
Datum: 10.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 219/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0310.4U219.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 417/18

Tenor:

I. Auf die Berufungen der Parteien wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 14. August 2019 - 24 O 417/18 - teilweise abgeändert und in der Tenorziffer I.1 wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

a) einen Betrag in Höhe von 17.709,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. Dezember 2018 Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs der Marke Audi Q 5 mit der Fahrzeug-Identifikationsnummer X sowie

b) Zinsen in Höhe von 4 % aus 29.512 € für den Zeitraum vom 18. November 2014 bis zum 7. Dezember 2018

zu zahlen.

Die weiter gehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

II. 1. Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen der Kläger zu 14 % und die Beklagte zu 86 %.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

III. Das angefochtene Urteil und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren

Betrages abzuwenden, wenn nicht die die Vollstreckung betreibende Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird zugelassen.

V. Der Streitwert wird

1. für das erstinstanzliche Verfahren - insoweit gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG unter Abänderung des Beschlusses des Landgerichts Köln vom 14. August 2018 (Az.: 24 O 417/18) -

a) für den Zeitraum bis zum 24. April 2019 auf (Antrag zu 1: 24.185,96 € + Antrag zu 2: 500 € + Antrag zu 3 [für 1.480 Tage 4 % Zinsen aus {29.512 € - 24.185,96 € =} 5.326,04 €]: 858,40 € =) 25.544,36 € und

b) für den Zeitraum ab dem 25. April 2019 auf (20.041,18 € + 500 € + 858,40 € =) 21.399,58 € sowie

2. für das Berufungsverfahren auf (Berufung des Klägers: 1.860,22 € zzgl. Berufung der Beklagten: 18.050,62 € =) 19.910,84 €

festgesetzt.

Gründe :

1

A.

2

I. Der Kläger begehrt von den Beklagten Schadensersatz wegen eines erworbenen Gebrauchtwagens, in den ein von der Beklagten hergestellter Motor eingebaut ist.

3

Der Kläger erwarb am 17. November 2014 von der Firma ... Service GmbH einen Gebrauchtwagen der Marke Audi Q5 - Kilometerstand: 43.000 km - zum Kaufpreis von 29.512 €. In den Pkw ist ein von der Beklagten hergestellter und gelieferter Dieselmotor der Baureihe EA 189 eingebaut, der mit der Abgasnorm Euro 5 zertifiziert ist (vgl. Anlagen K 1 und K 2 – GA 19 f.).

4

Die Beklagte hatte in dem Motor des Pkw eine Software installiert, die zwei Betriebsmodi kannte und im Ergebnis den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierte. Im Betriebsmodus 1 kam es zu einer höheren Abgasrückführung und somit zu einem geringeren Ausstoß von Stickoxiden als im Betriebsmodus 0. Der Betriebsmodus 1 war allerdings nur beim Durchfahren des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) aktiv, während im normalen Straßenverkehr der Motor nur im Betriebsmodus 0 betrieben wurde. Über die Existenz der Software informierte die Beklagte weder den Kläger noch die zuständigen Genehmigungsbehörden.

5

Nach Bekanntwerden des Softwareeinsatzes ab September 2015 ordnete das Kraftfahrt-Bundesamt zunächst den Rückruf derjenigen Fahrzeuge an, die mit der vorbeschriebenen Software ausgerüstet worden waren, und gab es der Beklagten und der Firma A AG auf,

6

Maßnahmen zu entwickeln und - nach Freigabe - zu ergreifen, um die betroffenen Fahrzeuge in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen. Nachdem zur Abhilfe eine Software entwickelt und die Freigabe durch das Kraftfahrt-Bundesamt erteilt worden war, wurde den betroffenen Kunden und darunter auch dem Kläger im Rahmen einer Rückrufaktion angeboten, die installierte Software kostenfrei einem Software-Update zu unterziehen. Nach dessen Aufspielen sollte zur Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Grenzwerte auch im normalen Fahrbetrieb der Motor durchgehend in einem angepassten Betriebsmodus 1 betrieben werden. Der Kläger ließ das Software-Update am 24. Februar 2017 durchführen (GA 55).

Mit anwaltlichem Schreiben vom 23. November 2018 (Anlage K 5 – GA 25 f.) machte der Kläger gegenüber der Beklagten Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung geltend und forderte - bei gleichzeitiger Angabe der seinerzeit gegebenen Laufleistung - die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 7. Dezember 2018 auf, einen Betrag in Höhe des Kaufpreises zuzüglich 4 % Zinsen seit dem 17. November 2014 Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Pkw sowie gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu zahlen und ihre Einstandspflicht hinsichtlich weiterer Schäden anzuerkennen. 7

Der Kläger, der der Auffassung ist, dass die Beklagte durch das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Motors ihn vorsätzlich sittenwidrig geschädigt habe, begehrt mit seiner Klage neben der Rückzahlung des Kaufpreises (abzüglich einer von ihm auf Grundlage einer Gesamtlauflistung von 300.000 km [GA 136] berechneten Nutzungsentschädigung), die Feststellung der Einstandspflicht der Beklagten hinsichtlich weiterer Schäden, Deliktzinsen gemäß § 849 BGB, die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten sowie die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren. 8

Der Kläger hat in erster Instanz zuletzt beantragt, 9

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises des Fahrzeugs in Höhe von 29.512 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. Dezember 2018 zu zahlen, dies Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs Audi Q5 mit der FIN X sowie Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die Nutzung des Fahrzeugs durch die Klagepartei, die auf Grundlage einer Laufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 300.000 km zu berechnen ist und deren Höhe bei einem derzeitigen Kilometerstand von 125.475 km 9.470,83 € beträgt; 10

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm Schadensersatz zu bezahlen für weitere Aufwendungen und Schäden, die aufgrund des Erwerbs und des Unterhalts des Fahrzeugs Audi Q5 mit der FIN X entstanden sind und weiterhin entstehen werden; 11

3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei Zinsen in Höhe von 4 % des Kaufpreis in Höhe von 29.512 € seit dem 18. November 2014 bis zum 7. Dezember 2018 zu zahlen; 12

4. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs Audi Q5 mit der FIN X seit dem 8. Dezember 2018 in Annahmeverzug befindet; 13

5. die Beklagte zu verurteilen, die durch die Beauftragung des Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 749,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über 14

dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. Dezember 2018 zu zahlen.

Die Beklagte hat den Klageantrag zu 2. für unzulässig erachtet und ist der Klage inhaltlich entgegen getreten. Sie hat unter anderem die Ansicht vertreten, bei der ursprünglich installierten Software habe es sich nicht um eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vom 20. Juni 2007 gehandelt und sei die Annahme eines dem Kläger entstandenen Schadens auch wegen des durchgeführten Software-Updates ausgeschlossen. Darüber hinaus hat sie bestritten, dass ihr Vorstand oder eines ihrer Organe Kenntnis vom Einsatz der installierten Software gehabt habe. 15

II. Das Landgericht (GA 175 ff.), auf dessen Urteil in Verbindung mit dem berichtigenden Senatsbeschluss vom 25. Februar 2020 wegen der getroffenen Feststellungen und der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO Bezug genommen wird, hat sich auf die durch das OLG Köln (18 U 70/18) entwickelten Maßstäbe gestützt und die Beklagte wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 18.950,62 € nebst Verzugszinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw sowie zur Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 585,84 € nebst Zinsen verurteilt und ferner festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Pkw in Verzug befinde. Die Höhe des in der Hauptsache ausgeurteilten Schadensbetrages beruht darauf, dass das Landgericht von dem Kaufpreis im Wege der Vorteilsausgleichung einen nach der Formel „Kaufpreis x Fahrleistung des Klägers : (300.000 km abzüglich der Fahrleistung vor dem Erwerb)“ ermittelten Nutzungsvorteil in Höhe von 10.561,38 € in Abzug gebracht hat. Im Übrigen hat es die Klage - mithin auch den auf § 849 BGB gestützten Antrag des Klägers, den Kaufpreis ab dem Tag der Kaufpreiszahlung mit 4 % zu verzinsen - abgewiesen. 16

III. Hiergegen richten sich die selbstständigen Berufungen der Parteien. 17

1. Der Kläger wendet sich mit seiner Berufung gegen das landgerichtliche Urteil, soweit dieses den auf Zahlung von Deliktzinsen (§ 849 BGB) gerichteten Klageantrag zu 3. abgewiesen hat (vgl. GA 209 ff.). Er ist der Auffassung, dass die Hingabe des Kaufpreises einer Entziehung im Sinne von § 849 BGB gleichzusetzen sei. 18

Der Kläger beantragt, 19

das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Köln - Az. 24 O 417/18 - vom 14. August 2019 insoweit abzuändern als es hinter der Klageforderung zurückbleibt, indem es die beantragten Deliktzinsen gemäß § 849 BGB nicht zuspricht, und gemäß dem Klageantrag zu 3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn Zinsen in Höhe von 4 % aus dem Kaufpreis in Höhe von 29.512 € seit dem 18. November 2014 bis zum 7. Dezember 2018 zu zahlen. 20

Die Beklagte beantragt, 21

die Berufung zurückzuweisen. 22

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil, soweit durch dieses die Klage abgewiesen worden ist (GA 302 ff.). Ein Zinsanspruch scheitere bereits daran, dass die geltend gemachte Hauptforderung nicht bestehe. Im Übrigen falle die Zahlung eines Kaufpreises, für den im Gegenzug ein Fahrzeug übereignet werde, nicht unter § 849 BGB. Es fehle insoweit zum einen an einer konkreten Werteinbuße, an die § 849 BGB anknüpfe. Zum anderen sei der Normzweck des § 849 BGB nicht einschlägig, weil es aufgrund der Erfüllung des 23

Kaufvertrages und der damit für den Kläger verbundenen Nutzungsmöglichkeit an einem endgültig verbleibenden Wertverlust fehle. Schließlich finde § 849 BGB jedenfalls dann keine Anwendung, wenn - wie hier - der Käufer den Pkw von einem Dritten erworben habe und Zahlungen an die Beklagte nicht erfolgt seien.

2. Mit ihrer Berufung stellt die Beklagte das angefochtene Urteil im Umfang der sich daraus für sie ergebenden Beschwer insgesamt zur Überprüfung und verfolgt sie ihr Klageabweisungsbegehren weiter (GA 223 ff.). 24

a) Sie meint, das Landgericht habe zu Unrecht den mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Anspruch aus § 826 BGB bejaht (ab GA 232). Das Urteil beruhe auf einer unrichtigen Tatsachenfeststellung und auch die materiell-rechtliche Bewertung des Landgerichts sei fehlerhaft, weil die Tatbestandsmerkmale für einen Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB nicht gegeben seien. 25

Die Beklagte, die sich insoweit auf zwei Rechtsgutachten des Prof. Dr. E vom 1. Mai 2019 (Anlage BB1) und des Prof. Dr. C vom 11. März 2019 (Anlage BB2) bezieht, vertritt insbesondere den Standpunkt, dass dem Kläger kein ersatzfähiger Schaden entstanden sei (GA 232 ff.); ein angeblicher Schaden werde nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst bzw. sei durch das nachträglich installierte Software-Update beseitigt worden. Hilfsweise macht die Beklagte geltend, das Landgericht habe, indem es insoweit den Ansatz einer linearen Berechnung anhand der gefahrenen Kilometer verfolge, den Nutzungsersatz zu niedrig angesetzt; es sei vielmehr auf den ersparten Wertverlust eines Alternativfahrzeugs abzustellen, der sich nicht linear entwickelt hätte (GA 258 f.). 26

Ferner unterstelle das Landgericht rechtsfehlerhaft einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verschweigen der Umschaltlogik und der Kaufentscheidung des Klägers, obwohl weder die Grundsätze des Anscheinsbeweises noch die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens Anwendung fänden (GA 259 ff.). Vorliegend fehle es bereits an der Darlegung einer kausalen Täuschung des Klägers durch die am Kaufvertragsschluss nicht beteiligte Beklagte; auch in dem Inverkehrbringen des Motors könne eine Täuschungshandlung nicht gesehen werden, weil es an einem für die Annahme einer Täuschung erforderlichen kommunikativen Akt der Beklagten fehle. Gegen die Annahme eines Kausalzusammenhangs spreche auch das vertragliche Nachverhalten des Klägers, der den Pkw seit Jahren beschwerdefrei nutze, ohne zu einer angeblich eingeschränkten Nutzbarkeit des Pkw vorzutragen. Ein Kausalzusammenhang scheidet überdies aus, weil die Beklagte nicht Herstellerin des Pkw gewesen und überdies der Pkw gebraucht erworben worden sei. 27

b) Da dem Kläger der geltend gemachte Schadensersatzanspruch schon dem Grunde nach nicht zustehe, sei die Beklagte mit der Übernahme des Pkw nicht in Verzug geraten. Ohnedies habe der Kläger ihr, der Beklagten, den Pkw nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten (279 f.). 28

c) Schließlich sei der mit dem Klageantrag zu 5. geltend gemachte Anspruch auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten unbegründet (280 f.). Abgesehen davon, dass schon ein Schadensersatzanspruch nicht bestehe, seien diese Kosten nicht zweckmäßig, denn da die Rechtsansicht der Beklagten aufgrund der umfassenden Presseberichtserstattung allgemein bekannt sei, sei bei verständiger Betrachtung von vornherein nicht damit zu rechnen gewesen, dass die Beklagte durch einen eingeschalteten Rechtsanwalt zur freiwilligen Leistung zu bewegen sein könnte. 29

