

**Titel:**

**Anspruch auf Schadensersatz bei Erwerb eines vom Abgasskandal betroffenen Dieselfahrzeugs**

**Normenketten:**

BGB § 31, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, § 823 Abs. 2, § 826, § 831 Abs. 1

FZV § 5 Abs. 1

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Zur VW-Abgasskandal-Thematik vgl. grundlegend BGH BeckRS 2020, 10555; vgl. auch OLG Bamberg BeckRS 2020, 33045; sowie die Aufzählung ähnlich gelagerter VW-Diesel-Fälle bei OLG München BeckRS 2020, 25691 (dort Ls. 1); OLG München BeckRS 2020, 27215 (dort Ls. 1); OLG Köln BeckRS 2019, 42328 (dort Ls. 1); OLG Koblenz BeckRS 2020, 14352 (dort Ls. 1), OLG Stuttgart BeckRS 2020, 7002 (dort Ls. 1), OLG Jena BeckRS 2020, 8618 (dort Ls. 1), OLG Oldenburg BeckRS 2020, 6234 (dort Ls. 1) und KG BeckRS 2019, 29883 (dort Ls. 5); mit gegenteiligem Ergebnis noch: OLG München BeckRS 2019, 33738; BeckRS 2019, 33753; OLG Braunschweig BeckRS 2019, 2737. (redaktioneller Leitsatz)

2. Dem Käufer eines vom Diesel-Abgasskandal erfassten Fahrzeugs steht gegen die Herstellerin des Motors ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Erstattung des für den Erwerb des Fahrzeugs tatsächlich aufgewandten Kaufpreises abzüglich Vorteilsausgleich für die Nutzung Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs zu. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

3. Auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung kann jemand dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass er durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, und die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. (Rn. 46) (redaktioneller Leitsatz)

4. Zu typischen Detailfragen aus VW-Dieselfällen hier: Gesamtlauflistung 250.000 km; keine Verzugszinsen, da nicht wirksam in Verzug gesetzt; keine Deliktzinsen; Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten iHv 1,3 Geschäftsgebühr auf Grundlage des vorgerichtlich gerechtfertigten Zahlungsanspruch; kein Annahmeverzug. (Rn. 57, 67, 69, 71 und 75) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, Schadensersatz, EA 189, Dieselmotor, Motorensteuerungssoftware, Manipulation, Abschaltvorrichtung, Sittenwidrigkeit, Nutzungsentschädigung, Deliktzinsen

**Vorinstanz:**

LG Bayreuth, Endurteil vom 25.03.2019 – 41 O 677/18

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH Karlsruhe vom -- – VI ZR 808/20

**Weiterführende Hinweise:**

Revision zugelassen

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 33157

**Tenor**

I. I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts Bayreuth vom 25.03.2019, Az. 41 O 677/18, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs A. mit der Fahrgestellnummer X. an den Kläger 19.592,04 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 08.12.2018 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten seines Rechtsanwalts M. in Höhe von 1.171,67 € freizustellen.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung der Beklagten und die Berufung des Klägers werden zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger 48% und die Beklagte 52%. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 65% und die Beklagte 35%.

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

V. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

1

Der Kläger verlangt Schadensersatz von der Beklagten als Motorenherstellerin nach einem PkwKaufvertrag.

2

1. Der Kläger erwarb im Dezember 2011 einen Neuwagen der Marke A. mit der Fahrgestellnummer X. zum Kaufpreis von 33.830,01 €. Dabei wurde ihm ein Preisnachlass von 5.970,00 € (brutto) gewährt.

3

Der im Fahrzeug eingebaute Dieselmotor der Baureihe EA 189, Schadstoffklasse Euro 5, ist mit einer Motorensteuerungsgerätesoftware ausgestattet, die erkennt, wenn das Fahrzeug auf dem Prüfstand den Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) durchfährt und dann einen besonderen Modus aktiviert (sog. Umschaltlogik). Am 22.09.2015 wurde der sog. Abgasskandal mit der Adhoc-Mitteilung der Beklagten über die manipulierten Dieselmotoren publik, und es wurde in den nationalen und internationalen Medien berichtet. Mitte Oktober 2015 ordnete das KraftfahrtBundesamt (KBA) den Rückruf von 2,4 Millionen Fahrzeugen der Beklagten an und verpflichtete diese, bei allen betroffenen Fahrzeugen mit dem Motor EA 189, Euronorm 5, die aus Sicht des Bundesamtes unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen und nachzuweisen, dass die gesetzlichen Anforderungen erfüllt werden.

4

Mit anwaltlichem Schreiben vom 13.09.2018 (Anlage K 2) machte der Kläger gegenüber der Beklagten Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung geltend und forderte die Beklagte zur Rückzahlung des Kaufpreises einschließlich ihm gewährter Rabatte in Höhe von 39.800,01 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs unter Fristsetzung bis zum 27.09.2018 auf.

5

Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, die Beklagte habe ihn darüber getäuscht, dass das Fahrzeug auf dem Prüfstand eine bestimmte Menge Stickstoff ausstößt, die zu einer EGTypengenehmigung und einer bestimmten Schadstoffklasseneinstufung geführt habe, obwohl das Prüfverfahren mithilfe der Motorensteuerungssoftware manipuliert gewesen sei. Der Kläger hätte den Kaufvertrag in Kenntnis der Manipulation und im Hinblick auf die Gefahr, dass diesem die Zulassung bei Nichtaufspielen der angebotenen Software entzogen würde, nicht abgeschlossen und somit einen wirtschaftlichen Nachteil erlitten. Die Beklagte habe sittenwidrig gehandelt und müsse sich das Verhalten und die Kenntnis ihrer verfassungsmäßigen Vertreter zurechnen lassen. Wegen des betrügerischen und sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten müsse er sich auch keine Gebrauchsvorteile anrechnen lassen, die ihm gewährten Preisnachlässe seien dem von ihm tatsächlich gezahlten Preis hinzuzurechnen.

6

Zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 96.364 Kilometern auf.

7

Der Kläger hat mit der Beklagten am 07.12.2019 zugestellter Klage erstinstanzlich beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs A. mit der Fahrgestellnummer X. an den Kläger 39.800,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.11.2018 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 14.11.2018 mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1 bezeichneten Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten seines Rechtsanwaltes M. in Höhe von 2.193,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basisatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.

## 8

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und dies unter anderem damit begründet, keine Kenntnis von der im übrigen bestrittenen unerlaubten Abschalteneinrichtung gehabt zu haben. Aber selbst bei Annahme eines Mangels hinsichtlich der sogenannten Umschaltproblematik der Motorsoftware sei dieser durch das von ihr angebotene Update in Abstimmung mit den Vorgaben des KBA ohne nachteilige Folgen zu beseitigen.

## 9

Im Übrigen haben die Parteien erstinstanzlich streitig über die Voraussetzungen deliktischer Ansprüche des Klägers verhandelt.

## 10

2. Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 20.790,03 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 08.12.2018 Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Pkw zu bezahlen. Die Beklagte wurde außerdem verurteilt, den Kläger von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.171,67 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 08.12.2018 freizustellen. Im Übrigen hat es die Klage unter einer Kostenaufteilung von 48% zu Lasten des Klägers und 52% zu Lasten der Beklagten abgewiesen.

