
Datum: 01.04.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 153/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0401.22U153.19.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 18 O 283/18

Tenor:

Auf die Berufungen der Beklagten und des Klägers wird das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 27.05.2019 – 18 O 283/18 – unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die klagende Partei 23.729,97 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.12.2018 zu zahlen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs PKW Audi A 2,0 TDI mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer: B.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorstehend aufgeführten PKW in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 150 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.12.2018 und an die C-GmbH, D 1, E, Schaden-Nr. F , 1.208,86 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.12.2018 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die klagende Partei zu 35 % und die Beklagte zu 65 %, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die klagende Partei zu 30 % und die Beklagte zu 70 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die klagende Partei verlangt von der Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sogenannten VW-Dieselabgasskandal wegen eines am 29.4.2014 von dem Autohaus G GmbH & Co KG in H zum Kaufpreis von 36.300 € erworbenen Gebrauchtwagens Audi I 2,0 TDI (km-Stand bei Übergabe: 55.000 km). In diesem Fahrzeug ist der Dieselmotor EA 189 EU5 eingebaut, ferner war die von der Beklagten als "Umschaltlogik" bezeichnete Software eingesetzt, die über eine Fahrzykluserkennung verfügt und so die Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren "optimiert" (auch sog. Schummelsoftware genannt).

Das Software-Update wurde in der Folgezeit aufgespielt.

Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht betrug der Kilometerstand 119.913 km, zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 11.03.2020 belief er sich auf 131.182 km.

Mit Urteil vom 27.05.2019 (Bl. 259 ff d. A.) auf das wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes, der dort gestellten Anträge und der Würdigung des Streitstoffes durch die Zivilkammer Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Leistung von Schadensersatz gemäß § 826 BGB in Höhe von 24.969,13 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % für die Zeit vom 9.5.2014 bis 6.12.2018 und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.12.2018 Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs sowie zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten (150 € nebst Zinsen an den Kläger, 1.092,84 € an den Rechtsschutzversicherer des Klägers) verurteilt. Dabei hat es – ausgehend vom Kaufpreis (36.300 €) und der vom Kläger getätigten Aufwendungen (2.102,03 €) einerseits und von einer zu erwartenden Restlaufleistung des Fahrzeugs von 220.000 km (275.000 km abzüglich bei Vertragsschluss gefahrener 55.000 km) andererseits – im Wege der Vorteilsausgleichung einen Nutzungsvorteil in Höhe von 11.330,87 € in Abzug gebracht. Für begründet gehalten hat das Landgericht zudem den Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie den Antrag auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung weiterer getätigter notwendiger Verwendungen für das Fahrzeug abzüglich einer noch zu berechnenden Nutzungsentschädigung.

Gegen dieses Urteil wenden sich sowohl die Beklagte als auch der Kläger mit ihren jeweils form- und fristgerecht eingelegten Berufungen. Die Beklagte begehrt die vollständige Klageabweisung. Der Kläger verfolgt seinen Zahlungsantrag in Höhe weiterer 6.776,64 € weiter, den Zinsanspruch aus weiteren 4.700,90 € ab dem 18.12.2018, den Feststellungsantrag in Bezug auf die Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung der zukünftigen Verwendungen ohne die Einschränkung hinsichtlich des Abzugs der

Nutzungsentschädigung, sowie den Antrag auf Zahlung weiterer Rechtsanwaltskosten in Höhe von 348,07 € nebst Zinsen an seinen Rechtsschutzversicherer.

Durch den Berichtigungsbeschluss vom 23.9.2019 (Ablichtung Bl. 502 f GA) hat das Landgericht den Tenor des Urteils dahingehend berichtigt, dass die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 27.071,16 € (also auch zur Zahlung der Aufwendungen in Höhe von 2.102,03 €) nebst Zinsen in Höhe von 4 % für die Zeit vom 9.5.2014 bis 6.12.2018 aus 24.969,13 € und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.12.2018 Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs verpflichtet ist. 8

Des Weiteren ist der Tenor in Bezug auf die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der vorgerichtlichen Anwaltskosten dahingehend berichtigt worden, dass die Beklagte an den Rechtsschutzversicherer 1.208,86 € zu zahlen hat. 9

Daraufhin hat der Kläger mit Schriftsatz vom 20.11.2019 (Bl. 532 GA) seine Berufung hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 2.102,03 € für erledigt erklärt. 10

Im Termin der mündlichen Verhandlung am 11.3.2020 hat sich die Beklagte dieser Erledigungserklärung angeschlossen (Bl. 587 GA). 11

Die Beklagte ist unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens der Ansicht, das Landgericht habe die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs, insbesondere ihre Erstattungspflicht in Bezug auf vom Kläger getätigte Aufwendungen, zu Unrecht bejaht. Ihre Haftung entfalle auch deshalb, weil sie nicht Herstellerin des Fahrzeugs sei und es sich um einen Gebrauchtwagenkauf handle. Soweit in dem Erwerb des Fahrzeugs durch die klagende Partei überhaupt ein Schaden gesehen werden könne, sei dieser jedenfalls durch das zwischenzeitlich unstreitig aufgespielte Software-Update entfallen. Der von der klagenden Partei geltend gemachte Zinsanspruch gemäß § 849 BGB bestehe im Übrigen schon deswegen nicht, weil die klagende Partei als Gegenleistung für den von ihr weggegebenen Kaufpreis die Möglichkeit zur Nutzung des Kraftfahrzeugs erlangt habe. Die Beklagte meint zudem, dass das Landgericht den beiden Feststellungsanträgen zu Unrecht stattgegeben habe. Dem Kläger stehe auch kein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten zu. Es fehle an der Erforderlichkeit für ein vorgerichtliches anwaltliches Tätigwerden, die Rechtsansicht der Beklagten zu ihrer fehlenden Haftung sei allgemein bekannt, es nicht damit zu rechnen gewesen, dass die Beklagte durch einen von der Klagepartei einzuschaltenden Rechtsanwalt zu freiwilligen Zahlung zu bewegen sein würde. 12

