

I-18 U 16/19  
7 O 65/18  
Landgericht Düsseldorf



Verkündet am 18.12.2019

## Oberlandesgericht Düsseldorf

### IM NAMEN DES VOLKES

### Urteil

In dem Rechtsstreit

der ... **AG**, vertreten durch den Vorstand, ...

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: ...,

gegen

Herrn ..., ... Mönchengladbach,

Kläger und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte: ...,

hat der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 16.10.2019 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ...

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 06.11.2018, Az. 7 O 65/18, unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Berufung, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 23.890,29 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4%, höchstens jedoch 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, vom 16.12.2017 bis zum 01.02.2018 und seitdem in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges Pkw VW Touran Highline 1,0 I TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ....

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 16.12.2017 mit der Rücknahme des Fahrzeuges Pkw VW Touran Highline 1,0 I TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ... in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.474,89 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2017 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 1/5 und die Beklagte zu 4/5.

Dieses Urteil und – soweit es nicht abgeändert wird – das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die Beklagte nicht vor der

Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### **Gründe:**

#### **A.**

Der Kläger begehrt von der Beklagten wegen des Erwerbs eines Pkw VW Touran Highline 2,0 l TDI, in den ein von der Beklagten hergestellter Dieselmotor des Typs EA 189 Schadensersatz in Gestalt einer Rückabwicklung des mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrages.

Die Beklagte ist ein Hersteller von Kraftfahrzeugen. Ferner stellt sie Motoren her, die in eigene und Kraftfahrzeuge von anderen, dem Konzern angehörenden Unternehmen eingebaut werden.

Sie installierte in der Steuerung des Dieselmotors EA 189 eine Software zur Abgassteuerung. Diese Software verfügt über zwei verschiedene Betriebsmodi und sie erkennt, ob das Fahrzeug einem Prüfstandtest unterzogen wird. Im Modus 1, der beim Durchfahren des für die amtliche Bestimmung der Fahrzeugemissionen maßgeblichen Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) automatisch aktiviert wird, werden mittels einer Abgasrückführung Abgase zusätzlich gereinigt, wodurch die gesetzlich geforderten Grenzwerte für Stickoxidemissionen eingehalten werden. Unter Fahrbedingungen, die im normalen Straßenverkehr anzutreffen sind, ist hingegen der partikeloptimierte „Modus 0“ aktiviert, der zu einer geringeren Abgasrückführungsrate und damit zu einem höheren Stickoxidausstoß führt.

Der o.g. Dieselmotor wurde auf Veranlassung des Vorstands der Beklagten millionenfach u.a. in diversen Fahrzeugtypen verbaut.

Am 12.11.2012 kaufte der Kläger im ... Düsseldorf den o.g. Pkw als Neufahrzeug zum Kaufpreis von 29.650,01 EUR (Bestellformular in Anlage K 1). Zur Finanzierung des Erwerbs nahm er ein Darlehen bei der ... auf. Als Kreditkosten wurden 892,79 EUR vereinbart (Darlehensvertrag in Anlage K 1a).

Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Mit Bescheid vom 14.10.2015 verpflichtete das Kraftfahrtbundesamt (nachfolgend KBA) die Beklagte, bei allen betroffenen Dieselfahrzeugen mit dem Aggregat EA 189 EU5 die „unzulässige Abschaltvorrichtung“ zu entfernen, geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit, insbesondere der Emissionen des genehmigten Systems zu ergreifen und darüber Nachweise vorzulegen. Ferner erklärte das KBA im Wege einer Nebenbestimmung einen von der Beklagten vorgelegten Zeit- und Maßnahmenplan für verbindlich. Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Anordnungen drohte es an, die Typgenehmigung ganz oder teilweise zu widerrufen oder zurückzunehmen.

Die betroffenen Fahrzeuge wurden in der Folgezeit zurückgerufen und es wurden Softwareupdates durchgeführt. Bezogen auf den in Rede stehenden Fahrzeugtyp bestätigte das KBA mit Schreiben vom 21.07.2016, dass die vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet ist, die Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge herzustellen. Am 13.07.2018 wurde beim Fahrzeug des Klägers ein Softwareupdate aufgespielt, durch das die ursprüngliche Umschaltlogik beseitigt worden ist.

Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 16.10.2018 betrug die Laufleistung des Fahrzeuges des Klägers 52.467 km.

Er hat u. a. vorgetragen, er sei Eigentümer des Fahrzeugs, das aufgrund der mit Wissen und Willen des Vorstands der Beklagten entwickelten und in den Motor eingebauten Abschaltvorrichtung mangelhaft sei. Auf diese Weise habe die Beklagte ihn vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Bei Kenntnis von der manipulierten Software hätte er Abstand vom Kauf dieses Fahrzeugs genommen. Das Softwareupdate beseitige den Mangel nicht und habe nachteilige Folgen für das Fahrzeug.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 30.542,79 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit dem Kaufdatum (20.11.2012) bis zur Rechtshängigkeit, anschließend zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges, jedoch unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 6.189,70 EUR;
2. festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 16.12.2017 mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet;
3. die Beklagte zu verurteilen, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.077,74 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2017 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat u. a. angeführt, weder der objektive noch der subjektive Tatbestand einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung lägen vor. Es liege bereits kein Mangel vor, da die Software keine unzulässige Abschaltvorrichtung dargestellt habe, sondern eine innermotorische Maßnahme gewesen sei. Abgesehen davon sei ein etwaiger Mangel durch das vom KBA geprüfte und freigegebene Softwareupdate vollständig beseitigt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 06.11.2018 in Höhe von 24.320,20 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4% für die Zeit vom 20.11.2012 bis zum 02.02.2018 und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.02.2018 Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pkw, Feststellung des Annahmeverzugs und Zahlung von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.474,89 EUR stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen

ausgeführt, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB zustehe, da sie ihn vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt habe. Der Schaden liege in der ungewollten Eingehung einer Verbindlichkeit, weshalb der Kläger so zu stellen sei, als ob er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte. Im Rahmen der Vorteilsausgleichung seien die vom Kläger gezogenen Nutzungen in Abzug zu bringen, wobei von einer Gesamtleistung von 250.000 km auszugehen sei. Zinsen seien in der Zeit ab dem Kauf bis zum 02.02.2018 aus § 849 BGB gerechtfertigt. Wegen der Begründung im Übrigen wird auf das Urteil des Landgerichts verwiesen.

Dagegen wenden sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerechten Berufung. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil fehle es an einer konkreten Täuschungshandlung gegenüber dem Kläger; das Landgericht habe dazu und zu einer angeblichen Sittenwidrigkeit des Handelns auch keine Feststellungen getroffen. Des Weiteren sei das Landgericht rechtsfehlerhaft von der Kausalität der vermeintlichen sittenwidrigen Schädigung für die Kaufentscheidung des Klägers ausgegangen, obwohl der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger dafür keinen Beweis angetreten habe. Zudem sei dem Kläger durch den Abschluss des Kaufvertrages kein ersatzfähiger Vermögensschaden entstanden. Das Fahrzeug habe infolge der beanstandeten Software keinen Wertverlust erlitten und der Kläger habe es auch ohne jede Einschränkung für den subjektiven Verwendungszweck nutzen können. Zumindest sei aufgrund des beim Fahrzeug des Klägers durchgeführten Softwareupdates ein etwaiger Schaden bis zum maßgeblichen Schluss der letzten mündlichen Verhandlung wieder entfallen. Jedenfalls infolge dieses Updates sei der behauptete Mangel behoben. Das Softwareupdate führe dazu, dass Nachteile oder Risiken im Zusammenhang mit der Umschaltlogik nicht mehr zu erwarten seien und das Fahrzeug keinen Wertverlust erlitten habe. Zudem habe das Landgericht zu Unrecht Schädigungsvorsatz unterstellt, obwohl sie eine Kenntnis ihres Vorstandes von der beanstandeten Software substantiiert bestritten habe. Anders als vom Landgericht verfahrensfehlerhaft angenommen, seien die Grundsätze der sekundären Darlegungslast nicht anwendbar; abgesehen davon sei sie dieser mit ihrem substantiierten Bestreiten nachgekommen. Zinsen aus § 849 BGB seien nicht geschuldet.

