
Datum: 27.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 1. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 U 83/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0327.1U83.19.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 20 O 207/18

Schlagworte: vorsätzliche sittenwidrige Schädigung; unerlaubte Abschalteinrichtung; Vorteilsausgleich; Deliktzinsen

Normen: § 826 BGB; § 849 BGB; §§ 249 ff BGB;; § 92 ZPO; § 291 ZPO;

Leitsätze:

1. Zur Deliktshaftung aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung bei Inverkehrbringen eines Kraftfahrzeuges mit einer unerlaubten Abschalteinrichtung.
2. Der Geschädigte muss sich den Wert der gezogenen Nutzungen als Vorteilsausgleich anrechnen lassen. Der Wert kann aus allgemein zugänglichen Quellen geschätzt werden.
3. Erhält der geschädigte Fahrzeugkäufer im Fall der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch Inverkehrbringen eines Kraftfahrzeuges mit einer unerlaubten Abschalteinrichtung im Gegenzug zur Hingabe des Kaufpreises ein werthaltiges Fahrzeug, liegen die Voraussetzungen für eine Verzinsung der Ersatzsumme nach den Grundsätzen des sogenannten Deliktzinses nicht vor.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 4. September 2019 – 20 O 207/18 – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert wie folgt neu gefasst:

„Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 8.781,19 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 8.956,64 € vom 21. Januar 2019 bis zum 14. Februar 2020 und seit dem 15. Februar 2020 aus einem Betrag von 8.781,19 € Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw Skoda A 1,6 TDI mit der FIN: B zu zahlen.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, die Klägerin von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 808,13 € freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 25 % und die Beklagte zu 75 %; die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin zu 26 % und die Beklagte zu 74 %.

Dieses Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, sofern nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e:

I.

1. Die Klägerin erwarb am 21. Mai 2013 einen Pkw Skoda A 1,6 TDI mit der FIN: B als Gebrauchtwagen zu einem Kaufpreis von 12.990 € brutto. Zum Zeitpunkt des Kaufs betrug der Kilometerstand 36.500 km. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet. Die Beklagte ist Entwicklerin und Herstellerin des vorgenannten Motors. In dem Fahrzeug der Klägerin wie auch in anderen Fahrzeugen mit demselben Motortyp wurde eine Software eingesetzt, die zwei unterschiedliche Betriebsmodi zur Steuerung der Abgasrückführung kennt. Im Modus 1, der im unter Laborbedingungen festgelegten Fahrzyklus (NEFZ) aktiviert wird, kommt es zu einer erhöhten Abgasrückführung und damit zu einem reduzierten Schadstoffausstoß. In diesem Modus halten die Fahrzeuge mit einem entsprechenden Motor die Vorgaben des NEF-Zyklus ein. Unter normalen Fahrbedingungen im Straßenverkehr ist hingegen der Modus 0 aktiv, in dem es zu einer verringerten Abgasrückführung und einem um ein Vielfaches erhöhten Schadstoffausstoß kommt. Den Käufern von Fahrzeugen mit den entsprechenden Motoren wird seitens der Verkäufer bzw. des Herstellers angeboten, das Fahrzeug kostenfrei mit einer von der Beklagten bereitgestellten Programmaktualisierung nachzurüsten zu lassen, die dazu führt, dass sich das Fahrzeug durchgängig im Modus 1 befindet. Die zuständige Behörde hat die Programmaktualisierung freigegeben. Nach Bekanntwerden der vorstehenden Manipulation im Rahmen der medialen Berichterstattung Ende September 2015 verpflichtete das Kraftfahrtbundesamt die Beklagte mit Schreiben vom 15. Oktober 2015, bei allen vom sog. „Abgasskandal“ betroffenen Fahrzeugen mit dem Aggregat EA 189 EU 5 die seiner

1

2

3

Auffassung nach unzulässige Abschalteneinrichtung zu entfernen sowie den Nachweis zu führen, dass danach alle technischen Anforderungen vorschriftsgemäß erfüllt werden. Die Umsetzung der Maßnahmen erfolgte nach einem mit dem Kraftfahrtbundesamt abgestimmten Maßnahmen- und Zeitplan. Nachdem das Kraftfahrtbundesamt das Software-Update für den Pkw Skoda A freigegeben hatte, ließ die Klägerin dieses am 24. April 2018 auf das streitgegenständliche Fahrzeug aufspielen. Der Skoda A wies am 15. August 2019, dem Tag der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz, einen Tachostand von 118.316 km auf.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe ihr vorsätzlich und sittenwidrig einen Schaden zugefügt. Hierzu hat sie behauptet, die Entwicklungsabteilung der Beklagten habe nicht ohne Kenntnis des Vorstands entschieden, die Manipulationssoftware serienmäßig einbauen zu lassen. Hätte sie – die Klägerin – davon gewusst, so hätte sie das in Rede stehende Fahrzeug nicht erworben. Der Pkw Skoda A könne eine Laufleistung von mindestens 300.000 km erreichen. 4

Sie hat zuletzt beantragt, 5

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 8.956,65 € nebst Zinsen von 4 % p.a. aus einem Betrag i.H.v. 12.990 € ab dem 31. Mai 2013 und von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag i.H.v. 8.956,65 € ab Rechtshängigkeit Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw Skoda A 1,6 TDI mit der FIN: B zu zahlen und 6

