

Az.: 4 U 65/19  
11 O 295/17 LG Frankfurt (Oder)



## Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

des

– Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter –

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Rogert & Ulbrich Rechtsanwälte in Partnerschaft, Ottostraße 12, 50859 Köln

gegen

die Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den  
Vorstandsvorsitzenden Dr. Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg

– Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin –

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]  
[REDACTED]

hat das Brandenburgische Oberlandesgericht – 4. Zivilsenat – durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schäfer, die Richterin am Oberlandesgericht Tournay und den Richter am Landgericht Dr. Skrobotz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2020 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufungen des Klägers und der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 27. März 2019 zum Aktenzeichen 11 O 295/17 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

a) **Die Beklagte wird verurteilt, 7.107,36 € an den Kläger zu zahlen nebst Zinsen**

in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. September 2017, sowie Zinsen in Höhe von vier Prozent aus 14.390 € für den Zeitraum 27. Februar 2012 bis 7. September 2017.

b) Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte in Verzug mit der Annahme des Fahrzeugs Škoda Fabia Ambiente Cool 1,6 TDI mit der Fahrgestellnummer [REDACTED] befindet.

c) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 887,03 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. September 2017.

Im Übrigen werden die Berufung der Beklagten und die Berufung des Klägers zurückgewiesen sowie seine weitergehende Klage abgewiesen.

2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages, wenn nicht er Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 11.063,27 € festgesetzt. Hiervon entfallen 4.487,96 € auf die Berufung des Klägers und 6.575,31 € auf die Berufung der Beklagten.

Der Streitwert für die I. Instanz wird auf einen Betrag bis zu 10.000 € abgeändert.

## Gründe:

### I.

Der Kläger nimmt die beklagte Herstellerin des in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Dieselmotors der Baureihe EA189 auf Schadensersatz in Form des an die – an diesem Rechtsstreit nicht beteiligte – Verkäuferin gezahlten Kaufpreises und weiterer Schäden in Anspruch. Er wendet sich mit seiner Berufung gegen die teilweise Zurückweisung seiner Klage durch das Landgericht unter Ansatz einer aus Sicht des Klägers zu hohen Nutzungsentschädigung. Die ihrerseits Berufung führende Beklagte begehrt weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Die Ehefrau des Klägers erwarb das Fahrzeug, einen Pkw der Marke Škoda, am 27. Februar 2012 als Neufahrzeug zu einem Preis von 14.390 €, und trat ihm am Folgetag „sämtliche Ansprüche aus dem Kaufvertrag“ ab. Der von der Beklagten hergestellte Motor des Fahrzeugs verfügte über eine Motorsteuerungssoftware, die erkennt, wenn das Fahrzeug auf dem Prüfstand den neuen europäischen Fahrzyklus (NEFZ) durchführt, und sodann einen besonderen Modus aktiviert (sogenannte Umschaltlogik). In diesem Modus wird die Rückführung von Abgasen im Vergleich zu dem normalen Betriebsmodus verändert, wodurch die nach der Euro-5-Norm vorgegebenen Stickoxid-Werte während des Durchfahrens des NEFZ eingehalten werden. Im normalen Fahrbetrieb wird dieser Modus deaktiviert, wodurch es zu einem höheren Schadstoffausstoß kommt. Durch den Einsatz dieser Motorsteuerungssoftware wurde die EG-Typengenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug erlangt.

Der Dieselmotor wurde serienmäßig in diverse Fahrzeugmodelle der Beklagten sowie derer Konzernunternehmen verbaut. Das Kraftfahrtbundesamt verpflichtete die Beklagte mit Bescheid vom 15. Oktober 2015 dazu, bei allen betroffenen Fahrzeugen mit dem Motor der Baureihe EA189 die aus Sicht des Bundesamtes unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen. Die Beklagte entwickelte ein Update für die Motorsteuerungssoftware, wonach das Fahrzeug nur noch über einen einheitlichen Betriebsmodus verfügt.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 5. Juli 2017 forderte der Kläger die Beklagte als Herstellerin des Motors zur Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen abzüglich gezogener Nutzungen auf, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, die er anbot.

Am 11. Februar 2020 wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 151.827 km auf.

Das Landgericht hat der zuletzt auf Zahlung von 7.877,66 € nebst Zinsen und Kosten, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, sowie auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten gerichteten Klage in einem Umfang von 6.575,31 € nebst Zinsen und Kosten entsprochen und den Verzug der Beklagten mit der Annahme des Zug um Zug angebotenen Fahrzeugs festgestellt. Zur Begründung heißt es in dem Urteil vom 27. März 2019, auf das im Übrigen gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird: Die Beklagte hafte dem Kläger aus §§ 826, 31, 840 BGB, nachdem sie ihn dadurch vorsätzlich sittenwidrig geschädigt habe, dass sie die als unzulässige Abschaltvorrichtung einzustufende Motorsteuerungssoftware entwickelt und eingebaut habe. Der Schaden des Klägers liege im Abschluss des Kaufvertrages, den er bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht geschlossen hätte. Das manipulative Verhalten der Beklagten sei sittenwidrig. Sie habe vorsätzlich gehandelt. Es sei von der Kenntnis ihrer verfassungsmäßigen Vertreter auszugehen, nachdem sie dem entsprechenden Vortrag des Klägers nicht hinreichend entgegen getreten sei, was ihr aber nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast obliegen habe. Der Kläger habe sich als schadensmindernd eine Nutzungsentschädigung anrechnen zu lassen, bei der eine zu erwartende Gesamtleistung von 250.000 km zugrunde zu legen sei. Vorgerichtliche Anwaltskosten seien nur aus einer 1,3-Gebühr zu ersetzen. Die Beklagte befinde sich in Annahmeverzug, da sie die Entgegennahme des Fahrzeugs ernsthaft und endgültig abgelehnt habe.

Das Urteil ist der Beklagten am 1. April 2019 zugegangen und dem Kläger am 2. April 2019. Beide Parteien haben am 2. Mai 2019 Berufung eingelegt. Der Kläger hat seine Berufung am Montag, dem 3. Juni 2019 begründet. Auf ihre jeweils fristgerecht gestellten Verlängerungsanträge ist die Berufungsbegründungsfrist für die Beklagte bis zum 5. August 2019 verlängert worden. Ihre Berufungsbegründung ist an diesem Tag eingegangen.