Sie beantragt,

das am 06.11.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Düsseldorf, Az. 7 O 65/18, im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise,

das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Düsseldorf, 7 O 15/18, abzuheben und zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen.

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines Vortrages als zutreffend.

Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.10.2019 betrug die Laufleistung des Fahrzeuges des Klägers 56.091 km.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

## **B.**

Die Berufung der Beklagten hat in der Sache überwiegend keinen Erfolg; lediglich in Bezug auf die von dem Landgericht zugesprochenen Zinsen aus § 849 BGB ist die Berufung begründet und die vom Kaufpreis in Abzug zu bringende Nutzungsentschädigung hat sich aufgrund weiterer Nutzung des Fahrzeuges erhöht.

### **I.**

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von 23.890,29 EUR nebst Zinsen wie tenoriert, Zug- um- Zug gegen Rückübereignung und Rückgabe des im Tenor genannten Pkw VW Touran Highline 2,0 I TDI aus §§ 826, 31 BGB, Feststellung des Annahmeverzuges und Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Darüber hinaus hat er keinen Anspruch.

1.

Die Beklagte hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt. Dies geschah nicht erst dadurch, dass sie den in dem an den Kläger veräußerten Fahrzeug verbauten Motor des Typs EA 189 mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet und diesen so ausgestatteten Motor zwecks Weiterverwendung veräußert hat. Vielmehr war bereits die zuvor von ihr getroffene unternehmerische Entscheidung sittenwidrig (a)), dass der mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattete Motor in unterschiedliche Fahrzeugtypen ihrer Konzernunternehmen und damit auch in den streitgegenständlichen VW Touran eingebaut und dieser sodann mit der ersuchten Typgenehmigung in Verkehr gebracht wird. Durch diese Entscheidung ist dem Kläger kausal (c)) ein Schaden entstanden, der im Abschluss des Kaufvertrags über das streitgegenständliche Fahrzeug zu sehen ist (b)). Schließlich hatte die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Entscheidung Kenntnis von dem Eintritt eines Schadens, der Kausalität des eigenen Verhaltens für den Eintritt des Schadens und der die Sittenwidrigkeit des Verhaltens begründenden Umstände (d)), so dass die Beklagte dem Kläger gegenüber aus §§ 826, 31 BGB für die Schäden haftet, die aus der Installation der in Streit stehenden Software in die Motorsteuerung des Motors EA 189 resultieren (OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 – 27 U 10/18 –; Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 – und Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18 –; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 – und Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 – sowie Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 – und Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19 –; OLG Celle, Beschluss vom 1. Juli 2019 – 7 U 33/19 –; OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Juli 2019 – 10 U 134/19 –; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 – 17 U 45/19 – und Urteil vom 06. November 2019 – 13 U 156/19 –; Kammergericht Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19 –; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19 –; a. A. OLG Braunschweig, Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17 –; OLG Koblenz, Urteil vom 7. November 2019 – 1 U 688/19 –, jeweils zitiert nach juris).

a)

Die Entscheidung der Beklagten, dass der hier in Streit stehende und mit der o.g. Software ausgestattete Motor EA 189 in das Fahrzeug der Marke VW eingebaut und dieses mit der erschlichenen Typgenehmigung in Verkehr gebracht wird, stellt eine sittenwidrige Handlung dar.

aa)

Sittenwidrig ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 (vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 –, juris Rn. 16 m.w.N.; Urteil vom 15. Oktober 2013 – VI ZR 124/12 –, juris Rn. 8 m.w.N.; Urteil vom 4. Juni 2013 – VI ZR 288/12 – juris Rn. 14 m.w.N.; Urteil vom 20. November 2012 – VI ZR 268/11 –, juris Rn. 25 m.w.N.). Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016, a.a.O. m.w.N.; Urteil vom 15. Oktober 2013, a.a.O. m.w.N.; Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 217/03 –, juris Rn. 49; Urteil vom 19. Oktober 1987 – II ZR 9/87 –, juris Rn. 21 m.w.N.). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016, a.a.O. m.w.N.; Urteil vom 15. Oktober 2013, a.a.O. m.w.N.). Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016, a.a.O. m.w.N.; Urteil vom 21. Dezember 2004 – VI ZR 306/03 – juris Rn. 13 m.w.N.).

bb)

Nach diesen allgemeinen Maßstäben ist in der Entscheidung der Beklagten, dass der mit der hier in Streit stehenden Software ausgestattete Motor EA 189 in das o.g. Fahrzeug eingebaut und dieses mit der erschlichenen Typgenehmigung in Verkehr gebracht wird, eine sittenwidrige Handlung zu sehen. Denn als Beweggrund für das Inverkehrbringen der mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung (1) versehenen

Motorsteuerung kommt vorliegend allein eine angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen in Betracht (2). Hinzu kommt, dass die Beklagte durch diese Strategieentscheidung den Weg vorgezeichnet hat, die EG-Typgenehmigung für alle mit der Motorsteuerungssoftware ausgestatteten Kfz der Konzerngesellschaften von den dafür zuständigen Erteilungsbehörden zu erschleichen, ohne dass die materiellen Voraussetzungen dafür vorlagen (3). Darüber hinaus droht den Käufern eines mit einer derart erschlichenen EG-Typgenehmigung versehenen Fahrzeugs die Stilllegung des erworbenen Fahrzeugs und damit ein erheblicher Schaden (4). Bei Würdigung dieser Umstände ist das Verhalten der Beklagten als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu werten (5).

(1)

Der Motor des streitgegenständlichen VW Tourans reagierte im Zeitpunkt des Kaufs auf eine in die verwendete Software implementierte unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Es handelte sich dabei nicht lediglich um eine – wie die Beklagte meint – „innermotorische“ Maßnahme. Die Software hat vielmehr erkannt, ob sich das Fahrzeug in einem Prüfzyklus zur Ermittlung von Emissionen befand. Sie schaltete daraufhin in einen besonderen Modus, bei dem eine verstärkte Abgasrückführung in den Motor stattfand und so den Ausstoß an Stickoxiden in einem Ausmaß verringerte, dass das Fahrzeug den allgemeinen Zulassungsvorschriften genügte. Im normalen Fahrbetrieb sollte dieser Modus aber nie zum Einsatz kommen. Die Software bewirkte damit ein bewusstes „Abschalten“, das nach außen aber nicht erkennbar war (siehe dazu auch ausführlich BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17, juris Rn 10 ff.). Dementsprechend hat das KBA die Beklagte durch ihren Bescheid vom 14.10.2015 verpflichtet, bei allen betroffenen Fahrzeugen die „unzulässige Abschaltvorrichtung“ zu entfernen. Den Bescheid des KBA hat die Beklagte nicht angegriffen.