Die Beklagte beantragt, 30

das am 14. August 2019 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - Az. 24 O 417/18 - im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.	31
Der Kläger beantragt,	32
die Berufung zurückzuweisen.	33
Er verteidigt das landgerichtliche Urteil, soweit es der Klage stattgegeben hat (vgl. GA 311 f.).	34
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die wechselseitig nebst Anlagen zu der Verfahrensakte gereichten Schriftsätze und auf den übrigen Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.	35
B.	36
Die Berufungen des Klägers und der Beklagten sind nach den hierfür maßgebenden §§ 511 ff. ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Berufung der Beklagten hat allerdings nur in geringem Umfang Erfolg (dazu I.), während die Berufung des Klägers in vollem Umfang begründet ist (dazu II.).	37
I.	38
Die Berufung der Beklagten hat nur insoweit Erfolg, als der Wertersatz für von dem Kläger gezogene Nutzungen, den er sich im Rahmen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen muss, etwas höher (11.802,16 € statt 10.561,38 €) ausfällt (dazu 2.g).	39
1. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass der Kläger aus § 826 BGB (in Verbindung mit § 31) BGB einen gegen die Beklagte gerichteten Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des aufgewandten Kaufpreises (abzüglich einer angemessenen Nutzungsentschädigung) Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des von ihm erworbenen Personenkraftwagens hat. Denn die Beklagte hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt.	40
Die veröffentlichte obergerichtliche Rechtsprechung (OLG <u>Celle</u> , Urteil vom 20. November 2019 - 7 U 244/18, juris; Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris; OLG <u>Düsseldorf</u> , Urteil vom 30. Januar 2020 - 13 U 81/19 -, juris; OLG <u>Frankfurt</u> , Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris; OLG <u>Hamm</u> , Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18 -, juris; <u>KG</u> , Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 77/18 -, juris; Urteil vom 12. November 2019 - 4 U 9/19 -, juris; OLG <u>Karlsruhe</u> , Beschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863; Urteil vom 18. Juli 2019 - 17 U 160/18 -, WM 2019, 1510; Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris; Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris; OLG <u>Koblenz</u> , Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229; Urteil vom 16. September 2019 - 12 U 61/19 -, WM 2019, 1929; Urteil vom 25. Oktober 2019 - 3 U 819/19, juris; OLG <u>Köln</u> , Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984; Beschluss vom 29. April 2019 - 16 U 30/19 -, juris; Urteil vom 6. Juni 2019 - 24 U 5/19 -, juris; Beschluss vom 27. Juni 2019 - 27 U 14/19 -, juris; Beschluss vom 1. Juli 2019 - 27 U 7/19 -, juris; Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris; Urteil vom 6. September 2019 - 19 U 51/19 -, juris; Urteil vom 30. Januar 2020 - 7 U 141/19 -, juris; Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris; OLG <u>München</u> , Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris; OLG <u>Oldenburg</u> , Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris; Urteil vom 21. Oktober 2019 - 13 U 73/19 -, juris; OLG des Landes <u>Sachsen-Anhalt</u> , Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris; <u>Schleswig-Holsteinisches OLG</u> , Urteil vom 22. November 2019 - 17 U 44/19 -, juris;	41

OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris; Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris; OLG Zweibrücken, Urteil vom 14. November 2019 - 4 U 88/19 -, BeckRS 2019, 30078) geht ganz überwiegend davon aus, dass von dem Inverkehrbringen von Kraftfahrzeugen, deren Motoren mit einer sogenannten „Prüferkennungssoftware“ ausgestattet sind, auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Käufers durch den Fahrzeug- bzw. Motorenhersteller geschlossen werden kann. Demgegenüber hält das OLG Braunschweig (Urteil vom 19. Februar 2019 - 7 U 134/17 -, ZIP 2019, 815, 826 f.) für diese Fälle eine Haftung der Beklagten als Fahrzeughersteller aus § 826 BGB nicht für gegeben; ihr stehe insbesondere der Schutzzweck der Norm entgegen (vgl. im Einzelnen die aktuelle Bestandsaufnahme der Rechtsprechung bei Heese, JZ 2020, 178).

2. Der erkennende Senat schließt sich der herrschenden Auffassung an, so dass die Beklagte dem Kläger wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 (in Verbindung mit § 31) BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist. 42

a) Dem steht nicht bereits der Umstand entgegen, dass im vorliegenden Rechtsstreit die Beklagte nicht Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist und dieses nicht in den Verkehr gebracht hat. Entscheidend ist vielmehr, dass sie den Motor zu dem Zweck entwickelt und hergestellt hat, damit dieser in von ihr selbst bzw. - wie hier - in von ihren Tochterunternehmen (A AG) hergestellte Fahrzeuge eingebaut und als deren wesentlicher Bestandteil an Endkunden veräußert wird (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 32 ff. [Audi Q5]; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986 [Audi]; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 20 [Skoda]; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 31. Januar 2020 - 17 U 95/19 -, juris Rn. 37 [Audi A5]; ferner OLG Zweibrücken, Urteile vom 14. November 2019 - 4 U 88/19 -, BeckRS 2019, 30078 und vom 12. Dezember 2019 - 4 U 168/18 -, BeckRS2019, 32201 [jeweils Audi]). 43

b) Maßgebliche Schädigungshandlung ist, wie (unter 1.) erwähnt, das Inverkehrbringen des mit der Umschaltlogik versehenen Motors, der in das vom Kläger erworbene Fahrzeug eingebaut ist. 44

aa) (1) Mit dem Inverkehrbringen bringt der Hersteller jedenfalls konkludent positiv zum Ausdruck, dass das solchermaßen ausgerüstete 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 (vgl. nur OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 23 f.; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18 -, juris Rn. 5; OLG Köln, Urteil vom 6. September 2019 - 19 U 51/19 -, juris Rn. 28; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 22 f.; ferner OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 35; in diesem Sinne auch Spindler, BeckGOK-BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 826 Rn. 169). Denn dies 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 Kraftfahrt-Bundesamtes erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (im Folgenden: FZV) dürfen Fahrzeuge nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind, was gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV voraussetzt, dass sie einem genehmigten Typ entsprechen. Wird die EG-Typgenehmigung entzogen oder mit Nebenbestimmungen versehen, entspricht das Fahrzeug 45

- 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.

(2) Vor diesem Hintergrund kann der Käufer eines Kraftfahrzeugs nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typgenehmigung formal vorliegt, sondern auch davon, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei Erteilung nicht vorgelegen haben. Entsprechend dieser selbstverständlichen Käufererwartung ist dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs der Erklärungswert beizumessen, dass auch die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung vorlagen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 23 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18 -, juris Rn. 4 f.; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 24 f.; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 45).

(3) Daran ändert vorliegend der Umstand nichts, dass die Beklagte nur Hersteller des Motors und nicht zugleich Hersteller des damit ausgerüsteten Fahrzeugs ist. Denn die Beklagte hat - wie dem Senat aus zahlreichen Verfahren bekannt ist - den von ihr entwickelten Dieselmotor EA 189 Euro 5 nicht nur für die von ihr selbst hergestellten Fahrzeuge verwendet, sondern diesen auch an die zum D-Konzern gehörenden Tochterunternehmen - hier an die A AG - geliefert. Indem sie den mit der bewusst nicht offen gelegten Umschaltlogik ausgerüsteten Dieselmotor entwickelt hat mit dem Ziel, diesen über die Kernmarke sowie über die Fahrzeuge der zum Konzern gehörenden Tochterunternehmen auf den Markt zu bringen und zu veräußern, hat die Beklagte gegenüber den Erwerbern über ihre Tochterunternehmen positiv zum Ausdruck gebracht, dass den Fahrzeugen die erforderlichen Genehmigungen und Zulassungen zu Recht erteilt worden sind (vgl. etwa OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 34).

bb) Vorliegend verfügte indes das Fahrzeug entgegen dem mit dem Inverkehrbringen einher gehenden konkludenten positiven Erklärungswert gerade nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine Umschaltlogik enthielt, die als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist, weshalb die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht gegeben waren (vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17 -, WM 2019, 424 Rn. 5 ff.; ferner OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 26 m.w.N.).

c) Durch die Täuschung der Beklagten hat der Kläger einen Schaden erlitten, der in dem Abschluss des Kaufvertrages über das streitgegenständliche Fahrzeug zu sehen ist (vgl. nur OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 26 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18 -, juris Rn. 49 ff.; OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 865; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 80 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 15 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986 f.; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 31 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 38 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 51; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 46 ff.).

aa) (1) Dabei kommt es weder darauf an, welchen Verkehrswert das Fahrzeug hatte bzw. hat noch worauf eine negative Entwicklung des Verkehrswertes des Diesel-Fahrzeugs des Klägers zurückgeht. Der Schaden des Klägers besteht bereits in dem Erwerb des mit der - zur Motorsteuerung manipulativ wirkenden - Software ausgestatteten Fahrzeugs. Denn das erworbene Fahrzeug bleibt aufgrund der vorgenannten Software hinter den Vorstellungen des Klägers von der allgemein ordnungsgemäßen Ausrüstung des zu erwerbenden Fahrzeugs zurück; schon dieses Zurückbleiben wirkte sich aufgrund der damit zunächst einher gehenden Unsicherheiten für die Typgenehmigung und die Betriebszulassung nachteilig auf den Vermögenswert des Fahrzeugs aus (OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986 f.; ferner Heese, JZ 2020, 178, 181 f.).

(2) Die von der Beklagten unter Bezugnahme auf von ihr eingeholte Rechtsgutachten von Professor Dr. C vom 11. März 2019 und von Professor Dr. E vom 1. Mai 2019 (veröffentlicht in NZV 2019, 545) hiergegen vorgebrachten Einwände greifen nicht durch (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 19 ff.). 51

Die Kritik an der vorstehend zitierten Rechtsprechung beruht darauf, dass es für die Feststellung eines Schadens nicht ausreicht, dass ein Vertrag „ungewollt“ sei, weil der Erwerber ein Fahrzeug mit der manipulierten Software nicht erwerben wollte. Vielmehr müsse sich der Nachteil des Erwerbers in dessen Vermögen niederschlagen (vgl. B, NZV 2019, 546, 550 f.). Selbst wenn man dem im Ansatz folgt, rechtfertigt dies nicht die Konsequenz, dass ein Schaden des Erwerbers durch den Abschluss des Vertrages nicht eingetreten sei. Denn die obergerichtliche Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, hat maßgeblich auch darauf abgestellt, dass sich die mit der Software-Manipulation verbundene Gefahr für die Betriebserlaubnis des Fahrzeugs negativ auf den Vermögenswert des Fahrzeugs auswirkt (vgl. nur OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986 f.). Es kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass ein Fahrzeug, dem der Verlust der Betriebserlaubnis droht, auf dem Markt einen geringeren Wert hat als ein vergleichbares anderes Fahrzeug, dem diese Gefahr nicht droht. Dementsprechend stellt der Erwerb eines Fahrzeugs mit manipulierter Software keine vollständige Kompensation des dafür hingegebenen Kaufpreises dar. 52

An diesem Befund ändert sich auch nichts, wenn man kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche mit in die Schadensbetrachtung einbezieht (a. A. Weiler, NZV 2019, 545, 552 ff.). Ein etwa bestehender Anspruch auf Nacherfüllung stellt keine vollwertige Kompensation des mangelbedingten Minderwertes dar. Das ergibt sich bereits aus der Kontrollüberlegung, dass der Wiederverkauf eines mangelhaften Fahrzeugs bei gleichzeitiger Abtretung von Nacherfüllungsansprüchen nicht zum Einkaufspreis gelingen wird, weil jeder potenzielle Erwerber einen Abschlag zur Abgeltung des Risikos der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs vornehmen wird. Selbst nach erfolgter Nachbesserung wird am Markt regelmäßig ein solcher Abschlag erfolgen, weil Unsicherheiten über die Folgewirkungen der Nachbesserung bestehen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Erwerber der Fahrzeuge vor 2016 überhaupt keinen realisierbaren Nachbesserungsanspruch hatten, weil die Beklagte, die auch heute noch die Mangelhaftigkeit des von ihr hergestellten Motors in Abrede stellt, sich zur Entwicklung des Software-Updates erst unter dem Druck des Kraftfahrt-Bundesamtes bereit gefunden hat (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 21). 53

bb) Daraus folgt zugleich, dass das nach Erwerb aufgespielte Software-Update den Schaden nicht entfallen lässt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris 54

Rn. 30; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 19; KG, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 51/19 -, juris Rn. 46 ff.; OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 865; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 43; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 100; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 18; OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 22; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 34; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 47 ff.; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 59 f.).