Der Kläger ist der Auffassung, bei der Bemessung der Nutzungsentschädigung sei eine Gesamtleistung von 300.000 km zu Grunde zu legen. Zudem schulde ihm die Beklagte aus § 849 BGB deliktische Zinsen auf den gezahlten Kaufpreis.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 27. März 2019 zum Aktenzeichen 11 O 295/17 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 1.302,45 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. September 2017 sowie Zinsen in Höhe von 4 % für

14.390 € seit dem 27. Februar 2012 bis zum 8. September 2017.

Die Beklagte beantragt

die Berufung des Klägers zurückzuweisen

und

das am 27. März 2019 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) zum Aktenzeichen 11 O 295/17 im Umfang ihrer Beschwer abzuändern und die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, das Landgericht habe insgesamt zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch des Klägers bejaht. Der Schutzbereich des § 826 BGB sei schon nicht berührt, wo nur die Verletzung öffentlich-rechtlicher Zulassungsvorschriften in Rede stehe. Die ursprüngliche Motorsteuerungssoftware sei keine unzulässige Abschaltvorrichtung. Dem Kläger sei durch den Abschluss des Kaufvertrages kein Schaden entstanden; zudem fehle es an der erforderlichen Kausalität zwischen ihrem Verhalten und seinem Kaufentschluss. Sie habe nicht sittenwidrig gehandelt. Sie treffe keine sekundäre Darlegungslast in dem durch das Landgericht angenommenen Umfang. Die Parallele zum Kaufrecht zeige die Unverhältnismäßigkeit einer faktischen Rückabwicklung eines Vertrages, dessen Partei sie nicht einmal sei. Jedenfalls aber schulde der Kläger Nutzungersatz, für den maßgeblich nicht die Gesamtlebensdauer des Fahrzeugs sei, sondern vielmehr die Gesamtnutzungsdauer, so dass allenfalls eine voraussichtliche Laufleistung von 200.000 km bis 250.000 km angenommen werden könne.

Der Kläger beantragt hierzu,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,

hilfsweise: das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Frankfurt Oder vom 27. März 2019 zum Aktenzeichen 11 O 295/17 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen.

## II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und teilweise begründet, die zulässige Berufung der Beklagten hingegen unbegründet. Die Beklagte ist dem Kläger zum Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises für das streitgegenständliche Fahrzeug abzüglich einer Nutzungsentschädigung verpflichtet, Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeug, sowie zum

Ausgleich dem Kläger vorgerichtlich entstandener Kosten und zur Zahlung von verzugsbedingten sowie deliktischen Zinsen.

1.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere statthaft und fristgerecht angebracht und begründet gemäß §§ 511 Abs. 2 Nr. 1, 517 und 520 sowie 222 Abs. 2 ZPO. Die mit Schriftsatz vom 6. Februar 2020 erklärte Erweiterung der Klage um die deliktischen Zinsen ist nach § 264 Nr. 2 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen und unterliegt daher auch nicht den Einschränkungen des § 533 ZPO (BGH, Urteil vom 19. März 2004 – V ZR 104/03, NJW 2004, 2152).

2.

Die Grundlage des dem Kläger zustehenden Anspruchs ist § 826 BGB in Verbindung mit dem entsprechend anzuwendenden § 31 BGB. Nach § 826 BGB ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. In analoger Anwendung von § 31 BGB haftet eine juristische Person für einen Schaden, den ein Mitglied ihres Vorstandes bzw. ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Diese Voraussetzungen liegen jeweils vor. Die Beklagte hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt.

a)

Die Beklagte handelte sittenwidrig.

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. 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. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich

rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 –, NJW 2017, 250, Rdnr. 16; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19 –, Rdnr. 31 je m. w. N.), etwa bei auf systematische Täuschung angelegten Geschäftsmodellen (BGH, Versäumnisurteil vom 14. Juli 2015 – VI ZR 463/14 –, MDR 2015, 1363) oder bei der eigennützigen und bewusst arglistigen Täuschung des Geschäftspartners (BGH, Urteil vom 22. Juni 1992 – II ZR 178/90 –, NJW 1992, 3167) oder eines Dritten (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1991 – VI ZR 293/90 –, NJW 1991, 3282).

Nach diesen allgemeinen Maßstäben sind die Entscheidungen der Beklagten bzw. der für sie verantwortlich Handelnden, die Motoren der Baureihe EA189 mit der hier in Rede stehenden Software und ihrer „Umschaltlogik“ auszustatten, diese Motoren in von der Beklagten und von Unternehmen ihres Konzerns hergestellten Fahrzeuge einzubauen bzw. einbauen zu lassen, für diese Fahrzeuge so eine Typgenehmigung zu erschleichen, und schließlich diese Fahrzeuge, zu denen auch das streitgegenständliche gehört, in den Verkehr zu bringen, als sittenwidrig zu erachten (vgl. zum Folgenden etwa OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 – 20 U 3219/18 –; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19 –; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. November 2019 – 17 U 44/19 –; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 11. Februar 2020, 1 U 12/19).

(1)

Das Vorgehen der Beklagten stellt sich in seiner Gesamtheit als auf systematische Täuschung der mit der Kraftfahrzeugzulassung befassten Behörden und aller potentiellen Erwerber der Kraftfahrzeuge angelegt dar.

Die von der Beklagten selbst verharmlosend als "Umschaltlogik" bezeichnete Software diene offenkundig einzig dem Zweck und wurde auch allein zu diesem Zweck entwickelt, gegenüber den Behörden die Einhaltung der geltenden Stickoxidgrenzwerte vorzuspiegeln, die im Realbetrieb nicht zu erreichen waren, und damit die behördlichen Erlaubnisse zu erlangen, um die Pkws überhaupt in Verkehr bringen zu dürfen. Die Testverfahren, die neu hergestellte Fahrzeuge durchlaufen müssen, sind standardisierte Prüfzyklen. Stattet ein Pkw-Hersteller seine Fahrzeuge mit einer Motorsteuerungssoftware aus, die zwei Betriebsmodi kennt und nur im erkannten Prüfstand die Motorsteuerung dergestalt regelt, dass mittels Abgasrückführung die Abgase zusätzlich gereinigt werden, während im normalen Straßenverkehr keine oder nur eine deutlich geringere Abgasrückführung stattfindet, will er damit im Zulassungsverfahren für das Fahrzeug die Einhaltung der gesetzlichen Grenzwerte vorgaukeln, die tatsächlich nicht