(2)

Als Beweggrund für das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung (vgl. hierzu sogleich) versehenen Motors kommt vorliegend allein eine angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen in Betracht. Zum einen erscheint es lebensfremd, dass die Beklagte das mit der

Verwendung der Abschaltsoftware verbundene erhebliche Risiko ohne wirtschaftlichen Vorteil eingegangen wäre (so auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 32; Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 88; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 – 27 U 10/18 –, juris Rn. 20), zum anderen trägt die Beklagte selbst keinen anderen Grund vor.

(3)

Die Beklagte hat die Strategieentscheidung getroffen, die EG-Typgenehmigung für alle mit der Motorsteuerungssoftware ausgestatteten Kfz ihrer Konzerngesellschaften von den dafür zuständigen Erteilungsbehörden zu erschleichen, ohne dass die materiellen Voraussetzungen dafür vorlagen. Das hier in Streit stehende Fahrzeug verfügte gerade nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine Umschaltlogik enthielt, die als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren ist.

(4)

Den Käufern eines Fahrzeugs, dessen Motorsteuerungssoftware eine Umschaltlogik enthält, die als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist, droht ein erheblicher Schaden in Form der Stilllegung des erworbenen Fahrzeugs.

(5)

Unter Berücksichtigung der oben dargelegten Gesamtumstände – Kostensenkung und Gewinnmaximierung als Beweggrund für die Entscheidung des Inverkehrbringens des mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Motors; Erschleichen der EG-Typgenehmigung; drohende erhebliche Schäden für die Käufer eines solchen Fahrzeugs – ist die unternehmerische Entscheidung der Beklagten, dass die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattete Motorsteuerung auch in den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp eingebaut wird, als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu würdigen (im Ergebnis ebenso: OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 – 27 U 10/18 –; Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 –, juris Rn 28ff. und Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18 –; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 29ff. und Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 – sowie Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris

Rn. 93; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 –, juris Rn. 47ff. und Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19 –; OLG Celle, Beschluss vom 1. Juli 2019 – 7 U 33/19 –; OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Juli 2019 – 10 U 134/19 –; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 – 17 U 45/19 – und Urteil vom 06. November 2019 – 13 U 156/19 –; Kammergericht Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19 –; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19 –, jeweils zitiert nach juris).

Zwar ist allein ein Handeln mit Gewinnstreben nicht als verwerflich zu beurteilen. Allerdings führen die Tragweite der Entscheidung über den Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung in einem Motortyp, der in einer außergewöhnlich hohen Zahl von Fahrzeugen verschiedener Marken des Konzerns verbaut wird, die Ausnutzung des Vertrauens der Käufer in den Volkswagenkonzern und den ordnungsgemäßen Ablauf des öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahrens sowie die in Kauf genommenen drohenden erheblichen Folgen für die Käufer in Form der Stilllegung der erworbenen Fahrzeuge zur Sittenwidrigkeit der Entscheidung der Beklagten im Sinne des § 826 BGB.

b)

Dem Kläger ist dadurch, dass er das hier in Streit stehende Fahrzeug der Marke VW gekauft hat, in das ein mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehener Motor EA 189 eingebaut ist, ein Schaden entstanden (so auch OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 –, juris Rn. 38 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 –, juris Rn. 83 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 17 ff.; Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 95).

§ 826 BGB knüpft nicht an die Verletzung bestimmter Rechte und Rechtsgüter an, weshalb der nach dieser Norm ersatzfähige Schaden weit verstanden wird. Schaden ist danach nicht nur jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, sondern darüber hinaus jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02 –, juris Rn. 41; Urteil vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14 –, juris Rn. 19).

Nach diesen Grundsätzen kommt es nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs im Hinblick auf die unzulässige Abschaltvorrichtung einen geringeren Marktwert hatte. Der Schaden des Käufers liegt in der Belastung mit der ungewollten Verbindlichkeit, nicht erst in dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteilen. Allein maßgebend ist, dass der abgeschlossene Vertrag, nämlich die Eigenschaften des Kaufgegenstands, nicht den berechtigten Erwartungen des Getäuschten entsprach und überdies die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14 –, juris Rn. 16 ff.). Beide Voraussetzungen waren im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses gegeben, weil vorliegend wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung bei Aufdeckung der manipulierten Software drohte bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung die Stilllegung des Fahrzeugs. Wegen des zur Rechtswidrigkeit der EG-Typgenehmigung führenden und damit die Zulassung des Fahrzeugs gefährdenden Mangels ist gerade der intendierte Hauptzweck des Fahrzeugs, dieses im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, bereits vor der tatsächlichen Stilllegung unmittelbar gefährdet (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17 –, juris Rn. 22), was bereits einen Schaden darstellt (ebenso OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 –, juris Rn. 85; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 19; Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 97).

Für die Frage, ob ein Schaden eingetreten ist, kommt es allein auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses an. Das später von der Beklagten entwickelte Softwareupdate ist insoweit nicht zu berücksichtigen (so auch OLG Koblenz, a.a.O.; OLG Karlsruhe, a.a.O., Rn. 20, OLG Karlsruhe, a.a.O., Rn. 98). Durch das Aufspielen des Updates entfällt der dem Käufer zugefügte Schaden nicht. Denn es verbleibt auch nach Aufspielen des Software-Updates ein Restschaden, weil es gleichwohl ein vom Abgasskandal betroffenes Fahrzeug bleibt und auch vom Markt so bewertet wird. Insoweit ist dem Senat aus der Vielzahl der von ihm bearbeiteten Fälle bekannt, dass am Markt große Unsicherheit herrscht und höchst unterschiedliche Ansätze zu Brauchbarkeit und Nachteilen des Software-Updates vertreten werden. Damit ist – zumal angesichts des steigenden Umweltempfindens der Bevölkerung – die Bemakelung des Fahrzeuges durch das Aufspielen des Software-Updates gerade nicht aufgehoben,

sondern dauert fort. Der Schaden, der aus der aus Sicht des Käufers ungewollten Verbindlichkeit besteht, bleibt dadurch weiterhin bestehen. Diese Bemakelung ist vergleichbar der rechtlichen Einordnung eines – reparierten – Unfallschadens bei einem Pkw, der im Fall des Weiterverkaufs als Tatsache zu offenbaren ist, so dass der für einen reparierten Unfallschaden angenommene merkantile Minderwert einen Teil des entstandenen Unfallschadens darstellt. Gleiches gilt für die Aufklärungspflicht des Verkäufers eines Grundstücks, der auch dann über erhebliche Feuchtigkeitsschäden aufklären muss, wenn der Erfolg eines Sanierungsversuches nicht sicher feststeht (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl., § 123, Rn 7, 8). Etwas anderes trägt auch die Beklagte nicht vor, die schon wegen des Zeitablaufs keine belastbaren Kenntnisse über die langzeitigen Folgen des Aufspiels des Software-Updates haben kann (Kammergericht Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –, juris Rn. 159).

c)

Die oben genannte Entscheidung der Beklagten ist kausal für den dem Kläger entstandenen Schaden.