Im Übrigen verteidigt sie das Urteil des Landgerichts unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, soweit es ihr günstig ist. 13

Die Beklagte beantragt nunmehr sinngemäß, 14

das am 27.5.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn - 18 O 283/18 - im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen, 15

? unter Berücksichtigung der übereinstimmenden Teilerledigungserklärungen – 16

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 17

Der Kläger beantragt sinngemäß, 18

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, 19

20

und	
unter teilweiser Abänderung des am 27.5.2019 verkündeten Urteil des Landgerichts Bonn - 18 O 283/18 – und unter Berücksichtigung der übereinstimmenden Teilerledigungserklärungen –	21
a. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 4.674,61 € zu zahlen,	22
b. die Beklagte zu verurteilen, an ihn Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus weiteren 4.700,90 € seit dem 18.12.2018 zu zahlen,	23
jeweils Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKW Audi A 2,0 TDI, Fahrzeug-Ident.Nr. B,	24
c. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle weiteren zukünftigen Schäden aus dem Schadensereignis vom 29.04.2014 in H - vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, Betrug und sonstige Schutzgesetzverletzung im Sinne des §§ 823 Abs. 2 BGB durch die Beklagte zum Nachteil des Klägers im Zusammenhang mit dem Erwerb des im Klageantrag/Urteilstenor näher beschriebenen Pkw - in Form aller weiteren nach dem 20.12.2018 getätigten Verwendungen für das oben genannte Fahrzeug zu ersetzen,	25
d. die Beklagte zu verurteilen, an die C-GmbH, D 1, E, zu Schaden-Nummer. F, weitere 348,07 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag i.H.v. 1.440,91 € seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	26
Der Kläger verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens, soweit es ihm günstig ist. Mit der Berufung rügt er, dass das Landgericht zu Unrecht bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung eine geringere Gesamtleistung des Fahrzeugs als 300.000 km zugrunde gelegt habe und zudem auch für die Zeit der PKW-Nutzung ab dem 18.12.2018 eine Nutzungsentschädigung berücksichtigt habe. Darüber hinaus habe das Landgericht den von ihm geltend gemachten Zinsanspruch i.H.v. 4 % aus 24.969,13 € für den Zeitraum 09.05.2014 bis 06.12.2018 und den Zinsanspruch i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 29.734,03 € seit dem 18.12.2018 nicht in vollem Umfang zugesprochen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei dem Antrag auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung weiterer Verwendungen ohne Einschränkung im Hinblick auf eine in Abzug zu bringende Nutzungsentschädigung stattzugeben. Schließlich stehe ihm auch ein Anspruch auf Zahlung weiterer vorgerichtlicher Anwaltskosten i.H.v. 348,07 € zuzüglich Verzugszinsen aus einem Betrag i.H.v. 1.440,91 € an seinen Rechtsschutzversicherer zu.	27
Die klagende Partei hat sich der Musterfeststellungsklage vor dem Oberlandesgericht Braunschweig nicht angeschlossen.	28
II.	29
Die Berufung der Beklagten hat nur teilweise Erfolg, nämlich soweit das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von Aufwendungen verurteilt, dem diesbezüglichen Feststellungsantrag stattgegeben und dem Kläger Zinsen gem. § 849 BGB zuerkannt hat. Des Weiteren war die zu berücksichtigende Nutzungsentschädigung an die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorliegende höhere Laufleistung des Fahrzeugs anzupassen. Im Übrigen ist die Berufung der Beklagten unbegründet.	30

Die Berufung des Klägers ist nur in Bezug auf den Zinsanspruch bezüglich der an den Rechtsschutzversicherer zu zahlenden vorgerichtlichen Anwaltskosten begründet, im Übrigen ist sie unbegründet.

Berufung der Beklagten

32

1. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der klagenden Partei gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des aufgewandten Kaufpreises abzüglich Ersatzes für die erlangten Gebrauchsvorteile und Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs gemäß §§ 826, 31 BGB zusteht. Denn die Beklagte hat der klagenden Partei in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt. Der Senat sieht sich mit Blick auf die insoweit zu beurteilenden Rechtsfragen in Übereinstimmung mit der Auffassung anderer Senate des Hauses (vgl. nur OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18; Beschluss vom 27.06.2019 – 27 U 14/19; Urteil vom 17.07.2019 – 16 U 199/18; Urteil vom 4.10.2019 – 19 U 98/19; Urteil vom 21.11.2019 – 28 U 21/19; Urteil vom 19.12.2019 – 3 U 116/19; Urteil vom 13.2.2020 – 18 U 147/19; Urteil vom 19.02.2020 – 5 U 47/19; Urteil vom 10.3.2020 – 4 U 219/19; jeweils juris) sowie anderer Oberlandesgerichte (vgl. etwa OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 – 5 U 1318/18; Kammergericht, Urteil vom 26.09.2019 – 4 U 51/19; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.10.2019 – 13 U 73/19; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19; OLG Brandenburg, Urteil vom 11.02.2020 – 3 U 89/19; a.A. indes OLG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019 – 7 U 134/17; jeweils juris).

33

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

34

aa.

35

Der Umstand, dass die Beklagte nicht die Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist und dieses nicht in den Verkehr gebracht hat, steht dem nicht entgegen. Entscheidend ist, dass sie den Motor zu dem Zweck entwickelt und hergestellt hat, damit dieser in von ihr selbst oder – wie hier – in von ihren Tochterunternehmen (Audi AG) hergestellte Fahrzeuge eingebaut und als deren wesentlicher Bestandteil an Endkunden veräußert wird (vgl. OLG Köln, Urteil vom 10.3.2020 – 4 U 219/19 , juris, m.w.N.).