eingehalten werden. Dieses Ziel wird besonders deutlich aus der Heimlichkeit des Vorgehens. Die Beklagte hatte die „Umschaltlogik“ der Software weder den Behörden offengelegt noch sonst offen kommuniziert. Im Gegenteil sicherte die technische Gestaltung, dass die Wirkungsweise der Software auch bei einer Untersuchung des Fahrzeugs nicht zu erkennen war und dem entsprechend lange unerkannt blieb. Denn auf dem Prüfstand zeigte das Fahrzeug mit dem entsprechend ausgestatteten Motor keine Auffälligkeiten, sondern vielmehr die gewünschten Abgaswerte. Die Einzelheiten der Software wurden daher erst im Rahmen der näheren Untersuchung der erheblichen Differenzen zwischen den Abgaswerten auf dem Prüfstand und im realen Fahrbetrieb durch Mitarbeiter der Beklagten gegenüber den US-Behörden eingeräumt. Auch dann aber sprach die Beklagte nur von erkannten „Unregelmäßigkeiten“ der Software, ohne offen zuzugeben, dass sie bewusst eine gesetzlich unzulässige Abschaltvorrichtung eingebaut hat.

Zugleich täuschte die Beklagte alle potentiellen Erwerber der mit den entsprechenden Motoren ausgestatteten Fahrzeuge. Die mit ihrem Inverkehrbringen verbundene implizite Behauptung, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck uneingeschränkt und dauerhaft im Straßenverkehr eingesetzt werden darf, traf nicht zu. Das setzt, wenn auch die Einzelheiten des Zulassungsverfahrens nicht allgemein bekannt sind, jedenfalls die behördliche Genehmigung eines Fahrzeugstyps voraus, bei der auch die Abgaswerte kontrolliert werden, sowie die Übereinstimmung des einzelnen Fahrzeugs mit diesem Typ. Wo dies nicht der Fall ist, kann die zuständige Behörde geeignete Maßnahmen ergreifen, zu denen das Abstellen des Mangels ebenso gehören kann wie die letztliche Betriebsuntersagung. Entsprechend geht die Erwartungshaltung des Verkehrs dahin, dass die zum Verkauf gelangten Fahrzeuge nicht nur formell, sondern auch materiell den für sie geltenden zulassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Die systematische Manipulation des Zulassungsverfahrens diene damit auch dem Ziel, das Vertrauen der potentiellen Käufer in den ordnungsgemäßen Ablauf des öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahrens und damit auch in die Objektivität der staatlichen Behörde auszunutzen.

(2)

Ausmaß und Tragweite der Täuschung sind erheblich. Die Beklagte hat die Abschaltsoftware serienmäßig in wenigstens 11 Millionen Pkws einbauen lassen, um die Einhaltung sowohl der in der EU geltenden Grenzwerte und der strengeren Abgasnormen in den USA zu umgehen. Mit dem massenhaften Vertrieb der Motoren der Baureihe EA189 hat die Beklagte eine deutliche Beeinträchtigung der Umwelt über die zugelassenen Emissionen hinaus in Kauf genommen.



Zudem droht den Käufern erheblicher Schaden in Form der Stilllegung des erworbenen Fahrzeugs, das gerade nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis verfügte, weil die Umschaltlogik der Motorsteuerungssoftware als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist (so ausdrücklich OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19 –, WM 2020, 325 Rdnr. 36, unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17 –, NJW 2019, 1133 Rdnr. 19; ausführlich OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 – 20 U 3219/18 –, Rdnr. 27 ff).

(3)

Anerkennenswerte Beweggründe für das Inverkehrbringen der mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Motorsteuerung bringt die Beklagte nicht vor. In Betracht kommt vorliegend allein eine angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen. Diese Ziele sind zwar für sich nicht sittenwidrig, wohl aber ein Gewinnstreben um jeden Preis, unter Gesetzesbruch auf Kosten aller Getäuschten und der Umwelt.

(4)

In der Gesamtwürdigung ergibt sich die Sittenwidrigkeit des Handelns aus dem nach Ausmaß und Vorgehen besonders verwerflichen Charakter der Täuschung von Behörden und Kunden, unter Ausnutzung des Vertrauens der Käufer in die Ordnungsgemäßheit des behördlichen Zulassungsverfahrens, und unter Inkaufnahme nicht nur der Schädigung der Käufer, sondern auch der Umwelt allein im eigensüchtigen Profitinteresse.

b)

Die genannten sittenwidrigen Entscheidungen sind der Beklagten in entsprechender Anwendung des § 31 BGB zuzurechnen, auch wenn – wie hier – seitens des grundsätzlich darlegungsbelasteten Anspruchsstellers nicht im Einzelnen vorgetragen wurde, welche Mitarbeiter der Beklagten grundsätzlich für die Entwicklung und den Einsatz der Software und konkret bezogen auf den in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor verantwortlich waren.

(1)

Nach § 31 BGB ist der Verein für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung

einem Dritten zufügt. Dies gilt nach einhelliger Meinung in gleicher Weise für alle juristischen Personen deutschen Rechts (Einzelheiten bei Westermann, in: Erman, BGB, 15. Auflage 2017, § 31 BGB Rdnr. 2) und damit auch für eine Aktiengesellschaft wie die Beklagte (vgl. nur BGH, Urteil vom 9. Mai 2005 – II ZR 287/02, NJW 2005, 2450/2451). Zudem ist der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung über den Wortlaut der Vorschrift hinaus 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 (OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 – 20 U 3219/18 –, Rdnr. 50 f bei juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, ZIP 2019, 863, Rdnr. 48 bei juris). Die Vorschrift des § 31 BGB ist vielmehr weit auszulegen (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 –, NJW 2017, 250, Rdnr. 13). Dies begründet letztlich eine umfassende Repräsentantenhaftung der juristischen Person für diejenigen, die für sie verantwortlich handeln (vgl. Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, § 31 BGB Rdnr. 14 f; zur Kasuistik ausführlich Offenloch, in: Beck-Online Großkommentar mit Stand 15. Dezember 2019, § 31 BGB Rdnr. 71 ff).

