01.2019 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Audi A4 2.0 TDI DPF mit der Fahrzeugidentifikationsnummer A.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Kläger trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1.; die übrigen Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 54 % und die Beklagte zu 2. zu 46 %.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger und der Beklagten zu 2. bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, sofern nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen soweit es die Entscheidung in Bezug auf die Beklagte zu 2. betrifft.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagten wegen des Erwerbs eines vom sog. Abgasskandal betroffenen Gebrauchtwagens des Typs Audi A4 2.0 TDI im Februar 2012 in Anspruch. Die Beklagte zu 1. ist eine Audi-Vertragshändlerin, bei der der Kläger das Fahrzeug erwarb. Die Beklagte zu 2. ist die Herstellerin des Fahrzeugs, in welchem der Diesel-Motor EA 189 eingebaut ist.

Der Kläger bestellte das streitgegenständliche Gebrauchtfahrzeug am 07.02.2012 bei der Beklagten zu 1. zum Kaufpreis von 22.400,00 EUR brutto. Das Fahrzeug, das am 22.07.2008 erstzugelassen worden war, hatte zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eine Laufleistung von 44.896 km. Am 10.07.2012 wurde das Fahrzeug an den Kläger ausgeliefert.

Die Steuerung des Motors des streitgegenständlichen Fahrzeugs war bei Übergabe mit einer Software ausgestattet, die anhand des Fahrverhaltens erkennt, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im realen Fahrbetrieb befindet. Gleichzeitig war die Software so programmiert, dass sie zwei unterschiedliche Betriebsmodi für die Steuerung der Abgasrückführung aufwies: Im Modus 1, der nur beim Durchfahren des neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auf dem Prüfstand aktiv war, kam es zu einer höheren Abgasrückführung und damit zu einem geringeren Ausstoß von Stickoxiden als im Modus 0, mit dem das Fahrzeug im normalen Straßenverkehr betrieben wurde. Über die Existenz dieser – von der Beklagten zu 2. als „Umschaltlogik“ bezeichneten und vom Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) als unzulässige Abschalteneinrichtung qualifizierten – Software informierten die Beklagten im Vorfeld weder den Kläger noch die zuständigen Genehmigungsbehörden.

Nach Bekanntwerden des Softwareeinsatzes im September 2015 gab das KBA am 15.10.2015 der Beklagten zu 2. auf, Maßnahmen zu entwickeln und zu ergreifen, um die betroffenen Dieselfahrzeuge in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen. Die Beklagte zu 2. entwickelte daraufhin ein Software-Update, welches am 02.08.2017 auf das streitgegenständliche Fahrzeug aufgespielt wurde.

Der Kilometerstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht (25.06.2019) ist nicht bekannt. Rund einen Monat zuvor am 20.05.2019 betrug er 175.559 km und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat (06.02.2020) 183.151 km.

Die Klageschrift wurde der Beklagten zu 1. am 22.01.2019 und der Beklagten zu 2. am 23.01.2019 zugestellt.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 22.08.2019 (Bl. 152 ff. GA), auf das wegen der Einzelheiten der Feststellungen zum erstinstanzlichen Parteivortrag, der in erster Instanz gestellten Anträge und der Entscheidungsgründe Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), die Klage abgewiesen und dies im Wesentlichen damit begründet, vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte zu 1. seien jedenfalls verjährt. Für deliktsrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte zu 1. fehle es an Vortrag des Klägers. Vertragliche Ansprüche gegenüber der Beklagten zu 2. bestünden nicht, da sie nicht selbst Vertragspartei sei und auch nicht in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen habe. Auch deliktische Ansprüche wegen – einzig in Betracht kommender – unterlassener Aufklärung schieden aus, da es an der erforderlichen Garantenstellung der Beklagten zu 2. fehle. Es fehle auch an

einem stoffgleichen Vermögensvorteil. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bestehe nicht, weil die EG-FGV nicht dem Schutz des Vermögens von Fahrzeugkäufern diene. Schließlich ergebe sich ein Anspruch auch nicht aus den §§ 826, 31 BGB, weil die Beklagte zu 2. dem Kläger nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen kausal zurechenbaren Schaden zugefügt habe. Vom Schutzzweck des § 826 BGB gedeckte Schäden seien nicht ersichtlich. Es habe keine Aufklärungspflicht von Repräsentanten der Beklagten gegenüber dem Kläger gegeben, da weder mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung noch nachträglich hinsichtlich der Software-Updates erhebliche wertbildende Umstände beim Kaufvertragsschluss betroffen seien.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er seine in erster Instanz geltend gemachten Anträge in vollem Umfang weiter verfolgt. Das Landgericht habe verkannt, dass vorliegend gemäß den §§ 438 Abs. 3, 195 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren gelte. Die Beklagten hätten ihm zudem in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt. Die Beklagten hätten mit dem Inverkehrbringen des manipulierten Motors stillschweigend erklärt, dass dieser den gesetzlichen Vorgaben genügt, was tatsächlich nicht der Fall gewesen sei. Das Gewinnstreben um den Preis der bewussten Täuschung von Verbrauchern und Behörden sei als verwerflich anzusehen. Wegen aller Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 25.10.2019 (Bl. 179 ff. GA) verwiesen. 10

Der Kläger beantragt, 11

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 22.08.2019 im Rechtsstreit 9 O 465/18 12

1. 13

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 22.400 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 15.07.2012 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des PKW Audi A 4, 2.0, TDI DPF, FIN: A; 14

2. 15

festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Verzug befinden. 16

Die Beklagten beantragen, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Sie verteidigen das Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Sitzungsprotokoll vom 06.02.2020 (Bl. 295ff. GA) Bezug genommen. 20

