
Datum: 25.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 16 U 177/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0325.16U177.19.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 1 O 328/18

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 04.07.2019 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen – 1 O 328/18 – wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers wird das vorbezeichnete Urteil – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger 7.741,02 € nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vom 03.05.2011 bis zum 18.07.2018 sowie von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.07.2018 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs der Marke Volkswagen A GTD mit der Fahrgestellnummer B, sowie den Kläger von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 650,34 € freizustellen.

Von den Kosten des gesamten Rechtsstreits tragen der Kläger 68 % und die Beklagte 32 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Schuldner wird nachgelassen, die Vollstreckung des jeweiligen Gläubigers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, falls nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

A.

Der Kläger erwarb mit Bestellung vom 3.5.2011 bei dem Autohaus C in D einen gebrauchten Pkw der Marke VW A GTD (Fahrgestell-Nr. B). Der Motor des Fahrzeugs ist ein VW-Dieselmotor des Typs EA 189. Nach Bekanntwerden der bei dem Motor verwendeten Software, die den Schadstoffausstoß durch zwei Betriebsmodi zu steuern vermag, gab das Kraftfahrt-Bundesamt Anfang Juni 2016 ein von der Beklagten entwickeltes Software-Update frei, das am 10.9.2018 auf das Fahrzeug des Klägers aufgespielt wurde. Der Kläger entrichtete den vereinbarten Kaufpreis von 24.000,00 € und übernahm das Fahrzeug bei einer Km-Stand von 8.100 km.

Mit der vorliegenden Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Schadensersatz unter Verweis auf die bei dem Fahrzeugmotortyp festgestellten Erkenntnisse über den Einbau einer Motorsteuerungssoftware in Anspruch.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des unstreitigen Sachverhalts, des beiderseitigen Parteivorbringens erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 4.7.2019 die Beklagte zur Zahlung von 8.909,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.7.2018 Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs VW A GTD verurteilt; die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien jeweils selbständig Berufung eingelegt. Ziel der Berufung des Klägers ist Zuerkennung der vom Landgericht abgesetzten Nutzungsvorteile von 15.090,93 € sowie der weiter abgesetzten Zinsen nach § 849 BGB; Ziel des Rechtsmittels der Beklagten ist die gänzliche Abweisung der gegen sie erhobenen Klage.

Der Kläger ist der Auffassung, das Landgericht habe zu Unrecht einerseits den Wert der mit der Fahrzeugnutzung verbundenen Gebrauchsvorteile abgezogen und andererseits den von ihm geltend gemachten Anspruch auf Zinsen nach § 849 BGB abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

- 1. unter teilweiser Abänderung des am 04.07.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Aachen (1 O 328/18) die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 15.090,93 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % für 24.000,00 € seit dem 03.05.2011 bis zum 18.07.2018 und seitdem für 15.090,93 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen sowie den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.430,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.07.2019 freizustellen und
- 2. die Berufung der Beklagten gegen das vorbezeichnete Urteil zurückzuweisen,

hilfsweise:

das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Aachen – 1 O 328718 – aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen, 14

hilfsweise: 15

die Revision zuzulassen. 16

Die Beklagte beantragt, 17

1. das am 4.7.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen – 1 O 328/18 – im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage abzuweisen, 18

2. die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 19

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. 20

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den gesamten Akteninhalt verwiesen. 21

B. 22

Die Berufungen beider Parteien sind jeweils zulässig und haben in der Sache teilweise Erfolg. 23

Das Rechtsmittel des Klägers hat hinsichtlich der begehrten, abgewiesenen Zinsforderung aus § 849 BGB teilweise Erfolg; die Berufung der Beklagten ist nur insoweit begründet, als im Hinblick auf die weitere Nutzung des Fahrzeugs bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat Gebrauchsvorteile angefallen und von der Klageforderung in Abzug zu bringen sind. Im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet. 24