(2)

Nach diesen Grundsätzen ist auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass wenigstens ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten im genannten Sinne die als sittenwidrig benannten Entscheidungen traf. Aufgrund der unstreitigen äußeren Umstände besteht hier eine tatsächliche Vermutung für die Kenntnis eines mindestens mit Repräsentantenfunktion betrauten Vertreters der Beklagten, welche die Beklagte zu entkräften hat (vgl. insbesondere OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, ZIP 2019, 863, Rdnr. 54 bei juris). Denn unstreitig haben Mitarbeiter der Beklagten die streitgegenständliche Software in Kenntnis deren Funktionsweise in die Motorsteuerung sämtlicher Motoren der genannten Baureihe integriert, obgleich die Funktionsweise für jeden offensichtlich dem Zweck des Verbots der Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 widersprach. Angesichts der Tragweite dieser Entscheidung, die eine ganze Diesel-Motorengeneration betraf, welche flächendeckend konzernweit in vielen Millionen Fahrzeugen eingesetzt werden sollte, erscheint es

mehr als fernliegend, dass die Entscheidung für eine Steuerungssoftware mit der beschriebenen Wirkungsweise ohne Einbindung der Leitungsebene der Beklagten im erwähnten Sinne – mindestens derjenigen nach außen als verantwortlich auftretenden Personen unterhalb der eigentlichen Vorstandsebene – erfolgt und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte. Es handelt sich der Sache nach um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern und auch massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen, der bei den untergeordneten Konstrukteuren kein in Anbetracht der arbeits- und strafrechtlichen Risiken annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenübersteht.

Diese Vermutung wird noch verstärkt durch den Umstand, dass die Software unstrittig durch einen Zulieferer programmiert und geliefert wurde. Insoweit ist in einem ordnungsgemäß geführten Unternehmen zu erwarten, dass die Anforderungen an die Software mit der Bestellung in Form einer Leistungsbeschreibung niedergelegt sind. Weil es sich bei der Motorsteuerung um ein Kernstück des Motors handelt, widerspricht es jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass insoweit die Führungsebene des Unternehmens nicht eingebunden wurde. Wer die Zustimmung zur Entwicklung und zum Einsatz einer Software in der Motorsteuerung für Millionen von Neufahrzeugen erteilt, muss eine wichtige Funktion in einem Unternehmen haben und mit erheblichen Kompetenzen ausgestattet sein. Soweit es sich dabei nicht um einen Vorstand handelt, spricht im Hinblick auf das Gewicht der Entscheidung zumindest eine starke tatsächliche Vermutung dafür, dass es sich um einen Repräsentanten im Sinn der höchstrichterlichen Rechtsprechung handelt, weil er Entscheidungen trifft, die üblicherweise der Unternehmensführung vorbehalten sind.

Dieser tatsächlichen Vermutung ist die Beklagte ebenso wenig entgegen getreten wie der ausdrücklichen Behauptung des Klägers, der „Entwicklungsvorstand Ulrich Hackenberg“, „die Entwicklungsabteilung“ bzw. „die Vorstände“ oder wenigstens „Repräsentanten ... auch unterhalb der Ebene des Vorstands im aktienrechtlichen Sinne“ hätten die genannten Entscheidungen getroffen. Sie hat sich vielmehr darauf zurückgezogen, der Vortrag des Klägers sei nicht hinreichend konkret, und keines ihrer Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne habe im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses Kenntnis von der Entwicklung oder Verwendung der streitgegenständlichen Software in Fahrzeugen mit einer EG-Typgenehmigung gehabt. Das genügt nicht den Anforderungen des § 138 ZPO.

Zwar reicht gemäß § 138 Abs. 2 ZPO gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers in der Regel das einfache Bestreiten des Beklagten. Doch kann es

der nicht darlegungsbelasteten Partei obliegen, ihren Sachvortrag darüber hinaus zu substantzieren. Ob und inwieweit dies der Fall ist, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen. Je detaillierter der Vortrag der darlegungsbelasteten Partei ist, desto höher ist die Erklärungslast des Gegners gemäß § 138 Abs. 2 ZPO (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – II ZR 88/16, NJW 2018, 1089/1090 Rdnr. 19). Nach dieser Vorschrift hat sich eine Partei grundsätzlich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Sie darf sich also, wenn der Gegner seiner Erklärungslast nachgekommen ist, nicht mit einem bloßen Bestreiten begnügen, sondern muss erläutern, von welchem Sachverhalt sie ausgeht. Der Umfang der erforderlichen Substanziierung richtet sich dabei nach dem Vortrag der darlegungsbelasteten Partei. Ob ein einfaches Bestreiten als Erklärung gemäß § 138 Abs. 2 ZPO ausreicht oder ob ein substanziiertes Bestreiten erforderlich ist, hängt somit von dem Vortrag der Gegenseite ab. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Partei einen Vortrag mit Nichtwissen gemäß § 138 Abs. 4 ZPO bestreiten kann, weil er Tatsachen betrifft, die weder eigene Handlungen noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Die Zulässigkeit einer solchen Erklärung schließt die Verpflichtung der Partei zu substanziiertem Bestreiten unabhängig von der Substanziierung des gegnerischen Vortrags aus (BGH, Urteil vom 4. April 2014 – V ZR 275/12, NJW 2015, 468/469 Rdnr. 11 f).

Nach diesen Maßstäben hätte es der Beklagten obliegen, dem durch die erwähnte tatsächliche Vermutung gestützten Klägervortrag konkreter entgegenzutreten, als sie dies getan hat. Die in Rede stehenden Tatsachen sind als Interna der Beklagten der Wahrnehmung des Klägers entzogen, derweil sie Gegenstand der eigenen Wahrnehmung der Beklagten waren. Sie hätte also konkreter angeben können und müssen, wer die in Rede stehenden Entscheidungen tatsächlich getroffen hat. Dass ihr dies nach Jahren angeblicher Aufklärung nicht möglich sei, ist nicht substanziiert genug dargetan. Dass weder die Entscheidungsprozesse über die Strategie zur Einhaltung der Emissionsgrenzwerte noch die Beauftragung der Entwicklung der Manipulationssoftware aufzuklären sein sollten, erscheint schwer nachvollziehbar. Über die bloße Behauptung hinaus, durch die bisherigen internen Ermittlungen keine Hinweise auf ein Kenntnis des Vorstands erlangt zu haben, fehlt jeder Vortrag, was die Ermittlungen ergeben haben und woran eine weitere Aufklärung scheitert (zu zutreffend OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 –, ZIP 2019, 863, Rdnr. 82 bei juris; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 – 20 U 3219/18 –, Rdnr. 57 bei juris)

c)

Die Beklagte hat bei dem Kläger kausal einen Schaden verursacht.

Der für eine Haftung aus § 826 BGB erforderliche Vermögensschaden ist in dem Abschluss des Kaufvertrages über das streitgegenständliche Fahrzeug zu sehen (zum Folgenden m. u. N. OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 – 20 U 3219/18 –, Rdnr. 31 ff bei juris).