## 11

Das Landgericht hat einen Anspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB dem Grunde nach bejaht. Der Verkauf des Fahrzeuges stelle ein von der Beklagten gegenüber dem Kläger begangener Betrug dar. Unter Bezugnahme auf den Beschluss des BGH vom 08.01.2019, Az. VIII ZR 225/17, habe der Pkw bei Abschluss des Kaufvertrages und Übergabe an den Kläger einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB aufgewiesen. Die Beklagte sei § 13 StGB als Hersteller des Motors verpflichtet gewesen, den Kläger als Käufer des Fahrzeugs über dessen Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben zu unterrichten, was nicht geschehen sei. Der Kläger habe durch den Erwerb des Fahrzeugs über sein Vermögen verfügt und aufgrund des dem Fahrzeug anhaftenden Mangels einen Schaden erlitten. Nach allgemeiner Lebenserfahrung werde ein redlicher Käufer kein Fahrzeug erwerben, das die gesetzlichen Normen und Vorgaben nicht einhält und dadurch mangelbehaftet ist. Die auf dem Verhalten der Beklagten beruhende Täuschung des Klägers und der hierauf beruhende Irrtum seien für die Vermögensverfügung des Klägers und den ihm dadurch entstandenen Schaden auch ursächlich gewesen. Im Umfang des beim Kläger eingetretenen Schadens sei unmittelbar und stoffgleich die Z. GmbH als Dritte bereichert worden. Die Beklagte habe für das Verhalten ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter gemäß § 31 BGB einzustehen. Die Beklagte habe den Vortrag des Klägers zur Kenntnis und Mitwirkung einzelner Personen aus ihrem Vorstandsbereich nur unzureichend gemäß § 138 Abs. 3 ZPO bestritten. Ihr müssten aufgrund des Zeitablaufs und der intern nachvollziehbaren grundlegenden organisatorischen Eingriffe in den Produktionsablauf in diesem Zusammenhang detaillierte Kenntnisse zum konkreten Geschehensablauf vorliegen, sodass es ihr möglich und zumutbar gewesen sei, diesen vollumfänglich darzulegen, was sie nicht getan habe.

## 12

Der dem Kläger zustehende Schadensersatz sei durch Erstattung des vom Kläger gezahlten Kaufpreises gegen Herausgabe des Fahrzeugs und Anrechnung von Wertersatz für gezogene Nutzungen

herbeizuführen. Der hier zu berücksichtigende Wert des Gebrauchsvorteils in Höhe von 13.039,98 € sei auf Grundlage einer auf 250.000 km geschätzten Gesamtleistung vorzunehmen. Der gemäß § 256 ZPO zulässige Feststellungsantrag sei mangels Annahmeverzugs gemäß § 294 ff. BGB nicht begründet. Da der Kläger nur bereit gewesen sei, dass Fahrzeug gegen Erstattung des gesamten Kaufpreises ohne Berücksichtigung erlangter Gebrauchsvorteile zurückzugeben, habe kein ausreichendes Angebot im Sinne der §§ 294, 295 BGB vorgelegen. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten seien in Höhe von 1.171,67 € erstattungsfähig, errechnet unter Ansatz einer 1,3 Geschäftsgebühr aus dem Gegenstandswert in Höhe von 20.790,03 €.

### 13

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Endurteil Bezug genommen.

### 14

3. Mit ihren Berufungen verfolgen der Kläger und die Beklagte im Ergebnis ihre erstinstanzlichen Anträge weiter.

### 15

Der Kläger ist der Auffassung, das Landgericht habe fälschlich nur den von ihm gezahlten Kaufpreis ohne Berücksichtigung der ihm gewährten Preisnachlässe in Höhe von 5.970,00 € zugrunde gelegt. Außerdem habe es zu Unrecht Gebrauchsvorteile in Anrechnung gebracht und sei dabei auch nicht von einer richtigerweise anzunehmenden Laufleistung von mindestens 300.000 Kilometern sondern lediglich von 250.000 Kilometern ausgegangen. Schließlich macht er im Wege der Klageerweiterung noch Deliktzinsen gemäß §§ 849, 246 BGB in Höhe von 5% seit dem 19.12.2011 geltend.

### 16

Der Kläger vertritt weiter die Ansicht, das Erstgericht habe zu Unrecht auch den Verzug der Beklagten verneint. Die Ablehnung der Beklagten auf sein Schreiben vom 13.09.2018 sei als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung seitens der Beklagten im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu werten, sodass sie sich seit 14.11.2018 in Verzug befinde. Außerdem habe das Gericht bzgl. der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten rechtsfehlerhaft nur eine 1,3 Gebühr statt richtigerweise eine hier angemessene 1,8 Gebühr angesetzt.

### 17

Der Kläger beantragt zuletzt,

1. Unter Abänderung des am 25.03.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Bayreuth, Az. 41 O 677/18, die Beklagte zu verurteilen, Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges A. mit der Fahrgestellnummer X. weitere 19.009,98 Euro nebst 5% Zinsen seit dem 19.12.2011 an den Kläger zu bezahlen.
2. Unter Abänderung des am 25.03.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Bayreuth, Az. 41 O 677/18, die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den weiteren außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten seines Rechtsanwalts M. in Höhe von 1.021,98 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.
3. Unter Abänderung des am 25.03.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Bayreuth, Az. 41 O 677/18, festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 14.11.2018 mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1 bezeichneten Fahrzeuges im Annahmeverzug befindet.

### 18

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

### 19

Sie verteidigt unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags das erstinstanzliche Urteil, soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat, und verfolgt mit ihrer eigenen Berufung ihren erstinstanzlichen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

**20**

Sie ist der Auffassung, das Landgericht habe aufgrund fehlerhafter Rechtsanwendung einen Schadensersatzanspruch des Klägers gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB zu Unrecht angenommen und im Übrigen seien auch keine weiteren deliktsrechtlichen Ansprüche gemäß §§ 826, 831 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB gegeben.

**21**

Das Erstgericht sei fehlerhaft von einer Täuschung durch Unterlassen ausgegangen. Die Gebrauchtwagenspreise zeigten, dass die Kaufentscheidung eines durchschnittlichen Käufers nicht durch das Bekanntwerden der Software negativ beeinflusst werde. Zu Unrecht sei daher sowohl ein Irrtum, eine Täuschung als auch eine irrumsbedingte Vermögensverfügung angenommen worden. Im Übrigen sei dem Kläger kein Vermögensschaden entstanden. Nach Aufspielen der vom KBA bestätigten Software entspreche das Fahrzeug allen Vorschriften und durch die technischen Maßnahmen würden keine negativen Auswirkungen ausgelöst. Das Landgericht habe den unter Gegenbeweis gestellten Vortrag der Beklagten übergangen. Bei der gegenständlichen Software handle es sich nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Außerdem sei der subjektive Tatbestand des Betrugs nicht erfüllt. Es habe keine Kenntnis bei den verfassungsmäßigen Vertretern bestanden. Das Gericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO und Art. 103 Abs. 1 GG missachtet, dass die Beklagte die entsprechenden Behauptungen des Klägers auf der Basis der Ergebnisse einer aufwändigen internen Ermittlung substantiiert bestritten habe. Das Landgericht habe zu Unrecht die Grundsätze der sekundären Beweislast angewendet. Weiterer Vortrag sei ihr unzumutbar gewesen.

**22**

Hinsichtlich der Klageerweiterung vertritt die Beklagte die Auffassung, dass § 849 BGB nach Sinn und Zweck nicht einschlägig sei. Im Falle des Teilobsiegen des Klägers, müssten die erfolglos geltend gemachten Deliktzinsen auch bei der Kostenquote gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO mitberücksichtigt werden.