Im Einzelnen: 25

1. 26

Auch nach Auffassung des Senates hat der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch aus den §§ 826, 31 BGB auf Schadensersatz in Höhe des von ihm aufgewandten Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des von ihm am 3.5.2011 erworbenen, von der Beklagten produzierten Personenkraftwagens, denn die Beklagte hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt. 27

a. 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 (BGH, Urteil vom 09.07.2004 – II ZR 217/03 –, NJW 2004, 2668 ff., Urteil vom 04.06.2013 – VI ZR 288/12 –, NJW-RR 2013, 1448 ff., Urteil vom 15.10.2013 - VI ZR 124/12 –, NJW 2014, 1380 ff., Urteil vom 20.11.2012 – VI ZR 268/11 –, NJW-RR 2013, 550 ff., Urteil vom 19.11.2013 – VI ZR 336/12 –, NJW 2014, 383 ff.). Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 19.10.1987 – II ZR 9/87 –, BGHZ 28

Bei Anlegung dieses Maßstabes fällt der Beklagten ein sittenwidriges Verhalten zurechenbar zur Last, da der von ihr produzierte und vertriebene Motor (Modell EA 189), der in dem vom Kläger am 03.05.2011 erworbenen Personenkraftwagen eingebaut war, mit einer Software zur Motorsteuerung ausgestattet war, die im Betriebsmodus 1 auf dem Prüfstand zu einer höheren Abgasrückführungsquote als im Betriebsmodus 0 im Straßenverkehr führte und deren Einsatz die Beklagte weder bei Erlangung der Typengenehmigung für das Fahrzeug noch im Rahmen des Vertriebs offengelegt hat. Bereits mit Rücksicht auf die daraus folgende Rechtsunsicherheit für die Typengenehmigung und die Betriebszulassung der entsprechend ausgerüsteten Fahrzeuge ist hierin nämlich ein gravierender Mangel der entsprechend ausgestatteten Fahrzeuge zu sehen, ohne dass es darauf ankommt, ob es sich um eine unzulässige Abschalteneinrichtung gerade im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge handelt. Hinzu kommt, dass die Mitarbeiter der Beklagten die mit der manipulativ wirkenden Software ausgerüsteten Motoren des Typs EA 189 den Vertragshändlern der Beklagten gerade zum Zweck der Weiterveräußerung überließen, also damit rechnen mussten und zur Überzeugung des Senats auch tatsächlich damit rechneten, dass die so ausgerüsteten Fahrzeuge ohne jeglichen Hinweis auf die Erwirkung der Typengenehmigung unter Einsatz einer manipulativ wirkenden Software mit zwei Betriebsmodi weiterveräußert werden würden. Aus der Verheimlichung des Einsatzes der Software sowohl gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt und den übrigen beteiligten Stellen als auch gegenüber den potentiellen Kunden ergibt sich schließlich mit hinreichender Sicherheit, dass die beteiligten Mitarbeiter der Beklagten in der Vorstellung handelten, dass der Einsatz der Software zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Typengenehmigung und der Betriebszulassung der so ausgestatteten Fahrzeuge führen könnte und dass potentielle Fahrzeugkäufer ein Fahrzeug, das derart mit rechtlichen Unsicherheiten belastet war, nicht ohne weiteres erwerben würden. Dabei sind andere Gründe für den Einsatz der Software zur Motorsteuerung als eine Kostensenkung und eine damit verbundene Gewinnmaximierung nicht erkennbar. Insbesondere erschließt es sich nicht, warum die Beklagte trotz des Risikos des Verlustes der Zulassung für den streitgegenständlichen Motorentyp sowie strafrechtlicher Verfolgung eine solche Software in ihren Motoren installiert haben sollte, ohne dass sie sich hiervon einen besonderen Nutzen versprochen hätte. Im Hinblick auf das hierfür eingesetzte Mittel, nämlich die Täuschung einer öffentlichen Stelle sowie der potentiellen Kunden in einer immensen Zahl von Fällen, ist dieses Verhalten auch als besonders verwerflich anzusehen. Soweit die Beklagte sich in diesem Zusammenhang darauf beruft, dass Gewinnstreben im Wirtschaftsleben nicht verwerflich sei und der Vorwurf der Sittenwidrigkeit die Haftung aus § 826 BGB auf alle Fälle eines mangelhaften Verkaufsgegenstands ausdehnen würde, verkennt sie, dass sie den maßgeblichen Mangel der von ihr produzierten Fahrzeuge bewusst herbeigeführt und sodann vor staatlichen Stellen verschleiert hat, um zum Zwecke der Gewinnerzielung in großem Umfang Fahrzeuge zu verkaufen, welche als besonders umweltfreundlich gelten und beworben werden sollten. Dies ist mit dem Fall des vereinzelten Verkaufs einer als mangelhaft erkannten Sache nicht zu vergleichen, sondern geht in seinem Unrechtsgehalt weit darüber hinaus.

