
Datum: 30.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 44/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0330.21U44.19.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 9 O 421/18

Tenor:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 16. Mai 2019 – 9 O 421/18 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 22.744,65 € nebst Zinsen in Höhe von vier Prozent seit dem 03. Juli 2013 bis zum 07. Februar 2019 und in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08. Februar 2019 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkws Audi A 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer B zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw Audi A 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer B in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.242,84 € freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen der Kläger 43 % und die Beklagte 57 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung aus diesem Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages

abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger hat im Zuge des Dieselskandals die Beklagte als Herstellerin des Motors in dem von ihm am 02. Juli 2013 gekauften Audi Modell A 2.0 (Motorart EA 189) im Rahmen des Deliktsrechts auf Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises sowie auf Verzinsung des Kaufpreises sowie auf Feststellung des Annahmeverzuges und hilfsweise auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen.

Zur näheren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 Absatz 1 Nummer 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagte abgewiesen, da das Fahrzeug von der Audi AG als Herstellerin stamme. Die Beklagte habe keine Täuschungshandlung vorgenommen. Es fehle an einem Schaden, der nicht in der Hingabe des Kaufpreises liege.

Gegen das am 16. Mai 2019 zugestellte Urteil hat der Kläger mit am 12. Juni 2019 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 16. August 2019 mit an diesem Tag beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit seiner Berufung wendet sich der Kläger (GA Bl. 316-368) gegen das landgerichtliche Urteil mit dem Ziel, unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils eine Verurteilung der Beklagten entsprechend den erstinstanzlich verfolgten Anträgen zu erreichen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils der 9. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 16. Mai 2019 – 9 O 421/18 –

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 43.350,12 € nebst Zinsen in Höhe von vier Prozent seit dem 03. Juli 2013 bis zum 07. Februar 2019 und in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08. Februar 2019 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkws Audi A 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer B zu zahlen;

die Beklagte zu verurteilen, ihn von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.706,94 € freizustellen;

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw Audi A 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer B in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit der Klage stattgegeben worden ist.	
Zum weiteren Vorbringen der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	16
II.	17
Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet.	18
Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 31 BGB in Höhe des aufgewandten Kaufpreises jedoch abzüglich des Ersatzes für den erlangten Nutzungswert Zug um Zug gegen Übereignung des von ihm erworbenen Fahrzeuges zu.	19
Der Kläger ist durch das gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten der Beklagten von dieser vorsätzlich geschädigt worden.	20
Der Senat sieht sich mit Blick auf die insoweit zu beurteilenden Rechtsfragen in Übereinstimmung mit der Auffassung anderer Senate des Hauses (vergleiche OLG Köln, Urteil vom 21. November 2019 – 28 U 21/19; Beschluss vom 15. November 2019 – 19 U 159/19; Beschluss vom 14. November 2019 – 19 U 176/19; Beschluss vom 08. November 2019 – 19 U 53/19; Urteil vom 04. Oktober 2019 – 19 U 98/19; Beschluss vom 27. September 2019 – 19 U 150/19; Urteil vom 19. September 2019 – 7 U 34/19; Urteil vom 06. September 2019 – 19 U 51/19; Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18, juris; Beschluss 27. Juni 2019 – 27 U 14/19, juris; Beschluss 29. April 2019 – 16 U 30/19, juris; Beschluss vom 03. Januar 2019 – 18 U 70/18, MDR 2019, 222-223) sowie anderer Oberlandesgerichte (OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 – 14 U 89/19, juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. November 2019 – 17 U 44/19, juris; OLG Celle, Urteil vom 20. November 2019 – 7 U 244/18, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06. November 2019 – 13 U 37/19, juris, OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19, juris; KG Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 51/19, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18, WM 2019, 1510-1519; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229-1240; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06. November 2019 – 13 U 37/19, juris; andere Ansicht: OLG Braunschweig, Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17, ZIP 2019, 815-827).	21
Die Beklagte hat durch das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen, mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Motors EA 189, der in das Fahrzeug des Klägers eingebaut wurde, den Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt.	22
Der Verstoß gegen die guten Sitten beruht auf dem gezielten Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, insbesondere Artikel 5 Absatz 1 und 2 VO (EG) 715/2007, bei Entwicklung und Einsatz der Abgasregulierungssoftware durch die Beklagte und der anschließenden Abgabe eines entsprechend manipulierten Fahrzeugs in den Markt und den Erwerb durch den ahnungslosen Kläger.	23
Das Verhalten der Beklagten ist als sittenwidrig anzusehen. 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 vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus	24

dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 20. November 2012 VI ZR 268/11, DB 2012, 2858-2860 juris: Tz. 25).