II. 21

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache teilweise Erfolg. 22

1. 23

Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegen die Beklagte zu 1. ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 22.400,00 EUR Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs zu.	24
a) Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass einem etwaigen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1. aus den §§ 280, 437 Nr. 3, 434, 433 BGB jedenfalls der von der Beklagten zu 1. erhobene Einwand der Verjährung entgegensteht.	25
Die zweijährige Verjährungsfrist gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB begann nach Abs. 2 der Vorschrift mit der Ablieferung des Fahrzeugs am 10.07.2012 und war bei Klageerhebung am 22.01.2019 lange abgelaufen. Die Voraussetzungen einer Verjährungshemmung oder eines Neubeginns der Verjährung sind weder dargetan noch sonst ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Berufung ist vorliegend nicht die regelmäßige, kenntnisabhängige Verjährungsfrist gemäß §§ 438 Abs. 3 S. 1 BGB, 195, 199 BGB einschlägig. Dies setzte voraus, dass die Beklagte zu 1. einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Ein eigenes arglistiges Verschweigen durch die Beklagte zu 1. hat der Kläger – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat (LGU S. 4) – in erster Instanz selbst nicht behauptet. Soweit der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz vorbringt, der Beklagten zu 1. sei als Vertragshändlerin zum Zeitpunkt des Kaufvertrages die betreffend das in Rede stehende Fahrzeug bestehende technische und rechtliche Problematik im Einzelnen bekannt gewesen (BB S. 11, Bl. 189 GA), ist er mit diesem Vortrag gemäß § 531 ZPO ausgeschlossen. Es handelt sich um neuen Vortrag, dem die Beklagte zu 1. im Rahmen ihrer Berufungserwiderung ausdrücklich entgegen getreten ist. Sie habe von den Umständen rund um die Entwicklung und Verwendung der Umschaltlogik selbst erst durch die mediale Berichterstattung erfahren (BE S. 5, Bl. 222 GA). Gründe für die Zulassung des neuen Vortrags des Klägers sind weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Für ein etwaiges arglistiges Verhalten und Verschweigen der Beklagten zu 2. als Fahrzeug	26
herstellerin hat die Beklagte zu 1. als Verkäuferin und Vertragshändlerin jedenfalls nicht einzustehen. Der Hersteller ist nicht Erfüllungsgehilfe des selbständigen Vertragshändlers (§ 278 BGB) und muss sich auch keine Kenntnis des Herstellers nach § 166 BGB zurechnen lassen (OLG Köln, Urteil vom 06.06.2019 – 24 U 5/19, zitiert nach juris Rn. 31mwN; Beschluss vom 14.06.2018 – 5 U 82/17, zitiert nach juris Rn. 10 mwN; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.05.2017 – 22 U 52/17, zitiert nach juris Rn. 12, 15 mwN).	27
b) Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1. scheidet aus den zutreffenden und nicht ergänzungsbedürftigen Gründen der angefochtenen Entscheidung aus (LGU S. 4).	28
c) Gleiches gilt für etwaige deliktische Ansprüche, insbesondere einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1. aus § 826 BGB. Mit seinem erstmals in der Berufungsinstanz erfolgten Vortrag zur angeblichen Kenntnis der Beklagten zu 1. von der „technische?n? und rechtliche?n? Problematik“ ist der Kläger – wie schon ausgeführt – gemäß § 531 ZPO ausgeschlossen, so dass es jedenfalls an den subjektiven Voraussetzungen einer deliktischen Haftung der Beklagten zu 1. fehlt.	29
2.	30
Der Kläger hat jedoch gegen die Beklagte zu 2. einen Anspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Schadensersatz in Höhe des von ihm gezahlten Brutto-Kaufpreises (22.400,00 EUR) abzüglich einer angemessenen Nutzungsentschädigung für erlangte Gebrauchsvorteile (12.139,80 EUR), also in Höhe von 10.260,20 EUR, Zug um Zug gegen Übergabe und	31

Übereignung des erworbenen Fahrzeugs.

Die Beklagte zu 2. hat dem Kläger 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. 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; Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, jeweils zitiert nach juris) sowie anderer Oberlandesgerichte (vgl. etwa OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 – 5 U 1318/18; OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2020 – 13 U 40/18; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.09.2019 – 10 U 11/119; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.09.2019 – 17 U 45/19; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.10.2019 – 13 U 73/19; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19; OLG Schleswig, Urteil vom 31.01.2020 – 17 U 95/19; OLG München, Urteil vom 15.01.2020 – 20 U 3219/18; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, jeweils zitiert nach juris; aA: OLG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019 – 7 U 134/17, zitiert nach juris).

32

a) Als maßgebliche Schädigungshandlung ist das Inverkehrbringen des Fahrzeugs durch die Beklagte zu 2., in das sie den mit einer Manipulationssoftware ausgerüsteten Motors EA 189 eingebaut hat, anzusehen.

33

aa) Mit dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs bringt der Hersteller jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden darf, mithin 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 Satz 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (im Folgenden: FZV) dürfen Fahrzeuge nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind, was gemäß § 3 Abs. 1 Satz 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 des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen.

34

bb) Vor diesem Hintergrund kann der Käufer eines Kraftfahrzeugs nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typgenehmigung formal vorliegt, sondern auch davon, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei Erteilung nicht vorgelegen haben. Entsprechend dieser selbstverständlichen Käufererwartung ist dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs der jedenfalls konkludente Erklärungswert beizumessen, dass auch die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung vorliegen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 – 27 U 10/18, zitiert nach juris Rn. 4 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, zitiert nach juris Rn. 23 ff.; OLG München, Urteil vom 15.01.2020 – 20 U 3219/18, zitiert nach juris Rn. 23 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2020 – 13 U 40/18, zitiert nach juris Rn. 56).