29

Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger den streitgegenständlichen Personenkraftwagen nicht von der Beklagten selbst, sondern von einem Kraftfahrzeughändler erworben hat, denn ein als sittenwidrig zu bewertender Verstoß gegen die Rechts- und Sittenordnung kann nicht

30

nur in der bereits nach § 123 BGB rechtlich missbilligten Täuschung des eigenen Vertragspartners oder eines später hinzutretenden Dritten liegen. Auch bei einer sogenannten Kettenveräußerung kann anerkanntermaßen unter bestimmten Voraussetzungen eine sittenwidrige Schädigung des Letztkäufers durch den Erstverkäufer anzunehmen sein (vgl. hierzu OLG Hamm, Urteil vom 17.12.1996 – 27 U 152/96 –, NJW 1997, 2121 f.; OLG München, Urteil vom 20.08.1999 – 14 U 860/98 –, DAR 1999, 506; OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.04.2005 – 8 U 3720/04 –, DAR 2005, 630 f.; OLG Braunschweig, Urteil vom 13.04.2006 – 8 U 29/05 –, NJW 2007, 609 f.). Zwar liegt der Verstoß gegen die für das Sittenwidrigkeitsurteil maßgebenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung hier weder bereits in der Veräußerung einer mangelhaften Sache als solcher noch in einem diesbezüglichen Gewinnstreben des Erstverkäufers. Jedenfalls dann, wenn der Erstverkäufer eine Weiterveräußerung des verkauften Personenkraftwagen durch den Ersterwerber ernsthaft in Betracht gezogen und einschließlich der damit verbundenen Vermögensnachteile beim Zweit- oder Dritterwerber billigend in Kauf genommen hat, sind auch ohne unmittelbaren Kontakt zwischen Erstverkäufer und Letzterwerber die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung anzunehmen (vgl. OLG Braunschweig a.a.O.). So liegt der Fall aber auch hier, denn die Beklagte produziert die mit der streitgegenständlichen Software ausgestatteten Motoren gerade mit dem Zweck, diese in die von ihr selbst oder ihren Konzerngesellschaften zur anschließenden Veräußerung hergestellten Fahrzeuge einzubauen. Für die Beklagte stand daher sogar fest, dass die von ihr in den Verkehr gebrachten Fahrzeuge an Endkunden weiterveräußert werden sollen und die mit dem Einsatz der streitgegenständlichen Software verbundenen Nachteile gerade dort eintreten werden.

Es ist im Übrigen zwar nicht von der Hand zu weisen, dass der Beklagten damit letztlich auch eine unterlassene Aufklärung über die tatsächliche Ausstattung der von ihr produzierten Fahrzeuge zur Last gelegt wird. Es trifft auch zu, dass ein Unterlassen die guten Sitten nur dann verletzt, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht und hierfür reicht die Nichterfüllung einer allgemeinen Rechtspflicht oder einer vertraglichen Pflicht nicht aus. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die das schädigende Verhalten nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als "anständig" Geltenden verwerflich machen (BGH, Urteil vom 10.07.2001 – VI ZR 160/00 –, NJW 2001, 3702 f., Urteil vom 19.10.2010 – VI ZR 124/09 –, MDR 2011, 34 f.; Urteil vom 04.06.2013 – VI ZR 288/12 –, NJW-RR 2013, 1448 ff.). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 22.06.1992 – II ZR 178/90 –, NJW 1992, 3167 ff., Urteil vom 15.10.2013 – VI ZR 124/12 –, NJW 2014, 1380 ff.). Die erforderliche Verwerflichkeit kann sich aber insbesondere auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2004 – VI ZR 306/03 –, NJW-RR 2005, 611 ff., Urteil vom 03.12.2013 – XI ZR 295/12 –, NJW 2014, 1098 ff.; Urteil vom 28.02.2005 – II ZR 13/03 –, NJW-RR 2005, 751 f.) und gerade von einer bewussten Täuschung aus bloßem Gewinnstreben ist hier wie vorstehend dargestellt auszugehen. Es kann daher letztlich offenbleiben, ob der Schwerpunkt des der Beklagten zur Last gelegten Verhaltens tatsächlich in der unterlassenen Aufklärung über den Einsatz der Software zur Motorsteuerung oder aber im Inverkehrbringen der von ihr produzierten Fahrzeuge unter Einsatz dieser Software liegt.

b. Das damit als sittenwidrig einzustufende Verhalten ist der Beklagten nach § 31 BGB zuzurechnen.