Für die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, ist hier der Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses maßgeblich, so dass das später entwickelte - und hier im Februar 2017 aufgespielte - Software-Update insoweit nicht zu berücksichtigen ist (vgl. auch Heese, JZ 2020, 178, 186 f.). Zwar mag mit dem Aufspielen des Software-Updates (möglicherweise) die Gefahr des Erlöschens der Betriebserlaubnis entfallen sein, doch ändert dies nichts daran, dass der Käufer einen für ihn wirtschaftlich nachteiligen Vertrag geschlossen hat, den er ohne die vorsätzliche sittenwidrige Täuschung der Beklagten nicht geschlossen hätte.

55

In dem Aufspielenlassen des Software-Updates ist hier auch weder eine Annahme dieser Leistung an Erfüllung statt (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 23) noch ein Verzicht des Klägers auf Schadensersatzansprüche (vgl. KG, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 51/19 -, juris Rn. 48; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 100) zu sehen. Für die Annahme, es liege hierin eine Leistung an Erfüllung statt, fehlt es ersichtlich beiden Parteien an einem entsprechenden Willen. Die Bereitstellung des Software-Updates durch die Beklagte beinhaltet schon nicht ein solches Angebot, denn die Beklagte, die das Software-Update allein in Erfüllung der ihr vom Kraftfahrt-Bundesamt auferlegten Verpflichtung zur Bereitstellung eines Software-Updates anbietet, leugnet bis heute ihre Haftung dem Grunde nach. Damit nicht vereinbar ist die Annahme, sie biete den betroffenen Fahrzeuginhabern das Software-Update als Erfüllung des - von ihr ja geleugneten - Schadensersatzanspruchs an (OLG Köln a.a.O.). Überdies fehlt es an einem entsprechenden Annahmewillen des Klägers, denn dieser hat das Software-Update nur aufspielen lassen, weil sein Fahrzeug von der durch das Kraftfahrt-Bundesamt angeordneten Rückrufaktion betroffen war und er der drohenden Stilllegung seines Fahrzeugs entgehen wollte (vgl. KG, OLG Koblenz und OLG Köln; jeweils a.a.O.). Unter diesen Umständen kann in der Durchführung des Software-Updates auch kein Verzicht des Klägers auf Schadensersatzansprüche gesehen werden.

56

d) Die Täuschung durch die Beklagte war kausal für den Kaufvertragsabschluss.

57

aa) Die Beklagte hat den - vorstehend dargelegten - Schaden im Sinne einer „condicio sine qua non“ verursacht. Hätte sie nämlich die von ihr entwickelten und hergestellten Dieselmotoren des Typs EA 189 Euro 5 nicht mit der manipulativ wirkenden Umschaltautomatik ausgerüstet und die solchermaßen ausgestatteten Motoren nicht in die von ihr hergestellten Fahrzeuge eingebaut und diese in den Verkehr gebracht bzw. diese nicht - wie hier - zum Zwecke der Weiterveräußerung an den eigentlichen Fahrzeughersteller geliefert, hätte der Kläger den streitgegenständlichen Pkw nicht erwerben können (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 20 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 45; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 19; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 987).

58

59

bb) Auch der darüber hinaus erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Abgabe der Willenserklärung ist gegeben.

(1) Für dessen Annahme genügt es, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entscheidung hat (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 12. Mai 1995 - V ZR 34/94 -, NJW 1995, 2361, 2362). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. 60

(a) Es entspricht der Lebenserfahrung, dass - wie auch der Kläger (auf GA 5) für sich behauptet - ein Erwerber eines Kraftfahrzeugs von dessen Kauf Abstand nehmen würde, wäre ihm bekannt, dass das Fahrzeug zwar formal über eine EG-Typgenehmigung verfügt, diese aber wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörden und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohten. Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich - abgesehen von hier nicht einschlägigen Sonderkonstellationen - der Erwerb des Kraftfahrzeugs zur Fortbewegung im Straßenverkehr (OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 36; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 36; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 45; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 987; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 52; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 65; zustimmend Weller/Smela/Habrigh, JZ 2019, 1015, 1022; vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17 -, BGHZ 220, 134 Rn. 31; BGH, Hinweisbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17 -, WM 2019, 424 Rn. 21 ff.). 61

Soweit der Bundesgerichtshof in Kapitalanlagefällen mehrfach entschieden hat, dass es im Rahmen des § 826 BGB keine Beweiserleichterungen oder Vermutungen für einen Kausalzusammenhang zwischen sittenwidriger Handlung und dem Eintritt eines Schadens geben könne, sondern der konkrete Nachweis stets im Einzelfall geführt werden müsse, steht dies der Annahme, dass ein Kraftfahrzeugkäufer das Fahrzeug in Kenntnis der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nach der Lebenserfahrung nicht gekauft hätte, im vorliegenden Fall nicht entgegen (zutreffend OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 37 f.). In den Entscheidungen zum Kapitalanlagenrecht geht es um die Haftung aus § 826 BGB aufgrund fehlerhafter Ad-hoc-Mitteilungen. Die strengen Anforderungen an den Kausalitätsnachweis knüpfen zum einen an die Besonderheit des Aktienkaufs an, der von vielfältigen rationalen und irrationalen Faktoren, insbesondere durch spekulative Elemente beeinflusst wird, weshalb sich von vornherein ein Anscheinsbeweis verbietet. Auch sind die Wirkungen einer Ad-hoc-Mitteilung auf die Anlagestimmung, insbesondere deren Dauer, aufgrund der vielfältigen kursbeeinflussenden Faktoren nur einzelfallbezogen zu bestimmen (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 218/03 -, BGHZ 160, 134, 144 ff. – *Informatec* unter III.2.a). Knüpft man an das enttäuschte allgemeine Anlegervertrauen in die Integrität der Marktpreisbildung an, führt dies zu einer uferlosen Ausweitung des ohnehin offenen Haftungstatbestands nach § 826 BGB (BGH, Urteil vom 4. Juni 2007 - II ZR 173/05 -, ZIP 2007, 1564 Rn. 16 - *Comroad V*) bzw. bei genereller Bejahung der Kausalität unabhängig von der Kenntnis des Anlegers zu einer regelrechten „Dauerkausalität“ (BGH, Urteil vom 4. Juni 2013 - VI ZR 288/12 -, WM 2013, 1310 Rn. 25). 62

Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar (OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 22 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 38; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 63

11/19 -, juris Rn. 50; a.A. Oechsler, in: Staudinger, BGB, 2018, § 826 Rn. 149b; ders., NJW 2017, 2865, 2867 und in WuB 2019, 404, 406, der seine Sicht allerdings auf eine Täuschung über das Abgasverhalten verengt). Zwar mag auch die Entscheidung für den Kauf eines bestimmten Kraftfahrzeugmodells von einem ganzen Motivbündel getragen sein. Vorliegend geht es aber um die Täuschung über die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs. Soweit diese in Frage steht, droht eine Stilllegung. Unter diesen Umständen treten die weiteren Motive für die Wahl des konkreten Fahrzeugmodells in den Hintergrund, weil dieser Mangel den elementaren Zweck des Autokaufs, nämlich die Fortbewegung auf öffentlichen Straßen, gefährdet (vgl. nur OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 21; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 38; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 987; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18 -, juris Rn. 15; zustimmend Heese, JZ 2020, 178, 182; a.A. Armbrüster, ZIP 2019, 837, 845). Im Hinblick auf diesen klaren Bezug zur Kaufentscheidung droht hier auch keine dem Zweck der Haftungsnorm widersprechende uferlose Ausweitung der Haftung nach § 826 BGB (OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 38).

(b) Das Vorgehen der Beklagten, die mit der Umschaltlogik ausgerüsteten Motoren des Typs EA 189 Euro 5 entweder durch Einbau in eigene Fahrzeuge oder durch Veräußerung an andere Fahrzeughersteller in den Verkehr zu bringen, war auch nicht nur unter ganz besonderen, außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Umständen geeignet, den Schaden herbeizuführen (vgl. zum sogenannten Adäquanzprinzip BGH, Urteil vom 7. März 2001 - X ZR 160/99 -, NJW-RR 2001, 887, 888; ferner Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl., § 249 Rn. 26 m.w.N.). Da die Beklagte die Motoren gerade für den Einbau in für die Veräußerung bestimmte Fahrzeuge vorgesehen hatte und das heimliche Vorgehen hinsichtlich der eingesetzten Software nur dann sinnvoll war, wenn man davon ausging, dass auch die Fahrzeughersteller weder die zuständigen öffentlichen Stellen noch Händler noch Kunden informieren würden, war der Eintritt des Schadens, wie ihn der Kläger erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sogar sicher zu erwarten (OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986). 64

(2) Daher wird schließlich der Kausalzusammenhang nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Kläger den streitgegenständlichen Pkw nicht unmittelbar bei der Beklagten erworben hat (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 32 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 30; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 39; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 6; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 39; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 51; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 68). 65

Das Dazwischentreten eines Fahrzeugherstellers als solches steht dem gegen die Beklagte gerichteten Anspruch aus § 826 BGB nicht entgegen, weil es in diesem Rahmen nicht auf eine vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Geschädigtem und Schädiger ankommt (OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986; OLG Köln, Urteil vom 6. September 2019 - 19 U 51/19 -, juris Rn. 51; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 71). 66

Im Übrigen waren Herstellung und Inverkehrbringen des Motors zum Einbau in ein Fahrzeug und zur Veräußerung an ahnungslose Kunden für die Beklagte nicht nur vorhersehbar, 67

sondern gerade Zweck des Vorgehens der Beklagten. Durch das Inverkehrbringen des in das Fahrzeug eingebauten Motors hat die Beklagte den Kausalverlauf bewusst unter Einschaltung ihres Vertriebssystems in Gang gesetzt. Die mit dem Inverkehrbringen des Motors verbundene konkludente Täuschung seitens des Herstellers über das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die EG-Typgenehmigung wirkt auch fort, weil hinsichtlich derartiger Angaben der Fahrzeughändler lediglich das durch den Hersteller vermittelte Wissen weitergibt und der Käufer insoweit auf die Herstellerangaben sowie - im vorliegenden Fall der konkludenten Täuschung - auf die Seriosität des Herstellers vertraut (OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 35; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 39; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 39). Diese Täuschung wirkt im Übrigen - jedenfalls vor Aufdeckung der Umschaltlogik - bei allen weiteren Verkäufen in der Käuferkette fort (OLG Celle und OLG Karlsruhe, jeweils a.a.O.; ferner KG, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 51/19 -, juris Rn. 65 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 46).

(3) Ein Rechtswidrigkeitszusammenhang und damit eine Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens zu Lasten der Beklagten kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der verletzten Norm (§ 826 BGB) verneint werden (vgl. nur OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 42; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18 -, juris Rn. 81 f.; OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 867; KG, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 51/19 -, juris Rn. 116 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 - 12 U 61/19 -, WM 2019, 1929, 1931 f.; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 21; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 987; OLG Köln, Urteil vom 6. September 2019 - 19 U 51/19 -, juris Rn. 48; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 59 f.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 31; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 58 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 55; zustimmend Reinking/Eggert, Autokauf, 14. Auflage, Rn. 1898c; Weller/Smela/Habrigh, JZ 2019, 1015, 1023 f.; a.A. OLG Braunschweig, Urteil vom 19. Februar 2019 - 7 U 134/17 -, ZIP 2019, 815, 826 f. mit deutlicher Kritik bei Heese, JZ 2020, 178, 182 f.).