36

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.

37

- 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 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 4 f.; Beschluss vom 29.11.2018 - 18 U 70/18, BeckRS 2018, 36568 Rn. 43). 38
- cc. Vorliegend verfügte das Fahrzeug indes entgegen dem konkludenten Erklärungswert bei Inverkehrgabe gerade nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine Umschaltlogik enthielt, die als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist, weshalb die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht gegeben waren (vgl. hierzu BGH, Hinweisbeschluss vom 08.01.2019, VIII ZR 225/17, juris Rn. 5 ff.). 39
- b. Durch das Verhalten der Beklagten ist der klagenden Partei auch ein Schaden entstanden, der bereits im Abschluss des Kaufvertrags zu sehen ist. 40
- aa. Schaden im Sinne von § 826 BGB ist nicht nur jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, sondern darüber hinaus jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, juris Rn. 41; Urteil vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14, juris Rn. 19). Letzteres ist hier gegeben. Der Schaden der klagenden Partei als Käuferin eines Kraftfahrzeugs liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, weil der konkret abgeschlossene Vertrag beziehungsweise die Eigenschaften des Kaufgegenstands nicht ihren berechtigten Erwartungen entsprachen und überdies die Leistung für ihre Zwecke – Einsatz im Straßenverkehr - nicht ohne Einschränkung brauchbar war, nachdem wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung, also bei Verbleib des Fahrzeugs im Auslieferungszustand, die Stilllegung drohte. 41
- bb. Dieser der klagenden Partei entstandene Schaden wird auch nicht dadurch kompensiert, dass die klagende Partei 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 klagende Partei 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 klagende Partei an. Denn § 826 BGB schützt auch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Geschädigten, ohne dass es darauf ankäme, ob sich ein Wertverlust bereits realisiert hat (vgl. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 826 Rn. 43). 42
- c. Die Täuschung war auch kausal für den Kaufvertragsabschluss. 43
- aa. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass die klagende Partei – 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 44

wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohten. Zwar mag die Entscheidung für den Kauf eines bestimmten Kraftfahrzeugmodells von einem ganzen Motivbündel getragen sein. Vorliegend geht es aber um die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs und, soweit diese in Frage steht, um die drohende Stilllegung. Die weiteren Motive für die Wahl des konkreten Modells treten demgegenüber in den Hintergrund, weil dieser Mangel den elementaren Zweck des Autokaufs, nämlich die Fortbewegung auf öffentlichen Straßen, gefährdet. Im Hinblick auf diesen klaren Bezug zur Kaufentscheidung droht hier auch keine dem Zweck der Haftungsnorm widersprechende, uferlose Ausweitung der Haftung nach § 826 BGB (s.a. OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris-Rn. 36).

bb. Dass die klagende Partei das Fahrzeug nicht neu und unmittelbar von der Beklagten, sondern gebraucht erworben hat, stellt den Kausalzusammenhang nicht in Frage. Denn durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs hat die Beklagte den Kausalverlauf bewusst unter Einschaltung ihres Vertriebssystems in Gang gesetzt. Die mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundene konkludente Täuschung über das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die EG-Typgenehmigung wirkt auch fort, weil hinsichtlich derartiger Angaben der Fahrzeughändler/Gebrauchtwagenverkäufer 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 Abschaltvorrichtung - fort (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 29.04.2019 – 16 U 30/19, juris Rn. 6; KG Berlin, Urteil vom 26.09.2019 - 4 U 51/19, juris Rn. 65; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 - 7 U 445/18, juris Rn. 35).

cc. 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 die klagende Partei erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern sogar bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sicher zu erwarten.

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

aa. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann und die das schädigende Verhalten nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als "anständig" Geltenden verwerflich machen. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 16).

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

- (1) Denn 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 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 20). Auch die Beklagte selbst trägt keinen anderen Grund vor. 50
- (2) Zwar ist allein ein Handeln mit Gewinnstreben nicht als verwerflich zu beurteilen. Im Hinblick auf das eingesetzte Mittel ist das Handeln hier aber verwerflich: Bereits das Ausmaß der (konkludenten) Täuschung rechtfertigt das besondere Unwerturteil. Wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren und zwischenzeitlich auch allgemein bekannt ist, wurde die unzulässige Abschalteinrichtung in einer hohen Zahl von Fahrzeugen verschiedener Marken des Konzerns verbaut, mit der Folge einer entsprechend hohen Anzahl getäuschter Käufer. 51
- (3) Dieses Ergebnis ist auch nicht unter Schutzzweckgesichtspunkten zu korrigieren. Zwar ist die Haftung beschränkt auf die Schäden, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen, das heißt in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen (vgl. BGH, Urteil vom 11.11.1985 - II ZR 109/84, juris Rn. 15; Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Auflage 2017, § 826 Rn. 22). Die Haftung aus § 826 BGB knüpft indes nicht unmittelbar an den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 an, sondern folgt aus der mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundenen Täuschung über die Erfüllung der materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen. Diese Pflichtverletzung ist für den Rechtskreis des Käufers ersichtlich von Bedeutung, weil über einen die Kaufentscheidung wesentlich beeinflussenden Umstand getäuscht wird (OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.07.2019, 17 U 160/18, juris Rn. 85 ff). 52
- e. Bei der Beklagten lagen auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung gemäß §§ 826, 31 BGB vor. 53
- aa. In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 54
- (1) Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement: Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Dabei setzt § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei dieser nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Schaden im Sinn des § 826 BGB nicht nur in der Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter liegt, sondern vielmehr jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage genügt, einschließlich der sittenwidrigen Belastung fremden Vermögens mit einem Verlustrisiko (st. Rspr., BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02, juris Rn. 38; Urteil vom 19.07.2004 – II ZR 402/02, juris Rn. 47). Im Rahmen des § 826 BGB kann sich im Einzelfall aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns, insbesondere dem Grad der Leichtfertigkeit des Schädigers, die Schlussfolgerung ergeben, dass er mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Dies kann insbesondere dann naheliegen, wenn der Schädiger sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des Rechtsguts durchgeführt hat und es dem Zufall überlässt, ob sich die erkannte Gefahr verwirklicht. Stets ist aber eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände erforderlich (BGH, Urteil vom 20.11.2012 - VI ZR 268/11, juris Rn. 33; Urteil vom 20.12.2011 – VI ZR 309/10, juris Rn. 11). 55