2. die Beklagte zu verurteilen, sie von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 808,13 € freizustellen. 7

Die Beklagte hat beantragt, 8

die Klage abzuweisen. 9

Sie hat die Auffassung vertreten, das Fahrzeug sei schon nicht mangelhaft gewesen, weil es technisch sicher und uneingeschränkt gebrauchstauglich sei. Durch das aufgespielte Software-Update sei dann – selbst wenn man dies anders werten sollte – ein Mangel zwischenzeitlich vollständig beseitigt worden. Ihr Vorstand habe überdies weder von der Programmierung noch von der Verwendung der manipulierten Software im in Rede stehenden Fahrzeugtyp Kenntnis gehabt. 10

2. Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 8.956,65 € nebst Deliktzinsen in Höhe von 4 % p.a. aus einem Betrag in Höhe von 12.990 € aus der Zeit vom 31. Mai 2013 bis zum 21. Januar 2019 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 8.956,65 € ab dem 22. Januar 2019 zu zahlen Zug-um-Zug gegen Herausgabe und Übereignung des in Rede stehenden Fahrzeugs. Ferner hat es die Beklagte zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 808,13 € verurteilt. Es hat die Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte auf vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) gestützt. Die Beklagte habe durch das Inverkehrbringen des von ihr hergestellten und mit der Umschaltsoftware ausgestatteten Motors gegen die guten Sitten verstoßen. Daher könne die Klägerin auch eine Verzinsung gemäß § 849 BGB fordern. 11

3. Hiergegen wendet sich die Berufung der Beklagten, die ihre Verurteilung vollumfänglich bekämpft. Der Anspruch scheitere bereits an einem ersatzfähigen Schaden. Allein ein ungewollter Vertragsschluss vermöge einen Schaden nicht zu begründen. Der Bundesgerichtshof verlange vielmehr, dass die Leistung für die Zwecke des Käufers nicht voll 12

brauchbar ist. Das Fahrzeug sei jedoch jederzeit für seine Zwecke brauchbar gewesen. Auch wirtschaftlich sei der Vertragsschluss für die Klägerin nicht nachteilig gewesen. Es habe keine softwarebedingte Vermögenseinbußen gegeben, zumal zwischenzeitlich das vom KBA freigegebene Update der Software für die Motorsteuerung aufgespielt sei. Das Fahrzeug verliere daher nicht seine Zulassung. Es erleide auch keine technischen Nachteile durch das Update. Deliktzinsen schulde die Beklagte unabhängig von der Frage ihrer Haftung im Übrigen nicht.

Die Beklagte beantragt, 13

das am 4. September 2019 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn – 20 O 207/18 – im 14
Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die 17
angefochtene Entscheidung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das 18
angefochtene Urteil und den Inhalt der zu den Akten gereichten wechselseitigen Schriftsätze
nebst Anlagen Bezug genommen.

II. 19

Die zulässige, form- und fristgerechte Berufung der Beklagten hat lediglich im tenorierten 20
Umfang Erfolg. Mit Recht wendet die Beklagte sich gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von
Deliktzinsen nach § 849 BGB. Im Übrigen ist die landgerichtliche Entscheidung zutreffend.
Die weitergehende Abänderung des Zahlungstenors des erstinstanzlichen Urteils beruht auf
dem Umstand, dass infolge der zwischenzeitlich erfolgten weiteren Nutzung des Fahrzeuges
(Laufleistung zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zweiter Instanz: 121.875
km) auf den Zahlungsanspruch der Klägerin eine höhere Nutzungsentschädigung
anzurechnen ist.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus § 826, § 31 BGB einen Anspruch auf 21
Schadensersatz in Höhe des aufgewandten Kaufpreises abzüglich Ersatzes für die erlangten
Gebrauchsvorteile und Zug um Zug gegen Übereignung des von ihr erworbenen
Personenkraftwagens. Die Beklagte hat der Klägerin, wie bereits das Landgericht zutreffend
dargelegt hat, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden
zugefügt. Der Senat sieht sich mit Blick auf die insoweit zu beurteilenden Rechtsfragen in
Übereinstimmung mit der Auffassung anderer Senate des Hauses (vgl. nur OLG Köln,
Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18, MDR 2019, 222, zitiert juris Rn. 27 ff; vom 27.
Juni 2019 – 27 U 14/19, nv, zitiert juris Rn. 9 ff; Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18, nv,
zitiert juris Rn. 7 ff) sowie anderer Oberlandesgerichte (vgl. etwa OLG Koblenz, Urteil vom 12.
Juni 2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237, zitiert juris Rn. 22; KG Berlin, Urteil vom 26.
September 2019 – 4 U 51/19, nv, zitiert juris Rn. 30 ff; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.
Oktober 2019 – 13 U 73/19, MDR 2020, 28, zitiert juris Rn. 10 ff; OLG Karlsruhe, Urteil vom
6. November 2019 – 13 U 37/19, nv, zitiert juris Rn. 17; jeweils mwN; aA OLG Braunschweig,
Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17, ZIP 2019, 815, zitiert juris Rn. 186 ff).

a) Schädigungshandlung ist das Inverkehrbringen des mit der in Rede stehenden Umschaltlogik versehenen Fahrzeugs.