Das Handeln der Beklagten erweist sich als objektiv sittenwidrig. Es liegt ein rechtlich nicht erlaubtes, in großem Stil angelegtes Vorgehen der Beklagten aus reinem Gewinnstreben vor. Die Verwerflichkeit wird durch das systematische Vorgehen und den großen betroffenen Personenkreis vertieft. Dass die Beklagte bis heute den Schaden für die Umwelt und die hierauf bezogene Individualbetroffenheit bagatellisiert, verstärkt die Sittenwidrigkeit. Gleiches gilt für die erheblichen Auswirkungen in der Aufarbeitung der Manipulation für den einzelnen Kunden. Im Element der Profitgier wie des Unterlaufens umweltbewusster Verhaltensweisen sieht der Senat schon für sich ein sittenwidriges Verhalten, das sich mit den weiteren Faktoren in einer Gesamtschau als in besonderer Weise verwerflich darstellt. Im Rahmen einer zusammenfassenden Würdigung kommt der Senat deshalb zu dem Ergebnis, dass das Inverkehrbringen der manipulierten Fahrzeuge und das Verschweigen der Softwaremanipulation gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Als Teil der abstrakt betroffenen Gruppe der Verbraucher kann der Senat dies aufgrund eigener tatrichterlicher Würdigung feststellen (OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229-1240, juris: Tz. 56). Durch ihr Verhalten hat die Beklagte zudem nachhaltig das Vertrauen in den deutschen Automarkt bedroht. 25

Mit der Inverkehrgabe des Motors zum Einbau in ein Fahrzeug bringt der Hersteller 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 Kraftfahrtbundesamts erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Gemäß § 3 Absatz 1 Satz 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung dürfen Fahrzeuge nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind, was gemäß § 3 Absatz 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 Absatz 1 FZV eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen (OLG Köln, Beschluss vom 27. Juni 2019 – 27 U 14/19, juris: Tz. 5). 26

Die planmäßige Programmierung und der Einbau der gesetzlich unzulässigen Abschalteinrichtung stellten dabei ein verwerfliches Verhalten und nicht nur einen schlichten Gesetzesverstoß dar. Die Beklagte hat offenkundig zielgerichtet die Entwicklung einer gesetzlich unzulässigen Abschalteinrichtung vorangetrieben, damit der in das streitgegenständliche Fahrzeug eingebaute Motortyp die gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte für Stickoxid im Prüfstandlauf einhalten und so eine Typgenehmigung erhalten konnte. 27

Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass sich die Täuschung gegen staatliche Behörden, Wettbewerber und Endverbraucher richtete und damit auf unterschiedliche Art eine große 28

Zahl getäuschter Personen als Ziel hatte. Dabei hat sich die Beklagte auch das Vertrauen der Verbraucher in das bei einer unabhängigen Behörde, dem Kraftfahrtbundesamt, zu durchlaufende Genehmigungsverfahren zunutze gemacht (OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229-1240, juris: Tz. 50).