- (2) Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02, juris Rn. 36). 56
- (3) Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit lässt sich nicht dadurch begründen, dass unter Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und -zusammenrechnung auf die „im Hause“ der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse abgestellt wird. Insbesondere lässt sich eine die Sittenwidrigkeit begründende bewusste Täuschung nicht durch mosaikartiges Zusammenrechnen der bei verschiedenen Mitarbeitern der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse konstruieren. Die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente müssen vielmehr kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 13, 23, 25 f.). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ weit auszulegen: „Verfassungsmäßig berufene Vertreter“ sind danach auch Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (sogenannte Repräsentantenhaftung, st. Rspr. BGH, Urteil vom 05.03.1998 - III ZR 183/96, juris Rn. 18; Urteil vom 30.10.1967 - VII ZR 82/65, juris Rn. 11; auch in der neueren Rechtsprechung zu § 826 BGB verweist der Bundesgerichtshof ausdrücklich unter Bezugnahme auf das Urteil vom 30.10.1967 auf die weite Auslegung des Begriffs „verfassungsmäßig berufener Vertreter“, vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 541/15, juris Rn. 14; Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 13). 57
- bb. Bei der Beklagten lagen die dargestellten subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB vor. Denn nach dem Sach- und Streitstand steht fest, dass der Vorstand der Beklagten, jedenfalls aber die Mitarbeiter des oberen Managements der Beklagten nicht nur über umfassende Kenntnisse von dem Einsatz der Software zur Motorsteuerung verfügten, sondern die Herstellung und das Inverkehrbringen der entsprechend ausgerüsteten Motoren in der Vorstellung veranlasst haben, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis weiter veräußert werden würden, obwohl die materiellen Typgenehmigungsvoraussetzungen fehlten und dies für die Käufer wesentlich war. 58
- (1) Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen von §§ 826, 31 BGB grundsätzlich bei der klagenden Partei. Allerdings trifft die Beklagte vorliegend eine sekundäre Darlegungslast. Denn die klagende Partei, die bereits in erster Instanz vorgetragen hat, dass die Beklagte ihn vorsätzlich getäuscht 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 (st. Rspr., u.a. BGH, 59

Urteil vom 24.10.2014 - V ZR 45/13, juris Rn. 22; Urteil vom 03.05.2016 - II ZR 311/14, juris Rn. 18 f.; eine sekundäre Darlegungslast in den Abgas-Manipulationsfällen befürwortend: OLG Köln, Urteil vom 10.3.2020 – 4 U 219/19; Urteil vom 13.2.2020 – 18 U 147/19; Urteil vom 30.1.2020 – 7 U 141/19, , jeweils juris; Beschluss vom 03.01.2019 - 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 28 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 25 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 79 ff.).

(2) Dieser sekundären Darlegungslast ist die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen. Insbesondere genügt das Vorbringen der Beklagten zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, der Bezahlung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung den zu stellenden Anforderungen nicht. Da die Beklagte nicht konkret darlegt, dass und wie einzelne, nicht von § 31 BGB erfasste Mitarbeiter unter Ausschluss ihres Vorstandes über einen immerhin nicht unerheblichen Zeitraum die mangelhafte Software pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden konnten und weshalb sie dies hätten tun sollen, kann sich die Beklagte hierauf nicht berufen. Die bloße Behauptung, der Vorstand im aktienrechtlichen Sinne sei nach den Ermittlungen der Beklagten weder informiert noch involviert gewesen, erschöpft sich insoweit letztlich in einem nicht ausreichenden einfachen Bestreiten der Behauptungen der klagenden Partei. 60

(3) Demgegenüber verfängt der Einwand, die Grundsätze der sekundären Darlegungslast könnten nicht eingreifen, weil die klagende Partei 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 klagende Partei hier aber 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 20.10.2005 – IX ZR 276/02, juris). 61

(4) Der Beklagten ist es auch zumutbar, dazu vorzutragen, wer, wann und weshalb den Einsatz der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung veranlasst hat. Bei der gebotenen Abwägung im Einzelfall ist das diesbezügliche Interesse der Beklagten, keine näheren Angaben zu machen, geringer zu gewichten als das Interesse der klagenden Partei 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 die klagende Partei, 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 klagenden Partei unter Umständen entscheidende Informationen liefern könnte. Eine von der Beklagten befürchtete Ausforschung ist hierin aber nicht zu sehen. Zum einen hat die klagende Partei greifbare Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten auf der Vorstandsebene oder jedenfalls des oberen Managements der Beklagten vorgetragen. Zum anderen steht ohnehin 62

fest, dass ein konkretes, im Verantwortungsbereich der Beklagten liegendes Fehlverhalten zu einer Schädigung der klagenden Partei 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, der klagenden Partei im Sinne einer allgemeinen Aufklärungspflicht Informationen zu erteilen, die ihrer 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 dem Vorbringen der klagenden Partei 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 klagenden Partei vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine Beteiligung ihres Vorstandes nicht zulassen sollten (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2014 – IV ZR 90/13, juris). Zwar setzt die Zumutbarkeit weiteren Vortrags seitens der nicht beweisbelasteten Partei stets besondere Anknüpfungspunkte voraus. Vorliegend hat die klagende Partei 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 klagenden Partei angeführten Indizien auseinanderzusetzen und darzulegen, warum trotz dieser Indizien keine Kenntnis ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter vorgelegen haben soll. 63