Hätte die Beklagte nicht die Entscheidung getroffen, dass die mit der manipulativ wirkenden Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Motoren des Typs EA 189 in die Fahrzeuge VW Touran eingebaut werden, wäre das Fahrzeug mangels EG-Typgenehmigung gar nicht auf den deutschen Markt gelangt und hätte der Kläger dieses mit der darin verbauten unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht erwerben können. Jedenfalls hätte er ein Fahrzeug mit erschlichener EG-Typgenehmigung nicht erworben. Bereits die Lebenserfahrung spricht dafür, dass Kraftfahrzeugkäufer vom Kauf eines Fahrzeugs Abstand nehmen würden, wäre ihnen bekannt, dass das betreffende Fahrzeug zwar formal über eine EG-Typgenehmigung verfügt, aber wegen Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohen. Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich – abgesehen von hier nicht einschlägigen Sonderkonstellationen - der Erwerb zur Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr (so auch OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 – 27 U 10/18 –, juris Rn. 12 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 25; Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 199; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 –, juris Rn. 93).

Die Entscheidung der Beklagten, dass die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüsteten Motorsteuerung versehenen Motoren des Typs EA 189 in den hier in Streit stehende Fahrzeugtyp eingebaut werden, war ferner nicht nur unter ganz besonderen, außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Umständen geeignet, den Schaden herbeizuführen (vgl. zur notwendigen Adäquanz Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., Vorb. v. § 249 Rn. 25 m.w.N.). Vielmehr war es so, dass die Motoren gerade für den Einbau in die für die Veräußerung bestimmten Fahrzeuge vorgesehen waren und dass das heimliche Vorgehen hinsichtlich der eingesetzten Software nur dann sinnvoll war, wenn weder die zuständigen öffentlichen Stellen noch Händler noch Kunden informiert werden würden (ebenso OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 –, juris Rn. 42; Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 101). Dementsprechend war der Eintritt solcher Schäden, wie sie der Kläger erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern sogar bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sicher zu erwarten.

Ein anderes Ergebnis kommt nicht mit Rücksicht auf den Schutzzweck des hier verletzten Verhaltensgebots in Betracht. Zwar gilt für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen allgemein, dass die Ersatzpflicht auf solche Schäden beschränkt ist, die in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen (vgl. nur BGH, Urteil vom 11. November 1985 – II ZR 109/84 –, juris Rn. 15 m.w.N.). Allerdings war vorliegend bereits die Entscheidung der Beklagten, die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüsteten Motoren des Typs EA 189 in den hier in Streit stehenden und zur Veräußerung an ahnungslose Kunden vorgesehenen Fahrzeugtyp VW Touran zu verbauen, sittenwidrig (ähnlich OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18 –, juris Rn. 43; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 –, juris Rn. 98; Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 102). Der Sinn des entsprechenden Verhaltensverbots liegt dabei gerade in der Vermeidung solcher Schäden, wie sie der Kläger erlitten hat. Auf den lediglich öffentlich-rechtlichen Schutzcharakter des § 27 EG-FGV kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

d)

Schließlich sind auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung nach § 826 BGB erfüllt.

aa)

In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Kausalität des eigenen Verhaltens für den Eintritt des Schadens und der das Sittenwidrigkeitsurteil begründenden tatsächlichen Umstände voraus.

(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. Es genügt daher nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt. Erforderlich ist vielmehr, dass er sie mindestens im Sinne bedingten Vorsatzes für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 –, juris Rn. 25 m. w. N.). Dies gilt auch im Hinblick auf die Kenntnis der Schadenfolgen, die allerdings nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02 –, juris Rn 47 m. w. N.). Ferner braucht der Täter nicht im Einzelnen zu wissen, wer konkret oder wie viele Personen durch sein Verhalten geschädigt werden; vielmehr reicht aus, dass er die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher anderer auswirken könnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen hat (BGH, Urteil vom 13. September 2004 – II ZR 276/02 –, juris Rn. 38).

Dabei kann sich 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 betroffenen Rechtsguts durchführt und es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht. Allerdings kann der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nicht allein das Kriterium für die Frage sein, ob der Handelnde mit

dem Erfolg auch einverstanden war. Vielmehr ist immer eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls erforderlich (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2011 – VI ZR 309/10 –, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 20. November 2012 – VI ZR 268/11 –, juris Rn. 33).

(2)

Die Haftung einer juristischen Person nach § 826 BGB i. V. m. § 31 BGB setzt zudem voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente müssen aufgrund des personalen Charakters der Schadenersatzpflicht nach dieser Vorschrift und des mit dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit verbundenen moralischen Unwerturteil kumuliert bei einem solchen Vertreter vorliegen, der auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat. Hingegen lässt sich der Vorsatz nicht dadurch konstruieren, dass die im Hause der Beklagten vorhandenen kognitiven Elemente „mosaikartig“ zusammengesetzt werden (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 –, juris Rn. 13; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 108; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –, juris Rn. 69).

Der Begriff des „anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ im Sinne von § 31 BGB ist weit auszulegen. Es genügt, dass ihm durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, und er die juristische Person insoweit repräsentiert. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (BGH, Urteil vom 5. März 1998 – III ZR 183/96 –, juris Rn. 18).

bb)

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hatte die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Entscheidung Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis von der Kausalität des eigenen Verhaltens für den späteren Eintritt des Schadens und der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.

Sie muss sich das Verhalten ihrer Repräsentanten, deren Wissen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen ist, gemäß § 31 BGB zurechnen lassen.

(1)

Bereits die zugrunde zu legenden äußeren Umstände sprechen für ein vorsätzliches Verhalten mindestens eines Vorstandsmitglieds oder eines anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Beklagten.

So besteht kein Zweifel daran, dass die Software bewusst in die Motorsteuerung eingebaut wurde, um die Abgaswerte im Prüfstandbetrieb zu beeinflussen und auf diese Weise die Typgenehmigung zu erlangen. „Die Beklagte“ hatte demnach umfassende Kenntnis von der Verwendung der Software und veranlasste gleichwohl das Inverkehrbringen der Motoren mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung, wobei ihr gleichzeitig bewusst war, dass die Erwerber der mit diesen Motoren ausgerüsteten Fahrzeuge ebenso wenig wie die Zulassungsbehörden dem Zweck der heimlichen Umschaltlogik entsprechend über diesen Umstand aufgeklärt werden würden. Bereits aus dem heimlichen Vorgehen ist sicher zu schließen, dass sie im Falle einer Offenlegung mit Schwierigkeiten bei der EG-Typgenehmigung und für die Betriebszulassung sowie damit rechnete, dass potentielle Käufer die Fahrzeuge in Kenntnis dieser rechtlichen Unsicherheiten nicht erwerben würden. Denn hätte sie ihr Vorgehen als rechtmäßig angesehen, so hätte sie die Vorgänge nicht geheim gehalten (OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19 –, juris Rn. 61; Kammergericht Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –, juris Rn. 84).