Das Verhalten der Beklagten ging auch zu Lasten der Umwelt, da der tatsächliche NOx-Ausstoß der Fahrzeuge aufgrund der verwendeten Abschalteinrichtung oberhalb der Werte lag, die im Typengenehmigungsverfahren ermittelt worden sind. Dies verletzt in besonders verwerflicher Weise nicht nur Allgemeininteressen, sondern auch elementare Individualinteressen. Die Beklagte kann insoweit nicht für sich in Anspruch nehmen, dass der Schutz der Umwelt eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe sei, so dass der Kläger sich individuell hierauf nicht berufen könne. Soweit die Beeinträchtigung der Umwelt ohne jeden Zweifel eine gesamtgesellschaftliche Betroffenheit auslöst und sich hieraus deren Schutz als gemeinsame Aufgabe entwickelt, besteht die Erfüllung der Aufgabe doch in der Summe des Verhaltens Einzelner. Der Gesetzgeber steuert, etwa über Grenzwerte, das Verhalten Einzelner, was nicht ausschließt, dass sich jeder Verbraucher noch ambitionierter verhält. Der Einzelne kann gerade dadurch einen Beitrag zum Umweltschutz leisten, indem er möglichst umweltschonende Produkte erwirbt. Es stellt sich als Element der Sittenwidrigkeit in der Gesamtschau dar, dieses Bestreben des Einzelnen durch eine gezielte Täuschung zu unterlaufen. Es ist besonders verwerflich, den Einzelnen in dem Glauben zu lassen positiver als andere einen Beitrag zum Umweltschutz zu leisten, während genau das Gegenteil der Fall ist (OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229-1240, juris: Tz. 52).

29

Das Verhalten ist ferner deshalb verwerflich, weil die Software offenkundig kaum erkennbar ist; erst Recht nicht für den Endverbraucher. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte die Entwicklung dieser Software insbesondere deshalb vorantrieb, weil sie von einem geringen Entdeckungsrisiko ausging. Das geringe Entdeckungsrisiko macht eine Schädigung verwerflich, da das Potential eines Schadens wesentlich höher ist, wenn das schädigende Verhalten nur mit erheblichem Aufwand überhaupt aufgedeckt werden kann. Genau dieser besonders hohe Schaden ist eingetreten. Die Beklagte spricht in ihrer Ad-hoc-Mitteilung vom 22. September 2015 davon, dass etwa elf Millionen Fahrzeuge weltweit mit dem Motor der Baureihe EA 189 ausgestattet worden seien. Es war der Beklagten also aufgrund der geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit möglich, etwa elf Millionen Motoren mit Abschalteinrichtung erfolgreich abzusetzen (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. November 2019 – 17 U 44/19, juris: Tz. 31).

30

Dabei hat die Beklagte durch das Inverkehrbringen derartiger Motoren in besonders krassem Maße eine Erwartungshaltung der Käufer enttäuscht, die sie selbst zuvor maßgeblich mit hervorgerufen hatte. So hat der Käufer eines Kraftfahrzeugs eines bereits Jahrzehnte erfolgreich am Markt befindlichen Herstellers ohnehin die – für die Beklagte als Hersteller auch erkennbare – Erwartungshaltung, ein sowohl den gesetzlichen Vorgaben entsprechendes als auch technisch ausgereiftes und daher langlebiges Fahrzeug zu kaufen (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. November 2019 – 17 U 44/19, juris: Tz. 36).

31

Der Beweggrund für die Verwendung der Software ist in einer von der Beklagten angestrebten Profitmaximierung zu sehen. Ziel für die Handlung der Beklagten war es, die Höchstgrenzen des NOx-Ausstoßes einzuhalten und so die Typengenehmigung für die Fahrzeuge zu erhalten. Auf diese Weise sollte auf kostengünstigem Weg die Einhaltung der im multikausalen Interesse festgesetzten gesetzlichen Abgasgrenzwerte vorgetäuscht

32

werden. Eine Einhaltung der Werte ohne die Steuerungssoftware war zum Zeitpunkt von deren Einbau entweder gar nicht möglich, mit großen Kosten oder technischen Schwierigkeiten verbunden. Einen anderen Grund für die Verwendung der Software hat die Beklagte weder vorgetragen noch ist ein solcher ersichtlich (OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229-1240, juris: Tz. 48).

Die technische Lösung musste zudem nach dem Bekanntwerden der Abschaltseinrichtung zunächst entwickelt, vom Kraftfahrtbundesamt freigegeben und dann auf diverse Fahrzeugvarianten angepasst werden. Wenn dies zum Zeitpunkt der Fahrzeugfabrikation schon problemlos und ohne großen Kostenaufwand möglich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte den Weg der Abschaltseinrichtung überhaupt gewählt hat (OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229-1240, juris: Tz. 49). 33

Durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten ist dem Kläger auch ein Schaden entstanden, der bereits im Abschluss des Kaufvertrags zu sehen ist. 34