Zwar trifft es zu, dass die Haftung sich auf die Schäden beschränkt, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen, das heißt in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971 - VII ZR 313/69 -, BGHZ 57, 137, 142; ferner Wagner, in: MünchKommBGB, 7. Auflage, § 826 Rn. 22). Doch gibt der vorliegend zu beurteilende Fall keine Veranlassung für eine solche Beschränkung. Denn die Haftung aus § 826 BGB knüpft - anders als etwa ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit bestimmten europarechtlichen Normen - 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 (vgl. nur OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 31). Diese Pflichtverletzung ist für den Rechtskreis des Käufers ersichtlich von Bedeutung, weil über einen die Kaufentscheidung wesentlich beeinflussenden Umstand getäuscht wird (vgl. nur OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 867; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 987; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 59 f.).

68

69

70

(4) Schließlich erweist sich auch der Hinweis der Beklagten auf das vertragliche Nachverhalten des Klägers, mit dem sie die - aus den vorstehend ausgeführten Gründen gegebene - Kausalität in Zweifel zu ziehen sucht, als nicht durchgreifend (vgl. auch OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 18). Abgesehen davon, dass der Senat der von der Beklagten angesonnenen Vergleichbarkeit von Kapitalanlagen einerseits und Gebrauchtwagenkauf andererseits nicht näher zu treten vermag, legt die Beklagte ihrem Standpunkt eine auf die Abgaswerte verengte Sicht zugrunde, auf die es - wie bereits ausgeführt - vorliegend nicht entscheidend ankommt. Entsprechend verhält es sich, soweit die Beklagte daran anknüpfend den Versuch unternimmt, unter Hinweis auf das Fehlen jedweder Kommunikation zwischen ihr und dem Kläger eine eigene Pflicht zur Beratung des Klägers über die Emissionswerte in Abrede zu stellen; denn die Beklagte verkennt auch hierbei, dass vorliegend die maßgebliche Schädigungshandlung nicht in einer unterbliebenen Aufklärung - d.h. in einem Unterlassen - liegt, sondern in einer arglistigen Täuschung, mithin in einem positiven Tun (siehe oben unter I.2.b). Auch ihre in diesem Rahmen weiter angestellte Mutmaßung, nicht die im Motor installierte Umschaltlogik liege der Klage zugrunde, sondern andere Motive, ist nicht geeignet, die vorstehend (unter b.bb.[1] [a]) ausgeführte Lebenserfahrung in Frage zu stellen, zumal der Kläger aufgrund des angekündigten und im Februar 2017 aufgespielten Software-Updates anders als zuvor mit der Stilllegung des Fahrzeuges nicht (mehr) rechnen musste. Hierbei handelt es sich allerdings um eine gegenüber dem für die Schadensfeststellung maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs veränderte Sachlage, die den von der Beklagten gezogenen Schluss auf die fehlende Kausalität nicht zu begründen vermag (vgl. OLG Oldenburg a.a.O.).

e) Die Täuschungshandlung der Beklagten ist auch sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB. 71

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 tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteile vom 19. November 2013 - VI ZR 336/12 -, WM 2014, 17 Rn. 9 und vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15 -, WM 2016, 1975 Rn. 16 m.w.N.). Dabei kann sich die Verwerflichkeit auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15 -, WM 2016, 1975 Rn. 16 m.w.N.). 72

bb) Nach dieser Maßgabe ist ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten gegeben (ebenso OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 37 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 17; KG, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 51/19 -, juris Rn. 68 ff.; OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 866 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 40 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 30 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 5; OLG Köln, Urteil vom 6. September 2019 - 19 U 51/19 -, juris Rn. 49; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18 -, juris Rn. 20; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 42 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 53 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 53; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 72 ff.; ebenso Heese, JZ 2020, 178, 183 f.; Spindler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 826 73

Rn. 173).

(1) Als Beweggrund der Beklagten für das Einsetzen der Manipulationssoftware kommt allein die Erzielung höherer Gewinne durch die Einsparung von Kosten in Betracht. Der Beklagten ging es darum, mittels der Umschaltlogik, durch die die Einhaltung der gesetzlichen Abgasgrenzwerte vorgetäuscht wurde, kostengünstig die Typgenehmigung für die Fahrzeuge ihres Konzerns zu erlangen, weil ihr dies ersichtlich auf legalem Wege ohne großen Aufwand nicht möglich gewesen wäre. Ein anderer Grund für die Verwendung der Manipulationssoftware ist jedenfalls weder dargetan noch ersichtlich (vgl. nur OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 50 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 866 f.; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18 -, juris Rn. 20; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 56 f.).

(2) Zwar ist allein ein Handeln aus Gewinnstreben noch nicht als verwerflich anzusehen. 75

Doch lässt das von ihr eingesetzte Mittel, die sich über Jahre hinziehende systematische bewusste Täuschung von Behörden und Käufern ihrer Fahrzeuge bzw. der ihrer konzernzugehörigen Tochtergesellschaften, das Verhalten der Beklagten als verwerflich erscheinen. Die Beklagte hat mit der vorgenommenen Manipulation an dem Dieselmotor EA 189, der in einer außergewöhnlich hohen Zahl von Fahrzeugen verschiedener Marken des Konzerns verbaut wurde, (hier über die A AG) zunächst die Typgenehmigungsbehörde mit dem Ziel der Erlangung der EG-Typgenehmigung und sodann mit dem Inverkehrbringen der Fahrzeuge die Erwerber getäuscht, wobei sie sich deren Vertrauen in den ordnungsgemäßen Ablauf des öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahrens zunutze gemacht hat. 76

Die Verwerflichkeit des Vorgehens der Beklagten ergibt sich schließlich aus den Folgen, denen sich die große Zahl der solchermaßen durch die Beklagte getäuschten Erwerber der betroffenen Fahrzeuge ausgesetzt sahen bzw. sehen. Denn diesen hat ein erheblicher Schaden in Form der Stilllegung des erworbenen Fahrzeugs gedroht. 77

cc) Dieses Ergebnis bedarf vorliegend keiner Korrektur. Die Sittenwidrigkeit der Täuschung lässt sich etwa nicht unter Berufung auf eine Parallelwertung aus dem Kaufrecht verneinen (zutreffend OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 867; KG, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 51/19 -, juris Rn. 74). 78

Die Erwägung, die Täuschung sei deswegen nicht als sittenwidrig anzusehen, weil es sich jedenfalls um einen unerheblichen Mangel im Sinn des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB handle, verkennt bereits den vom Gesetzgeber gewählten Ansatz für die Beurteilung der (Un-)Erheblichkeit, denn § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB knüpft in diesem Zusammenhang nicht an den Mangel, sondern an die Pflichtverletzung. 79

Im Übrigen lässt der vorstehend skizzierte Gedanke außer Betracht, dass die Annahme einer unerheblichen Pflichtverletzung bei einer arglistigen Täuschung durch den Verkäufer im Regelfall ausscheidet (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2006 - V ZR 173/05 -, BGHZ 167, 19 Rn. 11). Entsprechend verhält es sich regelmäßig bei einem Verstoß gegen eine Beschaffensvereinbarung (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 70/07 -, NJW-RR 2010, 1289, Rn. 23; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl., § 323 Rn. 32 m.w.N.; ferner OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6. Dezember 2018 - 17 U 4/18 -, juris Rn. 28). 80

Ferner spricht eine umfassende Interessenabwägung gegen die Annahme, die Pflichtverletzung der Beklagten sei nur unerheblich. Eine solche Annahme verbietet sich schon deshalb, weil das Kraftfahrt-Bundesamt mit der Untersagung des Betriebs von mit dem streitgegenständlichen Motor ausgerüsteten Fahrzeugen auf öffentlichen Straßen droht, denn dieser Befund wäre für die meisten Interessenten ein Grund, vom Kauf eines solchen Fahrzeugs Abstand zu nehmen. Gegen die Unerheblichkeit spricht schließlich der Umstand, dass es umfangreicher und zeit- sowie kostenaufwändiger Entwicklungsarbeiten bedurfte, um mit dem Software-Update die vom Kraftfahrt-Bundesamt in seinem Bescheid vom 15. Oktober 2015 gesetzten Bedingungen zu erfüllen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6. Dezember 2018 - 17 U 4/18 -, juris Rn. 26 f.; siehe auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Januar 2020 - 13 U 81/19 -, juris Rn. 16).

f) Auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung nach § 826 BGB lagen bei der Beklagten vor (ebenso OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 43 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 31 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18 -, juris Rn. 70 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 52 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986, 987; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 8 ff., 22; OLG Köln, Urteil vom 6. September 2019 - 19 U 51/19 -, juris Rn. 50; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 46 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 24 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 60 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 56 ff.; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 84 ff.). 82

Gegen diese durch das Landgericht getroffene Feststellung führt die Berufung auch keinen inhaltlich begründeten Berufungsangriff. 83

Die auf Seite 3 beiläufig angeführte „rechtsfehlerhafte Annahme eines der Beklagten zurechenbaren Schädigungsvorsatzes“ beinhaltet lediglich eine Formularbegründung, die dem durch das Gesetz (in § 520 Abs. 3 Satz 2 Nrn. 2, 3 ZPO) aufgestellten Begründungserfordernis nicht genügt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteile vom 9. März 1995 - IX ZR 142/94 - NJW 1995, 1559 f. bzw. IX ZR 143/94 -, NJW 1995, 1560 und vom 23. Oktober 2012 - XI ZB 25/11 -, NJW 2013, 174 Rn. 10). Entsprechend verhält es sich für die abschließende vollumfängliche Bezugnahme der Beklagten auf ihr erstinstanzliches Vorbringen (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteil vom 23. Oktober 2012 - XI ZB 25/11 -, NJW 2013, 174 Rn. 10 aE; BGH, Beschluss vom 15. Mai 2018 - II ZB 10/17 -, BeckRS 2018, 13003 Rn. 11), denn dieses kann sich mit dem Inhalt des landgerichtlichen Urteils nicht befassen haben. 84

Ohnedies erweisen sich die Ausführungen des Landgerichts zu den subjektiven Voraussetzungen aus den nachstehend ausgeführten Gründen als zutreffend. 85

aa) In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 86

(1) Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und ein Wollenselement: Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Dabei setzt § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei dieser nicht den 87

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., vgl. nur BGH, Urteile vom 13. September 2004 - II ZR 276/02 -, WM 2004, 2150, 2155 und vom 19. Juli 2004 - II ZR 402/02 -, WM 2004, 1721, 1725).

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, Urteile vom 20. November 2012 - VI ZR 268/11 -, WM 2012, 2377 Rn. 33 und vom 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10 -, WM 2012, 260 Rn. 11; jeweils m.w.N.). 88

(2) Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (BGH, Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02 -, WM 2004, 2150, 2155). 89

(3) Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinn 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 Sinn des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15 -, WM 2016, 1975 Rn. 13, 23, 25 f.). 90

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., vgl. BGH, Urteile vom 5. März 1998 - III ZR 183/96 -, NJW 1998, 1854, 1856 und vom 30. Oktober 1967 - VII ZR 82/65 -, BGHZ 49, 19, 21); auch in der neueren Rechtsprechung zu § 826 BGB verweist der Bundesgerichtshof ausdrücklich unter Bezugnahme auf das vorstehend zitierte Urteil vom 30. Oktober 1967 auf die weite Auslegung des Begriffs „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ (vgl. BGH, Urteile vom 28. Juni 2016 - VI ZR 541/15 -, juris Rn. 14 und VI ZR 536/15 -, WM 2016, 1975 Rn. 13). 91

bb) Bei der Beklagten lagen die dargestellten subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung nach § 826 BGB, hinsichtlich derer die Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich 92

beim Geschädigten liegt, vor. Die Beklagte handelte mit Schädigungsvorsatz und kannte die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände. Denn aufgrund des gegebenen Sach- und Streitstands ist davon auszugehen, dass die Installation der Umschaltlogik in der Motorsteuerungssoftware mit Wissen und Wollen eines oder mehrerer Mitglieder des Vorstands der Beklagten erfolgt und somit der Beklagten nach § 31 BGB zuzurechnen ist. Ebenfalls ist davon auszugehen, dass dieser oder sonstige verfassungsmäßig berufene Vertreter des Vorstands auch in der Vorstellung handelten, dass die so ausgestatteten Motoren in Fahrzeugen der Beklagten oder der Tochterunternehmen eingebaut würden und für diese unter Täuschung der zuständigen Behörde die EG-Typgenehmigung beantragt würde, obwohl die materiellen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen, und die Fahrzeuge sodann in den Verkehr gebracht werden würden.