(1)

§ 826 BGB stellt hinsichtlich des Schadens begrifflich nicht auf die Verletzung bestimmter Rechte und Rechtsgüter ab, 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. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs angesichts der unzulässigen Abschaltvorrichtung einen geringeren Marktwert hatte. Der Schaden des in die Irre geführten Käufers liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, nicht erst in dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteilen. Entscheidend ist mithin allein, dass der Geschädigte durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte und dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war.

(2)

Diese Voraussetzungen waren im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses – hier am 27. Februar 2012 – gegeben. Wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung drohte die Entziehung der EG-Typgenehmigung bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen mit der Folge, dass das Fahrzeug – im Fall der Nebenbestimmung: bis zur Nachrüstung – keinem genehmigten Typ mehr entsprach. Der Hauptzweck des Fahrzeugs, dieses im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, war damit bereits vor einer tatsächlichen Stilllegung unmittelbar gefährdet. Denn wenn die EG-Typgenehmigung entzogen wird, droht die Stilllegung des Fahrzeugs; werden Nebenbestimmungen angeordnet, ist die fortdauernde Nutzbarkeit von einer Nachrüstung des Fahrzeugs durch den Hersteller abhängig. Das streitgegenständliche Fahrzeug war mithin für die Zwecke des Klägers nicht voll brauchbar, der Abschluss des Kaufvertrags begründete damit für den Kläger eine so nicht gewollte Verbindlichkeit. Ist der Schaden damit bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrages eingetreten, kommt es auf die nachträglichen Maßnahmen der Beklagten zur Schadenswiedergutmachung in Form des so genannten Software-Updates nicht an.

(3)

Der Schaden wurde durch das Handeln der Beklagten verursacht. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Kraftfahrzeugkäufer vom Kauf eines Fahrzeugs Abstand nehmen würden, bei dem – ihnen bekannt – behördliche Maßnahmen bis hin zur Stilllegung drohen. Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich – abgesehen von hier nicht einschlägigen Sonderkonstellationen – der Erwerb zur Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr. Unerheblich ist, dass der Kläger das Fahrzeug nicht direkt von der Beklagten oder von der – als 100 %-ige Tochtergesellschaft zu ihrem Konzern gehörenden – Herstellerin selbst erworben hat, sondern vielmehr von einer Händlerin. Die Beklagte hat den Kausalverlauf bereits durch das Inverkehrbringen des Motors in Gang gesetzt. Es war auch vorliegend zu erwarten, dass – wie allgemein – der Fahrzeughändler lediglich das ihm durch die Herstellerin des Fahrzeugs vermittelte Wissen weitergibt und der Käufer daher insoweit auf die Herstellerangaben sowie auf die Seriosität auch des Motoren-Herstellers vertraut (so auch Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. November 2019 – 17 U 44/19 –, Rdnr. 58 bei juris).

(4)

Der Schaden ist vorliegend auch dem Kläger selbst entstanden ungeachtet dessen, dass es seine Ehefrau war, die das Fahrzeug erwarb. Denn sie trat ihm schon am Folgetag „sämtliche Ansprüche aus dem Kaufvertrag“ ab. Dies kann nur dahin verstanden werden, dass im Innenverhältnis von vornherein eine Vereinbarung zwischen den Eheleuten bestand, wonach wirtschaftlich der Erwerb für den Kläger erfolgen sollte, und ihn auch alle wirtschaftlichen Folgen des Fahrzeugkaufs treffen sollten, und zwar hinsichtlich seines Nutzens nicht anders als hinsichtlich der Lasten. Dieses bereits durch das Landgericht seiner Entscheidung implizit zugrunde gelegte Verständnis ist in der Berufungsinstanz von keiner Partei in Frage gestellt worden und wird auch durch den Senat geteilt.

d)

Dieses Ergebnis ist nicht mit Rücksicht auf den Schutzzweck des hier verletzten Verhaltensgebots zu korrigieren. 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. Allerdings war vorliegend bereits die Entscheidung der Beklagten sittenwidrig, die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgerüsteten Motoren der Baureihe EA189 in zur Veräußerung an ahnungslose Kunden vorgesehenen Fahrzeugen zu verbauen bzw. durch konzernangehörige Hersteller verbauen zu lassen. 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 Fahrzeug-Zulassungsrechts kommt es in diesem Zusammenhang daher nicht an (OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19, WM 2020, 325, Rdnr. 47).

e)

**Die Schadenszufügung erfolgte vorsätzlich und in Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.**

Der von § 826 BGB vorausgesetzte Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement. Es genügt daher nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt. Andererseits setzt § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Vielmehr genügt für den Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Eventualvorsatz. Dabei braucht der Täter nicht im Einzelnen zu wissen, welche 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. Wie stets bei inneren Tatsachen kann sich aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist; von vorsätzlichem Handeln ist auszugehen, wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss. Für den eigens festzustellenden subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt hingegen die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19 –, WM 2020, 325, Rdnr. 50 bei juris; OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 – 20 U 3219/18 –, Rdnr. 48, unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 –, NJW 2017, 250, Rdnr. 25, sowie auf BGH, Urteil vom 13. September 2004, II ZR 276/02, NJW 2004, 3706, Rdnr. 36 bei juris; BGH, Urteil vom 11. September 2012 – VI ZR 92/11, WM 2012, 2195 Rdnr. 31).

Nach diesen Maßstäben ist vorliegend anzunehmen, dass Repräsentanten der Beklagten, deren Verhalten sie sich wie erläutert entsprechend § 31 BGB zurechnen lassen muss, die erwähnten

Entscheidungen in Kenntnis ihrer möglichen Folgen trafen und folglich die Schädigung der Käufer von Fahrzeugen, in deren Motor die manipulative Software zum Einsatz kam, zumindest billigend in Kauf nahmen – und dies in Kenntnis derjenigen oben angeführten Umstände, die die Sittenwidrigkeit dieser Entscheidung begründen. Denn das Handeln zielte in seiner Gesamtheit gerade darauf, dass ahnungslose Käufer die mit den Motoren und ihrer Software ausgestatteten Fahrzeuge der Beklagten oder ihrer konzernangehörigen Gesellschaften und damit ein Produkt erwarben, das sie bei ausreichender Kenntnis der wahren Umstände nicht erworben hätten.

2.