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. Letzteres ist hier gegeben. Der Schaden des Klägers als Käufer eines Kraftfahrzeugs liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, weil der konkret abgeschlossene Vertrag beziehungsweise die Eigenschaften des Kaufgegenstands nicht seinen berechtigten Erwartungen entsprachen und überdies die Leistung für seine Zwecke – Einsatz im Straßenverkehr – nicht ohne Einschränkung brauchbar war, nachdem wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung beziehungsweise die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung, also bei Verbleib des Fahrzeugs im Auslieferungszustand, die Stilllegung drohte. Entgegen der Ansicht der Beklagten stellte sich der Abschluss des Kaufvertrages für den Kläger als sowohl wirtschaftlich aber auch konkret subjektiv nachteilig dar. 35

Dieser dem Kläger entstandene Schaden wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Kläger zwischenzeitlich das von der Beklagten zur Verfügung gestellte Software-Update hat installieren lassen, so dass das streitgegenständliche Fahrzeug wieder die in der Typengenehmigung ausgewiesene Schadstoffklasse aufweist. Entscheidend ist vielmehr, dass der Kläger durch ein haftungsbegründendes Verhalten der Beklagten zum Abschluss eines Vertrags verleitet wurde, den er ohne dieses Verhalten nicht geschlossen hätte. Dementsprechend kommt es allein auf die Umstände im Zeitpunkt des Ankaufs des Fahrzeugs durch den Kläger an. § 826 BGB schützt auch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Geschädigten, ohne dass es darauf ankäme, ob sich ein Wertverlust bereits realisiert hat (OLG Köln, Beschluss vom 27. Juni 2019 – 27 U 14/19, juris: Tz. 24). 36

Die Annahme des Klägers einer ordnungsgemäß erteilten Betriebsgenehmigung für das Fahrzeug war auch kausal für den Kaufvertragsabschluss. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass ein Käufer 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 Abschaltseinrichtung 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 37

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.

Das Vorgehen der Beklagten, die mit einer Software wie der streitgegenständlichen ausgerüsteten Motoren in den Verkehr zu bringen, war auch nicht nur unter ganz besonderen, außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Umständen geeignet, den Schaden herbeizuführen. Vielmehr war es so, dass die Motoren gerade für den Einbau in die zur Veräußerung bestimmten Fahrzeuge vorgesehen waren und das heimliche Vorgehen hinsichtlich der eingesetzten Software nur dann sinnvoll war, wenn man davon ausging, dass die zuständigen öffentlichen Stellen, Händler, Kunden und Letzterwerber nicht in Kenntnis gesetzt werden sollten. Dementsprechend war der Eintritt solcher Schäden, wie sie der Kläger erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern sogar bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sicher zu erwarten. 38

Bei der Beklagten lagen auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung gemäß §§ 826, 31 BGB vor. In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 39

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 oder 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. 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. Für den subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen. 40

Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit lässt sich nicht dadurch begründen, dass unter Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und -zusammenrechnung auf die „im Hause“ der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse abgestellt wird. Insbesondere lässt sich eine die Sittenwidrigkeit begründende bewusste Täuschung nicht durch mosaikartiges Zusammenrechnen der bei verschiedenen Mitarbeitern der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse konstruieren. Die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente müssen vielmehr kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat. Nach ständiger 41

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 (BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 296/11, BGHZ 196, 340-355, juris: Tz. 12).

Bei der Beklagten lagen die dargestellten subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB vor. Denn nach dem Sach- und Streitstand steht fest, dass der Vorstand der Beklagten, jedenfalls aber die Mitarbeiter des oberen Managements der Beklagten nicht nur über umfassende Kenntnisse von dem Einsatz der Software zur Motorsteuerung verfügten, sondern die Herstellung und das Inverkehrbringen der entsprechend ausgerüsteten Motoren in der Vorstellung veranlasst haben, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis weiter veräußert werden würden, obwohl die materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen fehlten und dies für die Käufer wesentlich war. 42

Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen von §§ 826, 31 BGB grundsätzlich beim Kläger. Allerdings trifft die Beklagte vorliegend eine sekundäre Darlegungslast. Denn der Kläger, der bereits in erster Instanz vorgetragen hat, dass die Beklagte ihn vorsätzlich geschädigt habe, 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 nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind. 43