aa) Mit der Inverkehrgabe des Fahrzeugs bringt der Hersteller jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden darf, das heißt über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typgenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen KBA erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (im Folgenden: FZV) dürfen Fahrzeuge nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind, was gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 FZV voraussetzt, dass sie einem genehmigten Typ entsprechen. Wird die EG-Typgenehmigung entzogen oder mit Nebenbestimmungen versehen, entspricht das Fahrzeug – im Fall der Nebenbestimmung: bis zur Nachrüstung - keinem genehmigten Typ mehr. Die Zulassungsbehörde kann dem Eigentümer oder Halter dann gemäß § 5 Abs. 1 FZV eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen. 23

bb) Der Käufer eines Kraftfahrzeugs kann vor diesem Hintergrund 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 der Inverkehrgabe des Fahrzeugs der Erklärungswert beizumessen, dass auch die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung vorlagen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18, nv, zitiert juris Rn. 4 f.; vom 29. November 2018 - 18 U 70/18, MDR 2019, 222, zitiert juris Rn. 43). 24

cc) Im Streitfall verfügte das Fahrzeug indes entgegen dem konkludenten Erklärungswert bei Inverkehrgabe gerade nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine Umschaltlogik enthielt, die als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist, weshalb die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht gegeben waren (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133, zitiert juris Rn. 5 ff.). 25

b) Durch das Verhalten der Beklagten ist der Klägerin ein Schaden entstanden, der bereits im Abschluss des Kaufvertrags zu sehen ist. 26

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. Juli 2004 - II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, zitiert juris Rn. 41; vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 15/14, NJW-RR 2015, 275, zitiert juris Rn. 19). Letzteres ist im Streitfall gegeben. Der Schaden der Klägerin als Käufer eines Kraftfahrzeugs liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, weil der konkret abgeschlossene Vertrag beziehungsweise die Eigenschaften des Kaufgegenstands nicht ihren berechtigten Erwartungen entsprach und überdies die Leistung für ihre Zwecke – Einsatz im Straßenverkehr - nicht ohne Einschränkung brauchbar war, nachdem wegen der Verwendung einer unzulässigen 27

Abschalteinrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung, also bei Verbleib des Fahrzeugs im Auslieferungszustand, die Stilllegung drohte.

bb) Dieser der Klägerin entstandene Schaden wird auch nicht dadurch kompensiert, dass die Klägerin zwischenzeitlich das von der Beklagten zur Verfügung gestellte Software-Update hat installieren lassen, so dass das streitgegenständliche Fahrzeug wieder die in der Typgenehmigung ausgewiesene Schadstoffklasse aufweist. Entscheidend ist vielmehr, dass die Klägerin durch ein haftungsbegründendes Verhalten der Beklagten zum Abschluss eines Vertrags verleitet wurde, den sie ohne dieses Verhalten nicht geschlossen hätte. Dementsprechend kommt es allein auf die Umstände im Zeitpunkt des Ankaufs des Fahrzeugs durch die Klägerin an. Denn § 826 BGB schützt auch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Geschädigten, ohne dass es darauf ankäme, ob sich ein Wertverlust bereits realisiert hat (vgl. MünchKomm-BGB/Wagner, 7. Aufl., § 826 Rn. 43). 28

c) Die Täuschung war auch ursächlich für den Kaufvertragsabschluss. 29

aa) Es entspricht der Lebenserfahrung, dass die Klägerin – wie sie dies auch geltend gemacht hat – vom Kauf des Fahrzeugs Abstand genommen hätte, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass das Fahrzeug zwar formal über eine EG-Typgenehmigung verfügt, aber wegen Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohten. Zwar mag die Entscheidung für den Kauf eines bestimmten Kraftfahrzeugmodells von einem ganzen Motivbündel getragen sein. Vorliegend geht es aber um die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs und, soweit diese in Frage steht, um die drohende Stilllegung. Die weiteren Motive für die Wahl des konkreten Modells treten demgegenüber in den Hintergrund, weil dieser Mangel den elementaren Zweck des Autokaufs, nämlich die Fortbewegung auf öffentlichen Straßen, gefährdet. Im Hinblick auf diesen klaren Bezug zur Kaufentscheidung droht hier auch keine dem Zweck der Haftungsnorm widersprechende, uferlose Ausweitung der Haftung nach § 826 BGB (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19, nv, zitiert Rn. 36). 30

bb) Dass die Klägerin das Fahrzeug nicht unmittelbar von der Beklagten sondern bei einem Händler erworben hat, stellt den Kausalzusammenhang nicht in Frage. Durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs hat die Beklagte den Kausalverlauf bewusst unter Einschaltung ihres Vertriebssystems in Gang gesetzt. Die mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundene konkludente Täuschung über das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die EG-Typgenehmigung wirkt auch fort, weil hinsichtlich derartiger Angaben der Fahrzeughändler lediglich das durch den Hersteller vermittelte Wissen weitergibt und der Käufer insoweit auf die Herstellerangaben sowie auf die Seriosität des Herstellers vertraut. Diese Täuschung wirkt bei allen weiteren Verkäufen in der Käuferkette (jedenfalls vor Aufdeckung der Abschalteinrichtung) fort (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 29. April 2019 – 16 U 30/19, nv, zitiert juris Rn. 6). 31

cc) Das Vorgehen der Beklagten, die mit einer Software wie der in Rede stehenden Art ausgerüsteten Motoren in den Verkehr zu bringen, war auch nicht nur unter ganz besonderen, außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Umständen geeignet, den Schaden herbeizuführen. Vielmehr war es so, dass die Motoren gerade für den Einbau in die zur Veräußerung bestimmten Fahrzeuge vorgesehen waren und das heimliche Vorgehen hinsichtlich der eingesetzten Software nur dann sinnvoll war, wenn man davon ausging, dass die zuständigen öffentlichen Stellen, Händler, Kunden und Letzterwerber nicht in Kenntnis gesetzt werden sollten. Dementsprechend war der Eintritt solcher Schäden, wie sie die 32