**23**

Die Beklagte beantragt,

das am 25. März 2019 verkündete Urteil des Landgerichts Bayreuth, Az. 41 O 677/18, teilweise abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

**24**

Der Kläger beantragt,

Die Berufung der Beklagten wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

**25**

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien die aktuelle Fahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit 105.217 Kilometern unstreitig gestellt.

**26**

Wegen des weiteren Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird Bezug genommen auf die Berufungsbegründungen, die Berufungserwiderungen und die weiteren im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze, jeweils mit Anlagen.

**27**

Die gemäß § 511 ZPO statthafte und auch im Übrigen gemäß §§ 513, 517, 519, 520 ZPO zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist nur in geringem Umfang begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 31 BGB zu, in dessen Rahmen er die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen kann. Die Berufung der Beklagten hat daher in der Hauptsache nur insoweit Erfolg, als sich aufgrund der erhöhten Fahrleistung des Fahrzeugs die auf den Kaufpreis anzurechnende Nutzungsentschädigung erhöht hat.

**28**

Die gemäß § 511 ZPO statthafte und auch im Übrigen gemäß §§ 513, 517, 519, 520 ZPO zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist einschließlich der Klageerweiterung erfolglos. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht für den dem Kläger zustehenden Schadensersatzanspruch auf den von ihm tatsächlich gezahlten Kaufpreis ohne Berücksichtigung des ihm

gewährten Preisnachlasses abgestellt und zutreffend einen Nutzungsersatzanspruch der Beklagten im Rahmen der Vorteilsausgleichung unter Zugrundelegung einer Gesamtleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 250.000 km berücksichtigt. Gleichfalls zu Recht hat es einen Annahmeverzug der Beklagten verneint und hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nur eine 1,3 Geschäftsgebühr angesetzt.

## **29**

1. Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB auf Rückzahlung des für den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs tatsächlich aufgewandten Kaufpreises von 33.830,01 € abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die vom Kläger ab Erwerb am 19.12.2011 bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs zu. Unter Berücksichtigung der gezogenen Nutzungen ergibt sich für den Kläger noch ein Zahlungsanspruch in Höhe von 19.592,04 €.

## **30**

Gemäß § 826 BGB ist schadensersatzpflichtig, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt.

## **31**

a) Mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit manipulierter Motorensteuerung handelte die Beklagte sittenwidrig.

## **32**

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch die 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 zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (vgl. BGH, Urteil v. 19.11.2013, Az. VI ZR 336/12). Dabei kann sich die Verwerflichkeit auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (vgl. BGH, Urteil v. 28.06.2016, Az. VI ZR 536/15).

## **33**

Gemessen hieran ist das Handeln der Beklagten sittenwidrig. Der Senat schließt sich der Auffassung des 5. Zivilsenats des OLG Bamberg in dessen Entscheidung zu einer in den wesentlichen Gesichtspunkten vergleichbaren Fallkonstellation uneingeschränkt an, dass die Beklagte den Kläger unter den hier gegebenen Umständen darüber getäuscht hat, dass der von ihr in den Verkehr gebrachte Motor und damit das mit diesem Motor bestückte Fahrzeug die für die Zulassung zum Betrieb im Straßenverkehr erforderlichen Genehmigungen ordnungsgemäß erlangt hat und die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind. Tatsächlich wurde die zum Betrieb im öffentlichen Straßenverkehr erforderliche EG-Typengenehmigung durch Täuschung des zuständigen Kraftfahrtbundesamtes in Bezug auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Abgaswerte im Stickoxidbereich nur durch Manipulation des Prüfergebnisses erreicht, ohne dass die gesetzlich geforderten Zulassungsvoraussetzungen vorlagen (vgl. OLG Bamberg, Urteil v. 17.03.2020, Az. 5 U 154/19).

## **34**

Bei der von der Beklagten verwendeten Motorensteuerungsgerätesoftware handelte es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, Beschluss v. 08.01.2019, Az. VIII ZR 225/17). Die betroffenen Fahrzeuge waren daher in diesem technischen Zustand nicht zulassungsfähig, was zu einer Untersagung des Betriebes des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen hätte führen können (vgl. BGH, a.a.O.).

## **35**

Die Beklagte hat potentielle Erwerber von mit Motoren des Typs EA 189 ausgestatteten Fahrzeugen und damit auch den Kläger hinsichtlich der Mangelfreiheit entsprechender Fahrzeuge getäuscht. In dem Umstand, dass die Beklagte Motoren des Typs EA 189 sowohl in von ihr selbst hergestellten Fahrzeuge eingebaut als auch zum Konzern gehörenden Herstellern zum Einbau in zur Weiterveräußerung bestimmte Fahrzeuge überlassen hat, ist die konkludente Erklärung zu sehen, dass die so ausgerüsteten Fahrzeuge

entsprechend ihrem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden können und über eine Betriebserlaubnis verfügen, deren Fortbestand nicht auf Grund (versteckter) konstruktiver Eigenschaften der Fahrzeugmotoren gefährdet ist (vgl. OLG München, Urteil v. 15.10.2019, Az. 24 U 797/19; OLG Naumburg, Urteil v. 27.09.2019, Az. 7 U 24/19; OLG Koblenz, Urteil v. 12.06.2019, 5 U 1318/18; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 05.03.2019, Az. 13 U 142/18 OLG Köln, Beschluss v. 16.07.2018, Az. 27 U 10/18; OLG Köln, Beschluss v. 29.11.2018, Az. 18 U 70/18). Dass diese Erklärung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, ergibt sich ohne weiteres daraus, dass die zuständige Zulassungsbehörde nach § 5 Abs. 1 FZV in Fällen, in denen sich ein Fahrzeug als nicht vorschriftsmäßig nach der Fahrzeug-Zulassungsverordnung erweist, dem Eigentümer oder Halter eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen kann (vgl. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil v. 14.02.2020, Az. 2 U 128/19). Diese Form der systematischen Täuschung des Rechtsgeschäftsverkehrs und damit der Endkunden über die Betriebseigenschaften des Motors der betreffenden Fahrzeuge und die Bestimmung der Endkunden zum Abschluss von durch sie so nicht angestrebten Fahrzeugkäufen stellt zur Überzeugung des Senats ein sittenwidriges Handeln der Beklagten dar.

### **36**

b) Der Einbau der manipulierten Software und die damit einhergehende Schädigung der Käufer erfolgten auch vorsätzlich.

### **37**

Schädigungsvorsatz im Sinne des § 826 BGB erfordert das Bewusstsein, dass das Handeln die ernstliche Möglichkeit des schädigenden Erfolges haben werde. Der Vorsatz braucht sich zwar nicht auf den genauen Kausalverlauf und den Umfang des Schadens zu erstrecken, muss jedoch die gesamten Schadensfolgen sowie Richtung und Art des Schadens umfassen. Es genügt, dass der Ersatzpflichtige den entstandenen Schaden zumindest bedingt vorsätzlich zugefügt hat (BGH, Urteil v. 11.11.2003, Az. VI ZR 371/02). 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 (BGH, Urteil v. 19.07.2004, Az. II ZR 402/02).

