

9 U 133/19

10 O 83/18 LG Lübeck

Verkündet am 11.03.2020

107

als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



1. Instanzprotokoll: 12.4.20

2. Berufungsprotokoll: 12.5.20

...

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Wietbrok, Eißendorfer Pferdeweg 36, 21075 Hamburg, Gz.: VW-38/18-FW

gegen

Volkswagen AG,

vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Herbert Diess,
Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

...

...

hat der 9. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch die Vorsitzende
Richterin am Oberlandesgericht ... lie Richterin am Amtsgericht ... und
den Richter am Oberlandesgericht ... auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. Januar
2020 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Einzelrichters der 10. Zivilkammer des Landgerichts Lübeck vom 7. Juni 2019, Az. 10 O 83/18, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 13.416,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 28. April 2018 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Zinsen in Höhe von 4 % aus 35.984,76 € ab dem 13. Dezember 2014 bis zum 27. April 2018 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.474,89 € freizustellen.

Es wird festgestellt, dass die Klage hinsichtlich der Zahlung eines Betrags von 13.500,00 € Zug um Zug gegen Übereignung des Pkw Tiguan Sport Style 4Motion BM Techn. 2,0 L TDI, FIN WVGZZZ~~!~~ und der Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorgenannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet, erledigt ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 25 % und die Beklagte 75 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch die Gegenseite durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte als Fahrzeugherstellerin aus Anlass des Erwerbs eines VW Tiguan auf Schadensersatz in Anspruch.

Mit Kaufvertrag vom 12. Dezember 2014 erwarb der Kläger direkt von der Beklagten ein Neufahrzeug der Marke VW, Typ Tiguan Sport & Style 4Motion BM Techn. 2.0 L TDI, mit der Fahrgestellnummer WVGZZZ und einer Laufleistung von null Kilometern zu einem Kaufpreis von 35.984,76 €.

In dem Fahrzeug ist ein Dieselmotor der Baureihe EA 189 der Schadstoffklasse Euro 5 verbaut. Zum Zeitpunkt des Erwerbs war dieser Motor mit einer Motorsteuerungssoftware ausgestattet, die einen NOx-optimierten Betriebsmodus (Modus 1) enthielt, der sich nur beim Durchfahren des Neuen Europäischen Fahrzyklusses auf dem Prüfstand aktivierte. Im normalen Fahrbetrieb war hingegen durchgehend der Betriebsmodus O aktiviert, welcher eine geringere Abgasrückführungsrate und einen höheren Ausstoß an Stickoxid als auf dem Prüfstand aufwies.

Mit Datum vom 22. September 2015 veröffentlichte die Beklagte eine Ad-hoc-Mitteilung, derzufolge nach internen Prüfungen weltweit rund 11 Millionen Fahrzeuge mit Dieselmotoren des Typs EA 189 Auffälligkeiten in Bezug auf den Stickoxidausstoß aufwiesen. Das Kraftfahrtbundesamt erblickte in der vorbeschriebenen Software eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der VO (EG) Nr. 715/2007 und ordnete am 15. Oktober 2015 den Rückruf von 2,4 Millionen VW-Fahrzeugen an, um diese in einen verordnungskonformen Zustand versetzen zu lassen. Es erteilte einem von der Beklagten nachfolgend entwickelten Software-Update, nach dessen Installation Fahrzeuge mit dem Motor EA 189 auch im Straßenverkehr in einem angepassten Modus mit erhöhter Abgasrückführung betrieben werden, die Freigabe.

Der Kläger ließ dieses Software-Update nach Aufforderung an seinem Fahrzeug durchführen. Mit Schreiben seines nunmehrigen Prozessbevollmächtigten vom 13. April 2018 forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung zum 27. April 2018 erfolglos zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs auf. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Lübeck am 23. Mai 2019 wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 60.004 km auf. Der Kläger hat das Fahrzeug am 14. August 2019 für 13.500,00 € verkauft.