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 die Inverkehrgabe der entsprechend ausgerüsteten Motoren in der Vorstellung veranlasst haben, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis weiter veräußert werden würden.

34
Zwar ist es, worauf die Beklagte zutreffend hinweist, bei der Anwendung von § 826 BGB Voraussetzung für die Zurechnung, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten im Sinne von § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand dieser Anspruchsgrundlage verwirklicht hat (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 28.06.2016 – VI ZR 536/15 –, NJW 2017, 250 ff.). Um die Voraussetzungen des für § 826 BGB charakteristischen moralischen Unwerturteils als erfüllt betrachten zu können, bedarf es daher der Feststellung, was welche konkrete Person zum maßgeblichen Zeitpunkt wusste und wollte (BGH, Urteil vom 28.06.2016 – VI ZR 536/15 –, a.a.O.). Der Kläger hat aber bereits in erster Instanz vorgetragen, dass die Beklagte ihn vorsätzlich getäuscht habe, wobei der Vorstand der Beklagten von der Manipulation gewusst und mit entsprechendem Schädigungsvorsatz gehandelt habe. Diesem Vorbringen ist die Beklagte entgegen ihrer Ausführungen in der Berufungsbegründung nicht in ausreichendem Maß entgegengetreten, denn zugunsten des für die anspruchsbegründenden Umstände darlegungspflichtigen Klägers ist vorliegend von einer Erleichterung der Darlegungslast auszugehen. 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 der Enderwerber in Verkehr bringen wollte, als zugestanden anzusehen, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat. Steht nämlich ein darlegungspflichtiger Anspruchsteller außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs und kennt der Anspruchsgegner alle wesentlichen Tatsachen, so genügt nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast ein einfaches Bestreiten des Anspruchsgegners nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 17.01.2008 – III ZR 239/06 –, NJW 2008, 982 ff.).

35
Vor diesem Hintergrund reicht einerseits die Behauptung des Klägers aus, dass dem Vorstand der Beklagten sämtliche vorstehend dargelegten Umstände bekannt gewesen seien und dieser mit Schädigungsvorsatz gehandelt habe, während andererseits 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 nicht einmal ansatzweise den zu stellenden Anforderungen genügt. Da die Beklagte auch 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 auch hierauf nicht berufen und es muss sowohl bei der Annahme umfassender Kenntnisse des Vorstandes der Beklagten als auch bei der Anwendung des § 31 BGB im Sinne einer Zurechnung bleiben. Die bloße Behauptung, der Vorstand im aktienrechtlichen Sinne sei nach ihren Ermittlungen weder informiert noch involviert gewesen, erschöpft sich insoweit letztlich in einem wie vorstehend darlegt nicht ausreichendem einfachen Bestreiten der Behauptungen des Klägers.

Ebenso ist der Einwand, die Grundsätze der sekundären Darlegungslast könnten nicht eingreifen, weil der Kläger schon nicht substantiiert vorgetragen habe, unbegründet. 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 Anspruchsteller außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihm entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen, sind insoweit aber bereits allgemeine Behauptungen ausreichend und eine weitere Substantiierung nicht erforderlich. Es ist nämlich 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 -, NJW-RR 2006, 552 f.). Eine andere Beurteilung ist nicht gerechtfertigt, weil der Kläger nicht explizit erklärt hat, die entsprechenden Interna der Beklagten nur zu vermuten, denn es liegt ohne weiteres auf der Hand und wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt, dass der Kläger nicht über die zur Beurteilung der Richtigkeit seines Vorbringens erforderlichen Kenntnisse und Mittel verfügt und daher letztlich nur aufgrund öffentlich zugänglicher Quellen und der Äußerungen der Beklagten selbst Behauptungen in Bezug auf die streitgegenständliche Vorgänge aufstellen kann.