(6) Als Rechtsfolge des nicht ausreichenden Vortrags der Beklagten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast ist der Vortrag der klagenden Partei dazu, dass der Vorstand der Beklagten Kenntnis vom Einsatz der streitgegenständlichen Software zur Motorsteuerung und der hieraus folgenden Unwägbarkeiten bezüglich der Typengenehmigung und der Zulassung der entsprechend ausgestatteten Fahrzeuge hatte und diese gleichwohl bewusst und unter Inkaufnahme einer Schädigung einer Vielzahl von Enderwerbern in Verkehr bringen wollte, als zugestanden anzusehen. 64

(7) Die Beklagte kannte nach alledem auch die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände. Aufgrund des maßgeblichen Sach- und Streitstands ist nicht nur davon auszugehen, dass die Installation der Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerungssoftware mit Wissen und Wollen eines oder mehrerer Mitglieder des Vorstands der Beklagten bzw. eines oder mehrerer Repräsentanten im Sinne des § 31 BGB erfolgt und somit der Beklagten zuzurechnen ist, sondern auch davon, dass der Vorstand oder sonstige verfassungsmäßig berufene Vertreter in der Vorstellung handelten, dass die so ausgestatteten Motoren in Fahrzeugen der Beklagten oder der Tochterunternehmen eingebaut würden und für diese die EG-Typgenehmigung beantragt würde, obwohl die materiellen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen, und die Fahrzeuge sodann in den Verkehr gebracht werden würden. 65

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 klagende Partei begehrt, so gestellt zu werden, als hätte sie das streitgegenständliche Fahrzeug nicht erworben. 66

2.	67
Die Beklagte schuldet demgemäß Schadensersatz gemäß § 249 BGB. Insoweit muss sich die klagende Partei – wovon sie erstinstanzlich auch selbst ausgegangen ist – im Wege des Vorteilsausgleichs allerdings einen Ersatz für die erlangten Gebrauchsvorteile anrechnen lassen.	68
a. Wenn wie hier der Geschädigte durch Täuschung eines Dritten zum Abschluss eines Vertrags veranlasst wurde, steht ihm im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrags zu, also auf Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, juris; BGH, Urteil vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14, juris). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist außerdem geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben seinem Ersatzanspruch nicht diejenigen Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12.03.2009 - VII ZR 26/06, juris; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, Vor § 249 Rn. 71). Solange Ersatzanspruch und Vorteil nicht gleichartig sind, muss der Schädiger Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an. Insbesondere bedarf es anders als in den Fällen der §§ 320, 322, 348 BGB keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23.06.2015 - XI ZR 536/14, juris).	69
b. Danach kann die klagende Partei vorliegend entsprechend dem Umfang der landgerichtlichen Verurteilung Erstattung des für den Erwerb des Fahrzeugs verauslagten Kaufpreises abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs an die Beklagte verlangen.	70
aa. Dem Kläger steht allerdings kein Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen (z.B. Reifen, Wartungskosten usw., Anlagen K 6, Bl. 9 – 13 AH) in Höhe von 2.102,03 € zu.	71
Zwar umfassen deliktische Schadensersatzansprüche, die gerade das Vertrauen des Geschädigten schützen, dessentwegen die Aufwendungen des Geschädigten getätigt worden sind, grundsätzlich auch den Aufwendungsersatz (Staudinger/Schiemann, BGB (2017), § 249 Rn. 124 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. A., 2020, § 249 Rn. 60). Voraussetzung ist jedoch, dass es sich um fehlgeschlagene Aufwendungen handelt, also um solche, die infolge des schädigenden Ereignisses nutzlos geworden sind. Dies ist vorliegend zu verneinen, denn die vorgenannten Aufwendungen sind erst nach Abschluss des Kaufvertrages getätigt worden und haben dem Kläger gerade die weitere tatsächliche Nutzung des Pkw ermöglicht. Dass die Aufwendungen zum laufenden Unterhalt des Fahrzeugs unberücksichtigt bleiben, ist vor dem Hintergrund der im Schadensrecht anwendbaren Differenzhypothese auch richtig, denn der Kläger hätte ohne das schädigende Verhalten der Beklagten einen anderen Pkw erworben, für dessen Nutzbarkeit entsprechende Aufwendungen zu tätigen gewesen wären (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 6.11.2019 - 13 U 156/19; so auch im Ergebnis: OLG Köln, Urteil vom 19.12.2019 - 3 U 116/19).	72
bb. Bei der im Rahmen von § 287 ZPO vorzunehmenden 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 Restlaufleistung zu teilen ist (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom	73

09.12.2014 - VIII ZR 196/14, juris; zu dieser Berechnungsmethode auch OLG Köln, Urteil vom 10.3.2020 – 4 U 219/19; Urteil vom 13.2.2020 -18 U 147/19 , jeweils juris).

Soweit das Landgericht von einer „Gesamtleistung“ des klägerischen Fahrzeuges von 275.000 km ausgegangen ist, begegnet dies keinen Bedenken, denn die Annahme der Kammer hält sich innerhalb des üblichen Schätzungsrahmens, der inzwischen bei Personenkraftwagen zwischen 150.000 und 350.000 Kilometern liegt (vgl. beispielhaft OLG Köln, Beschluss vom 18.05.2018 – 27 U 13/17; OLG Köln, Beschluss vom 29.11.2018 – 18 U 70/18; KG Berlin, Urteil vom 23.05.2013 – 8 U 58/12, jeweils juris; sowie die Übersicht bei Kaiser in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2012, § 346, Rdnr. 261).