Klägerin erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern sogar bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sicher zu erwarten.

d) Diese Täuschungshandlung ist als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB zu qualifizieren. 33

aa) Ein Verhalten ist sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt; in diese rechtliche Beurteilung ist einzubeziehen, ob es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2010 - VI ZR 248/08, zitiert juris Rn. 13; vom 20. November 2012 – VI ZR 268/11, NJW-RR 2013, 550, zitiert juris Rn. 25; vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15, NJW 2017, 250, zitiert juris Rn. 16; Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl., § 826 Rn. 4). 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 (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2013 - VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380, zitiert juris Rn. 8; vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15, NJW 2017, 250, zitiert juris Rn. 16; jeweils mwN). 34

bb) Hiernach ist von einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten auszugehen. 35

(1) Als Beweggrund für das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs kommt allein eine angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen in Betracht. Es erscheint lebensfremd, dass die Beklagte das mit der Verwendung der Abschaltsoftware verbundene erhebliche Risiko ohne wirtschaftlichen Vorteil eingegangen wäre (ebenso OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18, nv, zitiert juris Rn. 20). Auch die Beklagte selbst trägt keinen anderen Grund vor. 36

(2) Zwar ist allein ein Handeln mit Gewinnstreben nicht als verwerflich zu beurteilen. Im Hinblick auf das eingesetzte Mittel ist das Handeln im Streitfall jedoch verwerflich. Bereits das Ausmaß der (konkludenten) Täuschung rechtfertigt das besondere Unwerturteil. Wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren und zwischenzeitlich auch allgemein bekannt (§ 291 ZPO) ist, wurde die unzulässige Abschalteinrichtung in einer hohen Zahl von Fahrzeugen verschiedener Marken des Konzerns verbaut, mit der Folge einer entsprechend hohen Zahl getäuschter Käufer. 37

(3) Dieses Ergebnis ist auch nicht unter Schutzzweckgesichtspunkten zu korrigieren. Zwar ist die Haftung beschränkt auf die Schäden, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen, das heißt in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1985 - II ZR 109/84, BGHZ 96, 231, zitiert juris Rn. 15; MünchKomm-BGB/Wagner, 7. Aufl., § 826 Rn. 22). Die Haftung aus § 826 BGB knüpft indes nicht unmittelbar an den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 an, sondern folgt aus der mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundenen Täuschung über die Erfüllung der materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen. Diese Pflichtverletzung ist für den Rechtskreis des Käufers ersichtlich von Bedeutung, weil über einen die Kaufentscheidung wesentlich beeinflussenden Umstand getäuscht wird (OLG 38

e) Bei der Beklagten lagen auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung gemäß §§ 826, 31 BGB vor. 39

aa) In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 40

(1) Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz enthält ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2013 - VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380, zitiert juris Rn. 12; vom 4. Juni 2013 - VI ZR 288/12, NJW-RR 2013, 1488, zitiert juris Rn. 22; vom 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10, NJW-RR 2012, 404, zitiert juris Rn. 10; vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15, NJW 2017, 250, zitiert juris Rn. 25; jeweils mwN). Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement: Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Dabei setzt § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei dieser nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Schaden im Sinn des § 826 BGB nicht nur in der Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter liegt, sondern vielmehr jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage genügt, einschließlich der sittenwidrigen Belastung fremden Vermögens mit einem Verlustrisiko (BGH, Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, NJW 2004, 3706, zitiert juris Rn. 38; vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, zitiert 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. November 2012 - VI ZR 268/11, NJW-RR 2013, 550, zitiert juris Rn. 33; vom 20. Dezember 2011 – VI ZR 309/10, NJW-RR 2012, 404, zitiert juris Rn. 11). 41

(2) Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (BGH, Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, NJW 2004, 3706, zitiert juris Rn. 36). 42

(3) Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit lässt sich nicht dadurch begründen, dass unter Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und -zusammenrechnung auf die „im Hause“ der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse abgestellt wird. Insbesondere lässt sich eine die Sittenwidrigkeit begründende bewusste Täuschung nicht durch mosaikartiges Zusammenrechnen der bei verschiedenen Mitarbeitern der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse konstruieren. 43

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. Juni 2016 - VI ZR 536/15, NJW 2017, 240, zitiert juris Rn. 13, 23, 25 f.). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ weit auszulegen: „Verfassungsmäßig berufene Vertreter“ sind danach auch Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (sogenannte Repräsentantenhaftung, vgl. BGH, Urteil vom 5. März 1998 - III ZR 183/96, NJW 1998, 1854, zitiert juris Rn. 18; vom 30. Oktober 1967 - VII ZR 82/65, BGHZ 49, 19, zitiert juris Rn. 11; auch in der neueren Rechtsprechung zu § 826 BGB verweist der Bundesgerichtshof ausdrücklich unter Bezugnahme auf das Urteil vom 30. Oktober 1967 auf die weite Auslegung des Begriffs „verfassungsmäßig berufener Vertreter“, vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 541/15, juris Rn. 14; vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15, NJW 2017, 240, zitiert juris Rn. 13).