35

cc) Tatsächlich verfügte der in das streitgegenständliche Fahrzeug eingebaute Motor indes – entgegen der von der Beklagten zu 2. mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs konkludent zum Ausdruck gebrachten Erklärung – über Eigenschaften, die eine dauerhafte

36

Betriebserlaubnis des Fahrzeuges gefährdeten. Die im Fahrzeug installierte Motorsteuerungssoftware enthielt eine Umschaltlogik, die als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von 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, zitiert nach juris Rn. 5 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2020 – 13 U 40/18, zitiert nach juris Rn. 59 mwN; OLG München, Urteil vom 15.01.2020 – 20 U 3219/18, zitiert nach juris Rn. 26).

b) Durch das Verhalten der Beklagten zu 2. ist dem Kläger auch ein Schaden entstanden. Dieser ist im Abschluss des Kaufvertrages über das streitgegenständliche Fahrzeug zu sehen (vgl. OLG Köln, Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 45 mwN). 37

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, zitiert nach juris Rn. 41; Urteil vom 28.10.2014 – VI ZR 15/14, zitiert nach juris Rn. 19). 38

Vor diesem Hintergrund ist der Schaden des Klägers hier in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit zu sehen, weil der konkret abgeschlossene Kaufvertrag wegen eines Mangels der Kaufsache (vgl. hierzu BGH, Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 – VII ZR 225/17, zitiert nach juris Rn. 4 ff.) nicht seinen berechtigten Erwartungen als Käufer entsprach. Denn wegen der manipulativ wirkenden Motorsteuerungssoftware bestand von Anfang an die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die Zulassungsbehörde (BGH, aaO, Rn. 5), so dass der Kaufgegenstand für den vom Kläger bezweckten Einsatz im Straßenverkehr von vornherein nicht ohne Einschränkungen brauchbar war. 39

bb) Der dem Kläger entstandene Schaden ist auch nicht durch das Aufspielen des Software-Updates nachträglich entfallen. Denn maßgeblicher Zeitpunkt für die Entstehung des Schadens ist – wie vorstehend aufgezeigt – der Abschluss des Kaufvertrages (so auch OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2020 – 13 U 40/18, zitiert nach juris Rn. 63; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.11.2019 – 17 U 146/19, zitiert nach juris Rn. 43 und Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, zitiert nach juris Rn. 32), welcher durch das Aufspielen des Updates gerade nicht beseitigt oder rückgängig gemacht wurde (so auch OLG Koblenz, Urteil vom 25.10.2019 – 3 U 819/19, zitiert nach juris Rn. 84; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 – 5 U 47/19, zitiert nach juris Rn. 35). Dem Deliktsrecht ist im Übrigen eine Nacherfüllungsmöglichkeit – wie sie das Kaufrecht vorsieht – fremd, so dass der Beklagten zu 2. die Privilegien einer vertraglichen Haftung nicht zugutekommen (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 – 5 U 47/19, zitiert nach juris Rn. 38; OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 – 5 U 1218/18, zitiert nach juris Rn. 108). Hinzu kommt, dass der Kläger das Software-Update nicht etwa aus Gründen der Schadensbeseitigung hat durchführen lassen, sondern weil das Fahrzeug von den vom KBA angeordneten Maßnahmen betroffen war und andernfalls eine Betriebsuntersagung gedroht hätte. Von daher stellt das Aufspielenlassen des Updates auch weder eine Annahme dieser Leistung anstelle der geschuldeten Rückabwicklung des Vertrages durch den Kläger an Erfüllung statt dar (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13.02.2020 – 18 U 147/19, zitiert nach juris Rn. 23 und Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 52) noch kann es als ein Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen angesehen werden (vgl. OLG Köln, Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 52; KG, Urteil vom 26.09.2019 – 4 U 51/19, zitiert nach juris Rn. 48; OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 – 5 U 1318/18, zitiert nach juris Rn. 98). 40

c) Die Schädigungshandlung der Beklagten zu 2. war auch kausal für den Kaufvertragsabschluss und damit für den dem Kläger entstandenen Schaden.

aa) Die Beklagte zu 2. hat den Schaden des Klägers im Sinne einer „conditio sine qua non“ verursacht. Denn hätte sie die mit der manipulativ wirkenden Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Dieselmotoren vom Typ EA 189 nicht in ihre Fahrzeuge eingebaut und selbige nicht in den Verkehr gebracht, hätte der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug mit dem in Rede stehenden Motor nicht erwerben können (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18, zitiert nach juris Rn. 41 und Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 54). 42

bb) Es entspricht der Lebenserfahrung, dass der Kläger – wie von ihm im Übrigen auch ausdrücklich geltend gemacht (Bl. 182 GA) – 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 Abschaltvorrichtung 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 dessen drohende Stilllegung. Vor diesem Hintergrund treten daher weitere Motive für die Wahl des konkreten Modells in den Hintergrund. Denn der in Rede stehende Mangel gefährdet den elementaren Zweck des Autokaufs, nämlich die Fortbewegung auf öffentlichen Straßen. Im Hinblick auf diesen klaren Bezug zur Kaufentscheidung droht hier auch keine dem Zweck der Haftungsnorm widersprechende, uferlose Ausweitung der Haftung nach § 826 BGB (so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, zitiert nach juris Rn. 38; OLG Köln, Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 59). 43

cc) Dass der Kläger das Fahrzeug nicht unmittelbar von der Beklagten zu 2. erworben hat, stellt den Kausalzusammenhang zwischen konkludenter Täuschung und Fahrzeugerwerb nicht in Frage. Denn durch die Herstellung und das Inverkehrbringen des mit dem Motor EA 189 ausgestatteten 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. Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2. ist keine abweichende Betrachtungsweise im Hinblick darauf geboten, dass es sich vorliegend um einen Gebrauchtwagenkauf handelte. Denn die Täuschungshandlung der Beklagten zu 2., nämlich das Inverkehrbringen des Fahrzeugs, in das ein mit einer Manipulationssoftware ausgestatteter Motor eingebaut wurde, wirkt sich auch auf Erwerber eines Gebrauchtfahrzeugs wie den Kläger aus. Auch Gebrauchtwagenkäufer gehen davon aus, dass das jeweils erworbene Fahrzeug die technischen und rechtlichen Voraussetzungen der Zulassung – nach wie vor – erfüllt und dass die erforderlichen Erlaubnisse und Genehmigungen nicht durch eine Täuschung erwirkt worden sind (so auch OLG Köln, Urteil vom 06.03.2020 – 19 U 155/19, zitiert nach juris Rn. 20). Auch die Beklagte zu 2. war sich bewusst, dass die Fahrzeuge nach dem Erstverkauf regelmäßig als Gebrauchtwagen weiterverkauft werden, zumal ihr die Langlebigkeit und Wertbeständigkeit der von ihr hergestellten Kraftfahrzeuge bzw. Motoren bekannt ist (wie vor). Die Täuschung der Beklagten zu 2. wirkt daher bei allen weiteren Verkäufen in der Käuferkette – jedenfalls in 44