Der von der Beklagten dem Kläger zu ersetzende Schaden umfasst zum einen den für das streitgegenständliche Fahrzeug aufgewandten Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung, Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs, zum anderen die ihm vorgerichtlich entstandenen Kosten schließlich verzugsbedingte sowie deliktische Zinsen.

a)

Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB ist gemäß § 249 BGB auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet. Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses stünde. Besteht der Schaden in dem Abschluss eines ungewollten Vertrages, kann dem – wie hier vom Kläger verlangt – durch Rückabwicklung des ungewollten Vertrages auch gegenüber einem Dritten (OLG München, Urteil vom 20. August 1999 – 14 U 860/98, DAR 1999, 506) Rechnung getragen werden.

b)

Neben der ihn treffenden Verpflichtung zur Herausgabe und der Übereignung des Fahrzeugs als solches, der der Kläger durch den Zug-um-Zug-Vorbehalt in seinem Antrag Rechnung getragen hat, muss er sich im Wege der Vorteilsausgleichung die tatsächlich gezogenen Nutzungen anrechnen lassen.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben dem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren; sind der Ersatzanspruch und der Vorteil nicht gleichartig, muss der Schädiger den Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten. Der Anspruch des Geschädigten ist von vornherein nur mit der Einschränkung begründet, dass er die



erlangten Vorteile herausgeben muss (siehe nur BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – XI ZR 536/14, NJW 2015, 3160, Rdnr. 23 f).

Eine Vorteilsausgleichung kommt allerdings nur in Betracht, wenn sie den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig belastet (ständige Rechtsprechung des BGH, siehe nur Beschluss vom 1. Juni 2010 – VI ZR 346/08, NJW-RR 2010, 1663, Rdnr. 17 bei juris, und Urteil vom 24. März 1959 – VI ZR 90/58, NJW 1959, 1078). Die Mitteilung des Kilometerstandes und die Herausgabe der nach tatsächlich gefahrenen Kilometern, Gesamtlaufzeit des Fahrzeugs und Kaufpreis ermittelten Nutzungen ist dem Kläger aber grundsätzlich nicht unzumutbar. Auch ist die Beklagte als Schädiger durch den Abzug der nach der üblichen Formel errechneten Nutzungsvorteile nicht unbillig begünstigt. Eine unbillige Begünstigung des Schädigers ergibt sich im Allgemeinen nicht, wenn ausschließlich der Wert der gezogenen Nutzungen berücksichtigt wird, nicht hingegen der bei Kraftfahrzeugen überproportionale Wertverlust in den ersten Jahren – diesen hat ebenso wie einen etwaigen (zusätzlichen) erheblichen Minderwert infolge der vom Kläger behaupteten Folgeprobleme durch das Aufspielen des Software-Updates der Schädiger mit (Rück)Erhalt des Fahrzeuges zu tragen.

Soweit in der Literatur (etwa Bruns, NJW 2019, 801/804 f.) diskutiert wird, ob mit der Anrechnung von Vorteilen nicht der Zweck des § 826 BGB jedenfalls dann verfehlt wird, wenn diese den Wegfall des Schadensersatzanspruchs insgesamt zur Folge hat, ist ein solcher Fall hier nicht gegeben. Im Übrigen hat der Anspruch nach § 826 BGB einen Schadensausgleich zur Folge und enthält kein pönales Element (OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2018 – 17 U 146/19, WM 2020, 325 Rdnr. 100 ff).

Etwas anderes lässt sich auch nicht dem Zusammenspiel von § 142 Abs. 2 BGB und § 814 BGB entnehmen. Soweit die Auffassung vertreten wird, aus den vorgenannten Vorschriften folge, dass dem arglistig Täuschenden, der im Zug der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung die erhaltene Leistung herausgeben müsse, der Anspruch auf Rückgewähr seiner Gegenleistung verwehrt ist, trifft dies nicht zu. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (siehe nur BGH, Urteil vom 13. Februar 2008 – VIII ZR 208/07, NJW 2008, 1878, Rdnr. 15 f) ist § 814 BGB nicht anwendbar, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Erfüllung geleistet worden ist, nur von dem Empfänger der Leistung angefochten werden kann und dieser sein Anfechtungsrecht zum Zeitpunkt der Leistung (noch) nicht ausgeübt hat. § 814 BGB setzt voraus, dass der Leistende in dem Zeitpunkt, in dem die Leistung erfolgt ist, dazu nicht verpflichtet war; daran fehlt es auch bei Annahme einer *condictio indebiti*, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Erfüllung geleistet wird, lediglich von dem Empfänger der Leistung angefochten werden kann und dieser sein

Anfechtungsrecht noch nicht ausgeübt hat. § 142 Abs. 2 BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass derjenige, dem ein Anfechtungsrecht zusteht, zwar bis zur Anfechtung zur Leistung verpflichtet ist, aber die Möglichkeit hat, seine Leistungspflicht durch Ausübung des Gestaltungsrechts zu beseitigen. Der Leistende soll nicht kondizieren dürfen, wenn er geleistet hat, obwohl er wusste, dass er sich von seiner Leistungspflicht wegen eines Anfechtungsrechts hätte befreien können. Er würde sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er später das Geleistete wieder zurückverlangen könnte (*venire contra factum proprium*). § 814 BGB ist insofern eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (BGH, Urteil vom 18. Januar 1979 – VII ZR 165/78, BGHZ 73, 202/205 = NJW 1979, 763). Für den Fall einer Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nur durch den Empfänger der Leistung kommt es dagegen auf die subjektiven Voraussetzungen des § 814 BGB, die durch § 142 Abs. 2 BGB modifiziert werden, nicht an. Vielmehr ist bereits der von § 814 BGB objektiv vorausgesetzte Umstand, das Fehlen einer (für den Leistenden uneingeschränkten) Leistungspflicht, nicht gegeben. Deshalb hat schon das Reichsgericht (RGZ 151, 361/376) angenommen, § 814 BGB greife in diesem Fall nicht ein. Das entspricht auch der einhelligen Auffassung im Schrifttum (siehe Nachweise in BGH, Urteil vom 13. Februar 2008 – VIII ZR 208/07, NJW 2008, 1878 Rdnr. 17).