bb) Bei der Beklagten lagen die dargestellten subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB vor. Nach dem Sach- und Streitstand steht fest, dass der Vorstand der Beklagten, jedenfalls aber die Mitarbeiter des oberen Managements der Beklagten nicht nur über umfassende Kenntnisse von dem Einsatz der Software zur Motorsteuerung verfügten, sondern die Herstellung und das Inverkehrbringen der entsprechend ausgerüsteten Motoren in der Vorstellung veranlasst haben, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis weiter veräußert werden würden, obwohl die materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen fehlten und dies für die Käufer wesentlich war. 44

(1) Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen von §§ 826, 31 BGB grundsätzlich beim Geschädigten und damit bei der Klägerseite (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 - VI ZR 231/06, BGHZ 175, 58, zitiert juris Rn. 21; vom 4. Dezember 2012 - VI ZR 378/11, WM 2013, 306, zitiert juris Rn. 13). Allerdings trifft die Beklagte im Streitfall eine sekundäre Darlegungslast. Die Klägerin, die bereits in erster Instanz vorgetragen hat, die Beklagte habe sie vorsätzlich getäuscht, wobei der Vorstand der Beklagten von der Manipulation gewusst und mit entsprechendem Schädigungsvorsatz gehandelt habe, steht außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs, während die Beklagte alle wesentlichen Tatsachen kennt. Dann genügt nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast ein einfaches Bestreiten des Anspruchsgegners indes nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2014 - V ZR 45/13, NJW 2015, 619, zitiert juris Rn. 22; vom 3. Mai 2016 - II ZR 311/14, NJW 2017, 886, zitiert juris Rn. 18 f.; jeweils mwN). Aus diesem Grund wird in Fällen der Haftung des Herstellers im Abgasskandal in der obergerichtlichen Rechtsprechung für die Beklagte mit Recht eine sekundäre Darlegungslast angenommen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18, MDR 2019, 222, zitiert juris Rn. 28 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18, nv, zitiert juris Rn. 25 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19, nv, zitiert juris Rn. 79 ff.). 45

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

(3) Demgegenüber verfängt der Einwand, die Grundsätze der sekundären Darlegungslast könnten nicht eingreifen, weil die Klägerin schon nicht substantiiert vorgetragen habe, nicht. Richtig ist, dass es auf den Umfang der sekundären Darlegungslast nur ankommt, wenn der Anspruchsteller der ihn treffenden primären Darlegungslast überhaupt nachgekommen ist. Da die Klägerin hier jedoch außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihr entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen, so dass sie letztlich nur aufgrund öffentlich zugänglicher Quellen und der Äußerungen der Beklagten selbst Behauptungen in Bezug auf die streitgegenständliche Vorgänge aufstellen kann, sind insoweit bereits allgemeine Behauptungen ausreichend und eine weitere Substantiierung nicht erforderlich. Es ist anerkannt, dass im Falle der Nichterfüllung der sekundären Darlegungslast die Behauptung des primär Darlegungspflichtigen gerade trotz ihrer mangelnden Substantiierung als zugestanden gilt (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1982 – VIII ZR 279/81, BGHZ 86, 23, zitiert juris Rn. 26; vom 7. Dezember 1998 – II ZR 266/97, BGHZ 140, 156, zitiert juris Rn. 11; vom 20. Oktober 2005 – IX ZR 276/02, NJW-RR 2006, 552, zitiert juris Rn. 11; jeweils mwN).

47

(4) Der Beklagten ist es auch zumutbar, dazu vorzutragen, wer, wann und weshalb den Einsatz der nämlichen Software zur Motorsteuerung veranlasst hat. Bei der gebotenen Abwägung im Einzelfall ist das diesbezügliche Interesse der Beklagten, keine näheren Angaben zu machen, geringer zu gewichten als das Interesse der Klägerin am Erhalt der entsprechenden Auskünfte. Ausschlaggebend ist, 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 die Klägerin, ohne dass ihr dies vorzuwerfen wäre, in Unkenntnis über die internen Geschehnisse im Zusammenhang mit der Entwicklung und dem Einsatz der streitgegenständlichen Software ist. Unzweifelhaft wäre es der Beklagten zudem möglich, jedenfalls allgemein darzulegen, wie bei ihr entsprechende Entscheidungsabläufe organisiert sind. Richtig ist im Übrigen, dass die Beklagte hiermit der Klägerin unter Umständen entscheidende Informationen liefern könnte. Eine von der Beklagten befürchtete Ausforschung ist hierin aber nicht zu sehen. Zum einen hat die Klägerin greifbare Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten auf der Vorstandsebene oder jedenfalls des oberen Managements der Beklagten vorgetragen. Zum anderen steht ohnehin fest, dass ein konkretes, im Verantwortungsbereich der Beklagten liegendes Fehlverhalten zu einer Schädigung der Klägerin geführt hat. Fraglich ist allein, welchen konkreten Personen dieses Fehlverhalten anzulasten ist. Die Beklagte erkennt zudem, dass sie nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast nicht etwa gehalten ist, der Klägerin im Sinne einer allgemeinen Aufklärungspflicht Informationen zu erteilen, die ihrer Klage erst zum Erfolg verhelfen. Zur Erfüllung der sekundären Darlegungslast muss der Prozessgegner vielmehr

48

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 der Klägerin nicht unterrichtet war.