(1) Das diesbezügliche Klagevorbringen, das hinreichend substantiiert ist, gilt gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, weil die Beklagte der sie treffenden sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen ist. 93

(a) Dabei kann dahin stehen, ob - wofür allerdings Vieles, unter anderem der durch ihren derzeitigen Vorstandsvorsitzenden am 18. Juni 2019 im Fernsehen öffentlich eingeräumte Betrug in Verantwortung des Managements (vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=OYOySuHUN10> bei Minute 32:54: „Das, was wir gemacht haben, war Betrug“ ... bei Minute 33:52: „Das ist eine Managementverantwortung“ [zuletzt abgerufen am 21. Februar 2020]) spricht - bereits aufgrund der äußeren Umstände eine tatsächliche Vermutung für die Kenntnis des Vorstandes der Beklagten angenommen werden kann (näher dazu OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 61 ff.; ferner OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 59). 94

(b) Denn die sekundäre Darlegungslast der Beklagten ergibt sich jedenfalls aus den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen hinsichtlich der unternehmensinternen Entscheidungsprozesse (ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 79 ff. m.w.N.). 95

(aa) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die nicht beweisbelastete Partei ausnahmsweise eine Substanziierungslast treffen kann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt sind und ihr nähere Angaben zuzumuten sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteile vom 24. Oktober 2014 - V ZR 45/13 -, WM 2015, 230 Rn. 22 und vom 3. Mai 2016 - II ZR 311/14 -, WM 2016, 1231 Rn. 18 f.; jeweils m.w.N.). 96

So liegt der Fall hier. Denn der Kläger steht außerhalb des Geschehensablaufs. Er hat als Außenstehender keine Kenntnis darüber, wie es zu der Entwicklung der streitgegenständlichen Umschaltlogik und zu der Entscheidung kam, diese in sämtlichen Motoren der von der Beklagten entwickelten neuen Generation EA 189 Euro 5 zu installieren (eine sekundäre Darlegungslast in den Abgas-Manipulationsfällen befürwortend: OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 51 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18 -, juris Rn. 70 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 79 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 77 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 10 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18 -, juris Rn. 25 ff.; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 55 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 26 ff.; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 97

27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 91 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22. November 2019 - 17 U 44/19 -, juris Rn. 44 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 64 ff.; Reinking/Eggert, Autokauf, 14. Auflage, Rn. 1898g ff.; Offenloch, in: BeckOGK-BGB, Stand: 15. Dezember 2019, § 31 Rn. 157 f.; ablehnend: OLG München, Beschluss vom 25. Juli 2017 - 13 U 566/17 -, BeckRS 2017, 158602 Rn. 5 f.; Pfeiffer, ZIP 2017, 2077 ff.; ein erhebliches Bestreiten verneinend: OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 58 f.).

(bb) Folge der so begründeten sekundären Darlegungslast ist, dass sich bereits die Anforderungen an die Substanziierung der primären Darlegungen des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale reduzieren (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18, NJW-RR 2019, 984, 986; ähnlich OLG Oldenburg, Beschluss vom 5. Dezember 2018 - 14 U 60/18, juris Rn. 17). Genügt der Anspruchsteller der primären Darlegungslast, trägt der Anspruchsgegner im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast aber nicht hinreichend vor, gilt der Vortrag der Klagepartei gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Forderte man hingegen - wie von der Beklagte vertreten - eine präzise Benennung der handelnden Personen (so etwa OLG München, Beschluss vom 25. Juli 2017 - 13 U 566/17 -, BeckRS 2017, 158602 Rn. 6), liefen die Grundsätze der sekundären Darlegungslast regelmäßig leer (OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 82; in diesem Sinne auch OLG Oldenburg, Beschluss vom 5. Dezember 2018 - 14 U 60/18, juris Rn. 17; ferner Heese, JZ 2020, 178, 185; Offenloch a.a.O. Rn. 157). Denn zur sekundären Darlegungslast kann man nur gelangen, wenn der Anspruchsteller in der Lage ist, der ihn treffenden primären Darlegungslast zu genügen. Nach der Rechtsprechung finden die Grundsätze der sekundären Darlegungslast allerdings gerade dann Anwendung, wenn der Anspruchsteller außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs steht und er die entscheidungserheblichen Tatsachen deshalb gerade nicht kennen kann (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986).

(2) Nach dieser Maßgabe hat der Kläger hinreichend substanziiert vorgetragen, wohingegen die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen ist. 99

(a) Der Kläger hat unter prozessual zulässiger Bezugnahme auf den Inhalt der als Anlage K 6 (GA 27 ff.) vorgelegten „Chronologie des Skandals“ vorgetragen, der Einbau der unzulässigen Umschaltlogik sei mit Wissen und Wollen des seinerzeitigen Vorstands der Beklagten erfolgt. Der damalige Vorstandsvorsitzende M W, der zuvor bis 2006 Vorstandsvorsitzender der A AG - einem Tochterunternehmen der Beklagten - gewesen sei, habe von der Entwicklung und Verwendung der Umschaltlogik, die ihre Ursprünge bei der A AG habe, Kenntnis gehabt. 100

Er sei bereits als Vorstandsvorsitzender der A AG im Juli 2006 offiziell vor dem Einsatz der von der B GmbH entwickelten Umschaltlogik gewarnt worden. Am 1. Januar 2007 sei W als Vorstandsvorsitzender zur Beklagten gewechselt und mit ihm U H und der Chef der Aggregateentwicklung der A AG - W H -, mit denen W bei der A AG eng zusammen gearbeitet habe; beide habe er zu den Generalbevollmächtigten der Konzern-Motorenentwicklung und zu Leitern der Entwicklung des „Clean-Diesel“-Projekts ernannt. 101

Als Vorstandsvorsitzender der Beklagten habe W den Plan gefasst, den Absatz in den Vereinigten Staaten von Amerika zu verdreifachen und dauerhaltbare kraftstoffarme Dieselmotorenfahrzeuge mit niedrigen Abgaswerten auf den Markt zu bringen. Um dieses Ziel zu erreichen, habe sich die Beklagte von dem zuvor genutzten System zur selektiven 102

katalytischen Reduktion (SCR) mit Harnstoff verabschiedet und stattdessen auf die günstigere LNT-Technologie gesetzt. Es habe sich jedoch herausgestellt, dass die LNT-Technologie zur Reduzierung der Stickoxide und zur Einhaltung der neuen Abgaswerte nicht ausreichte, vielmehr nur unter Einsatz der Umschaltlogik der Anschein habe erweckt werden können, dass die Abgaswerte eingehalten würden.

Die Entwicklung der Umschaltlogik sei ab 2007 in Zusammenarbeit mit der B GmbH erfolgt. Diese habe, weil sie sich der Gesetzeswidrigkeit der Umschaltlogik sowohl in den Vereinigten Staaten von Amerika als auch in Europa bewusst gewesen sei und sich gesorgt habe, in einen Betrug hineingezogen zu werden, die Beklagte entsprechend gewarnt. Gleichwohl habe die Beklagte in 2007 die Entscheidung getroffen, den EA 189 auch für den europäischen Markt zu verwenden, worauf die B GmbH im Juni 2008 die Beklagte um die Unterzeichnung eines Haftungsausschlusses gebeten habe. Im Jahr 2009 hätten unter anderem die Vorstandsmitglieder N und H beginnend mit dem Modelljahr 2009 (bis zum Modelljahr 2016) veranlasst, dass Fahrzeuge mit der illegalen Umschaltlogik in den Verkehr gebracht und verkauft worden seien. Die Umschaltlogik sei in Zusammenarbeit mit der B GmbH fortlaufend verfeinert worden; sie habe unter anderem bei der Entwicklung des „Onboard-Diagnose-Zentrums“ berücksichtigt werden müssen, um nicht entdeckt zu werden. 103

Vor diesem Hintergrund hat der Kläger die maßgeblichen Tatbestandsmerkmale für den subjektiven Tatbestand des § 826 BGB allgemein und hinreichend behauptet. 104

Dies beinhaltet die Behauptung, dass der Entschluss für den Einsatz der in den EA 189 integrierten Umschaltlogik mit Kenntnis des Vorstandes gefasst worden sei. Es sei mithin durch wenigstens eine Person aus dem Vorstand der Beklagten - hilfsweise aber durch einen Repräsentanten im Sinne der zu § 31 BGB ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung - entweder die Entscheidung zum Einsatz der unzulässigen Umschaltlogik getroffen worden oder diese habe zumindest Kenntnis von der Entscheidung gehabt und habe diese nicht unterbunden. 105

Dabei hat er die Behauptungen nicht als eigene und sichere Kenntnis dargestellt; dass es sich um Schlussfolgerungen aus Informationen handelt, ergibt sich aus den Schriftsätzen des Klägers. 106

(b) Die Beklagte ist der sie hiernach treffenden sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen, so dass das Klagevorbringen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. 107

Sie hat sich im Wesentlichen auf den Hinweis zurückgezogen, dass die Sachverhaltsermittlungen, die sich aufwändig und zeitintensiv gestalteten, noch nicht abgeschlossen seien und dass ihr nach dem derzeitigen Ermittlungsstand keine Erkenntnisse dafür vorlägen, dass Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne an der Entwicklung der Umschaltlogik beteiligt gewesen seien oder die Entwicklung oder Verwendung der Umschaltlogik in Auftrag gegeben oder gebilligt hätten, weshalb sie bestreite, dass ihr damaliger Vorstandsvorsitzender oder andere Vorstände im aktienrechtlichen Sinne eine entsprechende Kenntnis gehabt hätten. 108

Dieses Vorbringen, das sich nur zu Vorstandsmitgliedern im aktienrechtlichen Sinne verhält und das weite Verständnis des „verfassungsgemäß berufenen Vertreters“ im Sinne des § 31 BGB ausblendet, ist ohne Substanz. Das einfache Bestreiten der maßgeblichen Umstände und das bloße Behaupten fehlender Erkenntnisse aus internen Ermittlungen sind nicht geeignet, der die Beklagte treffenden sekundären Darlegungslast zu genügen. Es fehlt nicht 109

nur erforderlicher konkreter Vortrag zu den internen Abläufen im Zusammenhang mit Beauftragung, Bezahlung, Empfang, Kontrolle und Verwendung der Umschaltlogik, sondern auch jeglicher Vortrag zu dem (bisherigen) Ergebnis der internen Ermittlungen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 75, 92; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 - 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984, 986; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 96 f.; ebenso Reinking/Eggert, Autokauf, 14. Auflage, Rn. 1898j).

Der Sache nach handelt es sich - ohne dass es vorliegend darauf entscheidungserheblich ankommt - um ein Bestreiten mit Nichtwissen im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO, das - da die Beklagte weder dartut, dass sie der ihr in diesem Zusammenhang obliegenden Nachforschungspflicht nachgekommen ist, noch dass sie das Ergebnis ihrer Nachforschungen in das Verfahren eingeführt hat - kein zulässiges Bestreiten darstellt (vgl. näher OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 76 f.). 110

Auf eine Unzumutbarkeit konkreter Darlegungen kann die Beklagte sich nicht berufen (vgl. näher dazu OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 78; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 - 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 872 f.). Insoweit fehlt es im vorliegenden Rechtsstreit an Vortrag der Beklagten dazu, dass und aus welchen Gründen ihr mit zumutbarem Aufwand konkreter Vortrag zu den unternehmens- und konzerninternen Geschehensabläufen nicht möglich sei. 111

g) Als Rechtsfolge hat die Beklagte gemäß §§ 249 ff. BGB dem Kläger den aus der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigungshandlung folgenden Schaden zu ersetzen. Dementsprechend kann der Kläger von der Beklagten die Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises (29.512 €) Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des betroffenen Fahrzeugs verlangen. Hierbei muss er sich allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung Wertersatz für die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen, der sich auf 11.802,16 € beläuft. 112

aa) (1) Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit kann der Geschädigte zwar nicht die Herstellung des gleichen Zustandes verlangen, wie er vor dem Eintritt des schädigenden Ereignisses bestanden hat; dies wäre in den meisten Fällen auch kaum zu erreichen. Es kommt vielmehr darauf an, den Geschädigten wirtschaftlich möglichst so zu stellen, wie er ohne das schadensstiftende Ereignis stünde (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 15/14 -, WM 2014, 2318 Rn. 25 m.w.N.). Wird - wie hier - der Geschädigte durch Täuschung eines Dritten zum Abschluss eines Vertrages veranlasst, steht ihm gegen den Täuschenden im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrages zu, das heißt Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (BGH a.a.O. Rn. 28). 113

(2) (a) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist - auch für eine auf § 826 BGB gestützte Schadensersatzforderung (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 - VIII ZR 12/61 -, NJW 1962, 1909 f. unter 1.) - allerdings geklärt, dass dem Geschädigten nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung neben dem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Denn es ist ein allgemeiner schadensrechtlicher Grundsatz, dass der Nachteil des Geschädigten zwar voll kompensiert werden, er durch den Schadensersatz aber auch keinen über den Schadensausgleich hinausgehenden Vorteil erlangen soll. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl., vor § 249 Rn. 71 114

m.w.N.); einer Aufrechnungserklärung des Schädigers bedarf es nicht, weil es sich bei der Vorteilsausgleichung nicht um eine Aufrechnung handelt (BGH a.a.O.). 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 dieses Vorteils verlangt, kommt es nicht an; insbesondere bedarf es keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - XI ZR 536/14 -, WM 2015, 1461 Rn. 23).