Fällen wie dem vorliegenden, in dem der Kaufvertrag vor Aufdeckung der Manipulationssoftware geschlossen wurde – fort (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 29.04.2019 – 16 U 30/19, zitiert nach juris Rn. 6 und OLG Köln, Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 61 ff.; KG, Urteil vom 26.09.2019 – 4 U 51/19, zitiert nach juris Rn. 64 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 – 5 U 1318/18, zitiert nach juris Rn. 44).

dd) Das Vorgehen der Beklagten zu 2., Fahrzeuge, in die mit der streitgegenständlichen Software ausgerüstete Motoren eingebaut wurden, in den Verkehr zu bringen, war schließlich auch nicht nur unter ganz besonderen, außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Umständen geeignet, den Schaden herbeizuführen (vgl. zum sog. Adäquanzprinzip BGH, Urteil vom 07.03.2001 – X ZR 160/99, zitiert nach juris Rn. 16 sowie Palandt-Grüneberg, BGB, 79. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 26 mwN). 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 eines solchen Schadens, wie ihn der Kläger erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern sogar bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sicher zu erwarten (so auch OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18, zitiert nach juris Rn 42; Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 60).

45

d) Die Beklagte zu 2. handelte sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB.

46

aa) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der 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., vgl. nur BGH, Urteile vom 28.06.2016 – VI ZR 536/15, zitiert nach juris Rn. 16 und vom 19.11.2013 – VI ZR 336/12, zitiert nach juris Rn. 9), wobei sich die Verwerflichkeit auch aus einer bewussten Täuschung ergeben kann (BGH, Urteil vom 28.06.2016 – VI ZR 536/15, zitiert nach juris Rn. 16 mwN).

47

bb) Nach diesem Maßstab ist ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2. vorliegend zu bejahen.

48

(1) Als Beweggrund der Beklagten zu 2. für das Inverkehrbringen der mit der Manipulationssoftware versehenen Motoren bzw. Fahrzeuge kommt allein die Erzielung höherer Gewinne durch Einsparung von Kosten in Betracht, denn es erscheint lebensfremd, dass die Beklagte zu 2. das mit der Verwendung der Manipulationssoftware verbundene erhebliche Risiko ohne wirtschaftlichen Vorteil eingegangen wäre (ebenso OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 – 27 U 10/18, zitiert nach juris Rn. 20; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.09.2019 – 10 U 11/19, zitiert nach juris Rn. 56 mwN; OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2020 – 13 U 40/18, zitiert nach juris Rn. 70). Ein anderer Grund wird von der Beklagten zu 2. im Übrigen auch weder selbst dargetan noch ist er sonst ersichtlich.

49

- (2)** Zwar ist allein ein Handeln aus Gewinnstreben für sich genommen noch nicht als verwerflich anzusehen. Im Hinblick auf das von ihr eingesetzte Mittel – namentlich die über Jahre hinweg erfolgte systematische Täuschung von Behörden und Käufern – ist das Handeln der Beklagten zu 2. hier aber sehr wohl als verwerflich zu beurteilen, auch und gerade in Bezug auf das damit verbundene Ausmaß der Täuschung. Denn wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren und zwischenzeitlich auch allgemein bekannt ist, wurde die Manipulationssoftware serienmäßig in einer großen Anzahl von Fahrzeugen der Beklagten zu 2. – wie auch in andere Marken des VW-Konzerns – verbaut, mit der Folge einer entsprechend hohen Anzahl getäuschter Käufer.
- (3)** Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Braunschweig (Urteil vom 19.02.2019 – 51 7 U 194/17, zitiert nach juris Rn. 186 ff.) und des Oberlandesgerichts München (Beschluss vom 09.05.2019 – 32 U 1304/19, zitiert nach juris Rn. 9) ist dieses Ergebnis auch nicht unter Schutzzweckgesichtspunkten zu korrigieren (wie hier: OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2020 – 13 U 40/18, zitiert nach juris Rn.83 mwN). Denn die Haftung aus § 826 BGB knüpft hier nicht unmittelbar an den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 an, sondern folgt aus der mit dem Inverkehrbringen des Motors verbundenen Täuschung über die Erfüllung der materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen und damit über die Zulässigkeit einer Nutzung eines mit dem Motor ausgestatteten Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr. Diese Pflichtverletzung fällt sehr wohl unter den Schutzzweck der Norm, denn ein Käufer soll nicht durch eine sittenwidrige Täuschung über eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache zum Abschluss eines Kaufvertrages veranlasst werden können, ohne dass eine Haftung gemäß § 826 BGB eingriffe (vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 – 13 U 142/18, zitiert nach juris Rn. 41).
- e)** Die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten zu 2. gemäß den §§ 826, 31 BGB liegen ebenfalls vor. 52
- aa)** In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 53
- (1)** Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und ein 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 Sinne 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., vgl. nur BGH, Urteil vom 13.09.2004 – II ZR 276/02, zitiert nach juris Rn. 38 und Urteil vom 19.07.2004 – II ZR 402/02, zitiert nach 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 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, zitiert nach juris Rn. 33 und Urteil vom 20.12.2011 – VI ZR 309/10, zitiert nach juris Rn. 11). 54