### **38**

Diese Voraussetzungen liegen hier vor, auch wenn nicht feststeht, welche Personen für die Beklagte gehandelt haben. Für diejenigen, die bei der Beklagten entschieden haben, die Software einzusetzen, lag es auf der Hand, dass die Abschaltvorrichtung nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c) VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig, sondern dass sie verboten war. Die vorgeschriebene Emissionsprüfung wäre vollständig ihres Sinns beraubt, wenn Fahrzeuge in einem Zustand getestet werden dürften, der im normalen Fahrbetrieb nie eintritt. Folglich lag ebenso auf der Hand, dass die so ausgerüsteten Fahrzeuge nicht zulassungsfähig waren, ihnen die Stilllegung drohte und die Käufer der Fahrzeuge dadurch einen erheblichen Schaden erleiden könnten.

### **39**

c) Der erforderliche, aber auch ausreichende bedingte Vorsatz war auch bei verfassungsmäßig berufenen Vertretern der Beklagten vorhanden, deren Kenntnisse sich die Beklagte nach § 31 BGB zurechnen zu lassen hat. Der Kläger hat ein Handeln oder zumindest eine Kenntnis des Vorstandes oder einzelner Mitglieder des Vorstandes von der Entwicklung und dem Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung schlüssig und damit beachtlich vorgetragen. An die Substantiierungslast der darlegungspflichtigen Parteien dürfen in diesem Zusammenhang keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Es ist zu berücksichtigen, dass den Erwerbern eines Fahrzeugs mit einem derartigen Motor zum Erkenntnisgewinn regelmäßig allein öffentlich zugängliche Quellen zum Sachvortrag zur Verfügung stehen, weil sie über die internen Vorgänge der Herstellerin des Fahrzeuges und auch der Herstellerin des Motors keine Kenntnis haben können (vgl. KG, Urteil v. 26.09.2019, Az.: 4 U 51/19.; OLG Karlsruhe, Urteil v. 18.07.2019, Az. 17 U 160/18 OLG Köln, Beschluss v. 01.03.2019, Az.: 16 U 146/18). Spiegelbildlich dazu setzt die Annahme einer sekundären Darlegungslast beim Anspruchsgegner voraus, dass die nähere Darlegung der Geschehnisse für den Anspruchsteller nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. BGH, Urteil v. 03.06.2014, Az. VI ZR 394/13 BGH, Urteil v. 10.12.2013, Az. VI ZR 534/12). Der Umfang der erforderlichen

Darlegung richtet sich daher danach, was der zunächst darlegungs- und beweispflichtigen Partei möglich und zumutbar ist und anschließend danach, was dem Prozessgegner im Hinblick auf den Vortrag dieser Partei zumutbar und möglich ist (vgl. BGH, Urteil v. 15.08.2019, Az. III ZR 205/17 BGH, Urteil v. 01.03.2016, Az. VI ZR 34/15 BGH, Urteil v. 10.02.2015, Az. VI ZR 343/13 BGH, Urteil v. 14.06.2005, Az. VI ZR 179/04 BGH, Urteil v. 15.05.2003, Az.: III ZR 7/02 jeweils m.w.N.).

#### 40

Hat die darlegungs- und beweispflichtige Partei keinen Einblick in die Geschehensabläufe und ist ihr die Darlegungs- und Beweislast deshalb erschwert, kann sie auch nur vermutete Tatsachen behaupten und unter Beweis stellen. Unbeachtlich wird ihr Vortrag unter solchen Umständen erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen des Sachverhalts willkürlich und rechtsmissbräuchlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt (vgl. BGH, Urteil v. 15.05.2003, Az. III ZR 7/02 BGH, Urteil v. 11.04.2000, Az. X ZR 19/98). Zulässig sind Behauptungen einer nur vermuteten Tatsache hingegen dann, wenn greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes bestehen. Diese können sich auch aus unstreitigen oder unter Beweis gestellten Indizien ergeben (vgl. BGH, Urteil v. 20.06.2002, Az. IX ZR 177/19).

#### 41

Im vorliegenden Fall stellen die vom Kläger aufgestellten Behauptungen in Bezug auf die Kenntnis und Billigung des Vorgehens der gesetzlichen Organe der Beklagten im Zusammenhang mit der Verwendung der Manipulationssoftware keine Behauptungen ins Blaue hinein dar. Es bestehen greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen des behaupteten Kennens und Handelns des Vorstandes oder zumindest der für diesen Bereich zuständigen Mitglieder in Bezug auf die Verwendung der Abschaltvorrichtung. Es handelte sich um einen Vorgang, der für die Beklagte von erheblicher tatsächlicher und wirtschaftlicher Bedeutung ist. Schon zum Zeitpunkt des Ingangsetzens dieser Tätigkeiten war den Mitarbeitern der Beklagten bekannt, dass es im Falle des Entdeckens dieser Manipulationen und der damit erschlichenen Zulassung des Motors für den allgemeinen Betrieb erhebliche wirtschaftlich negative Auswirkungen auf die Beklagte und auf deren Image im Geschäftsverkehr haben würde, wie dies letztlich auch der Fall war. Es liegt daher nahe, dass die maßgeblichen Vertreter der Beklagten (Vorstand) den derartigen massiven und dauerhaften Einsatz von Manipulationssoftware kannten und diesen billigten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass, wie aus Funk, Presse und anderen Medien bekannt ist, diesbezüglich entsprechende Verträge mit anderen Firmen in Millionenhöhe in Bezug auf den Kauf und die Entwicklung der Software und der dabei verwendeten Hardwareteile erforderlich waren. Es erscheint undenkbar, dass eine derart bedeutsame, die Konzernstrategie als solche prägende Vorgehensweise in alleiniger Verantwortung untergeordneter Mitarbeiter der Entwicklungsabteilung ohne Kenntnis und Billigung des Vorstandes oder zumindest des für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten zuständigen Vorstandsmitglieds in Gang gesetzt worden sein soll.

#### 42

Zu diesem Vortrag des Klägers, die Vorstandsebene der Beklagten habe Kenntnis von den Vorgängen gehabt, ist der hier vorliegende Vortrag der Beklagten für ein prozesswirksames Bestreiten nicht ausreichend. Die Beklagte führt hierzu lediglich aus, dass der Vorstand keine Kenntnis über die maßgeblichen Umstände zu dem maßgeblichen Zeitpunkt gehabt habe. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um den Vortrag der Klägerseite in Bezug auf die Kenntnisse der maßgebenden Personen zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Motors berücksichtigungsfähig zu bestreiten. Die Beklagte trägt nicht ausreichend substantiiert vor, wer im Betrieb und in der Betriebsorganisation der Beklagten zu welchem Zeitpunkt bzgl. der Entwicklung und des Einbaus der Manipulationssoftware Kenntnis hatte und die entsprechenden Anordnungen getroffen hat. Sie hätte der ihr obliegenden Darlegungslast genügt, wenn sie bezogen auf die Entwicklung und Implementierung der streitgegenständlichen Motorsteuerungssoftware zu ihrer Unternehmensstruktur, den hierdurch bedingten Entscheidungsabläufen und den in die jeweiligen Entscheidungsprozesse eingebundenen Personen substantiiert vorgetragen hätte. Zum einen fehlt es jedoch an konkretem Vortrag zu der Art und Weise der Ermittlungen sowie zu den konkreten Ergebnissen. Zum anderen schließt dieser Vortrag nicht aus, dass sonstige verfassungsmäßig berufene Vertreter, die zwar nicht dem Vorstand der Beklagten angehörten, die allerdings auf Grund der Zuweisung bedeutsamer Funktionen innerhalb des Unternehmens der Beklagten als sonstige Repräsentanten anzusehen sind, in die hier maßgeblichen Vorgänge involviert waren.