Der Kläger hat sich der Musterfeststellungsklage gegen die Beklagte vor dem Oberlandesgericht Braunschweig nicht angeschlossen.

Der Kläger hat behauptet, dass er das Fahrzeug in Kenntnis einer mangelnden Zulassungsfähigkeit aufgrund einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht erworben hätte.

Er hat die Auffassung vertreten, die Beklagte hafte ihm insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung auf Schadensersatz gerichtet auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Nutzungsentschädigung sei nicht zu leisten. Im Weiteren könne er gemäß §§ 849, 246 BGB Zinsen in Höhe von 4 % auf den Kaufpreis bis zum Eintritt des Verzuges beanspruchen.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 35.984,76 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12. Dezember 2014 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung des Pkw Tiguan Sport Style 4Motion BM Techn. 2,0 L TDI, FIN WGGZZZF
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klagantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet;
3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.434,74 € freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat insbesondere geltend gemacht, dass nach ihrem Ermittlungsstand keine Erkenntnisse dafür vorlägen, dass Vorstandsmitglieder an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen seien oder davon Kenntnis gehabt hätten. Bei der eingesetzten Software handele es sich nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der VO (EG) Nr. 715/2007, sondern um eine zulässige innermotorische Maßnahme. Das klägerische Fahrzeug sei stets technisch sicher und uneingeschränkt fahrbereit gewesen; auch habe es über alle notwendigen Genehmigungen verfügt.

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten und des weiteren Parteivortrags in erster Instanz wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung einschließlich dort enthaltener Verweisungen

und Bezugnahmen verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass es für einen Schadensersatzanspruch, so insbesondere einen solchen nach § 826 BGB, an der substantiierten Darlegung eines Vermögensschadens aufgrund des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs fehle. Der Kläger habe keine konkreten Nutzungsbeeinträchtigungen in Bezug auf sein Fahrzeug vor oder nach der durchgeführten Nachrüstung vorgetragen.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der dieser unter Wiederholung und Vertiefung erstinstanzlichen Vorbringens sein auf Zahlung von Schadensersatz gerichtetes Klagebegehren weiterverfolgt. Er rügt insbesondere, dass das Landgericht verkannt habe, dass ihm durch den Abschluss des Kaufvertrages über das abgasmanipulierte Fahrzeug ein Schaden entstanden sei, der bereits im Abschluss des Kaufvertrages liege.

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die Berufungsbegründung vom 17. September 2019 (Bl. 359 bis 426 d.A.), den Schriftsatz vom 18. September 2019 (Bl. 478 bis 481 d.A.), den Schriftsatz vom 6. Januar 2020 (Bl. 707 bis 724 d.A.), den Schriftsatz vom 7. Januar 2020 (Bl. 751 d.A.) und den Schriftsatz vom 20. Januar 2020 (Bl. 779 d.A.) verwiesen.

Der Kläger hat zunächst beantragt,

1. die Beklagtenpartei zu verurteilen, der Klägerpartei 35.984,76 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12.12.2014 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung des Pkw Tiguan Sport & Style 4Motion BM Techn. 2,0 L TDI, FIN WVGZZZ'
2. festzustellen, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet;
3. die Beklagtenpartei zu verurteilen, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.434,74 € freizustellen.

Er beantragt nunmehr,

1. die Beklagtenpartei zu verurteilen, der Klägerpartei 35.984,76 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12.12.2014 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Zahlung von 13.500,00 €;
2. die Beklagtenpartei zu verurteilen, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.434,74 € freizustellen.

Im Übrigen erklärt der Kläger den Rechtsstreit für erledigt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

und widerspricht der Erledigungserklärung.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. Ihr Vorbringen in zweiter Instanz ergibt sich aus der Berufungserwiderung vom 29. November 2019 (Bl. 530 bis 634 d.A), dem Schriftsatz vom 2. Januar 2020 (Bl. 677 bis 688 d.A.) und dem Schriftsatz vom 27. Januar 2020 (Bl. 792 bis 796 d.A.).