- (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, zitiert nach juris Rn. 36). 55
- bb)** 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. 56
- (1)** Dabei lässt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht bereits 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, zitiert nach juris Rn. 13, 23, 25 f.). 57
- (2)** Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ weit auszulegen (vgl. nur BGH, Urteil vom 28.06.2016 – VI ZR 541/15, zitiert nach juris Rn. 14; Urteil vom 28.06.2016 – VI ZR 536/15, zitiert nach juris Rn. 13; Urteil vom 30.10.1967 – VII ZR 82/65, zitiert nach juris Rn. 10 ff.). „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. Dabei kommt es, da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, 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 (sog. Repräsentantenhaftung, st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 05.03.1998 – III ZR 183/96, zitiert nach juris Rn. 18 und Urteil vom 30.10.1967 – VII ZR 82/65, zitiert nach juris Rn. 11). 58
- cc)** Gemessen an den vorstehend dargelegten Grundsätzen liegen bei der Beklagten zu 2. die subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung nach den §§ 826, 31 BGB vor. Denn nach dem gegebenen Sach- und Streitstand ist davon auszugehen, dass der Vorstand der Beklagten zu 2., jedenfalls aber Mitarbeiter des oberen Managements der Beklagten zu 2., nicht nur über umfassende Kenntnisse vom Einsatz der Software zur Motorsteuerung verfügten, sondern die Herstellung und das Inverkehrbringen der entsprechend ausgerüsteten Motoren bzw. Fahrzeuge 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. 59
- (1)** Der grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastete Kläger hat vorgetragen, dass er keinen Einblick in die inneren Abläufe der Beklagten zu 2. habe, weshalb er nicht im Detail darlegen könne, in welcher Organisationseinheit der Beklagten zu 2. die Entscheidung für den Einbau des Motors mit der Manipulationssoftware gefallen ist sowie wann und wem diese Entscheidung weiter zur Kenntnis gebracht wurde (BB S. 8, Bl. 186 GA). Der Vortrag des Klägers kann nicht anders verstanden werden, als dass die Täuschung ausgehend von der vom Kläger dargestellten Organisationsstruktur der Beklagten zu 2. nur mit Zustimmung der 60

höchsten Ebenen des Unternehmens habe veranlasst werden können, nämlich der Personen, denen – so der Kläger – innerhalb der Unternehmensstruktur leitende und eigenverantwortliche Tätigkeiten bezüglich der Fahrzeugentwicklung auch hinsichtlich zentraler Bauteile wie Motoren, der Produktsicherheit, der Genehmigungsverfahren und der Produktion übertragen sind (wie vor).

(2) Dieses Klagevorbringen gilt gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, weil die Beklagte zu 2. der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht in ausreichendem Maße nachgekommen ist, weshalb es auch nicht darauf ankommt, dass der Kläger zu den subjektiven Voraussetzungen der Haftung der Beklagten zu 2. erstmals in der Berufungsbegründung hinreichend vorgetragen hat. Denn neues unstreitiges Vorbringen ist vom Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 531 Abs. 2 ZPO vom Berufungsgericht seiner Entscheidung ohnehin zugrunde zu legen (BGH, Urteil vom 17.10.2018 – VIII ZR 212/17, IHR 2019, 65-68, zitiert nach juris Rn. 28 mwN zur st. Rspr.; Thomas/Putzo-Reichold, ZPO, 41. Aufl., § 531 Rn. 1 mwN). 61

(a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die nicht beweisbelastete Partei ausnahmsweise eine Substantiierungslast treffen kann (sog. sekundäre Darlegungslast), wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt sind und ihr nähere Angaben diesbezüglich zuzumuten sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 24.10.2014 – V ZR 45/13, zitiert nach juris Rn. 22 und Urteil vom 03.05.2016 – II ZR 311/14, zitiert nach juris Rn. 18 ff. – jeweils mwN). 62

So liegt der Fall hier. Der Kläger steht außerhalb des Geschehensablaufs und hat als Außenstehender keine Kenntnis darüber, wie es zu der Entscheidung kam, Motoren der Motorengeneration EA 189 in Fahrzeuge der Beklagten zu 2. einzubauen, und welche Informationen die Beklagte zu 2. insoweit auch in Bezug auf die in die Motoren installierte Software erhalten oder durch eigene Überprüfung bzw. Kontrolle erlangt hat (so wie hier, d.h. eine sekundäre Darlegungslast in den Abgas-Manipulationsfällen befürwortend, auch: OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, zitiert nach juris Rn. 51 ff.; OLG München, Urteil vom 15.01.2020 – 20 U 3219/18, zitiert nach juris Rn. 55 ff.; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2019 – 17 U 44/19, zitiert nach juris Rn. 41 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, zitiert nach juris Rn. 64 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 – 5 U 47/19, zitiert nach juris Rn. 26; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.09.2019 – 10 U 11/19, zitiert nach juris Rn. 67 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18, zitiert nach juris Rn. 31 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2018 – 13 U 40/18, zitiert nach juris Rn. 74 ff.). 63

(b) Folge der so begründeten sekundären Darlegungslast ist, dass sich bereits die Anforderungen an die Substantiierung der primären Darlegungen des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale reduzieren (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18, zitiert nach juris Rn. 34), d.h. die Behauptung des primär Darlegungspflichtigen gilt im Falle der Nichterfüllung einer sekundären Darlegungslast des Anspruchsgegners trotz ihrer gegebenenfalls mangelnden Substantiierung als zugestanden (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2005 – IX ZR 276/02, zitiert nach juris Rn. 11). 64

(c) Danach gilt das Vorbringen des Klägers hier als zugestanden, denn die Beklagte zu 2. ist ihrer sekundären Darlegungslast nicht in ausreichendem Maße nachgekommen: 65