#### 43

Dabei obliegt es dem Bestreitenden im Rahmen der sekundären Darlegungslast auch zumutbare Nachforschungen zu unternehmen (vgl. BGH, Urteil v. 13.06.2012, Az. I ZR 87/11). Im vorliegenden Fall ist es der Beklagten, die insoweit problemlos Zugang zu den erforderlichen Unterlagen im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Vorgängen hat und die entsprechend ihre Angestellten bzw. Vorstandsmitglieder befragen kann, möglich und zumutbar, nähere Angaben über die zu ihrem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu machen. Im Übrigen ist gerichtsbekannt, dass die Beklagte schon seit mehreren Jahren in der Öffentlichkeit behauptet, eine oder mehrere renommierte, international tätige Anwaltskanzleien mit der Aufklärung der internen Vorgänge im Zusammenhang mit dem „Dieselskandal“ beauftragt zu haben. Es ist daher der Beklagten zumutbar, substantiiert darzulegen, wer, wann und zu welchen Gelegenheiten Kenntnis von dem Einsatz der Manipulationssoftware erlangt hat und wer deren Einsatz angeordnet und/oder zumindest billigend getragen hat. Dass die internen Ermittlungen bei der Beklagten bis heute keine Erkenntnisse gebracht haben, die es ihr ermöglichen, nachvollziehbar darzulegen, wer auf welcher Arbeitsebene welche Entscheidungen in Bezug auf die Entwicklung und Einsatzbedingungen der Abschaltvorrichtung getroffen haben, widerspricht jeglicher Lebenserfahrung. Die Beklagte hat diesbezüglich auch keine nachvollziehbaren Erklärungen abgegeben. Die klägerische Behauptung, dass zumindest einige der Vorstandsmitglieder der Beklagten, welche die entsprechende Entscheidungsgewalt innehatten, davon Kenntnis hatten, dass die Manipulationssoftware für den streitgegenständlichen Motor entwickelt und eingesetzt wurde, um dessen Zulassung für den Allgemeinbetrieb zu erlangen, ist nach alledem weder „ins Blaue hinein“ aufgestellt noch rechtsmissbräuchlich.

#### 44

Da die Beklagte der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen ist und damit ein wirksames Bestreiten durch sie ausscheidet, gilt der Vortrag des Klägers dahingehend, dass es sich bei den für die bewusste Täuschungshandlung verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten um verfassungsmäßig berufene Vertreter i. S. des § 31 BGB gehandelt hat, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vgl. auch Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil v. 14.02.2020, Az. 2 U 128/19; OLG Dresden, Urteil v. 07.04.2020, Az. 9a U 2423/19 OLG Köln, Urteil v. 24.03.2020, Az. 4 U 235/19, mit zahlreichen Nachweisen aus der obergerichtlichen Rechtsprechung für die vorliegende Fallkonstellation; grundlegend zu § 138 Abs. 3 ZPO bei sekundärer Darlegungslast vgl. BGH, Urteil v. 17.01.2008, Az. III ZR 239/06 BGH, Urteil v. 20.10.2005, Az. IX ZR 276/02 BGH, Urteil v. 08.01.2014, Az. I ZR 169/12).

#### 45

d) Die der Beklagten somit zurechenbare vorsätzlich sittenwidrige Handlung ist ursächlich für einen Vermögensschaden, den der Kläger erlitten hat, und zwar in Form der Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit.

#### 46

Ein Schaden ist nicht nur dann gegeben, wenn sich bei dem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, ein rechnerisches Minus ergibt. Auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung kann jemand dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass er durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, und die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist (vgl. BGH, Urteil v. 21.12.2004, Az. VI ZR 306/03).

#### 47

So liegt der Fall hier. Der vom Kläger erworbene Wagen entsprach nicht den Zulassungsvorschriften und hätte an sich nicht zugelassen werden dürfen. Es bestand die Gefahr, dass es stillgelegt wird und nicht genutzt werden darf. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die schädigende Handlung für den Abschluss des Kaufvertrages kausal war. Denn ein verständiger Käufer wird kein Kraftfahrzeug erwerben, das der realen Gefahr einer Stilllegung unterliegt (vgl. OLG Köln, Urteil v. 24.03.2020, Az. 4 U 235/19) und bei dem im maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem überhaupt beseitigt werden kann (vgl. OLG Koblenz, Urteil v. 12.06.2019, Az. 5 U 1318/18). Unter Zugrundelegung dieses Schadensverständnisses ist es auch nicht entscheidend, ob es sich um den Ersterwerb eines Fahrzeugs oder den Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs gehandelt hat, da sich die

Zulassungsproblematik in beiden Fällen in gleicher Weise stellt und dies der Beklagten als Fahrzeugherstellerin bewusst sein musste.

#### **48**

Die Argumentation der Beklagten, es habe zum Zeitpunkt des Kaufs keine Diskussion über Stickoxidwerte gegeben und es dürfe nicht rückblickend unterstellt werden, dass sich der Kläger für Stickoxidwerte interessiert hätte, übersieht, dass dies kein maßgebliches Kriterium ist. Der an die Beklagte gerichtete Vorwurf ist, Autos verkauft zu haben, die nicht den Zulassungsvorschriften entsprochen haben. Darüber ist in der Tat nicht diskutiert worden, weil das unzulässige Vorgehen der Beklagten nicht bekannt war. Es ist aber der Haftung aus § 826 BGB immanent, dass der Haftende seine vorsätzlich sittenwidrige Handlung nicht vorab offenlegt.

#### **49**

Der Ursächlichkeit steht auch nicht entgegen, dass der Kläger das Fahrzeug nicht direkt von der Beklagten gekauft hat; eine vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem ist nicht erforderlich (vgl. OLG München, Urteil v. 15.01.2020, Az. 20 U 3247/18; OLG Köln, Urteil v. 24.03.2020, Az. 4 U 235/19).

#### **50**

e) Dem Kläger ist durch die Eingehung des Kaufvertrags ein Schaden in Höhe des tatsächlich gezahlten Kaufpreises von 33.830,01 € entstanden, auf den er sich allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung gezogene Nutzung durch Fahrleistung in Höhe von 14.237,97 € anrechnen lassen muss.

#### **51**

aa) Durch den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat der Kläger einen Schaden erlitten, der bereits in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen ist.

#### **52**

Als Schaden im Sinne von § 826 BGB stellt sich jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung dar (vgl. BGH, Urteil v. 19.07.2004, Az. II ZR 402/02 Urteil v. 28.10.2014, Az. VI ZR 15/14). Deshalb kann auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensschaden gegeben sein, wenn der Betroffene durch das inkriminierte Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht abgeschlossen hätte. In diesem Fall muss sich der Betroffene von der Belastung mit der ungewollten Verpflichtung wieder befreien können. Die ungewollte vertragliche Verpflichtung stellt in diesem Fall einen gemäß § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar (vgl. OLG Dresden, Urteil v. 07.04.2020, Az. 9a U 2423/19 OLG Celle, Urteil v. 22.01.2020, Az. 7 U 445/18).