Infolgedessen war ihr aber auch die weitere Gefahr späterer Maßnahmen bis hin zu einer Stilllegung der Fahrzeuge im Falle einer nachträglichen Entdeckung der Umschaltlogik bekannt und nahm sie daraus resultierende Nachteile für Fahrzeugkäufer billigend in Kauf. Sie konnte aufgrund der unzulässigen Abschaltvorrichtung insbesondere auch nicht darauf vertrauen, dass die ersichelte EG-Typgenehmigung dauerhaft fortbestehen würde. Vielmehr blieb es dem Zufall überlassen, ob sich das auf der Hand liegende Risiko von nachträglichen Anordnungen zu Lasten der Fahrzeugkäufer verwirklichen würde oder nicht. Es war sicher zu erwarten, dass das Kraftfahrtbundesamt Maßnahmen ergreifen würde, um einen gesetzmäßigen Zustand zu erreichen, die bis zum Widerruf der EG-

Typgenehmigung reichen können, weshalb sich auch die Beklagte dieser Erkenntnis nicht verschließen konnte und auch diese Schädigungsfolgen von ihrem Vorsatz umfasst waren.

Dabei liegt auf der Hand, dass im Unternehmen der Beklagten mindestens ein handelnder Repräsentant – ein Vorstandsmitglied oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne von § 31 BGB –, der an der Entscheidung über die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerungssoftware beteiligt war, über diese Kenntnisse und Vorstellungen verfügte. Dies folgt aus der Tragweite dieser Entscheidung, indem die Software für eine gesamte Diesel-Motorengeneration konzipiert war und flächendeckend konzernweit in Millionen Fahrzeugen zahlreicher verschiedener Typen eingesetzt werden sollte. Überdies handelte es sich um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern und massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen. Bei dieser Sachlage ist mehr als fernliegend, dass der Vorstand oder verfassungsmäßig berufene Vertreter nicht in den Entscheidungsprozess eingebunden gewesen sein sollen und die Entscheidung lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte, zumal diesen Mitarbeitern in Anbetracht der arbeitsrechtlichen und strafrechtlichen Risiken kein annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenüber gestanden hätte. Aus diesen Gründen ist es nicht anders denkbar, als dass derjenige, der die Zustimmung zur Entwicklung und zum Einsatz einer Software in der Motorensteuerung für Millionen von Fahrzeugen erteilt, eine gewichtige Funktion im Unternehmen hat und mit erheblichen Kompetenzen ausgestattet ist. Soweit diese Person kein Vorstand gewesen sein sollte, muss es sich daher zumindest um einen (anderen) Repräsentanten im Sinne des § 31 BGB gehandelt haben (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 – 27 U 10/18 –, juris Rn. 26 und Beschluss vom 1. Juli 2019 – 27 U 7/19 –, juris Rn. 20; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 56 und Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 68 f.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 12 U 61/19 –, juris Rn. 67; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –, juris Rn. 73 m.w.N.).

Darüber hinaus ist mehr als nur wahrscheinlich, dass dieser mindestens ein Vorstand oder (andere) verfassungsmäßig berufene Vertreter gleichzeitig den objektiven

Tatbestand sowie sämtliche für den Vorsatz nach § 826 BGB erforderliche Wissens- und Wollenselemente in seiner Person verwirklichte. Denn die technischen Maßnahmen, ihre rechtswidrige Verwendung im Dieselmotor EA 189 und die dahinterstehende Motivation lassen sich nicht sinnvoll voneinander trennen, weshalb alle subjektiven Elemente zwangsläufig in der Person eines Entscheidungsträgers erfüllt sind: Ein Vorstandsmitglied oder sonstiger Repräsentant, der in Kenntnis der Funktionsweise der Software ihren serienmäßigen Einsatz in den Motoren anordnet oder nicht unterbindet, billigt diesen auch und ist sich der Schädigung der späteren Fahrzeugerber bewusst (OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 88 m.w.N.).

(2)

Der Kläger hat in diesem Sinne zum Vorsatz der Beklagten bereits in erster Instanz u. a. vorgetragen, dass deren Vorstand die Entscheidung getroffen habe, einen manipulierten Motor mit der Abschalteneinrichtung auf den Markt zu bringen, um die Erlangung der Typgenehmigung zu ermöglichen. Entwicklung und Einsatz der entsprechenden Software könnten nicht ohne Kenntnis und Billigung der produktionsverantwortlichen Personen erfolgt sein. Deren Verwendung in über 1.200 verschiedenen Ausstattungstypen belegten im Gegenteil ein systematisches, koordiniertes und planvolles Vorgehen der Beklagten. Selbst wenn der Vorstand – was eine lebensfremde Annahme sei – davon nicht gewusst haben sollte, habe jedenfalls Kenntnis bei Repräsentanten im Sinne von § 31 BGB bestanden, weil nur sie die erforderlichen Kompetenzen gehabt haben, um die beanstandete Motorsteuerung konzernweit durchzusetzen.

(3)

Dieses Vorbringen ist in Verbindung mit den dargelegten äußeren, für Vorsatz der Beklagten sprechenden Umständen jedenfalls deswegen hinreichend substantiiert, weil die Beklagte insoweit eine sekundäre Darlegungslast trifft, der sie nicht nachgekommen ist.

(a)

Der Gegner der (primär) darlegungspflichtigen Partei darf sich nicht auf ein einfaches Bestreiten beschränken, wenn die darlegungspflichtige Partei keine nähere Kenntnis

der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hat, während dem Gegner nähere Angaben dazu ohne weiteres möglich und zumutbar sind. In diesen Fällen kann vom Gegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden. Genügt er dem nicht, ist der gegnerische Vortrag gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen (BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 – III ZR 239/06 –, Rn. 16, juris; BGH, Urteil vom 19. Juli 2019 – V ZR 255/17 –, juris Rn. 49; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 138 ZPO, Rn. 8b; Laumen in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., Kap. 22, Rn. 30 ff. m. w. N.).

(b)

Steht der Anspruchsteller vollständig außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs, so ist auch eine allgemeine, an sich nicht hinreichend substantiierte Behauptung ausreichend, um die sekundäre Darlegungslast des Gegners auszulösen, zumindest wenn konkrete Anhaltspunkte für diese Behauptung bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 – IX ZR 276/02 –, juris Rn. 9; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18 –, juris Rn. 12; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –, juris Rn. 72 m. w. N.).

So ist es hier, weshalb das allgemeine Vorbringen des Klägers zum Vorsatz der Beklagten genügt; insbesondere bedurfte es mangels Einblicks in die Betriebsabläufe der Beklagten keiner konkreten Benennung einzelner Personen, mithin bestimmter vorsätzlich handelnder Vorstandsmitglieder oder sonstiger verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten. Etwas anderes gilt auch nicht etwa deshalb, weil der Kläger nicht ausdrücklich erklärt hat, eine Kenntnis von Repräsentanten nur zu vermuten. Vielmehr liegt ohne weiteres auf der Hand und wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt, dass der Kläger nicht über die zur Beurteilung der Richtigkeit seines Vorbringens erforderlichen Kenntnisse und Mittel verfügt und daher letztlich nur aufgrund öffentlich zugänglicher Quellen und der Äußerungen der Beklagten selbst Behauptungen zum Vorsatz aufstellen kann (OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18 –, juris Rn. 12). Andererseits handelt es sich nicht etwa um Vorbringen des Klägers ins Blaue hinein, sondern bestehen aufgrund der bereits dargelegten,

eindeutig für Vorsatz der Beklagten sprechenden äußeren Umstände konkrete Anhaltspunkte für deren Richtigkeit.