Die Beklagte zu 2. hat sich im Wesentlichen auf den Hinweis zurückgezogen, dass nach dem derzeitigen Ermittlungstand keine Erkenntnisse dafür vorlägen, dass einzelne Mitglieder des Vorstands im aktienrechtlichen Sinne die Entwicklung der streitgegenständlichen Software (Umschaltlogik) für den Dieselmotor des Typs EA 189 (EU5) in Auftrag gegeben oder gebilligt hätten oder dass ihr Vorstand vom Einbau der Software Kenntnis gehabt hätte (vgl. Bl. 51a GA). Damit genügt das Vorbringen der Beklagten zu 2. zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der mit der „Umschaltlogik“ versehenen, hunderttausendfach in Fahrzeuge der Beklagten zu 2. eingebauten Motoren nicht den zu stellenden Anforderungen. Denn die Beklagte legt nicht konkret dar, dass und wie einzelne, nicht von § 31 BGB erfasste Mitarbeiter unter Ausschluss ihres Vorstandes über einen nicht unerheblichen Zeitraum hinweg die Manipulationssoftware entweder pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden konnten und weshalb sie dies hätten tun sollen, oder aber, wie es möglich gewesen sein soll, dass mit der „Umschaltlogik“ ausgestattete Motoren serienmäßig in Fahrzeuge der Beklagten zu 2. eingebaut wurden, ohne dass der Vorstand oder ein sonstiger verfassungsgemäß berufener Vertreter im Sinne des § 31 BGB Kenntnis von der Funktionsweise der in die Motoren installierten Motorsteuerungssoftware hatte. Der Umstand, dass die Beklagte zu 2. die streitgegenständliche Software nicht selbst entwickelt hat (vgl. Bl. 52 GA), rechtfertigt insoweit keine abweichende Bewertung. Das Vorbringen der Beklagten zu 2., das sich nur zu Vorstandsmitgliedern im aktienrechtlichen Sinne verhält und das weite Verständnis des „verfassungsgemäß berufenen Vertreters“ im Sinne des § 31 BGB ausblendet, ist ohne Substanz. Das einfache Bestreiten der maßgeblichen Umstände und das bloße Behaupten fehlender Erkenntnisse aus internen Ermittlungen sind nicht geeignet, der der Beklagten zu 2. obliegenden sekundären Darlegungslast zu genügen. Es fehlt nicht nur erforderlicher konkreter Vortrag zu den internen Abläufen im Zusammenhang mit Beauftragung, Bezahlung, Empfang, Kontrolle und Verwendung der mit der Manipulationssoftware ausgestatteten Motoren, sondern auch jeglicher Vortrag zu dem – bisherigen – Ergebnis der internen Ermittlungen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, zitiert nach juris Rn. 75; OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18, zitiert nach juris Rn. 37; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27.09.2019 – 7 U 24/19, zitiert nach juris Rn. 96).

f) Rechtsfolge der nach alledem bestehenden Deliktshaftung der Beklagten zu 2. ist, dass sie gemäß den §§ 249 ff. BGB dem Kläger den ihm aus der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigungshandlung entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Dementsprechend kann der Kläger die Erstattung des von ihm gezahlten Brutto-Kaufpreises in Höhe von 22.400,00 EUR Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des betroffenen Fahrzeugs verlangen. Hierbei muss er sich allerdings im Wege des Vorteilsausgleichs Wertersatz für die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen. 67

aa) Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit kann der Geschädigte zwar nicht die Herstellung des gleichen Zustands verlangen, wie er vor dem Eintritt des schädigenden Ereignisses bestanden hat; dies wäre in den meisten Fällen auch kaum zu erreichen. Es kommt vielmehr darauf an, den Geschädigten wirtschaftlich möglichst so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde (vgl. BGH, Urteil vom 28.10.2014 – VI ZR 15/14, zitiert nach juris Rn. 25 mwN). Wenn – wie hier – der Geschädigte durch Täuschung eines Dritten zum Abschluss eines Vertrages veranlasst wurde, steht ihm im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrages zu, also Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (BGH, aaO, Rn. 28). 68

bb) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist – auch für eine auf § 826 BGB gestützte Schadensersatzforderung (vgl. BGH, Urteil vom 02.07.1962 – VIII ZR 12/61, zitiert nach juris Rn. 5) – geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben seinem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind (BGH, Urteil vom 23.06.2015 – XI ZR 536/14, zitiert nach juris Rn. 22; Urteil vom 13.11. 2012 – XI ZR 334/11, zitiert nach juris Rn. 21). Denn es ist ein allgemeiner schadensrechtlicher Grundsatz, dass der Nachteil des Geschädigten zwar voll kompensiert werden, er durch den Schadensersatz aber auch keinen über den Schadensausgleich hinausgehenden Vorteil erlangen soll. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (OLG Hamm, Urteil vom 10.09. 2019 – 13 U 149/18, zitiert nach juris Rn. 85; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019 – 13 U 142/18, zitiert nach juris Rn. 112; Palandt-Grüneberg, BGB, 79. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 71 mwN). Bei nicht vorhandener Gleichartigkeit von Ersatzanspruch und Vorteil muss demgegenüber der Schädiger Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten, d.h. der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt; 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, zitiert nach juris Rn. 23 und Urteil vom 12.03.2009 – VII ZR 26/06, zitiert nach juris Rn. 16).	69
cc) Für die konkrete Berechnung der in Abzug zu bringenden Nutzungsentschädigung geht der Senat – in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs (vgl. BGH, Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14, zitiert nach juris Rn. 3 mwN) – von folgender Formel aus:	70
<u>Bruttokaufpreis x Fahrleistung des Klägers</u>	71
voraussichtliche Gesamtlauflistung des Fahrzeugs	72
(ggf. abzgl. Fahrleistung vor Erwerb)	73
(1) Angesichts der Fahrleistung des Fahrzeugs (183.151 km) ist es jedenfalls im konkreten Fall nicht geboten, anstelle einer linearen Abschreibung des Kaufpreises über die gesamte Nutzungsdauer eine degressive Abschreibung entsprechend dem (Verkehrs-) Wertverlust eines Alternativfahrzeugs vorzunehmen. Denn ein gegebenenfalls höherer Wertverlust in den ersten 10.000 km wirkt sich umso weniger signifikant aus, je länger das Fahrzeug genutzt wird und je mehr Kilometer dabei insgesamt zurückgelegt werden.	74
(2) Die voraussichtliche Gesamtlauflistung des betroffenen Fahrzeugs – Audi A4 2.0 TDI – schätzt der Senat auf 300.000 km (§ 287 ZPO). Dabei hat der Senat bei der Schätzung der voraussichtlichen Gesamtlauflistung die Größe des Fahrzeugs in Verbindung mit dem konkret verbauten Motor ebenso berücksichtigt wie den Umstand, dass die voraussichtliche Nutzungsdauer eines Fahrzeuges von verschiedenen Faktoren abhängt und nicht allein von der Haltbarkeit seines Motors bestimmt wird.	75
(3) Nach alledem beläuft sich der vom Kaufpreis abzuziehende Nutzungsersatz angesichts des Kilometerstands, den der streitgegenständliche Pkw zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufwies (183.151 km), auf einen Betrag von 12.139,80 EUR , der sich wie folgt berechnet:	76
<u>22.400,00 EUR x 138.255 km (183.151 km ./ 44.896 km)</u>	77