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, nämlich 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 Schuld in Unkenntnis über die internen Geschehnisse im Zusammenhang mit der Entwicklung und dem Einsatz der streitgegenständlichen Software ist. Unzweifelhaft wäre es der Beklagten zudem ohne weiteres 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 gerade nicht zu sehen. Zum einen hat der Kläger greifbare Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten auf der Vorstandsebene oder jedenfalls des oberen Managements der Beklagten vorgetragen. Zum anderen steht ohnehin fest, dass ein und welches 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 des Vorbringens des Klägers nicht unterrichtet war.

Der Annahme einer sekundären Darlegungslast der Beklagten steht schließlich nicht entgegen, dass die Beklagte im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast ihrerseits eine

37

38

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. in einem ähnlich gelagerten Fall: BGH, Urteil vom 17.12.2014 – IV ZR 90/13 –, NJW 2015, 947 ff.). Die von der Beklagten angeführte Entscheidung (BGH, Beschluss vom 11.09.2013 – IV ZR 259/12 –, NJW 2014, 149 ff.) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar ist nach dieser Entscheidung anzunehmen, dass die Zumutbarkeit weiteren Vortrags seitens der nicht beweisbelasteten Partei stets besondere Anknüpfungspunkte voraussetzt, die im dort zu entscheidenden Fall fehlten. Vorliegend hat der Kläger aber bereits in der Klageschrift Anhaltspunkte in Gestalt von Indizien und unter Hinweis auf allgemein zugängliche Quellen 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.

c. Der Kläger hat den geltend gemachten Schaden schon durch den Erwerb des mit der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Fahrzeugs erlitten. 39

Dabei kann offen bleiben, welchen Verkehrswert das Fahrzeug hatte, welchen Wert es nunmehr hat sowie ob es eine negative Entwicklung des Verkehrswertes von Diesel-Fahrzeugen gibt und worauf diese gegebenenfalls zurückzuführen ist. Ebenso bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob der Kläger ein besonders umweltfreundliches Fahrzeug erwerben wollte und ob das von ihm erworbene Kraftfahrzeug auch mit der von der Beklagten eingesetzten Software diesen Erwartungen gerecht wird. 40

Der Schaden des Klägers ist nach Auffassung des Senates bereits im Erwerb des mit der manipulativ wirkenden Software ausgerüsteten Fahrzeugs zu sehen, da dieses infolge der eingesetzten Software hinter den Vorstellungen des Klägers von der allgemein ordnungsgemäßen Ausrüstung des von ihm erworbenen Personenkraftwagen zurückblieb und sich dieses Zurückbleiben schon infolge der damit zunächst verbundenen Unsicherheiten für die Typengenehmigung und die Betriebszulassung nachteilig auf den Vermögenswert des vom Kläger erworbenen Personenkraftwagens auswirkte (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 –, veröffentlicht unter www.nrwe.de sowie MDR 2019, 222 f.). In welchem Umfang das genau der Fall war und inwiefern andere Gesichtspunkte hinzutraten, die gegebenenfalls zu einem erheblichen Wertverlust sämtlicher Diesel-Fahrzeuge geführt haben, ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht relevant, da der Kläger als Schadenersatz die Rückabwicklung des Erwerbs begehrt und nicht Zahlung einer Wertdifferenz (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 –, a.a.O.). Ausschlaggebend ist für den Anspruch auf Rückabwicklung allein, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer Software ausgestattet war, die zu Unsicherheiten hinsichtlich des Fortbestandes der Typengenehmigung und der Betriebszulassung führte sowie nach den verbindlichen Vorgaben des Kraftfahrtbundesamtes einen Rückruf und ein Update mit einer seitens des Kraftfahrtbundesamtes genehmigten Software erforderte (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 –, a.a.O.). 41