Es lässt sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch kein Rechtssatz des Inhalts entnehmen, dass ein Vorteilsausgleich in Fällen einer sittenwidrigen Schädigung stets ausgeschlossen sei. Der BGH hat in der Vergangenheit in Fällen, in denen eine Inanspruchnahme des Schädigers auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB in Betracht kam, stets – wie bei anderen Anspruchsgrundlagen auch – die Frage der Vorteilsausgleichung nicht allein davon abhängig gemacht, ob das schädigende Ereignis für den Eintritt des Vorteils adäquat kausal geworden ist. Vielmehr muss zusätzlich im Ergebnis einer rechtlichen Wertung die Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadenersatzpflicht entsprechen, den Geschädigten nicht unzumutbar zu belasten und den Schädiger nicht unbillig zu begünstigen (so BGH, Urteil vom 22. Juni 1992 – II ZR 178/90, NJW 1992, 3167/3175, Rdnr. 111 bei juris). Ausdrücklich hat der BGH bei dem Schadensersatzanspruch eines „betrogenen“ Kfz-Käufers aus den §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, 826 BGB ausgeführt, dass sich dieser den Wert der von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen müsse, denn „diesen Vorteil hat er dadurch erlangt, dass er auf Grund des nichtigen Vertrages Besitzer des Wagens wurde und dadurch die Möglichkeit erhielt, ihn zu benutzen“ (BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 – VIII ZR 12/61, NJW 1962, 1909, Rdnr. 5 ff. vgl. auch BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971 – VII ZR 313/69, NJW 1972, 36, Rdnr. 15 m. w. N.).

Auch die teilweise vertretene Auffassung (Bruns, NJW 2019, 801/804 f.; LG Augsburg, Urteile

vom 14. November 2018 – 21 O 4310/16, DAR 2019, 45 Rdnr. 20, und vom 5. Dezember 2018 – 21 O 3267/17, NZV 2019, 147), die Anrechnung führe bei wertender Betrachtung unter dem Gesichtspunkt aufgedrängter Nutzungen und überpflichtgemäßer Anstrengungen zur Schadensminderung zu einer unbilligen Entlastung des vorsätzlich sittenwidrig handelnden Schädigers, teilt der Senat nicht. Danach soll es unbillig sein, dem Käufer eines Diesel-Pkws, der während der Dauer des Rechtsstreits und des Annahmeverzuges schadensmindernd das Fahrzeug weiter benutzt, den Anspruch aufzehrend zu kürzen, denn ihm habe alternativ nur die Möglichkeit zur Verfügung gestanden, das Fahrzeug stillzulegen oder, wenn er etwa als Berufspendler auf ein Fahrzeug angewiesen sei, für ein Ersatzfahrzeug zu sorgen. Die Weiterbenutzung erspare dem Schädiger die hierdurch entstehenden Schadensintensivierungen. Da überpflichtgemäße Anstrengungen des Geschädigten dem Schädiger nicht zugutekommen sollen, brauche der Geschädigte sich die Weiternutzung des Fahrzeugs nicht im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen zu lassen. In der bloßen Weiterbenutzung des Fahrzeuges ohne Einschränkung der tatsächlichen Nutzbarkeit kann jedoch keine überobligatorische Anstrengung des Pkw-Käufers gesehen werden. Hinzu kommt, dass der Kläger – wie im Folgenden aufgezeigt wird – einen Anspruch auf deliktische Zinsen aus dem Kaufpreis hat. Würde man die Anrechnung des Nutzungersatzes versagen und gleichwohl die deliktischen Zinsen zusprechen, käme es zu einer Überkompensation des Klägers.

Der anzurechnende Nutzungsvorteil ist gemäß § 287 ZPO anhand des linearen Wertschwundes, also des anteiligen Verhältnisses des Preises des Fahrzeugerwerbes zur erwartbaren Gesamtleistung des Fahrzeuges einerseits und den gefahrenen Kilometern andererseits, zu schätzen (OLG München, Urteil vom 15. Januar 2020 – 20 U 3219/18; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19, WM 2020, 325). Dabei geht der Senat für das streitgegenständliche Fahrzeug von einer Gesamtleistung von 300.000 km aus. Damit errechnet sich eine vom Kläger zu entrichtende Nutzungsentschädigung in Höhe von 7.282,64 € ( $14.390 \text{ €} : 300.000 \text{ km} \times 151.827 \text{ km}$ ), die von dem Kaufpreis in Höhe von 14.390 € in Abzug zu bringen ist.

Es besteht kein Grund, den so errechneten Nutzungsvorteil im Hinblick auf die unzulässige Abschalteneinrichtung herabzusetzen. Die Berücksichtigung eines mit dem Mangel der Sache verbundenen Minderwerts kommt nur in Betracht, wenn der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich eingeschränkt hat (ebenso OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, ZIP 2019, 863, Rdnr. 125 bei juris). Im vorliegenden Fall war allein die fortdauernde Nutzbarkeit des Pkw aus Rechtsgründen nicht sichergestellt; auf den tatsächlichen Gebrauch hatte dies aber keinerlei Auswirkungen. Jedenfalls hat der Kläger hierzu nichts vorgetragen.

Im Ergebnis verbleibt ein Zahlbetrag von 7.107,36 €.

c)

Der Kläger hat außerdem einen Anspruch auf Zinsen in Höhe von 4 % aus 14.390 € vom 27. Februar 2012 bis zum 7. September 2017 als dem Tag der Klagezustellung, §§ 246, 849 BGB. § 849 BGB erfasst jeden Sachverlust durch ein Delikt. Auch wenn der Schädiger den Geschädigten durch eine unerlaubte Handlung wie beim Betrug oder der Erpressung dazu bestimmt, eine Sache wegzugeben oder darüber zu verfügen, entzieht er sie ihm. Die Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut 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, NJW 2008, 1084, Rdnr. 4 bei juris). Auch dass der Kläger den Kaufpreis freiwillig gezahlt hat, ist vom Anwendungsbereich des § 849 BGB gedeckt. Die „Entziehung einer Sache“ im Sinne des § 849 BGB liegt nämlich auch dann vor, wenn es sich um jegliche Form von Geld handelt, und der Geschädigte durch die unerlaubte Handlung bestimmt wird, dieses wegzugeben (BGH ebd.). Zu verzinsen ist der gesamte gezahlte Kaufpreis ohne Abzug einer Nutzungsentschädigung. § 849 BGB will dem Geschädigten die Beweislast dafür abnehmen, welchen Schaden er durch die Einbuße an Nutzbarkeit der (hingeebenen) Sache erlitten hat, indem er ihm ohne Nachweis eines konkreten Schadens – als pauschalieren Mindestbetrag des Nutzungsentgangs – Schadensersatz in Form von Zinszahlungen zuerkennt (BGH, Urteil vom 24. Februar 1983 – VI ZR 191/81, NJW 1983, 1614, Rdnr. 3 bei juris m. w. N.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19, WM 2020, 325, Rdnr. 113). Der Zweck der Vorschrift liegt darin, den später nicht nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 – II ZR 167/06, NJW 2008, 1084, Rdnr. 6 bei juris). Anknüpfungspunkt für die Verzinsung ist demnach in Fällen entzogener Geldbeträge der zum Zeitpunkt der Schädigungshandlung eintretende Verlust der Nutzbarkeit des Geldbetrages. Dieser Verlust der Nutzbarkeit des zur Bezahlung des Kaufpreises eingesetzten Geldbetrages wird nicht dadurch ausgeglichen, dass der Fahrzeugewerber einen möglicherweise gleichwertigen Pkw erhält. Eine derartige Einschränkung des pauschalieren Ersatzanspruchs findet sich weder im Gesetz noch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung (OLG Karlsruhe ebd., Rdnr. 114). Dem steht entgegen der Auffassung anderer Oberlandesgerichte (vgl. etwa: OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2029 – I- 13 U 149/18 – Rn. 99) auch nicht entgegen, dass der Zinsanspruch nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26.11.2007 – II ZR 167/06 – Rn. 5) mit einem pauschalieren Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer Sache ausgleichen soll, der durch den „späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache“ nicht nachgeholt werden kann. Bei der Nutzung einer Sache, die der Käufer