Dieser sekundären Darlegungslast ist die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen. Insbesondere genügt das Vorbringen der Beklagten zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, der Bezahlung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung den zu stellenden Anforderungen nicht. Da die Beklagte nicht konkret darlegt, dass und wie einzelne, nicht von § 31 BGB erfasste Mitarbeiter unter Ausschluss ihres Vorstandes über einen immerhin nicht unerheblichen Zeitraum die mangelhafte Software pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden konnten und weshalb sie dies hätten tun sollen, kann sich die Beklagte hierauf nicht berufen. Die bloße Behauptung, der Vorstand im aktienrechtlichen Sinne sei nach den Ermittlungen der Beklagten weder informiert noch involviert gewesen, erschöpft sich insoweit letztlich in einem nicht ausreichenden einfachen Bestreiten der Behauptungen des Klägers. 44

Demgegenüber verfängt der Einwand, die Grundsätze der sekundären Darlegungslast könnten nicht eingreifen, weil der Kläger schon nicht substantiiert vorgetragen habe, nicht. Richtig ist, dass es auf den Umfang der sekundären Darlegungslast nur ankommt, wenn der Anspruchsteller der ihn treffenden primären Darlegungslast überhaupt nachgekommen ist. Da der Kläger hier aber außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihm entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen, so dass er letztlich nur aufgrund öffentlich zugänglicher Quellen und der Äußerungen der Beklagten selbst Behauptungen in Bezug auf die streitgegenständlichen Vorgänge aufstellen kann, sind insoweit bereits allgemeine Behauptungen ausreichend und eine weitere Substantiierung nicht erforderlich. Es ist 45

anerkannt, dass im Falle der Nichterfüllung der sekundären Darlegungslast die Behauptung des primär Darlegungspflichtigen gerade trotz ihrer mangelnden Substantiierung als zugestanden gilt (OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 – 14 U 89/19 juris: Tz. 59).

Der Beklagten ist es auch zumutbar, dazu vorzutragen, wer, wann und weshalb den Einsatz der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung veranlasst hat. Bei der gebotenen Abwägung im Einzelfall ist das diesbezügliche Interesse der Beklagten, keine näheren Angaben zu machen, geringer zu gewichten als das Interesse des Klägers am Erhalt der entsprechenden Auskünfte. Dabei ist ausschlaggebend, dass die der Sphäre der Beklagten zuzuordnende Manipulation ein erhebliches Ausmaß hatte und die Beklagte sich deshalb veranlasst sah, die Angelegenheit intern umfassend aufklären zu lassen. Damit ist es der Beklagten aber unschwer möglich, jedenfalls näher zu den maßgeblichen Ereignissen vorzutragen, während der Kläger, ohne dass ihm dies vorzuwerfen wäre, in Unkenntnis über die internen Geschehnisse im Zusammenhang mit der Entwicklung und dem Einsatz der streitgegenständlichen Software ist. Unzweifelhaft wäre es der Beklagten zudem möglich, jedenfalls allgemein darzulegen, wie bei ihr entsprechende Entscheidungsabläufe organisiert sind. Richtig ist im Übrigen, dass die Beklagte hiermit dem Kläger unter Umständen entscheidende Informationen liefern könnte. Eine zu befürchtende Ausforschung ist hierin aber 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 konkretes, im Verantwortungsbereich der Beklagten liegendes Fehlverhalten zu einer Schädigung des Klägers geführt hat. Fraglich ist allein, welchen konkreten Personen dieses Fehlverhalten anzulasten ist. Die Beklagte verkennt zudem, dass sie nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast nicht etwa gehalten ist, dem Kläger im Sinne einer allgemeinen Aufklärungspflicht Informationen zu erteilen, die seiner Klage erst zum Erfolg verhelfen. Zur Erfüllung der sekundären Darlegungslast muss der Prozessgegner vielmehr die vom Anspruchsteller dargelegten anspruchsbegründenden Umstände qualifiziert und substantiiert bestreiten. Es hätte der Beklagten also – unter Beachtung der im Zivilprozess im Interesse einer geordneten Rechtspflege beide Parteien nach § 138 Absatz 1, Absatz 2 ZPO treffenden Pflicht, sich vollständig und der Wahrheit gemäß zu erklären – gerade nicht zwingend oblegen, im Einzelnen zu offenbaren, von welchen Mitarbeitern das inkriminierte Fehlverhalten ausging, sondern darzulegen, dass und weshalb ihr Vorstand hierüber entgegen den Vorbringen des Klägers nicht unterrichtet war.