Der dem Kläger insoweit entstandene Schaden wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Kläger das von der Beklagten zur Verfügung gestellte Software-Update am 17.01.2017 hat installieren lassen, so dass das streitgegenständliche Fahrzeug wieder die in der Typengenehmigung ausgewiesene Schadstoffklasse aufweist. Wie es die Beklagte selbst annimmt, kann nämlich, wer durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags verleitet wird, den er ohne dieses Verhalten nicht geschlossen hätte, auch bei 42

objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung einen Vermögensschaden bereits dadurch erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2005 – XI ZR 170/04 –, NJW 2005, 1579 ff.; Heese, Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge, NJW 2019, 257 ff., 260, m.w.N.). Die für den Kläger nicht voll brauchbare Leistung ist vorliegend aber schon darin zu sehen, dass das von der Beklagten produzierte Fahrzeug bei Erwerb aufgrund der eingesetzten Software zur Motorsteuerung von einer Stilllegung bedroht war. Entsprechend der Rechtsprechung zum Entstehen des Schadens bereits durch den Erwerb kommt es auch nicht darauf an, dass das streitgegenständliche Fahrzeug durch eine spätere Einwirkung der Beklagten von zumindest einem maßgeblichen Mangel befreit wurde, sondern allein auf die bereits im Zeitpunkt des Ankaufs des Fahrzeugs durch den Kläger bestehende Mangelhaftigkeit. Dem entspricht es, dass § 826 BGB auch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Geschädigten schützt, ohne dass es darauf ankäme, dass sich der Wertverlust bereits realisiert hat (vgl. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 826 Rn. 43).

d. Die Beklagte hat den nach den vorstehenden Erwägungen eingetretenen Vermögensschaden auch verursacht. Hätte sie die Motoren des Typs EA 189 nicht mit der Software zur Motorsteuerung ausgerüstet, hätte der Kläger den streitgegenständlichen Personenkraftwagen nicht mit dieser erwerben können. 43

Das Vorgehen der Beklagten, die mit dieser Software ausgerüsteten Motoren des Typs EA 189 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 dass 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. 44

Auch mit Rücksicht auf den Schutzzweck des hier verletzten Verhaltensgebots ist keine andere Betrachtungsweise angezeigt. Wie bereits dargelegt, ist schon das Inverkehrbringen der mit der Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Motoren des Typs EA in der Vorstellung, dass diese in Fahrzeuge eingebaut werden würden und diese Fahrzeuge dann ahnungslosen Kunden veräußert werden würden, sittenwidrig (OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 –, a.a.O.). Der Sinn des entsprechenden Verhaltensverbots liegt auch in der Vermeidung gerade solcher Schäden, wie ihn der Kläger erlitten hat (OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 –, a.a.O.). In diesem Zusammenhang ist nochmals klarzustellen, dass es nicht auf eine Täuschung über die Einhaltung der Grenzwerte der Euro-5-Norm im Alltagsbetrieb oder ähnliche Vorstellungen des Klägers als Käufer ankommt (OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 –, a.a.O.). Maßgebend für das Vorhandensein eines Schadens ist vielmehr die allgemeine Vorstellung des Klägers als Käufer eines für die Nutzung im Straßenverkehr bestimmten Personenkraftwagens, dass die dafür notwendige Typengenehmigung und die Betriebszulassung ohne Manipulationen erwirkt wurde und dass es dementsprechend keine rechtlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Typengenehmigung und der Betriebszulassung gibt (OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 –, a.a.O.). Aufgrund des feststehenden Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger zur Nutzung im Straßenverkehr ist aber auch nach Ansicht des Senates mit hinreichender Gewissheit davon auszugehen, dass der Kläger jedenfalls diese Vorstellung hatte. 45