(b) Dies gilt auch im Fall der vom sogenannten „Diesel-Skandal“ betroffenen Fahrzeuge. Der Senat ist sich bewusst, dass die Frage, ob Käufer solcher Fahrzeuge sich den Wert von Nutzungsvorteilen anrechnen lassen müssen, umstritten ist und von einem umfassenden Anrechnungsausschluss (vgl. etwa Harke, VuR 2017, 83, 90 f.; Heese, VuR 2019, 123; ders., NJW 2019, 257, 261 f.; Klöhn, ZIP 2020, 341, 343 ff.; von Mirbach, MDR 2020, 129; Staudinger, NJW 2020, 641 unter II.) über eine wertende Betrachtung im Rahmen der Vorteilsanrechnung (Hanseatisches OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 13. Januar 2020 - 15 U 190/19 -, NJW 2020, 546) hin bis zu einer regelmäßigen Vorteilsanrechnung (so die vorstehend zitierte, nahezu einhellige obergerichtliche Rechtsprechung; ferner Ulrici, JZ 2019, 1131, 1137 ff.) verschiedene Auffassungen vertreten werden (zum aktuellen Diskussionsstand Bruns, NJW 2020, 508 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). 115

(aa) Der im Schrifttum vertretenen Auffassung, die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung lägen in dieser Fallkonstellation nicht vor (vgl. zuletzt Bruns, NJW 2020, 508, 511 f.; Klöhn, ZIP 2020, 341, 343 ff.; von Mirbach, MDR 2020, 129; Staudinger, NJW 2020, 641 unter II.) kann der Senat allerdings nicht folgen. Sie beruht teilweise auf der vom Senat schon nicht geteilten Prämisse (vgl. oben 2 c aa [1]), bei dem hier in Rede stehenden Anspruch gehe es allein um den Schutz der Dispositionsfreiheit, unabhängig vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Nachteils. Wenn es aber auch hier darum geht, den Erwerber eines solchen Fahrzeugs vor einem wirtschaftlichen Schaden zu bewahren, ist es konsequent, die von ihm infolge des Vertragsschlusses gezogenen wirtschaftlichen Vorteile „abzuschöpfen“. Es ist auch nicht erkennbar, dass damit eine unzumutbare Belastung des Geschädigten einhergeht (vgl. im Einzelnen zutreffend Ulrici, JZ 2019, 1131, 1138), muss er doch nur das herausgeben, was er an Nutzungsvorteilen gezogen hat. Eine Rechtfertigung dafür, dass ihm diese Nutzungsvorteile ohne eigene Aufwendungen verbleiben, ist nicht ersichtlich (wie hier OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 26). 116

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. Zum einen erlangt die Beklagte durch die Kaufpreiszahlung überhaupt kein (weitere) Kapital, wenn es sich - wie hier - um den Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs handelt. Zum anderen wird übersehen, dass der Nachteil der entgangenen Kapitalnutzung über § 849 BGB kompensiert wird (vgl. unten sub II.; ebenso OLG Köln a.a.O.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 45; in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt bei Klöhn, ZIP 2020, 341, 343 ff.; Staudinger, NJW 2020, 641 unter II.). 117

(bb) Ebenfalls nicht zu überzeugen vermögen die für die Gegenauffassung (vgl. insbesondere von Harke und Bruns a.a.O.) in diesem Zusammenhang angeführten europarechtlichen Erwägungen (ebenso OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 61 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 116 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 108 f.; OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 28; OLG 118

Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 80 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 63).

Zwar hat der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171, S. 12 ff. vom 7. Juli 1999; im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 17. April 2008 - Rs. C-404/06 - *Quelle*, NJW 2008, 1433) inzwischen in § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB geregelt, dass Nutzungsersatz im Falle der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache nicht geschuldet wird. 119

Doch lassen sich - entgegen der unter Berufung auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Schrifttum (vgl. Harke, VuR 2017, 83, 90 ff.) vertretenen Auffassung - hieraus für die deliktische Haftung des Herstellers keine zum Ausschluss einer Vorteilsanrechnung führenden Gründe herleiten. 120

Zum einen fehlt es bereits an einem hinter den vorgenannten Regelungen stehenden verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken (zutreffend OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 46). § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB gilt - wie auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie - nur für kaufvertragliche Ansprüche von Verbrauchern; er gilt nicht für Kaufverträge zwischen Verbrauchern oder zwischen Unternehmen, was gegen eine Erstreckung auf das gegenüber jedermann gleichermaßen geltende Deliktsrecht spricht. 121

Des Weiteren gilt § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB nur im Falle der Nacherfüllung durch Nachlieferung, nicht aber im Falle des Rücktritts, bei dem der Verbraucher den gezahlten Kaufpreis zurück erhält (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08 -, NJW 2010, 148 Rn. 15), was wirtschaftlich mit dem hier in Rede stehenden, auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch vergleichbar ist (OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 108; OLG Koblenz, Urteil vom 20. November 2019 - 10 U 731/19 -, juris Rn. 97; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 81; vgl. auch Riehm, NJW 2019, 1105, 1108; Weller/Smela/Habrigh, JZ 2019, 1015, 1024). 122

Schließlich erweist sich auch die Berufung auf den *effet utile* an dieser Stelle nicht als zielführend, denn der Umstand, dass im Rahmen der deliktsrechtlichen Abwicklung über den Hersteller vom geschädigten Fahrzeugkäufer Nutzungsersatz geschuldet wird, ist in keiner Weise geeignet, einen Verbraucher davon abzuhalten, einen etwa bestehenden kaufrechtlichen Nachlieferungsanspruch gegen den Verkäufer geltend zu machen (OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 28). 123

(cc) Auch die teilweise in Erwägung gezogene Beschränkung des Nutzungsersatzanspruchs auf die Zeit bis zum Eintritt des Verzuges der Beklagten mit der Leistung von Schadensersatz (so OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 13. Januar 2020 - 15 U 190/19 -, NJW 2020, 546 Rn. 21), weil es sich bei der Nutzung des Fahrzeugs nach diesem Zeitpunkt quasi um eine aufgedrängte Bereicherung handle, überzeugt nicht. Denn dieser Umstand ändert nichts daran, 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. BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 - VIII ZR 12/61 -, NJW 1962, 1909 f.; zutreffend Ulrici, JZ 2019, 1131, 1138 f.). 124

Die (möglicherweise) dahinter stehende Überlegung, dass der Schädiger durch eine verzögerliche Abwicklung des Schadens durch eine Reduzierung des Anspruchs infolge des Abzugs weiterer Nutzungsvorteile nicht profitieren soll, rechtfertigt ein anderes Ergebnis nicht (im Ergebnis wie hier OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 30). Denn sie vernachlässigt zum einen, dass die Inanspruchnahme rechtsstaatlicher Verfahren und das Ausschöpfen von Rechtsmitteln (auch) durch die Beklagte als solches nicht sittenwidrig sind, selbst wenn sich am Ende die Rechtsverteidigung der Beklagten als erfolglos erweisen sollte. Denn dies zu klären ist Aufgabe eines rechtsstaatlichen Verfahrens (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 109; OLG Koblenz, Urteil vom 20. November 2019 - 10 U 731/19 -, juris Rn. 98). Zum anderen lässt dieser Standpunkt außer Betracht, dass der Schadensersatzanspruch durch die Vorteilsausgleichung nicht durch den bloßen Zeitablauf „aufgezehrt“ wird, sondern - wie bereits dargetan - durch die tatsächliche Nutzung (zutreffend Ulrici, JZ 2019, 1131, 1138; a.A. Heese, JZ 2019, 429, 433). Schließlich kommt hinzu, dass die für die Gegenauffassung herangezogenen Billigkeitserwägungen dann nicht greifen, wenn der klagende Fahrzeugkäufer mehr verlangt als ihm zusteht, denn dann beruht die Verzögerung der Schadensabwicklung keineswegs allein auf dem Verhalten der Beklagten, sondern auch auf dem des Klägers (OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 31).

(c) Danach kann hier der Kläger von der Beklagten die Erstattung des von ihm an den Verkäufer gezahlten Kaufpreises abzüglich des Wertes für die von ihm gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs an die Beklagte verlangen (ebenso OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 58 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 105 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 104 ff.; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 63 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 31. Januar 2020 - 17 U 95/19 -, juris Rn. 40 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19 -, juris Rn. 75 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 63; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, juris Rn. 107 ff.). 126

bb) (1) Für die konkrete Berechnung der Nutzungsvorteile geht der Senat mit der - soweit ersichtlich - nahezu einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. nur OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 108; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18 -, WM 2019, 1229 Rn. 114 f.; a.A. nur OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 42) von folgender Formel aus: 127

Kaufpreis x Fahrleistung des Klägers 128

Gesamtlaufleistung (abzgl. Fahrleistung vor Erwerb des Klägers). 129

Ausgangspunkt dieser Berechnung, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur - hier wirtschaftlich vergleichbaren (siehe oben unter [2] [b] [bb]) - Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs entwickelt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014 - VIII ZR 196/14 -, juris Rn. 3 m.w.N.), ist der vom jeweiligen Erwerber tatsächlich erbrachte Kaufpreis. Es besteht keine Veranlassung, von einem niedrigeren Betrag auszugehen, weil das Fahrzeug mit einem Mangel behaftet war. Dieser wirkt sich auf die Möglichkeit, das Fahrzeug seiner Bestimmung gemäß zu nutzen, nicht erkennbar aus (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 120; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 106 f.). Zudem ist insoweit zu berücksichtigen, dass der Vorteil darin liegt, dass der Käufer die Abnutzung eines anderen, zum gleichen Preis erworbenen, aber mangelfreien Fahrzeugs erspart hat (OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 130

2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 33).

Der Senat legt seiner Schätzung (§ 287 ZPO) der Nutzungsvorteile im vorliegenden Fall die bereits vom Landgericht angenommene - und von den Parteien im Berufungsverfahren als solche nicht angegriffene - Gesamtfahrleistung von 300.000 km zugrunde. 131

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist es nicht geboten, anstelle einer linearen Abschreibung des Kaufpreises über die gesamte Nutzungsdauer eine degressive Abschreibung entsprechend dem (Verkehrs-)Wertverlust eines Alternativfahrzeuges vorzunehmen, wie das in einzelnen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 2. Juli 1962 - VIII ZR 12/61 -, NJW 1962, 1909, 1910 und vom 31. März 2006 - V ZR 51/05 -, NJW 2006, 1582 Rn. 13) als richtig angesehen wurde (a.A. Riehm, NJW 2019, 1105, 1108 f.; ihm folgend OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 - 17 U 45/19 -, juris Rn. 42). 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. Bestünde hingegen bei einem (hypothetisch) mangelfreien Fahrzeug ein Fortnutzungsinteresse, käme es auf diesen hypothetischen Veräußerungswert nicht an, sondern maßgeblich wäre - vergleichbar der Bewertung von Betriebsvermögen nach Liquidations- bzw. 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 hypothetisch mangelfreien Fahrzeugs weder vorgetragen noch dem Senat sonst bekannt geworden sind, kann er von diesen nicht ausgehen (so schon OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 35). 132

Bei Gebrauchtfahrzeugen ist für die lineare Abschreibung des Kaufpreises allerdings nicht die Gesamtnutzungsdauer zugrunde zu legen, sondern hiervon die Fahrleistung vor dem Erwerb des Klägers abzuziehen, weil sich der von ihm gezahlte Kaufpreis, dessen lineare Abschreibung Maßstab für die Ermittlung des Nutzungersatzes ist, innerhalb der noch verbleibenden Restnutzungsdauer amortisieren muss (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 36). 133

(2) Für den Kläger geht der Senat von einer Fahrleistung zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung von (145.777 km - 43.000 km =) 102.777 km aus. 134