3.

Der Kläger hat gemäß den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte zu 2. einen Anspruch auf Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.01.2019. Ein darüber hinausgehender Anspruch des Klägers auf Zahlung von Zinsen besteht nicht. 80

a) Dem Kläger steht gegen die Beklagte zu 2. kein Anspruch auf Zahlung von Deliktzinsen gemäß § 849 BGB zu. 81

aa) Nach § 849 BGB kann der Verletzte für den Fall, dass 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 verlangen, welcher der Bestimmung des Werts zugrunde gelegt wird. Hierdurch soll dem Verletzten ein pauschalierter Ersatz für den Verlust oder die Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit gewährt werden (BGH, Urteil vom 24.02.1983 – VI ZR 191/81, zitiert nach juris Rn. 8), wobei die Norm nicht nur bei einer Sachentziehung oder -beschädigung eingreift, sondern auch in den Fällen, in denen dem Geschädigten Geld – und sei es mit seinem Willen – entzogen wurde (BGH, Urteil vom 12.06.2018 – KZR 56/16, zitiert nach juris Rn. 45; Versäumnisurteil vom 26.11.2007 – II ZR 167/06, zitiert nach juris Rn. 4 ff.). 82

Allerdings lässt sich § 849 BGB kein allgemeiner Grundsatz dahingehend entnehmen, dass alle Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung stets vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an zu verzinsen sind (BGH, Urteil vom 12.06.2018 – KZR 56/16, zitiert nach juris Rn. 45). Vielmehr sind dem Geschädigten nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm im adäquat-kausalen Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen, denn der Geschädigte darf am Ende nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde (so auch OLG Frankfurt, Urteil vom 27.11.2019 – 17 U 290/18, zitiert nach juris Rn. 41). Daraus folgt, dass die Vor- und Nachteile bei wertender Betrachtung zu einer Rechnungseinheit zu verbinden sind (BGH, Urteil vom 16.01.1990 – VI ZR 170/89, zitiert nach juris Rn. 10) und einer Gesamtsaldierung unterliegen (BGH, Urteil vom 18.10.2018 – III ZR 497/16, zitiert nach juris Rn. 28). 83

Nach alledem geht der Normzweck von § 849 BGB dahin, den Verlust der Nutzbarkeit einer entzogenen Sache mit einem pauschalierten Mindestbetrag auszugleichen, soweit dieser Verlust durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007 – II ZR 167/06, zitiert nach juris Rn. 5 und Urteil vom 24.02.1983 – VI ZR 191/81, zitiert nach juris Rn. 10). Daraus folgt, dass nach dem Normzweck von § 849 BGB ein Zinsanspruch nach dieser Vorschrift dann nicht besteht, wenn eine anderweitige Kompensation des Nutzbarkeitsverlustes stattgefunden hat (vgl. BGH, Urteil vom 24.02.1983 – VI ZR 191/81, zitiert nach juris Rn. 12). 84

bb) Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Normzweck von § 849 BGB in der vorliegenden Fallkonstellation nicht erfüllt. Denn der Kläger hat zwar sein Geld in Höhe des Kaufpreises weggegeben, dies jedoch nicht ersatzlos. Vielmehr erfolgte eine Kompensation dadurch, dass er im Gegenzug Eigentum und Besitz an dem streitgegenständlichen Pkw erhielt, und zwar mit der Möglichkeit, diesen jederzeit nutzen zu können, wobei zwischen Kaufpreishingabe und erlangter Nutzungsmöglichkeit auch ein aus der Hauptleistungspflicht des Kaufvertrages adäquat kausaler Zusammenhang im Sinne einer Rechnungseinheit besteht. Für eine Verzinsung nach § 849 BGB besteht unter diesen Umständen kein Raum 85

(wie hier: KG Berlin, Urteil vom 26.09.2019 – 4 U 51/19, zitiert nach juris Rn. 146 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.11.2019 – 14 U 89/19, zitiert nach juris Rn. 67; OLG Frankfurt, Urteil vom 27.11.2019 – 17 U 290/18, zitiert nach juris Rn. 37 ff.; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2019 – 17 U 44/19, zitiert nach juris Rn. 77 und Urteil vom 31.01.2020 – 17 U 95/19, zitiert nach juris Rn. 45 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, zitiert nach juris Rn. 134 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.10.2019 – 13 U 73/19, zitiert nach juris Rn. 24; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 – 13 U 149/18, zitiert nach juris Rn. 97; a.A.: OLG Köln, Urteil vom 10.03.2020 – 4 U 219/19, zitiert nach juris Rn. 145 ff. und Urteil vom 17.07.2019 – 16 U 199/18, zitiert nach juris Rn. 29; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.11.2019 – 17 U 146/19, zitiert nach juris Rn. 110 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 25.10.2019 – 3 U 819/19, zitiert nach juris Rn. 125 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 – 5 U 47/19, zitiert nach juris Rn. 47 ff.).