- e. Dass nach dem vorliegend zu beurteilenden Sach- und Streitstand die handelnden Mitarbeiter der Beklagten vorsätzlich handelten und ihr dies entsprechend § 31 BGB zuzurechnen ist, ist schließlich bereits vorstehend im Zusammenhang mit der Qualifikation des Verhaltens der Beklagten als sittenwidrig näher dargelegt worden. Die dort angestellten Überlegungen gelten sinngemäß auch für den Vorsatz hinsichtlich des Schadens. 46
- f. Zu Recht hat das Landgericht im Rahmen der Schadensberechnung die dem Kläger durch die tatsächliche Nutzung des Fahrzeugs zugefallenen Gebrauchsvorteile schadensmindernd berücksichtigt und von dem gezahlten Kaufpreis in Abzug gebracht. 47
- Die gegen Ansatz und Höhe der abgezogenen Gebrauchsvorteile gerichtete Berufung des Klägers, mit der die Zahlung des gesamten abgezogenen Gebrauchsvorteil-Betrages von 15.090,93 € erstrebt wird, hat keinen Erfolg. 48
- Gebrauchsvorteile sind dem Kläger auch bei einem deliktisch verursachten Sacherwerb entstanden. Auch wenn der Kläger sich – bei vollständiger Aufklärung über den Sachverhalt – gegen den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs entschieden hätte, sind ihm die durch dessen Nutzung angefallenen Nutzungsvorteile zugefallen, ohne dass er in der Zeit der tatsächlichen Nutzung tatsächlich oder rechtlich beschränkt gewesen war. Eine Nichtberücksichtigung solcher Gebrauchsvorteile, die sich der Kläger wie jeder andere Kraftfahrzeugnutzer insoweit durch entgeltliche Nutzungsveranschaffung erkaufen müsste, könnte nicht als billig und durch Treu und Glauben geboten angesehen werden. Der Kläger erhalte auf diese Weise Nutzungsvorteile, die ihm ohne das von ihm beanstandete Verhalten der Beklagten nicht zugefallen wären. 49
- Für die Berechnung des Wertes der gezogenen Nutzungen bei Kraftfahrzeugen im Rahmen der sogenannten zeitanteiligen linearen Wertminderung ist auf die voraussichtliche Gesamtbeziehungsweise Restlaufleistung abzustellen (vgl. nur OLG Köln, Urteil vom 20.02.2013 – 13 U 162/09 –, NJW-RR 2013, 1209 ff.; KG Berlin, Urteil vom 23.05.2013 – 8 U 58/12 –, MDR 2013, 1341 f.; Röthel in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, § 346, Rdnr. 36; Kaiser in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2012, § 346, Rdnrn. 259, 261). Dabei ist nach wohl zutreffender Auffassung nicht auf die mögliche Lebensdauer der Sache, sondern auf die zu erwartende Gesamtnutzungsdauer abzustellen (Kaiser, a.a.O., Rdnr. 259; Faust in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Auflage, § 346, Rdnr. 110). Die vom Landgericht vorliegend gemäß § 287 ZPO auf 250.000 Kilometer geschätzte Gesamtnutzungsdauer hält sich innerhalb des üblichen Schätzungsrahmens, der inzwischen bei Personenkraftwagen mit 150.000 Kilometer bis zu 350.000 Kilometern anzugeben ist (vgl. beispielhaft OLG Köln, Urteil vom 20.02.2013 – 13 U 162/09 –, a.a.O.; KG Berlin, Urteil vom 23.05.2013 – 8 U 58/12 –, a.a.O.; sowie die Übersicht bei Kaiser, a.a.O., Rdnr. 261). 50
- Der Wert der Gebrauchsvorteile ist für den von ihm zugrunde zu legenden Zeitpunkt seiner mündlichen Verhandlung vom Landgericht mit 15.090,93 € richtig ermittelt worden. Im Berufungsverfahren sind dem Kläger weitere anzurechnende Gebrauchsvorteile entstanden, die ebenfalls von der Schadensersatzforderung in Abzug zu bringen sind. Die Gesamtsumme der Gebrauchsvorteile beträgt 16.258,98 €. Bei einer Laufleistung bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat von (171.977 km – 8.100 km =) 163.877 km, einer zu erwartenden Gesamtfahrleistung von 250.000 km (bei Berücksichtigung eines Anfangsstandes von 8.100 km) und einem Kaufpreis von 24.000,00 € ermitteln sich die Gebrauchsvorteile wie folgt: 51

163.877 km Fahrleistung : 241.900 km Rest-Gesamtleistung x 24.000,00 € gezahlter Kaufpreis = 16.258,98 €.

Abgesetzt vom gezahlten Kaufpreis von 24.000,00 € beläuft sich der dem Kläger zu erstattende Restkaufpreis auf (24.000,00 € - 16.258,98 € =) 7.741,02 €. 53