Zwar haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nur den für 10. Februar 2020 mitgeteilten Kilometerstand (145.727 km) unstreitig gestellt. Der Senat schätzt jedoch die Fahrleistung für den verbleibenden Tag bis zur mündlichen Verhandlung auf 50 km. Hierbei handelt es sich um das Mittel zwischen der durchschnittlichen Fahrleistung, die der Kläger einerseits im Zeitraum vom 17. November 2014 bis zum 10. Februar 2020 (102.727 km : 1.912 Tage = 53,73 km) und andererseits im Zeitraum ab dem Tag nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht bis zum 10. Februar 2020 ([102.727 km - 91.972 km =] 10.755 km : 228 Tage = 47,17 km) täglich zurückgelegt hat. 135

Auf der Grundlage dieser Fahrzeugnutzung ergibt sich nach der oben (g.bb.[1]) dargestellten Formel 136

29.512 € x 102.777 km 137

(300.000 km - 43.000 km =) 257.000 km 138

- ein Nutzungsvorteil in Höhe von 11.802,16 €. 139
2. Die Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg, soweit das Landgericht unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs einen Anspruch auf Zinsen ab dem 8. Dezember 2018 zugesprochen hat. Denn das vorgerichtliche Anwaltsschreiben war geeignet, die Beklagte hinsichtlich der geforderten Schadenssumme zum vorgenannten Zeitpunkt in Schuldnerverzug zu versetzen. 140
- Zwar hat der Kläger, indem er bei Angabe des Kilometerstandes die Nutzungsentschädigung auf Grundlage einer (zu hohen) Gesamtlauflistung von 500.000 km zu niedrig berechnete, im Ergebnis die Zahlung eines zu hohen Schadensbetrages (24.185,96 € statt - auf Grundlage des damaligen Tachostandes [125.475 km] - richtig [29.512 € - 9.470,82 € =] 20.041,18 €) gefordert. 141
- Doch stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Zuvielforderung die Wirksamkeit der Mahnung und damit den Verzug hinsichtlich der verbleibenden Restforderung nicht in Frage, wenn der Schuldner die Erklärung des Gläubigers nach den Umständen des Falls als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss und der Gläubiger zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 12. Juli 2006 - X ZR 157/05 -, NJW 2006, 3271 Rn. 16 m.w.N.). 142
- So liegt der Fall hier. Denn der Kläger hat, indem er in dem anwaltlichen Schreiben ausdrücklich seine Bereitschaft dokumentiert hat, eine geringere Lauflistung zu akzeptieren, zu erkennen gegeben, den Abzug einer höheren Nutzungsentschädigung und somit im Ergebnis einen geringeren Betrag seiner gerechtfertigten Forderung anzunehmen. 143
- Allerdings kann eine unverhältnismäßig hohe, weit übersetzte Zuvielforderung den zu Recht angemahnten Teil so in den Hintergrund treten lassen, dass dem Schuldner kein Schuldvorwurf zu machen ist, wenn er sich nicht als wirksam gemahnt ansieht. Am Verschulden fehlt es auch dann, wenn der Schuldner die wirklich geschuldete Forderung nicht allein ausrechnen kann, weil sie von ihm unbekanntem internen Daten des Gläubigers abhängt (BGH a.a.O. m.w.N.). Jedoch kommt der Beklagten keiner dieser beiden Entschuldigungsgründe zugute. Um eine weit übersetzte Forderung, die den berechtigten Teil in den Hintergrund treten ließ, handelte es sich nicht, weil die Schadensersatzforderung des Klägers noch zu 83 % berechtigt war. Die Beklagte konnte dies auch ohne unzumutbare Mühe selbst errechnen, denn der Kläger hat, indem er ihr sowohl die bei Vertragsschluss aktuelle Lauflistung als auch den am 23. November 2018 aktuellen Kilometerstand kommunizierte, alle Berechnungsparameter aus seiner Sphäre mitgeteilt. 144
3. Das Landgericht hat ferner mit Recht festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Übernahme des ihr angebotenen streitgegenständlichen Fahrzeugs im Annahmeverzug befindet. 145
- Dabei kann dahin stehen, ob der hiergegen geführte Berufungsangriff, der sich in der begründungslos gebliebenen bloßen Behauptung erschöpft, ein Angebot der Leistung wie geschuldet sei „nicht erfolgt“, den von Gesetzes wegen an eine Berufungsbegründung zu stellenden inhaltlichen Mindestanforderungen entspricht. 146
- a) Der Feststellungsantrag ist zulässig. Der Kläger hat an dieser Feststellung ein rechtliches Interesse, denn er wird dadurch in den Stand versetzt, das Urteil hinsichtlich des von der Beklagten geschuldeten Kaufpreises zu vollstrecken, ohne seine eigene Leistung 147

anbieten zu müssen (§§ 256, 756 Abs. 1 ZPO).

b) Er ist darüber hinaus begründet. Dabei kann offen bleiben, ob der Kläger der Beklagten mit dem vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 23. November 2018 das Fahrzeug ordnungsgemäß angeboten hat. Ein solches Angebot hat der Kläger jedenfalls mit Schriftsatz vom 24. April 2019 (GA 135 ff.) und dem darin neu gefassten Klageantrag zu 1., der die auf Grundlage einer Gesamtleistung von 300.000 km berechnete Nutzungsentschädigung berücksichtigt, unterbreitet. 148

4. Die Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung sind als Teil des aus § 826 BGB folgenden deliktischen Schadensersatzanspruches dem Grunde nach ohne Weiteres ersatzfähig, weil die Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation erforderlich und zweckmäßig war. Der Kläger durfte sich angesichts der Komplexität der Sach- und Rechtslage zur Geltendmachung seiner Schadensersatzansprüche vorgerichtlicher anwaltlicher Unterstützung bedienen. 149

Die durch das Landgericht vorgenommene - und als solche nicht angegriffene - Berechnung der bereits mit der Zweckmäßigkeitberatung angefallenen Geschäftsgebühr gemäß Nr. 2300 VV RVG (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2015 - IX ZR 280/14 -, NJW 2015, 3793 Rn. 13), der der Gegenstandswert zum Zeitpunkt des anwaltlichen Tätigwerdens zugrunde liegt, ist nicht zu beanstanden, weshalb insoweit auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen wird. 150

II. 151

Die Berufung des Klägers ist begründet. Denn entgegen der Auffassung des Landgerichts hat der Kläger gegen die Beklagte aus § 849 BGB einen Anspruch auf Verzinsung des von ihm gezahlten Kaufpreises (29.512 €) ab dem Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung bis zum 7. Dezember 2018. 152

1. Nach § 849 BGB kann der Verletzte, wenn wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird. 153

Eine Sachentziehung im Sinne des § 849 BGB, der jegliche Form von Geld erfasst, kann auch in der durch unerlaubte Handlung veranlassten Zahlung von Geld liegen (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 - II ZR 167/06 -, WM 2008, 291 Rn. 5 f.; BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 56/16 -, NJW 2018, 2479 Rn. 45; jeweils m.w.N.). Der Anwendungsbereich des § 849 BGB, der jeden Sachverlust durch Delikt erfasst, ist weder auf die Wegnahme einer Sache beschränkt noch verlangt er, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen wird. Der auf § 849 BGB gestützte Zinsanspruch soll mit einem pauschalierten Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann. Dabei geht die Sachnutzung gleichermaßen verloren, wenn dem Geschädigten eine Sache ohne seinen Willen entwendet wird oder wenn er durch eine unerlaubte Handlung dazu gebracht wird, sie wegzugeben oder darüber zu verfügen (vgl. im Einzelnen BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 - II ZR 167/06 -, WM 2008, 291 Rn. 4 ff. m.w.N.). 154

2. Die Frage, ob die vorstehend skizzierten Grundsätze auch in den vom sogenannten „Dieselskandal“ betroffenen Fällen Anwendung finden, mithin in der Entrichtung 155

des Kaufpreises durch Erwerber eines vom „Dieselskandal“ betroffenen Pkw eine Sachentziehung im Sinne des § 849 BGB gesehen werden kann, ist umstritten.

a) Eine Auffassung lehnt die Anwendung des § 849 BGB auf diese Fälle ab, weil § 849 BGB weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Normzweck einschlägig sei (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18 -, juris Rn. 72 f.; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 27. November 2019 - 17 U 290/18 -, juris Rn. 37 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18 -, juris Rn. 99; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 134 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 28. August 2019 - 5 U 1218/18 -, juris Rn. 136; OLG Koblenz, Urteil vom 20. November 2019 - 10 U 731/19 -, juris Rn. 107 ff.; OLG Köln, Urteil vom 21. November 2019 - 28 U 21/19 -, n.v., unter II.4.a; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 - 20 U 3219/18 -, juris Rn. 72 ff.; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 - 7 U 24/19 -, BeckRS 2019, 24547 Rn. 106 f.; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 - 13 U 73/19 -, juris Rn. 24; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 67; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22. November 2019 - 17 U 44/19 -, juris Rn. 77; OLG Zweibrücken, Urteil vom 14. November 2019 - 4 U 88/19 -, BeckRS 2019, 30078 Rn. 26 f.). Der Erwerber habe für den Kaufpreis eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung - die uneingeschränkte Möglichkeit, den erworbenen Pkw zu nutzen - erhalten (vgl. Riehm, NJW 2019, 1105, 1109; ihm folgend OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 - 14 U 89/19 -, juris Rn. 67; Spindler, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 53. Edition [Stand: 1. Februar 2020], § 849 Rn. 2; ferner aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung: LG Offenburg, Urteil vom 21. August 2019 - 2 O 57/19 -, juris Rn. 30; LG Bremen, Urteil vom 12. April 2019 - 4 O 365/18 -, juris Rn. 66; LG Freiburg, Urteil vom 11. Januar 2019 - 2 O 84/18 -, juris Rn. 48; LG Karlsruhe, Urteil vom 22. März 2017 - 4 O 118/16 -, juris Rn. 60; LG Köln, Urteil vom 2. April 2019 - 19 O 188/18 -, n.v., unter Ziffer III der Entscheidungsgründe; LG Saarbrücken, Urteil vom 14. Juni 2017 - 12 O 104/16 -, juris Rn. 116 ff.).

Schon vom Wortlaut her seien kein Wertersatz und keine Wertminderung zu ersetzen. Eine solche liege nicht vor, jedenfalls nicht in Höhe des vollen Kaufpreises, denn dies setze voraus, dass der Wert des Autos „Null“ sei, was niemand behauptete (Riehm a.a.O.; ähnlich LG Freiburg a.a.O. [Rückabwicklung kein Fall der Wertminderung]).

Aber auch nach ihrem Normzweck finde die Regelung keine Anwendung. Abgesehen davon, dass aus § 849 BGB kein allgemeines Prinzip folge, wonach Ansprüche aus unerlaubter Handlung unabhängig vom Vorliegen des Verzugs zu verzinsen seien, habe der Bundesgerichtshof eine (analoge) Anwendung auf Geldüberweisung nur in Fällen angenommen, in denen der Geldbetrag ersatzlos weggegeben worden sei. Daran fehle es hier, denn die Erwerber hätten für den Kaufpreis einen faktisch nutzbaren Ersatz erhalten. Dies folge letztlich auch aus der schadensrechtlichen Differenzhypothese, denn der Käufer hätte, wäre er nicht über das Vorliegen der Abschaltvorrichtung getäuscht worden, ein anderes Fahrzeug erworben, so dass er den Kaufpreis gleichwohl nicht behalten hätte und ihn auch nicht hätte nutzen bzw. verzinsen können.

b) Die Gegenauffassung bejaht die Anwendbarkeit des § 849 BGB auch in Fallkonstellationen wie der vorliegenden (vgl. OLG Köln, Urteil vom 30. Januar 2020 - 7 U 141/19 -, juris Rn. 28 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 29; OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 40 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 27. Juni 2019 - 27 U 14/19 -, juris Rn. 34 f., dort mit zahlreichen weiteren Nachweisen; OLG Köln, Beschluss vom 29. April 2019 - 16 U 30/19 -, juris Rn. 24; OLG Köln, Beschluss vom 26. Juli 2019 - 16 U 99/19 -, n.v.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U