Mit Rücksicht auf den in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mitgeteilten aktuellen Kilometerstand des Fahrzeugs (131.182 km) ergab sich nach der Formel

Kaufpreis x gefahrene Kilometer

Gesamtleistung abzgl. Kilometerstand bei Kauf

folgende Berechnung:

$36.300 \times (131.182 - 55.000) : (275.000 - 55.000) = 36.300 \times 76.182 : 220.000 = 12.570,03 \text{ €}$.

Daraus ergibt sich für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat ein Zahlungsanspruch der klagenden Partei von 23.729,97 € (36.300 € abzgl. 12.570,03 €).

3. Nach Ansicht des Senats hat der Kläger gegen die Beklagte allerdings keinen Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 4% aus dem von ihm für den Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeuges aufgewandten Betrag, sondern lediglich den - ebenfalls zuerkannten - Anspruch auf Verzugszinsen gem. §§ 286, 288 BGB ab dem 18.12.2018.

a. Ein darüber hinausgehender Zinsanspruch folgt insbesondere nicht aus § 849 BGB (vgl. ausführlich OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 134 ff.; a.A. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.11.2019 – 17 U 146/19, juris Rn. 110 ff.; OLG Köln , Urteil vom 10.3.2020 – 4 U 219/19, juris).

aa. Nach § 849 BGB kann zwar in den Fällen, in denen wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, eine Verzinsung des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangt werden, der der Bestimmung des Werts zugrunde gelegt wird. Die Norm greift auch nicht nur bei einer Sachentziehung oder -beschädigung ein, sondern auch in Fällen, in denen dem Geschädigten Geld entzogen wurde (BGH, Urteil vom 12.06.2018 - KZR 56/16, juris Rn. 45; BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007 - II ZR 167/06, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 24.01.2017 - KZR 47/14, juris Rn. 56 f.). § 849 BGB ist nach seinem Wortlaut nach auch nicht auf die Wegnahme beschränkt und verlangt zudem nicht, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen wird (BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007 - II ZR 167/06, juris Rn. 4, 5).

bb. Der Normzweck geht aber dahin, den endgültig verbleibenden Verlust an der Nutzbarkeit der weggegebenen Sache - als pauschalierten Mindestbetrag - auszugleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (BGHZ 87, 38, 40; BGH, NJW 2008, 291). Dieser Normzweck ist im hier vorliegenden Fall nicht betroffen, da zwar der klagenden Partei ein Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises für das Fahrzeug entzogen wurde, die Entziehung aber nicht ersatzlos erfolgte, sondern dadurch

kompensiert wurde, dass sie im Gegenzug Eigentum und Besitz des Fahrzeugs mit der Möglichkeit, dieses jederzeit nutzen zu können, erhalten hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 - 13 U 149/18; OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18, BeckRS 2019, 20653; a.A.: OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 - 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rn. 41; OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019 - 27 U 14/19, juris; OLG Köln, Beschluss vom 17.07.2019 - 16 U 199/18, juris). Ein etwaiger Minderwert des Fahrzeuges hat hierauf keinen Einfluss (a.A.: OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 - 12 U 61/19, juris Rn. 84).

cc. Überdies wäre der der Kaufpreissumme entsprechende Betrag mit der Möglichkeit, hieraus Nutzungen zu ziehen, ohnehin nicht im Vermögen der klagenden Partei verblieben, wenn diese in Kenntnis des streitgegenständlichen Mangels den vorliegenden Kaufvertrag nicht abgeschlossen und stattdessen den Kaufpreis für ein anderes Fahrzeug aufgewandt hätte (vgl. ähnlich OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18, BeckRS 2019, 20653). Wendete man die Verzinsungsregelung des § 849 BGB in diesem Fall gleichwohl an, führte dies zur einer dem Schadensersatzrecht fremden Überkompensation, da die klagenden Partei dann letztendlich durch das Schädigungsereignis wirtschaftlich besser stünde als ohne das schädigende Ereignis. Dies widerspräche dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot (vgl. dazu BGH, Urteil vom 04.04.2014 - V ZR 275/12, juris Rn. 20 m.w.N.). 85

dd) Auch der Einwand, dem Erwerber müssten die Nutzungen verbleiben, weil nicht er, sondern die Beklagte in der fraglichen Zeit über das dafür hingeebene Kapital verfügen konnte, trägt nicht. Die Beklagte erlangt durch die Kaufpreiszahlung kein (weiteres) Kapital, wenn es sich - wie hier - um den Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs handelt. 86

b. Ein Zinsanspruch in Höhe von 5% Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 23.729,97 € folgt aus §§ 286, 288 BGB. 87

Der Kläger hat die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 7.12.2018 (Anlage K 7, Bl. 14 AH) unter Fristsetzung bis zum 17.12.2018 zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 35.323,03 € (Kaufpreis (36.300 €) zuzüglich Verwendungen (2.102,03 €) und Zinsen (5.589 €) abzüglich einer Nutzungsentschädigung (8.668 €, Berechnung ausgehend von einer Gesamtlauflistung von 300.000 km) aufgefordert. 88

Der Umstand, dass der Kläger hiermit bezüglich der verlangten Verwendungen, der Zinsen und der Höhe der abzuziehenden Nutzungsentschädigung eine zu hohe Schadensersatzforderung geltend gemacht hat, ist unschädlich. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 14.12.2018 (Anlage K 8, Bl. 18 AH) die Erfüllung der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche insgesamt abgelehnt, so dass Verzug jedenfalls gem. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB eingetreten ist. 89