#### **53**

Nach diesen Grundsätzen hat der Kläger einen Schaden in Form eines ungewollten Vertragsabschlusses erlitten. Erforderlich ist hierfür zwar, dass der abgeschlossene Vertrag nicht den berechtigten Erwartungen des Betroffenen entsprach und zudem die erhaltene Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (vgl. BGH, Urteil v. 28.10.2014, Az. VI ZR 15/14). Diese Voraussetzungen waren hier aber im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses gegeben. Der Erwerb eines Fahrzeugs mit einem Sachmangel (in Form der unzulässigen Abschalteneinrichtung) entspricht nicht den Erwartungen eines Käufers, der von der Mangelfreiheit des erworbenen Wagens ausgeht. Wegen dieses Mangels war das Fahrzeug schon bei seiner Übergabe in seiner Nutzbarkeit eingeschränkt. Denn infolge der unzulässigen Abschalteneinrichtung war, wie oben unter Verweis auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 08.01.2019, Az. VIII ZR 225/17, ausgeführt, der ungestörte Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr, mithin der Hauptzweck des Kaufvertrages, bei Vertragsabschluss und Übergabe des Fahrzeugs nicht gewährleistet, sondern unmittelbar gefährdet (vgl. KG, Urteil v. 26.09.2019, Az. 4 U 51/17; OLG Karlsruhe, Urteil v. 06.11.2019, Az. 13 U 12/19).

#### **54**

Ob der Kläger darüber hinaus weitere Erwartungen (z.B. Umweltfreundlichkeit) an das Fahrzeug hatte oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Maßgeblich ist, dass der Kläger ein für die Nutzung im Straßenverkehr bestimmtes Fahrzeug erworben hat, das hinsichtlich der Frage der Typengenehmigung und der Betriebszulassung und deren zukünftigen Bestehens mit erheblichen, von der Beklagten vorsätzlich herbeigeführten rechtlichen Unsicherheiten belegt war. Der Kläger ist daher im Wege der Naturalrestitution

(§ 249 Abs. 1 BGB) durch Rückgängigmachung des Kaufes so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er den Kauf nicht getätigt hätte. Er kann daher den Ersatz des gezahlten Kaufpreises gegen Herausgabe und Übereignung des Erlangten, insbesondere des Fahrzeuges, verlangen (vgl. hierzu auch OLG Koblenz, Urteil v. 12.06.2019, Az. 5 U 1318/18.; KG, Urteil v. 26.09.2019, Az. 4 U 51/17; OLG Bamberg, Urteil v. 17.03.2020, Az. 5 U 154/19).

## 55

bb) Der bei dem Kläger eingetretene Schaden in Form eines ungewollten Vertragsabschlusses ist nicht nachträglich durch die Installation des von dem Kraftfahrtbundesamt freigegebenen Software-Updates entfallen. Dadurch ist zwar die Gefahr der Betriebsuntersagung beseitigt worden, was hier aber nicht maßgeblich ist. Denn für die Beurteilung der Frage, ob ein Schaden eingetreten ist, kommt es vorliegend allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages an (vgl. OLG Dresden, Urteil v. 05.03.2020, Az. 10a U 1834/19; OLG Saarbrücken, Urteil v. 14.02.2020, Az. 2 U 128/19). Zu diesem Zeitpunkt war der Schadenseintritt bereits erfolgt. Das im X.-Konzern entwickelte und vom Kraftfahrtbundesamt genehmigte Software-Update muss deshalb, unabhängig davon, ob der Kläger dies bereits aufgespielt hat oder nicht, unberücksichtigt bleiben, zumal in dem Aufspielenlassen des Software-Updates kein Verzicht auf Schadensersatzansprüche gesehen werden kann. Denn mit dem Aufspielen der Software geht es dem Käufer ersichtlich nicht darum, der Beklagten eine nachträgliche Schadensbeseitigung zu ermöglichen, sondern lediglich einer möglichen Betriebsuntersagung durch die Zulassungsbehörde zu entgehen (vgl. auch KG, Urteil v. 26.09.2019, Az. 4 U 51/17 OLG Naumburg, Urteil v. 12.12.2019, Az. 12 U 91/19. Der Hinweis der Beklagten auf den Vorrang der Nacherfüllung geht fehl, weil das Deliktsrecht im Unterschied zum Vertragsrecht kein Nacherfüllungsrecht des Schuldners kennt. Unerheblich ist deshalb auch, ob dem Fahrzeug nach Vornahme des Updates ein Minderwert zukommt, nachdem sich der Kläger berechtigterweise für die Rückabwicklung des Kaufvertrages entschieden hat (vgl. KG Berlin, Urteil v. 26.09.2019, Az. 4 U 51/17).

## 56

cc) Im Rahmen der Feststellung des dem Kläger konkret zustehenden Schadensersatzanspruchs aufgrund der deliktischen Haftung der Beklagten ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht von dem zunächst in der Rechnung angegebenen Betrag in Höhe von 39.800,01 €, sondern von dem klägerseits tatsächlich gezahlten Kaufpreis in Höhe von 33.830,01 € auszugehen. Denn anders als bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen wird bei deliktischen Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 826, 249 ff BGB nur auf das negative Interesse (Vertrauensschaden) gehaftet, d. h. der Gläubiger ist wirtschaftlich so zu stellen, wie er ohne das schadensstiftende Ereignis stehen würde, d.h. hier, wenn er den Fahrzeugkauf nicht getätigt hätte (vgl. BGH, Urteil v. 28.10.2014, Az. VI ZR 15/14 m.w.N.). Denn der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB hat allein einen Schadensausgleich und nicht zugleich eine bewusste Bereicherung des Geschädigten zur Rechtsfolge. Da der Kläger mit dem vorliegenden Vertrag aufgrund der ihm im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss gleichzeitig gewährten Rabatte tatsächlich nur einen Kaufpreis in Höhe von 33.830,01 € gezahlt hat, kann er auch nur diesen von der Beklagten gegen Herausgabe und Übereignung des Erlangten (hier des Fahrzeugs) verlangen. Folglich ist auch nur dieser Betrag im Rahmen der weiter vorzunehmenden Schadensberechnung zunächst anzusetzen.

## 57

dd) Im Wege des Vorteilsausgleichs hat sich der Kläger allerdings die monetarisierte Nutzung des Fahrzeugs seit dessen Kauf anrechnen zu lassen. Dies führt auch nicht zu einer unbilligen Entlastung der sittenwidrig handelnden Beklagten. Der Senat legt dabei in Übereinstimmung mit der erstrichterlichen Entscheidung eine zu erwartende Gesamtfahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 250.000 km zugrunde.

## 58

(1) Ebenso wenig wie der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB eine bewusste Bereicherung des Geschädigten zur Rechtsfolge hat, dient der Schadensausgleich nach § 826 BGB nicht dazu, das Verhalten des Schädigers darüber hinaus zu sanktionieren. Der von dem Kläger gezogene Nutzungsvorteil ist auch keiner, der ohne den Schadensfall bei ihm verblieben wäre. Denn der Kläger hätte auch unabhängig von dem Schadensfall ein Fahrzeug genutzt. Mit der Anrechnung einer Nutzungsentschädigung geht es allein darum, die dem Kläger zugeflossenen Nutzungsvorteile im Sinne des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots anspruchsmindernd zu berücksichtigen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v.

05.03.2019, 13 U 142/18; OLG Koblenz, Urteil v. 12.06.2019, Az. 5 U 1318/18; KG Berlin, Urteil v. 26.09.2019, Az. 4 U 517/19).