146/19 -, juris Rn. 110 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 - 12 U 61/19 -, WM 2019, 1929, 1934 f.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 47 ff.; ferner aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung: LG Essen, Urteil vom 4. September 2017 - 16 O 245/16 -, juris Rn. 97 ff.; LG Bonn, Urteil vom 16. Januar 2019 - 1 O 138/18 -, juris Rn. 67; LG Bonn, Urteil vom 27. Mai 2019 - 10 O 507/18 - unter Ziffer I.7 der Entscheidungsgründe, n.v.; LG Baden-Baden, Urteil vom 27. April 2017 - 3 O 163/16 -, juris Rn. 78; LG Bonn, Urteil vom 7. März 2018 - 19 O 327/17 -, juris Rn. 145 ff.; LG Hamburg, Urteil vom 24. November 2017 - 306 O 318/16 -, juris Rn. 76; LG Kiel, Urteil vom 30. Januar 2019 - 6 O 299/18 -, juris Rn. 75; LG Krefeld, Urteil vom 11. April 2018 - 2 O 290/17 -, juris Rn. 50; LG Münster, Urteil vom 28. Juni 2017 - 2 O 165/16 -, juris Rn. 84; LG Siegen, Urteil vom 9. Januar 2019 - 1 O 36/18 -, juris Rn. 27; LG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2019 - 23 O 178/18 -, juris Rn. 125 ff.; aus dem Schrifttum: Klöhn, ZIP 2020, 341, 349 f.; Staudinger, NJW 2020, 641, 645 f.).

c) Der erkennende Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an und erachtet § 849 BGB auch in Fällen wie dem vorliegenden für anwendbar. 160

Zutreffend ist, dass das deutsche Recht einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung vom Zeitpunkt seiner Entstehung an mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen sei, nicht kennt (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 1993 - III ZR 91/92 -, NVwZ 1994, 409, 410; BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 56/16 -, NJW 2018, 2479 Rn. 45; Krause, in: Soergel, BGB, 2005, § 849 Rn. 2). Allerdings ergibt sich hieraus nur, dass die (Ausnahme-)Regelung des § 849 BGB auf die dort geregelten Fälle der Entziehung oder Beschädigung einer Sache beschränkt bleiben muss (BGH, Urteil vom 28. September 1993 - III ZR 91/92 -, NVwZ 1994, 409, 410); für die Frage der (Nicht-)Anwendbarkeit des § 849 BGB auf die Fälle der vorliegenden Konstellation ergibt sich hieraus jedoch nichts. 161

aa) (1) Der Normzweck des § 849 BGB besteht darin, dem Geschädigten mit einem pauschalierten Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer Sache - unter anderem jegliche Form von Geld - auszugleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht mehr ausgeglichen werden kann (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 - II ZR 167/06 -, WM 2008, 291 Rn. 5). 162

(2) Das ist hier der Fall, denn dem Kläger stand nach Zahlung des Kaufpreises für das streitgegenständliche Fahrzeug das hierfür von ihm eingesetzte Kapital nicht mehr für eine anderweitige Nutzung zur Verfügung (ebenso Staudinger, NJW 2020, 641, 645). 163

(a) Dieser Verlust der Nutzbarkeit des als Kaufpreis hingegebenen Kapitals ist auch endgültig. Die in diesem Zusammenhang (etwa durch Riehm, das OLG Hamm, das OLG Karlsruhe [13. ZS], das OLG Koblenz [10. ZS], das OLG Naumburg, das OLG Oldenburg [13. ZS] und das Schleswig-Holsteinische OLG jeweils a.a.O.) vertretene Annahme, die Vorschrift des § 849 BGB passe nach ihrem Normzweck nicht auf den im Wege des Schadensersatzes zu erstattenden Kaufpreis, weil der Erwerber hierfür in Gestalt des Pkw eine Gegenleistung erhalten habe, die er uneingeschränkt haben nutzen können und auch weiter nutzen, vermag der Senat nicht zu teilen. 164

Soweit auf die tatsächliche Nutzung des Fahrzeugs durch den klagenden Erwerber abgestellt wird, lässt der Einwand unberücksichtigt, dass - wie oben (unter I.2.g) im Einzelnen ausgeführt - der Erwerber für die tatsächliche Nutzung eine Nutzungsentschädigung zu leisten hat, die im Wege der Vorteilsausgleichung vom begehrten Kaufpreis in Abzug zu bringen ist (vgl. etwa OLG Köln, Urteil vom 30. Januar 2020 - 7 U 141/19 -, juris Rn. 34; OLG 165

Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 29; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 114 f.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, BeckRS 2019, 23205 Rn. 41; in diesem Zusammenhang auch Klöhn, ZIP 2020, 341, 350 unter 3.3, der allerdings eine Vorteilsausgleichung ablehnt; a.A. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 138).

Auch soweit ein Anspruch aus § 849 BGB mit der Erwägung verneint wird, der Käufer habe (über die tatsächlich gezogenen Nutzungen hinaus) die abstrakte Möglichkeit der Ziehung weiterer Nutzungen, was ebenfalls einen wirtschaftlichen Wert darstelle, der dem Erwerber endgültig bleibe, ist der erkennende Senat anderer Auffassung. Zwar trifft es zu, dass der bloßen Nutzungsmöglichkeit schadensrechtlich ein Wert beigemessen werden, mithin der Verlust dieser Möglichkeit einen materiellen Schaden darstellen kann (vgl. Klöhn, ZIP 2020, 341, 350). Das bezieht sich aber auf Fälle der Entziehung bzw. Beschädigung eines Kraftfahrzeugs, die zur Folge hatten, dass überhaupt keine Nutzungen gezogen werden konnten. Das bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass die bloße Nutzungsmöglichkeit immer einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, und zwar auch dann, wenn gar kein Nutzungswille besteht. Ist etwa - wie hier - ein Fahrzeug verfügbar, zeigt sich der Nutzungswille im tatsächlichen Nutzungsverhalten. Dass der Möglichkeit, ein Fahrzeug auch dann nutzen zu können, wenn man es gar nicht nutzen will, ein wirtschaftlicher Wert zukommt, sieht der erkennende Senat jedoch nicht (so schon OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 42). 166

(b) Der Einwand der Berufung, der Kläger hätte bei Kenntnis von der Abschaltautomatik das als Kaufpreis für das streitgegenständliche Fahrzeug eingesetzte Kapital für den Erwerb eines anderen Fahrzeugs verwendet, verfängt ebenfalls nicht. Zwar mag diese Möglichkeit bestehen mit der Folge, dass der Kläger aus dem Kapital keine weitere Nutzungen hätte ziehen können und der mit der Nutzung des Fahrzeugs einhergehende Wertverlust zu seinen Lasten gegangen wäre (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 139). Jedoch erscheint es weder gesichert, dass und gegebenenfalls für welchen (möglicherweise niedrigeren) Preis der Kläger ein anderes Fahrzeug erworben hätte. Indem sie mithin auf Umstände abstellt, die untrennbar mit dem individuellen (alternativen) Nutzungsverhalten des jeweiligen Erwerbers verknüpft sind, lässt die Berufung den oben (unter II.2.c.aa [1]) skizzierten Normzweck des § 849 BGB außer Betracht. Auch wenn § 849 BGB seinem Sachgrund nach an die Nutzbarkeit der Sache anknüpft, wird der Anspruch für die Schadensabwicklung von dem Vorhandensein des konkreten Nutzungsausfalls der Sache gerade gelöst und führt er zu einem abstrakten Mindestbetrag (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1983 - VI ZR 191/81 -, NJW 1983, 1614, 1615 sub II.2 a; wie hier auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 113; ebenso OLG Köln, Urteil vom 30. Januar 2020 - 7 U 141/19 -, juris Rn. 35; OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 - 18 U 147/19 -, juris Rn. 43 f.; Klöhn, ZIP 2020, 341, 350; Staudinger, NJW 2020, 641, 645 f.). Dass hierbei die pauschalierende Berechnung in einem Spannungsverhältnis zur Einzelfallgerechtigkeit stehen mag, ist als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens hinzunehmen (OLG Köln [18. ZS] a.a.O.). 167

(c) Als ebenfalls nicht durchgreifend erweist sich schließlich der Einwand der Berufung, ein Anspruch aus § 849 BGB sei vorliegend auch deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger das Fahrzeug nicht bei ihr erworben habe und dementsprechend keine Zahlungen an sie erfolgt seien. § 849 BGB stellt nicht darauf ab, ob der aus unerlaubter Handlung haftende Schädiger den Geldbetrag selbst erhalten hat, sondern er knüpft an die Person des durch die unerlaubte Handlung unmittelbar Geschädigten an, dem - wie hier dem Kläger - durch die unerlaubte Handlung - hier der Beklagten - das Geld entzogen wurde (vgl. auch 168

OLG Köln, Urteil vom 30. Januar 2020 - 7 U 141/19 -, juris Rn. 41).

bb) Nach alledem hat die Beklagte gemäß §§ 849, 246 BGB den vom Kläger entrichteten Kaufpreis - in der Höhe ungekürzt - zu verzinsen. 169

Die Verpflichtung der Beklagten beginnt mit dem Tag der Kaufpreiszahlung. § 849 BGB stellt auf den Zeitpunkt ab, der bei einer Schadensersatzpflicht für die Festlegung des Schadensumfangs bedeutsam ist; das ist regelmäßig der Zeitpunkt des Eingriffs bzw. der Schadensereignisses, der maßgeblich dafür bleibt, welches Vermögenobjekt beschädigt oder entzogen ist und in welchem Umfang in das Vermögen des Geschädigten durch Entziehung oder Beschädigung eingegriffen ist. Der in diesem Augenblick vorhandene Zustand der entzogenen oder beschädigten Sache, ihre damalige Qualität und die in diesem Augenblick im Objekt vorhandenen Bewertungsumstände bleiben unverändert maßgeblich für die Schadensberechnung (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1964 - III ZR 141/64 -, NJW 1965, 392; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 115; OLG Köln, Urteil vom 30. Januar 2020 - 7 U 141/19 -, juris Rn. 38). 170

Vor diesem Hintergrund besteht auch kein Anlass, den Kaufpreis als Berechnungsgrundlage um die bis zur letzten mündlichen Verhandlung gezogenen Nutzungen im Wege der Vorteilsanrechnung zu kürzen (a.A. OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19 -, juris, Rn. 47 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 -, juris, Rn. 29). Denn der in der Entziehung des für das Fahrzeug entrichteten Kaufpreises liegende Eingriff in das Vermögen des Erwerbers wird nicht dadurch geschmälert, dass dieser für die tatsächliche Nutzung Entschädigung zu leisten hat (im Ergebnis wie hier OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19 -, juris Rn. 110 ff.; OLG Köln, Urteil vom 30. Januar 2020 - 7 U 141/19 -, juris Rn. 37 ff.). 171

Entsprechend verhält es sich für die vereinzelt vertretene Auffassung, der Erwerber könne lediglich Verzinsung des manipulationsbedingten Minderwertes verlangen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 - 12 U 61/19 -, WM 2019, 1929, 1935). Denn diese gründet auf der - wie (oben unter II.2.c aa [2] [a]) ausgeführt - vom Senat nicht geteilten Prämisse, dass die über die tatsächliche Nutzung hinausgehende bloße Möglichkeit der Nutzung einen wirtschaftlichen Wert darstelle. 172

C. 173

1. a) Die für das Berufungsverfahren zu treffende Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 174

b) Die Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren beruht auf § 92 Abs. 1, § 269 Abs. 3 ZPO. Die auf der Grundlage der Mehrkostenmethode (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 13. Juli 1988 - VIII ZR 289/87 -, NJW-RR 1988, 1465 und vom 9. Mai 1996 - VII ZR 143/94 -, NJW-RR 1996, 1210) ermittelte Differenz zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten (6.032,07 €) und den Kosten, die ohne die in erster Instanz erfolgte Klageänderung entstanden wären (5.473,70 €), beträgt 558,37 €; dies sind die durch die Klageänderung und die darin zugleich liegende Teilklagerücknahme entstandenen Mehrkosten. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Kläger auch hinsichtlich des nach Klageänderung verbliebenen Teils teilweise unterlegen ist; insofern trägt er eine Kostenlast von $([20.041,18 \text{ €} - 18.950,62 \text{ €}] \cdot 1.090,56 / 21.399,58) = 5 \%$ (von 5.473,70 €), mithin 273,69 €. Damit beträgt die Gesamtkostenbelastung des Klägers 558,37 € (Mehrkosten) zuzüglich 273,69 €, mithin 832,06 €. Dies ergibt für den Kläger eine Kostenquote von $(832,06 \text{ €} / 6.032,07 \text{ €}) = 14 \%$ und für die Beklagte von 86 %. 175

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 176

3. Die Revision ist zuzulassen, weil die Sache aufgrund einer Vielzahl vergleichbarer Fälle grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hat und weil aufgrund der divergierenden obergerichtlichen Rechtsprechung sowohl zur Frage der deliktischen Haftung der Beklagten aus § 826 BGB und als auch zur Verzinsung gemäß § 849 BGB die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung einer Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). 177