(5) Der Annahme einer sekundären Darlegungslast der Beklagten steht schließlich nicht entgegen, dass die Beklagte eine negative Tatsache darzulegen hätte. Denn es wäre der Beklagten ohne weiteres möglich, dazu vorzutragen, warum die von der Klägerin vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine Beteiligung ihres Vorstandes nicht zulassen sollten (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014 – IV ZR 90/13, NJW 2015, 947, zitiert juris Rn. 17 ff). Zwar setzt die Zumutbarkeit weiteren Vortrags seitens der nicht beweisbelasteten Partei stets besondere Anknüpfungspunkte voraus. Vorliegend hat die Klägerin aber – teils unter Hinweis auf allgemein zugängliche Quellen – Anhaltspunkte vorgetragen, zu denen die Beklagte sich hätte erklären können. Der Beklagten wird damit auch nichts Unmögliches abverlangt. Ausreichend, aber auch erforderlich wäre es nach dem Gesagten, sich mit den von der Klägerin angeführten Indizien auseinanderzusetzen und darzulegen, warum trotz dieser Indizien keine Kenntnis ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter vorgelegen haben soll.

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

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

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

g) Die Klägerin schuldet indes entgegen ihrer Auffassung im Wege des Vorteilsausgleichs Ersatz für die erlangten Gebrauchsvorteile.

aa) Wenn wie im Streitfall der Geschädigte durch Täuschung eines Dritten zum Abschluss eines Vertrags veranlasst wurde, steht ihm im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrags zu, also Ausgleich der für den

Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, zitiert juris Rn. 41; vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 15/14, NJW-RR 2015, 275, zitiert juris Rn. 28). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist außerdem geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12. März 2009 - VII ZR 26/06, NJW 2009, 1870, zitiert juris Rn. 16; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., Vor § 249 Rn. 71). Solange Ersatzanspruch und Vorteil nicht gleichartig sind, muss der Schädiger Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an. Insbesondere bedarf es anders als in den Fällen der §§ 320, 322, 348 BGB keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - XI ZR 536/14, NJW 2015, 3160, zitiert juris Rn. 23 f.).

bb) Danach kann die Klägerin im Streitfall Erstattung der für den Erwerb des Fahrzeugs verauslagten Kosten abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs an die Beklagte verlangen. Bei Berechnung der Entschädigung für die gezogenen Nutzungen ist der für jeden gefahrenen Kilometer in Abzug zu bringende Betrag in der Weise zu ermitteln, dass der vereinbarte Bruttokaufpreis durch die im Kaufzeitpunkt zu erwartende Rest- (beim Gebrauchtwagenkauf) bzw. Gesamtleistung (beim Neuwagenkauf) geteilt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014 - VIII ZR 196/14, Schaden-Praxis 2015, 277, zitiert juris Rn. 3). Auch wenn die Beklagte die Gesamtfahrleistung ihrer Dieselfahrzeuge regelmäßig lediglich mit 200.000 Kilometer angibt, schätzt der Senat diese in seiner ständigen Rechtsprechung analog § 287 ZPO auf 300.000 Kilometer. Dieser Wert hält sich nicht nur innerhalb des üblichen Schätzungsrahmens, der inzwischen bei Personenkraftwagen zwischen 150.000 und 350.000 Kilometern liegt (vgl. beispielhaft OLG Köln, Beschluss vom 18. Mai 2018 – 27 U 13/17, NJW-RR 2018, 1141, zitiert juris Rn. 63; vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18, MDR 2019, 222, zitiert juris Rn. 43; KG Berlin, Urteil vom 23. Mai 2013 – 8 U 58/12, NJW-RR 2014, 57, zitiert nach juris; Staudinger/Kaiser, BGB, 2012, § 346 Rn. 261). Er entspricht auch den aus allgemein zugänglichen Quellen bekannten und gemäß § 291 ZPO zu berücksichtigenden (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 25. Mai 2016 - 1 W 6/16, MDR 2016, 1266, zitiert juris Rn. 19 mwN) Erfahrungswerten verschiedener Nutzer zu den von der Beklagten überdies als langlebig und hochwertig beworbenen Fahrzeugen, die Laufleistungen zwischen 150.000 km und mehr als 400.000 km angeben (vgl. etwa www.motor-talk.de). Nach der üblichen Formel: $\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer} / \text{voraussichtliche Gesamtleistung}$ beläuft sich mithin die vom Kaufpreis abzuziehende Nutzungsentschädigung auf 4.208,81 € (= $12.990 \text{ €} \times (121.875 \text{ km} - 36.500 \text{ km}) / (300.000 \text{ km} - 36.500 \text{ km})$). Die für die Fahrleistung bis zur mündlichen Verhandlung erster Instanz anzusetzende Nutzungsentschädigung beträgt 4.033,36 € (118.316 km anstatt 121.875 km).