## 59

Die Bestrafung und Abschreckung eines Schädigers sind mögliche Ziele des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, nicht aber des Zivilrechts (vgl. OLG Dresden, Urteil v. 07.04.2020, Az. 9a U 2423/19 m.w.N.). Die Anwendung der Grundsätze des Vorteilsausgleichs führt deshalb nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers. Es ist nicht Aufgabe des Schadensrechts, das Verhalten des Schädigers in einer über die faktische Rückabwicklung des Vertrages hinausgehenden Weise zu sanktionieren. Der von dem Kläger gezogene Nutzungsvorteil ist keiner, der ihm ohne das schädigende Ereignis verblieben wäre. Denn es ist mangels anders lautenden Sachvortrags zu unterstellen, dass der Kläger auch ohne das schädigende Ereignis ein anderes Fahrzeug gefahren und es dafür vorher gekauft hätte. Hierfür hätte er die daraus resultierenden Nutzungsvorteile für sich in Anspruch genommen. In diesem Punkt steht er daher durch das Verhalten der Beklagten nicht schlechter dar. Die Nutzungen wurden dem Kläger auch nicht „aufgedrängt“. Die Nutzungen des Fahrzeuges erfolgten vielmehr freiwillig. Er hat das Fahrzeug auch ohne jegliche Einschränkungen in seinem Nutzwert gefahren (vgl. OLG Koblenz, Urteil v. 12.06.2019, Az. 5 U 1318/18; KG, Urteil v. 26.09.2019, Az. 4 U 517/19).

## 60

(2) Die Beklagte wird durch den Vorteilsausgleich auch nicht unangemessen entlastet. Sie enthält das vom Kläger abgenutzte und damit erheblich im Wert gegenüber dem Zeitpunkt des Kaufes geminderte Fahrzeug übereignet. Eine Verzögerung der Rückabwicklung durch den geführten Rechtsstreit kann der Beklagten nicht angelastet werden. Es muss jeder Partei möglich sein, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, wenn sie eine andere Rechtsauffassung als die klagende Partei hat. Zudem besteht für einen Anspruchsteller grundsätzlich die Möglichkeit, von dem Zeitpunkt an, zu dem er Kenntnis von den seinen Anspruch begründenden Tatsachen erhält, die Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeuges einzustellen, sofern nicht besondere, eine Ausnahme rechtfertigende Umstände dargelegt werden. Wenn jemand trotzdem und während des laufenden Rechtsstreits das Fahrzeug weiterhin benutzt, entspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass er die ihm dadurch entstandenen und in Anspruch genommenen Vorteile ausgleichen muss.

## 61

(3) Die Berechnung des anzurechnenden Nutzungsvorteils erfolgt wie in den vergleichbaren Fällen der vertraglichen Rückabwicklung nach der gebräuchlichen Formel der zeitanteilig linearen Wertminderung, die auf den tatsächlichen Gebrauch im Vergleich zur voraussichtlichen Gesamtleistung des Fahrzeugs abstellt (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage, Rn. 3562).

## 62

Die zu erwartende Gesamtleistung des Fahrzeuges schätzt der Senat gemäß § 287 BGB in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf 250.000 km. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Motoren und Fahrzeuge der Beklagten eine überdurchschnittliche Qualität haben. Es ist jedoch auch zu beachten, dass Fahrzeuge, die eine Laufleistung von mehr als 250.000 km haben, auf dem Markt nahezu keinen wirtschaftlichen Verkehrswert mehr haben. Die Höhe des Vorteilsausgleichs errechnet sich dabei nach der Formel „Bruttokaufpreis multipliziert mit gefahrenen Kilometern dividiert durch erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt“.

## 63

Der Kläger ist bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat 105.217 km mit dem Fahrzeug gefahren. Dies ergibt einen auszugleichenden Gebrauchsvorteil in Höhe von 14.237,97 €, der von dem zu erstattenden Kaufpreis in Abzug zu bringen ist. Ebenso ist im Wege des Vorteilsausgleichs der Kläger verpflichtet, das Fahrzeug an die Beklagte zu übergeben und zu übereignen.

## 64

Insgesamt besteht daher ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 19.592,04 € Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeuges.

## 65

2. Ob darüber hinaus Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bestehen, kann dahingestellt bleiben. Diese

Anspruchsgrundlagen ergäben, selbst wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sein sollten, keinen höheren Schadensersatzanspruch als der Anspruch aus § 826 BGB. Auch bei diesen Ansprüchen gelten die oben dargelegten Erwägungen zur Schadensberechnung.

**66**

3. Der Kläger kann lediglich Prozesszinsen gemäß §§ 291, 288 BGB ab dem 08.12.2018 verlangen.

**67**

a) Ein Anspruch auf Zinsen nach §§ 286, 288 BGB besteht nicht, da die Beklagte vor der Klageerhebung nicht wirksam in Verzug gesetzt wurde.

**68**

Der Kläger hat im vorgerichtlichen Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 13.09.2018 (Anlage K 2) nicht die Zahlung des von ihm tatsächlich entrichteten Kaufpreises in Höhe von 33.830,01 €, sondern den zunächst in der Rechnung ausgewiesenen, ohne Berücksichtigung der ihm zugleich gewährten Rabatte dargestellten Betrag in Höhe von 39.800,01 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs und damit bereits einen deutlich höheren, als ihm zustehenden Betrag gefordert und dies darüber hinaus ohne dabei die gezogenen Nutzungen zu verrechnen oder den aktuellen Kilometerstand anzugeben. Die Forderung eines zu hohen Betrages ist nur dann eine wirksame Mahnung, wenn der Schuldner die Erklärung des Gläubigers nach den Umständen des Falls als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss und der Gläubiger zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistungen bereit ist (vgl. BGH, Urteil v. 05.10.2005, Az. X ZR 276/02). Weiter ist Voraussetzung für den Verzug, dass der Schuldner den geschuldeten Betrag zuverlässig ermitteln kann (vgl. grundlegend BGH, Urteil v. 09.11.2000, Az. VII ZR 82/99). Im vorliegenden Fall wusste die Beklagte schon nicht, in welcher Höhe ein Nutzungsvorteil auszugleichen ist, da die zurückgelegte Laufleistung nicht mitgeteilt wurde. Es liegt daher eine erhebliche Zuvielforderung durch den Kläger vor, sodass eine wirksame Mahnung im Sinne des § 286 BGB in dem vorgenannten Schreiben nicht zu sehen ist. Hierdurch konnte daher keine Verzugswirkung begründet werden.

**69**

b) Entgegen der Ansicht des Klägers steht ihm auch nach § 849 BGB kein weitergehender Zinsanspruch zu.