4. Die Einwände der Beklagten gegen die Feststellung des Annahmeverzugs greifen im Wesentlichen nicht durch. 90

Voraussetzung für den Annahmeverzug ist nach §§ 294, 293 BGB, dass die Leistung, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird, der Gläubiger also nur noch zuzugreifen braucht (BGH, Urteil vom 29.11.1995, VIII ZR 32/95, Juris, Rn. 9). Nach § 295 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn der Gläubiger ihm - wie hier - erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere die geschuldete Sache abzuholen ist. Hat der Zug um Zug leistungspflichtige Gläubiger (§ 298 BGB) erklärt, er werde die Gegenleistung nicht erbringen, genügt ein wörtliches Angebot (BGH, NJW 1997, 581). Voraussetzung hierfür ist, 91

dass der Schuldner seine Leistung ordnungsgemäß anbietet und die ihm gebührende Gegenleistung verlangt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. Oktober 2019 - 13 U 106/18 -, juris). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Die Klägerin hat zumindest mit der Klageschrift der Beklagten ein hinreichend konkretes wörtliches Angebot zur Zahlung des Kaufpreises abzüglich gezogener Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs gemacht (§§ 295, 298 BGB). Bei verständiger Würdigung schloss dies die damit verbundenen Gegenstände wie Schlüssel und Serviceheft ein. Die Beklagte hat zudem sowohl vorprozessual mit Schreiben vom 14.12.2018 (Anlage K 8, Bl.18 AH) als auch während des Prozesses jegliche Rücknahme abgelehnt, so dass es auf die Höhe der zurück zu gewährenden Gegenleistung nicht ankommt.

Soweit das Landgericht entsprechend dem Antrag des Klägers im Tenor den Zeitpunkt des Beginns des Annahmeverzugs (18.12.2018) angegeben hat, fehlt es indes an einem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers. Maßgeblich ist allein, ob im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung Annahmeverzug vorliegt (OLG Karlsruhe, Urteil vom 9.1.2020 - 17 U 107/19, juris; BGH, WM 1987, 1496). 92

5. Soweit das Landgericht die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz aller weiteren Verwendungen festgestellt hat, hat die Berufung Erfolg, denn der Kläger hat – wie oben ausgeführt – das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs wegen nutzloser Aufwendungen nicht schlüssig vorgetragen. 93

6. Im Ergebnis zu Recht hat die Kammer der klagenden Partei unter Berücksichtigung des Berichtigungsbeschlusses vom 23.9.2019 aufgrund des anwaltlichen Schreibens vom 7.12.2018 einen Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von insgesamt 1.358,86 € (150 € + 1.208,86 €) nebst Verzugszinsen aus 150 € ab dem 18.12.2018 gem. §§ 826, 31, 249 BGB zugesprochen. 94

Die Argumentation der Beklagten, die außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten seien im konkreten Fall nicht erforderlich gewesen, da von vornherein nicht damit zu rechnen gewesen sei, dass die Beklagte sich durch einen von der klagenden Partei eingeschalteten Rechtsanwalt zur freiwilligen Zahlung würde bewegen lassen, vermag der Senat nicht zu teilen. Aus der maßgeblichen Sicht der klagenden Partei lag ein derartiges Verhalten nicht auf der Hand. 95

Die vom Landgericht ausgerichtete Höhe ist nicht zu beanstanden. Maßgeblich für den für die Berechnung des Vergütungsanspruchs zugrunde zu legenden Geschäftswert ist die Höhe des berechtigten Schadensersatzanspruchs, also insbesondere die Höhe des zurückzahlenden Kaufpreises abzüglich der Nutzungsentschädigung (OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.11.2019 – 10 U 731/19 - , juris). Da der Kläger im Schreiben vom 7.12.2018 angegeben hat, zu diesem Zeitpunkt 58.500 km gefahren zu sein, betrug die Höhe der Nutzungsentschädigung zu diesem Zeitpunkt nach der obengenannten Berechnungsformel 9.652,50 €, folglich bestand eine berechnete Schadensersatzforderung in Höhe 26.647,50 € (36.300 € - 9.652, 50 €). 96

Auf der Grundlage eines Geschäftswerts von bis 27.000 € ergibt sich für die anwaltliche Vergütungsforderung folgende Berechnung: 97

1,3 Geschäftsgebühr §§ 13,14 RVG, Ziff. 2300 VVRVG	1.121,90 €	98
--	------------	----

Pauschale	<u>20,00 €</u>	99
-----------	----------------	----

Zwischensumme	1.141,90 €	
Umsatzsteuer (19 %)	<u>216,96 €</u>	101
	1.358,86 €.	102

Aufgrund der Selbstbeteiligung des Klägers in Höhe von 150 € ist die Forderung zwar infolge der Zahlung der vorgerichtlichen Anwaltskosten durch den Rechtsschutzversicherer des Klägers gemäß der Bestätigung vom 12.12.2018 (Anlage K 14, Bl. 68 AH) in Höhe von 1.208,86 € gem. § 86 VVG auf den Rechtsschutzversicherer übergegangen. Die Prozessführungsbefugnis des Klägers zur Geltendmachung dieses Betrages ergibt sich allerdings aus der in der Bestätigung des Rechtsschutzversicherers vom 12.12.2018 (Anlage K 14, Bl. 68 AH) enthaltenen Ermächtigung (vgl. OLG Köln, NJW-RR 1994, 27). 103

Soweit das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von Verzugszinsen (nur) aus einem Betrag in Höhe 150 € verurteilt hat, liegt kein Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten vor. Wie ausgeführt, ist die Beklagte aufgrund des Schreibens vom 7.12.2018 ab dem 18.12.2018 in Verzug geraten (§§ 286, 288 BGB). 104