(c)

Bei dieser Sachlage hätte die Beklagte durch konkreten Tatsachenvortrag Umstände darlegen müssen, die gegen eine Kenntnis ihres Vorstands oder sonstiger verfassungsmäßig berufener Vertreter sprechen. Dies betrifft insbesondere nähere Angaben dazu, welche Personen in ihrem Unternehmen die Entwicklung und den Einsatz der Software sowie das Inverkehrbringen des Dieselmotorengeneration mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung veranlassten und/oder sonst an den maßgeblichen Entscheidungsprozessen beteiligt waren. Ferner hätte sie zur Organisation ihrer internen Betriebsabläufe bei Entscheidungen von dieser erheblichen Tragweite vortragen müssen. Sofern die Beklagte sich dann auf einen Handlungsexzess eines untergeordneten Mitarbeiters hätte berufen wollen, hätte sie Umstände vortragen müssen, die geeignet gewesen wären, einen solchen Ablauf ohne Kenntnis von Vorstandsmitgliedern oder (sonstiger) Repräsentanten hinreichend wahrscheinlich erscheinen zu lassen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 72; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –, juris Rn. 77; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/190 – juris Rn. 16 m.w.N.). Die sekundäre Darlegungslast umfasst es dabei auch, im Rahmen des Zumutbaren Nachforschungen anzustellen sowie mitzuteilen, welche Erkenntnisse sie dabei über die Umstände einer eventuellen Verletzungshandlung gewonnen hat (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2012 – I ZR 87/11 –, juris Rn. 18 zum Transportrecht; BGH, Urteil vom 30. März 2017 – I ZR 19/16 –, juris Rn. 15 zum Urheberrecht; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 73).

Diesen Anforderungen genügt das Bestreiten der Beklagten nicht. Ihr Vorbringen beschränkt sich vielmehr auch in der Berufungsinstanz darauf, dass nach dem derzeitigen Stand der internen Ermittlungen keine Erkenntnisse dafür vorlägen, dass Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses Kenntnis von der Software in Fahrzeugen mit einer EG-Typgenehmigung gehabt oder die Entwicklung oder Verwendung der Software in Auftrag gegeben oder gebilligt haben. Die Beklagte trägt mithin weder zu den an der Entscheidung über den Einsatz der Software beteiligten Personen im Unternehmen

noch zu den internen Betriebsabläufen bei derartigen Entscheidungen vor. Insbesondere fehlt jedweder konkreter Vortrag zu den Ergebnissen der internen Ermittlungen.

Jedenfalls zu den Erkenntnissen aus diesen Ermittlungen sind der Beklagten nähere Angaben auch möglich und zumutbar. Weshalb sie dazu nicht in der Lage sein soll, ist nicht ersichtlich und umso weniger nachvollziehbar, als inzwischen mehr als vier Jahre seit Bekanntwerden des Abgasskandals in der Öffentlichkeit und des Beginns der bald danach von ihr beauftragten Ermittlungen durch eine unabhängige Kanzlei vergangen sind. Wegen dieses erheblichen Zeitraums ist sicher davon auszugehen, dass die internen Ermittlungen inzwischen zu Ergebnissen geführt haben. Aus ihrer eigenen Darstellung zu „bereits durchgeführten und weiterhin andauernden Ermittlungen“ ergibt sich nichts anderes; vielmehr ist dieser zu entnehmen, dass – wenn die Ermittlungen auch nicht abgeschlossen sein mögen – Erkenntnisse vorliegen. Auf eine Unzumutbarkeit weiterer Darlegungen wegen des Umfangs der Nachforschungen oder des Aufwands für deren Aufbereitung kann sich die Beklagte ebenfalls nicht berufen. Dagegen spricht bereits, dass sie tatsächlich umfangreiche interne Ermittlungen veranlasst hat. Davon ausgehend ist nicht nachvollziehbar und von ihr auch nicht dargelegt worden, weshalb es ihr mit zumutbarem Aufwand nicht möglich sein sollte, zu den bisherigen Ergebnissen dieser Nachforschungen vorzutragen und insbesondere Geschehensabläufe darzulegen, die gegen ein Kenntnis von Vorstandsmitgliedern oder von sonstigen Repräsentanten über die serienmäßige Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung sprechen. Stattdessen weigert sie sich, irgendwelche Erkenntnisse aus ihren Ermittlungen preiszugeben, was infolge der sekundären Darlegungspflicht zu ihren Lasten geht (ähnlich OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18 –, juris Rn. 118; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 78).

(4)

Aufgrund des somit nicht hinreichenden Bestreitens der Beklagten ist das Vorbringen des Klägers zu ihrem Vorsatz nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen (Laumen, in Baumgärtel/Laumen/Prütting, a.a.O., Rn 35 ff.). Da sich aus diesem Vorbringen in Verbindung mit den dargelegten äußeren Umständen schlüssig sowohl ein Schädigungsvorsatz der Beklagten als auch ein Kenntnis der das

Sittenwidrigkeitsurteil begründenden tatsächlichen Umstände und des Kausalverlaufs ergibt, ist vorsätzliches Handeln der Beklagten zu bejahen.

Die Kenntnis einer entweder der Unternehmensleitung angehörenden Person oder eines sonstigen Repräsentanten von der serienmäßigen rechtswidrigen Verwendung der Software umfasst dabei zwangsläufig auch die Billigung der Schädigung sämtlicher Erwerber der damit ausgestatteten Fahrzeuge einschließlich nachfolgender Erwerber der Fahrzeuge in gebrauchtem Zustand (OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –, juris Rn. 79), und zwar sowohl von Fahrzeugen der Beklagten als auch Fahrzeugen anderer Unternehmen aus dem VW-Konzern, in denen der Dieselmotor EA 189 mit der streitgegenständlichen Software verbaut wurde.

2.

Die Beklagte hat gemäß §§ 826, 249 ff. BGB dem Kläger sämtliche aus der sittenwidrigen Schädigung resultierenden Schäden zu ersetzen. Er kann daher den Kaufpreis erstattet verlangen gegen Rückgabe des erhaltenen Fahrzeugs und Herausgabe des durch das schädigende Ereignis erlangten Vorteils in Form der Anrechnung einer Nutzungsentschädigung. Danach hat die Beklagte dem Kläger den für den Erwerb des Fahrzeugs unstreitig aufgewendeten Kaufpreis einschließlich Finanzierungskosten von 30.542,79 EUR zu ersetzen. Der Kläger muss sich hierauf nach allgemeinen Grundsätzen im Wege des Vorteilsausgleichs die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen. Diese belaufen sich vorliegend auf 6.652,51 EUR.

a)

Wenn wie hier der Geschädigte durch Täuschung eines Dritten zum Abschluss eines Vertrags veranlasst wurde, steht ihm im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrags zu, das heißt, Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 – II ZR 402/02 –, juris Rn. 41; Urteil vom 28.10.2014 – VI ZR 15/14 –, juris Rn. 28; Tiedtke, DB 1998, S. 1019).

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12.03.2009 – VII ZR 26/06 –, juris Rn. 16; Palandt/Grüneberg, a.a.O., Vorb. v. § 249 Rn. 71). Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an. Insbesondere bedarf es anders als in den Fällen der §§ 320, 322, 348 BGB keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23.06.2015 – XI ZR 536/14 –, juris Rn. 23 f.). Danach kann der Kläger vorliegend Erstattung der von ihm für den Erwerb des Fahrzeugs verauslagten Kosten abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs an die Beklagte verlangen.