**70**

Nach § 849 BGB ist ein Betrag nur dann ab Zahlung zu verzinsen, wenn wegen der Schädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist. Dabei ist anerkannt, dass auch Geld als Sache im Sinn der Norm anzusehen sein kann, wenn die Entziehung darin besteht, dass Geldscheine unterschlagen oder der Inhaber deliktisch zur Überlassung des Geldes zu Investitionszwecken oder zur sonstigen Weggabe ohne Gegenleistung bewegt wird. Der BGH sieht den Anwendungsbereich des § 849 BGB nur dann eröffnet, wenn - insbesondere aus europarechtlichen Erwägungen zum Kartellrecht - die Vorschrift auf deliktische Ansprüche wegen dem Kartellrecht zuwider laufender Quoten und Absprachen entsprechend angewendet wird. Die in der Rechtsprechung anerkannten Fallkonstellationen betreffen danach allein solche Fälle, in denen ein Geldbetrag dem Geschädigten ersatzlos entzogen wurde. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Im vorliegenden Fall hat der Kläger für den Geldbetrag ein Fahrzeug erhalten, das er ohne jegliche Beeinträchtigungen - entsprechend seiner Vorstellungen beim Kauf und damit bei der Übergabe des Kaufpreises - bestimmungsgemäß bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung benutzen konnte und auch benutzt hat. § 849 BGB ist daher weder direkt noch analog anwendbar, da eine planwidrige Regelungslücke durch den Gesetzgeber nicht erkennbar ist. Ein allgemeiner Rechtssatz, dass ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung vom Zeitpunkt der Entstehung an mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen ist, ist dem deutschen Schadensersatzrecht fremd. § 849 BGB ist daher eine bewusste Ausnahmeregelung, die der Gesetzgeber für bestimmte Fälle vorgesehen hat. Hier liegen die Voraussetzungen nicht vor (vgl. auch KG Berlin, Urteil v. 26.09.2019, Az. 4 U 517/19 OLG Koblenz, Urteil v. 16.09.2019, Az. 12 U 61/19; OLG Koblenz, Urteil v. 12.06.2019, Az. 5 U 1318/18; OLG Karlsruhe, Urteil v. 06.11.2019, Az. 13 U 37/19 und 13 U 12/19; OLG Karlsruhe, Urteil v. 06.11.2019, 13 U 37/19).

**71**

4. Der Kläger hat außerdem gemäß §§ 826, 249 BGB nur Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten auf Grundlage eines vorgerichtlich gerechtfertigten Zahlungsanspruch von 20.790,03 € unter Berücksichtigung einer 1,3 Geschäftsgebühr.

## 72

Der Senat hält die durch den Kläger begehrte Erhöhung auf eine 1,8 Geschäftsführer für nicht gerechtfertigt und setzt für die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG die Mittelgebühr von 1,3 an. Nach § 14 RVG bemisst sich die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit. Es kann im Rahmen der Gesamtwürdigung auch maßgeblich berücksichtigt werden, wenn eine durch die Parallelität der Sachverhalte bedingte ganz erhebliche Verringerung des zeitlichen Aufwands für das konkrete Mandat vorliegt (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer, 24. Aufl. 2019, RVG § 14 Rn. 10, 10a). Zwar mag die Tätigkeit für sich betrachtet überdurchschnittlich umfangreich und schwer gewesen sein, entscheidend ist aber, dass die Kanzlei der Klägervertreter gerichtsbekannt eine große Anzahl von Geschädigten des Abgasskandals vertritt, so dass sich die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die große Zahl der Mandate und die damit einhergehende Standardisierung der Sachbehandlung relativiert.

## 73

Bei einem Gebührenstreitwert von 20.790,03 Euro und einer 1,3 Geschäftsgebühr inkl. Auslagenpauschale von 20,00 Euro gem. Nr. 7002 VV RVG sowie der Umsatzsteuer i.H.v. 19% gem. Nr. 7008 VV RVG ergibt sich ein erstattungsfähiger Gebührenanspruch in Höhe von 1.171,67 Euro.

## 74

Hinsichtlich des Anspruchs auf Freistellung besteht jedoch keine Verzinsungspflicht gemäß den §§ 288 Abs. 1 Satz 1, 291 Satz 1 BGB. Es sind nur Geldschulden zu verzinsen, zu denen ein Freistellungsanspruch nicht gehört (vgl. BGH, Urteil v. 12.10.2017, Az. IX ZR 267/16; OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 20.12.2018, Az. 8 U 53/17; OLG Hamm, Teilurteil v. 19.01.2012, Az. 24 U 32/11; OLG Stuttgart, Urteil v. 04.10.2010, Az. 5 U 60/10; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 288, Rn. 6).

## 75

5. Der Antrag auf Feststellung eines spätestens seit dem 14.11.2018 bestehenden Annahmeverzugs der Beklagten ist nicht begründet.

## 76

Der Annahmeverzug tritt ein, wenn der Gläubiger die ihm in gesetzmäßiger Weise angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen wird. Ein solches wörtliches Angebot kann spätestens in einer auf Zugum-Zug-Leistung gerichteten Klage liegen (vgl. BGH, Urteil v. 15.11.1996, Az. V ZR 292/95).

## 77

Die Klagepartei hat mit Schreiben vom 13.09.2018 (Anlage K 2) die Herausgabe des Fahrzeugs Zug um Zug gegen die Zahlung des auf der Rechnung zunächst ausgewiesenen Betrages in Höhe von 39.800,01 € angeboten. Dieses Angebot entspricht nicht der tatsächlich geschuldeten Leistung, denn die Beklagte hat ausgehend vom tatsächlich gezahlten Kaufpreis in Höhe von 33.830,01 € auch nur den Betrag zu zahlen, der sich nach Abzug einer angemessenen Nutzungsentschädigung ergibt. Annahmeverzug tritt - von geringfügigen Zuvielforderungen abgesehen - nicht ein, wenn das Angebot an überhöhte Forderungen geknüpft ist (BGH, Urteil vom 20. Juli 2005, Az. VIII ZR 275/04; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 14.02.2020, Az. 2 U 128/19; OLG München, Urteil vom 06. April 2020, Az. 21 U 3039/19). Es genügt daher nicht, nur das Angebot abzugeben, die empfangene Leistung zurückgeben zu wollen. Vielmehr muss auch die Herausgabe gezogenen Nutzung bzw. Wertersatz mit angeboten werden (vgl. KG Berlin, Urteil v. 12.11.2019, Az. 4 U 9/19; OLG Frankfurt, Urteil v. 27.04.2016, Az. 23 U 50/15). Die überhöhte Forderung, welche der Kläger geltend gemacht hat, um das Fahrzeug an die Beklagte zu übergeben und zu übereignen, führt dazu, dass die Beklagte nicht verpflichtet ist, dieses Angebot anzunehmen. Dementsprechend hat der Kläger keinen Anspruch auf Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Fahrzeuges seit dem 14.11.2018 in Verzug befindet.

II.

## 78

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

## 79

Bei der hier vorgenommenen Kostenverteilung war auch das Unterliegen der Klägerseite mit den geltend gemachten Deliktzinsen in Ansatz zu bringen. Auch wenn die Zinsforderung sich als Nebenforderung

grundsätzlich (§ 4 Abs. 1 Hs. 2 ZPO, § 43 GKG) nicht streitwerterhöhend ausgewirkt hat, ist dem diesbezüglichen klägerischen Unterliegen angesichts der Tatsache, dass die Zinsen beziffert mit ca. 16.200 € ca. 40% der Höhe der Hauptforderung ausmachen, bei der Kostenverteilung Rechnung zu tragen (vgl. dazu BGH, Urteil v. 04.06.1992, Az. IX ZR 149/91; Urteil v. 28.04.1988, Az. IX ZR 127/87; MüKo-ZPO/Schulz, 5. Aufl., § 92 Rn. 4; ZöllerHerget, ZPO, 33. Aufl., § 92 Rn. 3, 11 m.w.N.).

## **80**

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

III.

## **81**

Die Revision ist zuzulassen, da die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Die Streitfragen, die hier entscheidungserheblich sind, sind in einer Vielzahl gleichgelagerter Rechtsstreite im ganzen Bundesgebiet zu entscheiden. Es gibt auch hinsichtlich der einzelnen entscheidungserheblichen Rechtsfragen unterschiedliche Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs hierzu liegt nicht vor.