cc) Soweit grundsätzliche Einwände gegen die Berücksichtigung der Nutzung des Fahrzeugs als Abzugsposition im Rahmen der deliktischen Haftung vorgebracht werden – etwa dahin, dass der wegen Arglist haftende Hersteller die Wertschöpfung des inkriminierten Warenabsatzes nicht doch noch im Wege der Schadensberechnung zeitweilig realisieren dürfe und so die Präventionsfunktion des Deliktsrechts verfehlt werde (vgl. Heese, NJW 2019, S. 257, 261) – vermögen diese nicht zu überzeugen. Diese Auffassung vernachlässigt, dass die deutsche Zivilrechtsordnung als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB), nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten

55

56

vorsieht. Die Berechnung des Vorteilsausgleichs dient allein dem Zweck, die tatsächlich dem Geschädigten zugeflossenen Nutzungsvorteile abzuschöpfen, der ein technisch voll funktionsfähiges Fahrzeug über einen mehrjährigen Zeitraum und mit nicht unerheblicher Laufleistung ohne Einschränkungen nutzen konnte. Eine Parallele zur Frage des kaufvertraglichen Gewährleistungsanspruchs auf Nachlieferung verbietet sich dagegen. Denn in der die Nachlieferung regelnden Richtlinie 1999/44/EG ist in Art. 3 Abs. 3 ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der Nachlieferung normiert. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht es dem nationalen Gesetzgeber demgegenüber insbesondere frei, im Fall der vertraglichen Rückabwicklung dem Verbraucher die Erstattung von Nutzungsersatz aufzuerlegen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. April 2008 - C-404/06, NJW 2008, 1433, zitiert juris Rn. 39; BGH, Urteil vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08, NJW 2010, 148, zitiert juris Rn. 14 f.). Auch die europarechtlichen Vorschriften zur Typgenehmigung stehen dem nicht entgegen (vgl. ausführlich hierzu OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19, nv, zitiert juris Rn. 110 ff.). Diese enthalten keine Regelungen über die Abwicklung von Kaufverträgen oder der deliktischen Schadensersatzpflicht des Herstellers bei Verstößen. Die Durchsetzung dieser Regelungen obliegt zudem nicht dem Privatrecht, sondern dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht.

dd) Schließlich besteht auch kein Anlass, den Nutzungsersatz im Hinblick auf einen der Sache etwa anhaftenden Mangel herabzusetzen. Die Berücksichtigung des mit dem Mangel verbundenen Minderwerts mag in Betracht kommen, wenn der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich einschränkt. Im Streitfall war indes allein die fortdauernde Nutzbarkeit aus Rechtsgründen nicht sichergestellt, auf den tatsächlichen Gebrauch hatte dies aber keine Auswirkungen. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Klägerin mit dem Fahrzeug über 120.000 Kilometer zurückgelegt hat. 57

2. Die Klägerin hat weiterhin einen Anspruch auf Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Insbesondere ist ihr nicht entgegen zu halten, dass sie nicht sogleich den Klageweg beschritten hat, etwa weil unter allen Umständen eine Einigungsbereitschaft der Beklagten von vorneherein ausgeschlossen gewesen wäre. Wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt ist, besteht bei der Beklagten durchaus Einigungsbereitschaft. Es ist nichts Konkretes dafür ersichtlich, dass die Klägerin mit einer solchen Bereitschaft der Beklagten zwingend erst im Verlauf eines Rechtsstreits rechnen durfte. 58

3. Demgegenüber hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von Zinsen aus dem von ihr für den Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeuges aufgewandten Betrag bereits seit dem Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung. Ein Zinsanspruch besteht erst ab Rechtshängigkeit. 59

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann die Klägerin keine Verzinsung gemäß § 849 BGB fordern. Diese Bestimmung gilt allein für Fälle der ersatzlosen Sachentziehung. Ein derartiger Fall ist hier nicht gegeben, da die Klägerin im Gegenzug zur Hingabe des Geldes ein werthaltiges Fahrzeug erhalten hat. 60

aa) Dem steht nicht entgegen, dass nach dem Wortlaut der Bestimmung der Verletzte, wenn wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen kann, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird. § 849 BGB erfasst jeden Sachverlust durch ein Delikt; auch wenn der Schädiger den Geschädigten durch eine unerlaubte Handlung wie beim Betrug oder der Erpressung dazu bestimmt, eine Sache wegzugeben oder darüber zu verfügen, entzieht er sie ihm (BGH, Urteil vom 26. November 61

2007 – II ZR 167/06, NJW 2008, 1084, zitiert juris Rn. 4; Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl., § 849 Rn. 1; jeweils mwN). Zu den Sachen im Sinne der vorgenannten Bestimmung gehört mit Blick auf deren Sinn und Zweck auch Geld beziehungsweise Buchgeld (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1953 – VI ZR 9/52, BGHZ 8, 288, zitiert juris Rn. 21; vom 26. November 2007, aaO). Hieraus wird zum Teil geschlossen, dass der im Zusammenhang mit dem sogenannten Dieselskandal gegebene Kaufpreis nach § 849 BGB zu verzinsen ist (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19, nv, zitiert juris Rn. 42; OLG Köln, Beschluss vom 27. Juni 2019 - 27 U 14/19, nv, zitiert juris Rn. 33 ff).