Mithilfe des Vorteilsausgleichs soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Maßgeblich ist, ob die Anrechnung von Vorteilen im Einzelfall nach Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten nach Treu und Glauben dem Geschädigten zugemutet werden kann (BGH, Urteil vom 14. September 2004 – VI ZR 97/04, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, juris Rn. 58; Kammergericht Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –, juris Rn. 124 f.)

b)

Die im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigende Entschädigung für die gezogenen Nutzungen berechnet der Senat nach der üblichen Formel: Bruttokaufpreis \* gefahrene Kilometer / Gesamtlauflistung. Berechnungszeitpunkt ist der Schluss der mündlichen Verhandlung in der (letzten) Tatsacheninstanz (BGH, Urteil vom 13.11.2012 – IX ZR 334/11 –, juris Rn 23; Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 279). Die zu erwartende Gesamtlauflistung schätzt der

Senat im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens gemäß § 287 ZPO auf 250.000 km und lässt sich dabei von folgenden Überlegungen leiten. Der Senat orientiert sich an der typspezifischen Gesamtleistung und zieht von dieser Zahl die bis zur Übergabe an den Käufer zurückgelegten Kilometer ab. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit spricht dafür, dass das konkrete Fahrzeug diesen statistischen Mittelwert erreicht hätte. Hieraus ergibt sich die voraussichtliche Restleistung. Bei Pkw/Kombis/SUV wird je nach Wagenklasse und Motorisierung mit Gesamtleistungen zwischen 100.000 und 400.000 km gerechnet, wobei bei der Einschätzung der Gesamtleistung nicht nur auf den Motor abzustellen ist, sondern Bezugspunkt das Fahrzeug in seiner Gesamtheit ist (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Auflage 2016, Rn. 3568 ff.). Die Gesamtleistung von Fahrzeugen von VW wird von der Rechtsprechung regelmäßig mit 250.000 km angesetzt (so auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Januar 2008 – 1 U 152/07 –; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2017 – 13 U 149/18 –; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, jeweils zitiert nach juris; vgl. die Tabelle bei Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 3574; Auflistung bei Kaiser, in: Staudinger, BGB, 2012, § 346, Rn. 261; anders OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 –, juris Rn 109 ff.: 300.000 km).

c)

Soweit prinzipielle Einwände gegen die Berücksichtigung der Nutzung des Fahrzeugs als Abzugsposition im Rahmen der deliktischen Haftung vorgebracht werden, vermögen diese nicht zu überzeugen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 – VIII ZR 12/61 –, juris Rn. 5 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18 –, juris Rn 102 ff.; Kammergericht Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –, juris Rn. 127 ff.).

(aa)

Erhoben wird der Einwand, der haftungsbegründende Vorwurf der arglistigen Herbeiführung eines Kaufvertrags widerspreche der Anrechnung des Nutzungsvorteils, weil die klagende Partei das Fahrzeug nicht mieten, sondern kaufen wollen. Auch dürfe der wegen Arglist haftende Hersteller die Wertschöpfung des inkriminierten Warenabsatzes nicht doch noch im Wege der Schadensberechnung zeitweilig realisieren. Denn dies würde dazu führen, dass die Haftung für ihn rein wirtschaftlich nahezu keinen Unterschied mache. Es würde die Präventionsfunktion des Deliktsrechts verfehlt

(vgl. Heese, NJW 2019, S. 257, 261). Diese Auffassung vernachlässigt, dass die deutsche Zivilrechtsordnung als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB), nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vorsieht. Die Bestrafung und – im Rahmen des Schuldangemessenen – Abschreckung sind mögliche Ziele des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, wobei die Geldstrafe oder -buße allerdings an den Staat fließt, nicht aber Ziele des Zivilrechts (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 110-125). Eine andere Sichtweise – wie sie beispielsweise im US-amerikanischen Recht gilt – widerspricht dem im deutschen Recht geltenden Bestrafungsmonopol des Staates mit den dafür eingeführten besonderen Verfahrensgarantien. Im Hinblick darauf sind ausländische Urteile auf Strafschadensersatz von nicht unerheblicher Höhe wegen Verstoßes gegen den materiellen *ordre public* in Deutschland regelmäßig nicht vollstreckbar (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 1992 – IX ZR 149/91 –, juris Rn. 72 ff.). Die Berechnung des Vorteilsausgleichs dient allein dem Zweck, die tatsächlich dem Geschädigten zugeflossenen Nutzungsvorteile abzuschöpfen. Dementsprechend stellt die Berechnung des Nutzungersatzes nach der Rechtsprechung auch nicht auf den (höheren) Mietwert der Sache ab, sondern allein auf die mit dem Gebrauch verbundene Abnutzung. Typisierend wird im Rahmen der Schätzung zulässigerweise – im Übrigen zu Lasten des Herstellers – in Kauf genommen, dass der überproportionale Wertverlust von Kraftfahrzeugen in den ersten Jahren des Gebrauchs nicht gesondert berücksichtigt wird (vgl. hierzu Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 1163 f.).

(bb)

Weiter wird eingewandt, die Berücksichtigung des Nutzungersatzes verbiете sich im Hinblick auf den Zweck der Haftung für Verstöße gegen die hier zugrunde liegenden europarechtlichen Normen. Der maßgebliche Effektivitätsgrundsatz steuere auch die Frage des Vorteilsausgleichs, es dürfe nicht zu einer unbilligen Belastung des Geschädigten und unbilligen Entlastung des Schädigers kommen, die aber stets drohe, wenn der Zweck der einschlägigen Haftungsnorm frustriert werde (vgl. Harke, VuR 2017, S. 83, 90). Auch diese Argumentation übersieht, dass es bereits an einer unbilligen Belastung des Geschädigten fehlt: Dieser muss sich ausschließlich den Wert der tatsächlich gezogenen Nutzungen entgegenhalten lassen, nicht etwa zusätzlich einen Wertverlust der Sache allein durch Alterung oder Ähnliches (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 110-125). Der von dem Kläger gezogene

Nutzungsvorteil ist keiner, der ohne das schädigende Ereignis bei diesem verblieben wäre. Denn auch ohne das schädigende Ereignis hätte der Kläger ein Kraftfahrzeug geführt und somit die daraus resultierenden Nutzungsvorteile für sich in Anspruch genommen. In diesem Punkt steht er durch das Verhalten der Beklagten nicht schlechter da (vgl. Kammergericht Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –, juris Rn. 127-133; vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris).