aufgrund eines durch deliktisches Handeln herbeigeführten ungewollten Vertrages als Gegenleistung für dadurch entzogenes Geld erhaltenen hat, handelt es sich nicht um eine solche, die geeignet wäre, die Nutzung des entzogenen Geldes im Sinne dieser BGH-Rechtsprechung zu kompensieren. Dem Kläger steht auch der geltend gemachte Hauptanspruch auf Schadensersatz unabhängig von der Werthaltigkeit der Gegenleistung zu. Würde man in Widerspruch dazu für den Nebenanspruch aus § 849 BGB auf die Werthaltigkeit der Gegenleistung abstellen, könnte sich dieser im Laufe des Verfahrens ändern, was eine kontinuierliche Antragsanpassung nötig machen würde. Durch das Abkoppeln des Schadens von der tatsächlichen Werthaltigkeit der Gegenleistung und eine abstrakte Pauschalierung soll dies aber gerade vermieden werden (OLG Karlsruhe, ebd. Rdnr. 115). Schließlich würde ein Absehen von der Anwendung des § 849 BGB bei gleichzeitiger Anrechnung einer Nutzungsentschädigung zu einer Privilegierung der Beklagten führen, die angesichts der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nicht gerechtfertigt ist (OLG Karlsruhe ebd. Rdnr. 116).

Ab Rechtshängigkeit hat der Kläger einen Anspruch auf Verzugszinsen gemäß §§ 288, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem um den Nutzungsvorteil reduzierten Kaufpreis.

d)

Schließlich hat die Beklagte dem Kläger auch gemäß §§ 826, 249 BGB die von ihm aufgewandten vorgerichtlichen Anwaltskosten zu ersetzen. Ihrer Berechnung kann allerdings nur ein Gegenstandswert von bis zu 10.000 € zu Grunde gelegt werden. Denn der Gegenstandswert bestimmt sich nach dem Kaufpreis abzüglich der Nutzungsentschädigung zum Zeitpunkt des anwaltlichen Tätigwerdens. Sie ist auf Grundlage des geschätzten Kilometerstands zu ermitteln. Der Kläger hat das Fahrzeug am 27. Februar 2012 übernommen und hat damit bis zum 21. Februar 2020 insgesamt 151.827 km zurückgelegt. Das bedeutet, dass er durchschnittlich 52 km am Tag gefahren ist. Das Fahrzeug hatte danach im Juli 2017 einen geschätzten Kilometerstand von 101.660 km, was einer anzurechnenden Nutzungsentschädigung von rund 4.875 € und folglich einem Zahlbetrag von lediglich 9.515 € entspricht. Bei der aus den von dem Landgericht zutreffend erörterten Gründen (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19, WM 2020, 325, Rdnr. 123 ff) lediglich berechtigten 1,3-Gebühr ergibt dies eine Gebührenforderung in Höhe von 887,03 €.

e)

Der Klageantrag zu 3 ist ebenfalls zulässig und begründet. Das gemäß § 256 ZPO erforderliche

Feststellungsinteresse ergibt sich aus §§ 274 Abs. 2 BGB, 756 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987 – VIII ZR 206/86, WM 1987, 1496). Die Beklagte befindet sich auch gemäß §§ 293, 295 BGB im Annahmeverzug. Mit dem vorprozessualen anwaltlichen Schreiben vom 5. Juli 2017 hat der Kläger ausgeführt, dass er die Rückzahlung der geleisteten Zahlungen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges verlangen könne und die Beklagte zur Zahlung aufgefordert. Die Beklagte verweigert demgegenüber bis heute sowohl die Zahlung als auch die Entgegennahme des Fahrzeuges.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 1 und 2 sowie 711 ZPO. Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zuzulassen, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 39 Abs. 1, 43 und 47 sowie 48 GKG. Sie berücksichtigt zum einen das Interesse der Beklagten an der Abänderung des sie mit 6.575,31 € belastenden landgerichtlichen Urteils; der Feststellung des Annahmeverzuges kommt kein eigenständiger Wert zu (Senat, Urteil vom 13. November 2019 – 4 U 7/19 –, BeckRS 2019, 29148; BGH, Beschluss vom 9. Mai 2017 – XI ZR 484/15, BeckRS 2017, 113352). Zum anderen berücksichtigt sie den Antrag des Klägers auf weitergehende Verurteilung der Beklagten. Sein weiterer Antrag auf Zahlung von Zinsen betrifft eine Nebenforderung im Sinne des § 43 Abs. 1 GKG deshalb, weil ihr Entstehen notwendigerweise von dem Entstehen auch des Anspruchs auf Ersatz des gezahlten Kaufpreises als der Hauptforderung abhängt (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Juni 2013 – III ZR 143/12, NJW 2013, 3100 m. w. N.). Die Änderung des Streitwerts für die I. Instanz beruht auf § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG; sie berücksichtigt die von vornherein um die Nutzungsentschädigung eingeschränkte Antragstellung durch den Kläger.

Dr. Schäfer  
Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

Tournay  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Dr. Skrobotz  
Richter  
am Landgericht

Verkündet am 04.03.2020

Schneider, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt

Dabrunz  
Justizhauptsekretärin