bb) Demgegenüber lässt sich aus § 849 BGB kein allgemeiner Grundsatz entnehmen, wonach alle Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung stets und unabhängig vom Vorliegen des Verzuges vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an zu verzinsen sind; bereits dem Wortsinn des § 849 BGB ist zu entnehmen, dass im Falle der Entziehung (nur) der als Wertersatz geschuldete Betrag zu ersetzen ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1962 - III ZR 17/61 -, Ziff. II. 1, 2, BeckRS 1962, 31183446; OLG Frankfurt, Urteil vom 27. November 2019 – 17 U 290/18, nv, zitiert juris Rn. 40). Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung sind dem Geschädigten vielmehr diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen (BGH, Urteil vom 15. November 1967 – VIII ZR 150/65, BGHZ 49, 56, zitiert juris Rn. 15; vom 28. April 2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117, zitiert juris Rn. 85; jeweils mwN). Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstrebenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (BGH, Urteil vom 30. September 2014 - X ZR 126/13, NJW 2015, 553, zitiert juris Rn. 14; vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83, zitiert juris Rn. 18; vom 6. August 2019 – X ZR 165/18, MDR 2019, 1437, zitiert juris Rn. 9; jeweils mwN).

62

Gemessen hieran hat sich der durch den Abgasskandal betroffene Fahrzeugeigentümer auch bei einer noch eröffneten Pauschalierung im Gegenzug auf den Nutzungsverlust der Kaufpreissumme den Fahrzeugwert anrechnen zu lassen; zwischen beiden besteht ein aus den Hauptleistungspflichten des Kaufvertrages herzuleitender adäquat kausaler Zusammenhang im Sinne einer Rechnungseinheit (vgl. nur OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 - 12 U 61/19, WM 2019, 1929, zitiert juris Rn. 69 ff.; KG Berlin, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 51/19, nv, zitiert juris Rn. 158 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18, NJW-RR 2019, 1428, zitiert juris Rn. 99; OLG Schleswig, Urteil vom 22. November 2019 – 17 U 44/19, SchlHA 2019, 473, zitiert juris Rn. 77; OLG Frankfurt, Urteil vom 27. November 2019 – 17 U 290/18, nv, zitiert juris Rn. 46). Eine Anwendung der Zinsregelung des § 849 BGB verstößt in einem solchen Fall demgegenüber gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot. Hiernach soll der Geschädigte nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde (BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83, zitiert juris Rn. 18; vom 4. April 2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350, zitiert juris Rn. 20; jeweils mwN). Im Kaufrecht führt dies dazu, dass der Käufer einer mangelhaften Sache grundsätzlich nicht besser stehen darf, als er bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stünde (BGH, Urteil vom 25. Januar 2013 - V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825, zitiert juris Rn. 13, 16; vom 4. April 2014, aaO).

63

cc) Hiergegen kann die Klägerin im Streitfall schließlich auch bei wertender Betrachtung nicht einwenden, sie sei im Gegenzug zur Zahlung von Nutzungsersatz

64

verpflichtet. Sie unterliegt durch die Berücksichtigung des Fahrzeugwertes nicht etwa einer (ungerechtfertigten) zweifachen Benachteiligung, weil ihr die durch die spätere Nutzung des Fahrzeuges erwachsenen Nutzungsvorteile - wie auch immer - ebenfalls anzurechnen sind und zugleich Deliktzinsen gemäß § 849 BGB versagt werden; infolge der bestimmungsgemäßen Nutzung des Fahrzeuges erwächst ihr vielmehr ein (weiterer) Vorteil, der den zugrundeliegenden Leistungsaustausch unberührt lässt. Unterließe sie die Nutzung des Fahrzeuges, so entfielen notwendigerweise die Anrechnung des ihm durch die Nutzung zugeflossenen Vermögensvorteils (OLG Frankfurt, Urteil vom 27. November 2019, aaO).

b) Ein weitergehender Zinsanspruch folgt auch nicht aus § 286 BGB. Die Voraussetzungen des Zahlungsverzuges sind nicht dargetan. 65

c) Eine Verpflichtung zur Verzinsung besteht damit (erst) ab Rechtshängigkeit aus § 291 BGB. 66

aa) Ist die Pflicht zur Herausgabe einer Sache an den Schädiger lediglich Folge des im Vorteilsausgleich zum Ausdruck kommenden schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots, ist der Schadensersatzanspruch des Gläubigers in seinem Umfang zwar von vorneherein beschränkt, insoweit aber fällig, durchsetzbar und daher auch nach § 291 BGB zu verzinsen (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2004 - III ZR 323/03, NJW-RR 2005, 170, zitiert juris Rn. 6 f.; vom 25. Januar 2013 - V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825, zitiert juris Rn. 11). Bei einer Zuvielforderung im Klageantrag findet § 291 BGB auf den tatsächlich geschuldeten Betrag uneingeschränkt Anwendung. 67

bb) Für den Zeitraum bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist der Schadensersatzbetrag für die Verzinsung maßgebend, der zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht begründet war. Für den Zeitraum danach ist die weitere Nutzung des Fahrzeuges und die im Hinblick auf die Vorteilsausgleichung damit einhergehende Reduzierung der zu verzinsenden Schadensersatzforderung zu berücksichtigen. 68

III. 69

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Dabei war für die Berechnung der Kostenquote ein fiktiver Streitwert zu bilden, um dem wirtschaftlichen Gewicht der als Nebenforderung erfolglos eingeklagten Deliktzinsen gerecht zu werden (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 33. Aufl., § 92, Rn. 11). Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 70

IV. 71

Gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO war die Revision zuzulassen. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts. 72

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 73

8.956,65 €	
------------	--

 74