Berufung des Klägers 105

1. Antrag auf Zahlung weiterer 6.776, 64 € 106

Der Senat legt diesen Antrag so aus, dass nachfolgend aufgeführte Forderungen hiervon erfasst sind: 107

a. Soweit hierin ursprünglich der Anspruch auf Zahlung von Aufwendungen in Höhe von 2.102,03 € enthalten war, haben die Parteien die Berufung des Klägers mit Rücksicht auf den zwischenzeitlich ergangenen Berichtigungsbeschluss vom 23.9.2019 in Bezug auf den im Urteilstenor unter Ziff. 1 aufgeführten Zahlungsbetrag (nunmehr 27.071,16 € statt 24.969,13 €) teilweise übereinstimmend für erledigt erklärt. Insoweit ist gem. § 91 a ZPO – wie nachfolgend ausgeführt - nur noch über die Kosten zu entscheiden. 108

b. Soweit der Kläger die Zahlung eines weiteren, über die vom Landgericht zuerkannten 27.071,16 € hinausgehenden Betrages mit der Begründung begehrt, dass das Landgericht von dem Anspruch auf Rückzahlung der Kaufpreises eine zu hohe Nutzungsentschädigung in Abzug gebracht habe, weil der Beklagten nur bis zum Zeitpunkt des Eintritts des Annahmeverzugs ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zustehe, vermag sich der Senat dieser Meinung nicht anzuschließen. 109

Der Anspruch der Beklagten auf Nutzungsentschädigung wird nicht nur bis zu dem Zeitpunkt geschuldet, zu dem der Kläger die Beklagte in Annahmeverzug gesetzt hat. Insoweit folgt der Senat der auch von anderen Obergerichten vertretenen Ansicht, dass eine Beschränkung der Nutzungsentschädigung auf die Zeit der „vorbehaltslosen“ Nutzung des PKW auch aus Billigkeitsgesichtspunkten nicht geboten ist (OLG Koblenz, Urteil vom 10.3.2019 – 10 U 731/19; OLG Naumburg Urteil vom 27.9.2019 – 7 U 24/19 -; ausführlich: OLG Köln, Urteil vom 10.3.2020 – 4 U 219/19, jeweils juris; a.A.: Hanseatischen Oberlandesgerichts, Beschluss vom 13.01.2020 - 15 U 190/19, juris). Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Geschädigte durch die Nutzung des Fahrzeugs andere Aufwendungen erspart; er muss sich - wenn er den Wagen benutzt (hat) - den Vorteil der Nutzungen anrechnen lassen, ohne sich darauf zurückziehen zu können, ihm sei die Nutzung aufgedrängt worden (vgl. hierzu OLG Köln, Urteil vom 10.3.2020 – 4 U 219/19 -). 110

Im Übrigen ist – wie ebenfalls Rahmen der Berufung der Beklagten ausgeführt – nicht zu beanstanden, dass das Landgericht bei der Berechnung der Höhe der Nutzungsentschädigung von einer Gesamtleistung von 275.000 km ausgegangen ist.	111
c. Dem Kläger steht im Übrigen – wie oben ausgeführt - kein Anspruch auf Zinsen auf den Kaufpreis ab dem 9.5.2014 gem. § 849 BGB zu.	112
2. Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus weiteren 4.700,90 €	113
Da dem Kläger – wie im Rahmen der Berufung der Beklagten ausgeführt – gegen die Beklagte unter Berücksichtigung der vom Kläger geschuldeten Nutzungsentschädigung insgesamt nur ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 23.729,97 € zusteht, besteht für einen weitergehenden Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus einem höheren Betrag keine Anspruchsgrundlage.	114
3. Der Feststellungsantrag bezüglich der Erstattungspflicht für weitere Verwendungen ist – wie im Rahmen der Berufung der Beklagten ausgeführt – unbegründet. Auf die Frage, ob hiervon eine Nutzungsentschädigung in Abzug zu bringen ist, kommt es daher nicht an.	115
4. Anspruch auf Erstattung weiterer Anwaltsgebühren in Höhe von 348,07 € nebst weitere Zinsen aus 1.440,91 €	116
Dieser Antrag ist nur hinsichtlich des Zinsanspruchs teilweise begründet.	117
Wie im Rahmen der Berufung der Beklagten ausgeführt, besteht insgesamt nur ein Erstattungsanspruch in Höhe von 1.358,86 €, wovon – wie vom Landgericht im Berichtigungsbeschluss bereits tenoriert - ein Betrag in Höhe von 1.208,86 € an den Rechtsschutzversicherer des Klägers zu zahlen ist. Für eine weitergehende Forderung besteht keine Grundlage.	118
Entsprechend dem Antrag des Klägers sind an den Rechtsschutzversicherer aber gem. §§ 286, 288 BGB, § 86 VVG Verzugszinsen zu zahlen. Insoweit ist das Urteil zugunsten des Klägers abzuändern.	119
III.	120
Soweit die Parteien die Berufung des Klägers teilweise in Bezug auf den Antrag auf Erstattung der Verwendungen in Höhe 2.102,03 € übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren die Kosten gem. § 91 a ZPO dem Kläger aufzuerlegen, weil dieser Antrag – wie oben ausgeführt - keinen Erfolg gehabt hätte.	121
Im Übrigen beruht die Kostenentscheidung auf § 92 Abs.1 ZPO, wobei der Senat – auch wenn die von der klagenden Partei geltend gemachte Zinsforderung gemäß § 849 BGB für den Zeitraum von ca. viereinhalb Jahren nicht streitwerterhöhend gewirkt hat (§ 4 Abs. 1 ZPO) – das diesbezügliche Unterliegen bei der Kostenentscheidung für beide Instanzen berücksichtigt hat.	122
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO.	123
Gemäß § 543 I Nr. 1, II ZPO ist die Revision zuzulassen. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert aus Sicht des Senates angesichts der Vielzahl gleich gelagerter Verfahren und der von Oberlandesgerichten teilweise vertretenen unterschiedlichen Auffassungen eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu den sich in ihnen	124

gleichermaßen stellenden Rechtsfragen (hier insbesondere zu §§ 826, 849 BGB).

Streitwert des Berufungsverfahrens:	125
Berufung der Beklagten: bis 30.000 €	126
Berufung des Klägers:	127
bis zum 20.11.2019: 7.000 €	128
ab dem 21.11.2019: 6.000 €	129