2. Zinsen nach § 849 BGB kann der Kläger – nur – in der Form beanspruchen, dass er Zinsen in Höhe von 4% aus dem Betrag, der nach Abzug der zu berücksichtigenden Gebrauchsvorteile vom Kaufpreis verbleibt, verlangen kann, und zwar ab Zahlung des Kaufpreises am 03.05.2011 bis zur am 18.07.2018 eingetretenen Rechtshängigkeit und danach in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. 54

a. 55

Dem Kläger stehen Zinsen gemäß § 849 BGB dem Grunde nach zu. Denn nach der Rechtsprechung des BGH (s. Ur. v. 26.11.2007 - II ZR 167/06 = NJW 2008, 1084) liegt die Entziehung einer Sache iSv § 849 BGB auch dann vor, wenn der Geschädigte durch eine unerlaubte Handlung zur Überlassung eines Geldbetrages bestimmt wird. Dies liegt im Streitfall aufgrund der durch die sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB veranlassten Zahlung des Kaufpreises vor. Dass die Klägerin als Gegenleistung für die Kaufpreiszahlung die Nutzung des ihr überlassenen Fahrzeugs erlangt hat, wird durch die nachfolgend unter b. begründete Anrechnung der gezogenen Nutzungen von dem von der Beklagten zu erstattenden Kaufpreis berücksichtigt. 56

b. 57

Entgegen der Ansicht des Klägers erfasst der aus § 849 BGB folgende Zinsanspruch nicht den vollen Kaufpreis, sondern nur den Betrag, der nach Abzug der zu berücksichtigenden Gebrauchsvorteile als Schaden im Sinne von § 249 BGB verbleibt. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des § 849 BGB, wonach Zinsen lediglich auf den zu ersetzenden Betrag geschuldet werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Nutzung des Fahrzeugs zu einer fortlaufenden Reduzierung des Schadens während der Gebrauchszeit führt. § 849 BGB soll jedoch nach allgemeiner Auffassung lediglich zur Vermeidung von Nachweisschwierigkeiten eine pauschale Nutzungsentschädigung durch Verzinsung des Ersatzanspruchs gewähren (vgl. nur Palandt – Sprau, 78. Auflage, § 849, Rdnr. 1). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass dem Kläger Ersatz dafür gewährt werden soll, dass er infolge der Zahlung des Kaufpreises für das streitgegenständliche Fahrzeug mit seinem Geld nicht anderweitig wirtschaften konnte. Bei Berücksichtigung der Differenztheorie konnte der Kläger aber nicht etwa mit dem gesamten von ihm gezahlten Kaufpreis nicht anderweitig wirtschaften, sondern nur mit dem Betrag, der nach Berücksichtigung des zugleich erlangten Gebrauchsvorteils verbleibt, da er den restlichen Betrag bei Wegfall des schädigenden Ereignisses für die Ermöglichung der Nutzung eines Kraftfahrzeugs hätte aufwenden müssen. Hinsichtlich des weitergehenden Betrages ist die Berufung des Klägers unbegründet. 58

c. Mit Eintritt der Rechtshängigkeit ist gemäß § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB Verzug eingetreten, so dass dem Kläger ab diesem Zeitpunkt nach den §§ 288 Abs. 1, 291 BGB die beantragten Verzugszinsen zustehen. 59

3. Entgegen der Ansicht des Landgerichts steht dem Kläger allerdings ein Anspruch auf Freistellung von vorprozessualen Anwaltskosten zu. Entgegen der Ansicht der Berufung der Beklagten durfte der von ihr geschädigte Kläger es gemäß den §§ 826, 249 BGB als 60

erforderlich erachten, sich zur Durchsetzung seiner Schadensersatzansprüche anwaltlicher Hilfe zu bedienen. Der Gegenstandswert bestimmt sich nach dem berechtigten Schadensersatzbegehren des Klägers iHv 7.741,02 €. Demgemäß berechnet sich die angemessene 1,3 - Geschäftsgebühr x 405 € auf 526,50 €, womit sich plus Auslagenpauschale von 20,-- € und Mehrwertsteuer ein Freistellungsbetrag von 650,34 € ergibt. Der Befreiungsanspruch ist nicht zu verzinsen (vgl. Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 288 Rn. 14 m.w.N.)

C. 61

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 62

D. 63

Der Senat hat die Revision zugelassen im Hinblick auf die Haftung der Beklagten aus § 826 BGB, die Anrechnung von Gebrauchsvorteilen und die begehrten (teilweise zuerkannten, teilweise abgewiesenen) Zinsen nach § 849 BGB. 64

E. 65

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 24.000,00 €, davon entfallen auf die Berufung des Klägers 15.090,93 € und auf die Berufung der Beklagten 8.909,07 €. 66