cc) Durch das vorstehende Ergebnis unterliegt der Kläger auch nicht etwa einer (ungerechtfertigten) zweifachen Benachteiligung, weil ihm die durch die spätere konkrete Nutzung des Fahrzeugs erwachsenen Nutzungsvorteile ebenfalls anzurechnen sind, während ihm gleichzeitig – wegen der abstrakten Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs – Deliktzinsen versagt werden. Denn infolge der bestimmungsgemäßen konkreten Nutzung des Fahrzeugs erwächst dem Kläger ein weiterer Vorteil, der den zugrundeliegenden Leistungsaustausch unberührt lässt (wie hier: OLG Frankfurt, Urteil vom 27.11.2019 – 17 U 290/18, zitiert nach juris Rn. 47). Dem Kläger kommen mithin zwei verschiedene Vorteile zugute, nämlich die abstrakte Nutzungsmöglichkeit des Wagens und seine konkrete Nutzung, so dass diese auch in doppelter Hinsicht im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen sind. Denn der Kläger hätte allein durch den vorstehend berechneten Abzug für die konkrete Nutzung des Fahrzeugs die abstrakte Nutzungsmöglichkeit für ein entsprechendes Fahrzeug nicht erlangen können. Vielmehr wäre hierfür ein weiterer Kapitaleinsatz zwecks Erwerbs eines vergleichbaren Neufahrzeugs erforderlich gewesen. Die tatsächlichen Nutzungen hätten dann – neben dem bereits erfolgten Kapitaleinsatz – zu einer Wertminderung an diesem Fahrzeug geführt. Wendete man in diesem Fall gleichwohl die Verzinsungsregelung des § 849 BGB an, führte dies zu einer dem deutschen Schadensersatzrecht fremden Überkompensation, da der Kläger durch das Schadensereignis wirtschaftlich besser stünde, als ohne das schädigende Ereignis, was jedoch dem Schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot widerspräche (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, zitiert nach juris Rn. 138 f.).

b) Dem Kläger steht auch kein zeitlich früher einsetzender Zinsanspruch nach den §§ 286 Abs. 1 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB zu. Der Kläger hat weder vorgetragen noch ist sonst ersichtlich, dass er die Beklagte zu 2. vor Klageerhebung in einer für eine Inverzugsetzung geeigneten Weise gemahnt hat.

4.

Schließlich ist auch der Antrag des Klägers auf Feststellung, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinden, zwar zulässig, aber unbegründet. Annahmeverzug der Beklagten zu 1. liegt schon deshalb nicht vor, weil – wie unter Ziffer 1. ausgeführt – dem Kläger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1. auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder ein sonstiger Anspruch auf Zahlung Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs zusteht. Annahmeverzug der Beklagten zu 2. liegt nicht vor, weil der Kläger die von ihm zu erbringende Leistung nicht ordnungsgemäß gemäß den §§ 294 ff. BGB angeboten hat.

a) Wie bereits ausgeführt, ist eine vorgerichtliche Aufforderung, die einen Annahmeverzug der Beklagten zu 2. begründen könnte, weder dargetan noch sonst ersichtlich.

b) Die Voraussetzungen für eine Feststellung des Annahmeverzugs sind auch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht erfüllt. Zwar kann in einer auf Zug-um-Zug-Leistung gerichteten Klage grundsätzlich ein wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB liegen, das eine beklagte Partei mit der Stellung eines Klageabweisungsantrags ablehnt (Geisler in: Herberger/Martinek/ Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 295 BGB, Rn. 43 mwN). Der Kläger beansprucht jedoch mit seinem Berufungsantrag nach wie vor die Zahlung des vollen Kaufpreises sowie Deliktzinsen. Beides steht ihm – wie ausgeführt (s.o. unter Ziffer 2. f) bb) und Ziffer 3. a)) – nicht zu. Da sich der Nutzungsersatz auf 12.139,80 EUR und die vom Kläger begehrten Deliktzinsen aus dem Differenzbetrag (10.260,20 EUR) zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf einen Betrag von über 3.000 EUR summieren (10.260,20 EUR x 4 % p.a. = 410,41 EUR p.a.), liegt in dem Berufungsantrag des Klägers eine erhebliche Zuvielforderung, die es billigerweise ausschließt, der Beklagten zu 2. die potenziell weit reichenden Folgen des Annahmeverzugs (§§ 300 ff. BGB) aufzubürden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.09.2007 – 7 U 169/06, zitiert nach juris Rn. 20 - 21).	91
Ein wörtliches Angebot war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich, weil etwa offenkundig gewesen wäre, die Beklagte zu 2. werde auf ihrer Weigerung beharren (vgl. hierzu BGH, Versäumnisurteil vom 21.02.2017 – XI ZR 467/15, zitiert nach juris Rn. 30; Urteil vom 09.10.2000 – II ZR 75/99, zitiert nach juris Rn. 5). Wie dem Senat aus einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem sog. Dieselabgasskandal bekannt ist, ist die Beklagte zu 2., obwohl sie ihre Haftung dem Grunde nach bestreitet, im Einzelfall durchaus bereit, ein gerichtliches Verfahren einvernehmlich zu beenden, was der Annahme einer beharrlichen Weigerung entgegensteht (vgl. hierzu BGH, Versäumnisurteil vom 21.02.2017 – XI ZR 467/15, zitiert nach juris Rn. 30).	92
III.	93
1.	94
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	95
2.	96
Die Revision war soweit es die Entscheidung in Bezug auf die Beklagte zu 2. betrifft zuzulassen, weil die Sache aufgrund divergierender obergerichtlicher Rechtsprechung sowohl zur Frage der deliktischen Haftung der Beklagten zu 2. aus §§ 826, 31 BGB als auch zur Verzinsung gemäß § 849 BGB zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung einer Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO. Zudem nimmt der Senat vor dem Hintergrund einer großen Vielzahl vergleichbarer und ähnlich gelagerter Fälle auch eine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO als gegeben an.	97
3.	98
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß den §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO auf bis 22.400 EUR festgesetzt.	99