46

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

47

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

48

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.

Die Beklagte kannte nach alledem auch die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände. 49
Aufgrund des maßgeblichen Sach- und Streitstands ist nicht nur davon auszugehen, dass die Installation der Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerungssoftware mit Wissen und Wollen eines oder mehrerer Mitglieder des Vorstands der Beklagten oder 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.

Aufgrund des durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten mitveranlassten Abschlusses 50
des Kaufvertrages steht dem Kläger im Rahmen der Naturalrestitution gemäß § 249 Absatz 1 BGB ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrags zu, so dass ein Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten zu erfolgen hat (KG Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 51/19, juris: Tz. 124).

Der Kläger kann jedoch keine vollständige Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Von dem 51
gezahlten Kaufpreis ist im Wege des Vorteilsausgleichs der Ersatz für den erlangten Nutzungswert in Abzug zu bringen. Dies ist ein Ausfluss des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung. Der Geschädigte soll durch das schädigende Ereignis, wenn ihm Schadenersatz zu leisten ist, keinen Vorteil gegenüber dem vorher vorliegenden Zustand erhalten. Dabei ist erforderlich, dass zwischen dem schädigenden Ereignis und dem erlangten Vorteil ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen muss. Diese Anrechnung des Vorteils muss dem Zwecke des Schadensersatzes entsprechen, dem Geschädigten zumutbar sein und darf den Schädiger nicht unbillig begünstigen.

Die Nutzung des Fahrzeuges hat zu einer messbaren Vermögensmehrung bei dem 52
Geschädigten geführt. Ein entsprechender Abzug ist weder für den Kläger unzumutbar noch stellt er eine unbillige oder europarechtswidrige Entlastung der Beklagten dar. Der Nutzungswertersatz zu Lasten des Klägers korrespondiert mit der Verzinsung des Kaufpreises zu Lasten der Beklagten. Die kostenlose Überlassung eines Fahrzeuges ist dem Wirtschaftsleben fremd. Auch der Kläger ging davon aus, dass ihm das Fahrzeug nicht gratis, sondern nur gegen eine Zahlung überlassen werden sollte. Ein Grund dafür, dass er stattdessen von einer vergütungsfreien Nutzung ausgegangen sein sollte, ist schon angesichts der Zahlung des Kaufpreises nicht erkennbar. Der durch die Nutzung seitens des Klägers entstandene Wertverlust stellt – anders als der Kläger meint – keine Fruchtziehung dar, so dass die Beklagte auch keine unbillige Begünstigung erfährt. Soweit der Kläger meint, durch die giftigen Emissionen einen gesundheitlichen Schaden erlitten zu haben, mag er hierzu konkret vortragen und diesen geltend machen; dessen Berücksichtigung bei der Ermittlung des Nutzungswertersatzes ist jedoch nicht geboten. entgegen. Angesichts des ordnungsbehördlichen Einschreitens gegenüber der Beklagten bedarf es keiner Anwendung eines europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes. Der Kläger kann auch keinen Erfolg mit seinem Einwand haben, die weitere Nutzung reduziere den Schadensersatzanspruch zu Gunsten der Beklagten. Wenn der Käufer eines Fahrzeuges dieses nicht mehr nutzt, erhöht sich auch nicht der Nutzungswertersatz.

Das Fahrzeug wies zweitinstanzlich eine Laufleistung von 142.598 km auf. Der Senat schätzt die mögliche Gesamtlaufleistung des Fahrzeuges gemäß § 287 ZPO auf mindestens 300.000 km. Für den Gebrauchsvorteil (Bruttokaufpreis x gefahrene km ÷ Gesamtlaufleistung) muss der Kläger daher einen Nutzungswertersatz von 20.605,41 € leisten. Mithin besteht ein Schadensersatzanspruch nur in Höhe von 22.744,65 € Zug um Zug gegen Übereignung des Klägerfahrzeuges. Der Einholung eines Gutachtens zur Bestimmung der Gesamtlaufleistung bedarf es angesichts der nach § 287 ZPO möglichen Schätzung nicht.