Hinzu kommt, dass der Kläger zu keinem Zeitpunkt die Erwartung hegen konnte, sein fahrtüchtiges Fahrzeug nutzen zu können, ohne das Risiko der Wertminderung durch fortschreitende Nutzung desselben tragen zu müssen (Riehm, Deliktischer Schadensersatz in den "Diesel-Abgas-Fällen", NJW 2019, 1105, 1108). Auch dies macht deutlich, dass die vorzunehmende Vorteilsanrechnung nicht unbillig ist.

cc)

Ebenso fehlt geht das weitere Argument, die einschlägigen europarechtlichen Normen enthielten das Gebot abschreckender Sanktionen, was zu einer Haftung im nationalen Recht nötige, die hier durch die Berechnung des Nutzungersatzes beeinträchtigt sei. Es bestehe vorliegend – wie bei dem auf Nacherfüllung klagenden Käufer – auch nicht die Gefahr einer ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. Harke, VuR 2017, S. 83, 91). Zwar trifft es zu, dass die einschlägigen europarechtlichen Regelungen dem nationalen Gesetzgeber auferlegen, für Verstöße wirksame Sanktionen zu verhängen, beispielsweise Art. 13 Abs. 2 lit. d VO (EG) 715/2007 betreffend das Verbot illegaler Abschaltvorrichtungen. Derartige Sanktionen sind aber wie dargelegt (oben aa) im deutschen Recht regelmäßig dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht vorbehalten. Eine etwaig unzureichende Sanktionierung des Verhaltens durch den Gesetzgeber ist nicht durch die Justiz im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung zu korrigieren. Auch verbietet sich vorliegend eine Parallele zur Frage des kaufvertraglichen Gewährleistungsanspruchs auf Nachlieferung. Denn in der die Nachlieferung regelnden Richtlinie 1999/44/EG ist in Art. 3 Abs. 3 ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der Nachlieferung normiert. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht es dem nationalen Gesetzgeber demgegenüber insbesondere frei, im Fall der vertraglichen Rückabwicklung dem Verbraucher die Erstattung von Nutzungersatz aufzuerlegen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. April 2008 – C-404/06 –, juris Rn. 39; Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 1158; BGH, Urteil vom 16. September 2009 – VIII ZR 243/08 –, juris Rn.

14 f.). Regelungen über die Abwicklung von Kaufverträgen oder der deliktischen Schadensersatzpflicht des Herstellers bei Verstößen lassen sich den europarechtlichen Vorschriften zur Typgenehmigung nicht entnehmen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, juris Rn. 110-125).

dd)

Schließlich besteht auch kein Anlass, den Nutzungersatz im Hinblick auf den der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen (so aber Harke, VuR 2017, S. 83, 91) oder auszuschließen. Die Berücksichtigung des mit dem Mangel verbundenen Minderwerts kommt nur in Betracht, wenn der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich einschränkt (vgl. Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 1173). Vorliegend war allein die fortdauernde Nutzbarkeit aus Rechtsgründen nicht sichergestellt, auf den tatsächlichen Gebrauch hatte dies aber keinerlei Auswirkungen.

e)

Daraus ergibt sich vorliegend ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte in Höhe von **23.890,29 EUR**.

Der Bruttokaufpreis betrug 29.650,51 EUR. Die gefahrenen Kilometer belaufen sich auf 56.091 (Stand letzte mündliche Verhandlung). Bei einer erwarteten Restlaufleistung von 250.000 km im Erwerbszeitpunkt ergibt sich eine zu zahlende Nutzungsschädigung von 6.652,51 EUR. Ausgehend von einem Kaufpreis einschließlich Finanzierungskosten von 892,79 EUR in Höhe von 30.542,79 EUR errechnet sich abzüglich der Nutzungsschädigung der o.g. Schadensersatzanspruch.

f)

Der Anspruch auf Verzugszinsen ab dem 16.12.2017 folgt aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. Der Kläger hat der Beklagten mit Schreiben vom 01.12.2017 eine Frist zur Rückabwicklung des Kaufvertrages bis zum 15.12.2017 gesetzt. Daher ist Verzug ab dem 16.12.2017 eingetreten. Der Zinsanspruch ist der Höhe nach entsprechend dem gestellten Klageantrag für die Zeit vom 16.12.2017 bis zur Rechtshängigkeit (02.02.2018) auf 4% Zinsen begrenzt, sodann beträgt der Zinssatz antragsgemäß 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz.

g)

Der Kläger hat gegen die Beklagte darüber hinaus keinen Anspruch auf Zahlung von 4 % Zinsen vom 20.11.2012 bis zum 15.12.2017 aus § 849 BGB.

Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen nicht vor. Die Vorschrift billigt dem Geschädigten ohne Nachweis eines konkreten Schadens Zinsen als pauschalierten Schadensersatz für die entgangene Nutzung einer ihm durch den Schädiger entzogenen oder beschädigten Sache zu. Der Zinsanspruch soll den endgültig verbleibenden Verlust an Nutzbarkeit der Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann. Die Norm greift nicht nur bei Sachentziehung oder -beschädigung, sondern auch in den Fällen, in denen dem Geschädigten Geld entzogen wurde. § 849 BGB ist nach seinem Wortlaut auch nicht auf die Wegnahme beschränkt und verlangt nicht, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen wird (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 – II ZR 167/06 –, juris Rn. 4). Der Regelung kann jedoch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahin, dass deliktische Schadensersatzansprüche stets von ihrer Entstehung an zu verzinsen seien, nicht entnommen werden (BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 – KZR 56/16 –, juris; Wagner in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, § 849 BGB, Rn. 2 ff.). Vielmehr ist maßgeblich der Zweck der Norm zu berücksichtigen, den später nicht mehr nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 – II ZR 167/06 –, juris Rn. 4).

Dieser Schutzzweck ist hier nicht betroffen, da der Kläger zwar einen Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises weggegeben hat, er dafür im Gegenzug aber das streitgegenständliche Fahrzeug erworben hat, das er anschließend jederzeit nutzen konnte (OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –, juris Rn. 99; OLG Koblenz, Urteil vom 28. August 2019 – 5 U 1218/18 –, juris Rn. 109; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 137 m.w.N.; BeckOK BGB/Spindler, 52. Edition, § 849 BGB Rn. 2; a. A. OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 – 5 U 47/19 –, BeckRS 2019, 23205 Rn. 41; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18 –, juris Rn. 29). Ein etwaiger Minderwert des Fahrzeuges hat hierauf keinen Einfluss (OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 137; a. A. OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19 –,

juris Rn. 84). Zudem ist sicher davon auszugehen, dass der aufgewandte Kaufpreis bei Kenntnis des vorliegenden Mangels nicht im Vermögen des Klägers verblieben wäre, sondern er stattdessen den Geldbetrag in den Kauf eines anderen Fahrzeugs investiert hätte, weshalb keine auf dem deliktischen Handeln der Beklagten zurückzuführende entgangene Nutzungsmöglichkeit am Geld vorliegt (OLG Koblenz, Urteil vom 28. August 2019 – 5 U 1218/18 –, juris Rn. 109; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 139).

Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass dem Geschädigten Nutzungsvorteile angerechnet werden. Die Anrechnung von Gebrauchsvorteilen für die tatsächliche Nutzung des Fahrzeugs im Rahmen der Vorteilsausgleichung ist von der hier allein maßgeblichen Frage zu trennen, ob dem Geschädigten die Nutzbarkeit des für den Kauf dieses Fahrzeugs aufgewandten Geldes entzogen wurde. Das ist aus den bereits angeführten Gründen zu verneinen (OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19 –, juris Rn. 24; im Ergebnis auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –, juris Rn. 138).

3.

Der Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs ist aus den von dem Landgericht dargelegten Gründen gegeben.

4.

Den Ausgleich vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nach § 826 BGB kann der Kläger von der Beklagten so wie vom Landgericht ausgeurteilt verlangen. Der Anspruch ist dem Grunde nach aufgrund der Verurteilung zur Hauptsache gerechtfertigt. Einwendungen zur Höhe enthält die Berufungsbegründung nicht.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen.

IV.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 24.320,20 EUR festgesetzt.