53

Soweit die Beklagte – in anderen Verfahren – eingewandt hat, dass abweichend von einem linearen Wertverlust in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 02. Juli 1962 - VIII ZR 12/61, NJW 1962, 1909, 1910, juris: Tz. 13) eine degressive Abschreibung entsprechend dem (Verkehrs-)Wertverlust vorzunehmen sei, folgt der Senat dem nicht. Der – regelmäßig niedrigere – hypothetische Veräußerungswert eines mangelfreien Fahrzeugs im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung wäre nur dann ein sachgerechter Maßstab für die Bewertung der gezogenen Nutzungsvorteile, wenn auch von einer zeitnahen Veräußerung ausgegangen werden könnte. Besteht dagegen bei einem hypothetischen mangelfreien Fahrzeug ein Fortnutzungsinteresse, kommt es auf diesen hypothetischen Veräußerungswert nicht an, sondern maßgeblich ist – vergleichbar der Bewertung von Betriebsvermögen nach Liquidations- oder Fortführungswerten – der Fortnutzungswert, der sich durch die vom Senat praktizierte lineare Abschreibung des Kaufpreises auf die Nutzungsdauer sachgerecht erfassen lässt. Im Hinblick darauf, dass Erkenntnisse über Veräußerungsabsichten bezüglich eines hypothetischen mangelfreien Fahrzeugs weder vorgetragen noch dem Senat sonst bekannt geworden sind, kann er von diesen nicht ausgehen (OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 – 18 U 147/19 –, juris: Tz. 35).

54

Es besteht auch kein Gebrauchsvorteil wegen des durch den Kauf der Sache ersparten Mietzinses. Mit dem Entschluss, den Wagen käuflich zu erwerben und als eigenen zu nutzen, hat der Kläger eine Investitionsentscheidung getroffen, die auch im Rahmen der deliktsrechtlichen Rückabwicklung des gescheiterten Vertrages zu respektieren ist. Umgekehrt gibt es auch keinen Grund, der es rechtfertigen könnte, die Beklagte allein wegen des Scheiterns des angestrebten Vertragsschlusses in den unverdienten Genuss fiktiver Mieterträge gelangen zu lassen, auf die sie im Falle der Wirksamkeit des Vertrages keinen Anspruch hätte. Mehr als den vereinbarten Kaufpreis, der bei der Ermittlung der zeitanteiligen linearen Wertminderung regelmäßig als Ausgangswert der Kaufsache zugrunde zu legen ist, kann die Beklagte daher nicht erwarten (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1995 – VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250-253, juris: Tz. 29).

55

Für eine Berechnung des Nutzungswertersatzes auf der Grundlage eines Minderwertes des Fahrzeuges oder des Nettokaufpreises – wie es der Kläger fordert – besteht gleichfalls keine Veranlassung, da der Kläger das Fahrzeug uneingeschränkt genutzt hat und der Gesamtpreis einschließlich Mehrwertsteuer und Händlermarge in dem Fahrzeug repräsentiert wird.

56

Ferner hat die Herausgabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs zu erfolgen.

57

Die Beklagte befindet sich hinsichtlich der Annahme des streitgegenständlichen Fahrzeuges in Verzug. Der Kläger hat der Beklagten die Übergabe und Übereignung mit der Klageschrift im Sinne des § 295 BGB ordnungsgemäß angeboten.

58

Der Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten ist lediglich soweit er sich nach der Höhe des zuerkannten Anspruches richtet begründet. Diese Kosten durfte der

59

Kläger als erforderlich ansehen, da für ihn eine Zahlungsunwillig der Beklagten in seinem Falle nicht erkennbar war.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Absatz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nummer 10, 711, 713 ZPO. Die Revision wird zugelassen, weil es der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung bedarf (§ 543 Absatz 2 ZPO). 60

Streitwert für das Berufungsverfahren: 43.350,12 €. 61

62