II.

Die zulässige, so insbesondere fristgerecht eingelegte und fristgerecht begründete Berufung hat nur teilweise Erfolg.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch gemäß § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB auf Zahlung von 13.416,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 28. April 2018 sowie auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.474,89 € (dazu unten 1.) und aus § 849 BGB auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 4 % aus einem Betrag von 35.984,76 € ab dem 13. Dezember 2014 bis zum 27. April 2018 (dazu unten

2.). Hinsichtlich der Zahlung eines Betrages von 13.500,00 € Zug um Zug gegen Übereignung des Pkw Tiguan Sport Style 4Motion BM Techn. 2,0 L TDI, FIN WVGZZZ! und der Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorgenannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde, ist durch den Weiterverkauf des Fahrzeugs Erledigung eingetreten (dazu unten 3.).

1. Nach § 826 BGB ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt.

Die Beklagte hat durch das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs dem Kläger einen Schaden zugefügt; dieser wurde durch die Entwicklung und die Installation des Software-Updates nicht beseitigt (dazu unten a. und b.). Sie hat sittenwidrig gehandelt (dazu unten c.). Bei der Beklagten liegen auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung gemäß § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB vor (dazu unten d.). Der dem Kläger entstandene Schaden wird vom Schutzzweck des § 826 BGB gedeckt (dazu unten e.).

a.) Schädigungshandlung ist das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch die Beklagte. Mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs bringt der Hersteller konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden darf. Dies heißt insbesondere, dass es über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist.

Die Beklagte hat unter Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vom 20. Juni 2007, in deren Anwendungsbereich auch das Fahrzeug des Klägers fällt (Art. 2 Abs. 1, Art. 10 VO 715/2007/EG), ein mangelhaftes Fahrzeug in den Verkehr gebracht. Sie ist dem Vortrag des Klägers, dass das Fahrzeug bei Erstzulassung beim Betrieb im Straßenverkehr nicht die gesetzlichen Grenzwerte für den Stickoxid-Ausstoß einhielt, nicht substantiiert entgegengetreten. Dies aber ist von ihr als Entwicklerin und Herstellerin des Fahrzeugs zu fordern. Das Fahrzeug war unstreitig mit einer Software zur Motorsteuerung ausgestattet, die erkannte, wenn das Fahrzeug auf dem Prüfstand den Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) durchfuhr. Die Motorsteuerung schaltete dann in den Betriebsmodus 1, in dem es zu einer Erhöhung der Abgasrückführungsquote kam mit der Folge einer Reduzierung der Stickoxid-Emissionen. In dem für den Betrieb im Straßenverkehr vorgesehenen Betriebsmodus 0 erfolgten aufgrund der gegenüber dem Betriebsmodus 1 reduzierten Abgasrückführungsquote höhere Stickoxid-Emissionen als im Prüfstand.

Die Beklagte selbst spricht von einem „NOx- optimierten Modus 1“ und einem „partikeloptimierten Modus 0“.

Der Senat folgt nicht der Auffassung der Beklagten, dass für die Einhaltung der Emissionsgrenzwerte zur Erlangung der EG-Typgenehmigung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben nur der synthetische Fahrzyklus unter Laborbedingungen maßgeblich sei, dass es keine die Einhaltung der Emissionsgrenzwerte im normalen Straßenbetrieb regelnde gesetzliche Vorgabe gebe und dass die Emissionswerte im normalen Straßenbetrieb typischerweise bei jedem Fahrzeug höher seien als die Immissionen unter Laborbedingungen. Entscheidend ist, dass die Testläufe auf dem Prüfstand zur Erlangung der EG-Typgenehmigung mit einer verbesserten Stickoxidwerte generierenden Motoreinstellung erfolgten, die für den tatsächlichen Betrieb im Straßenverkehr gar nicht vorgesehen war.

Bereits mit Rücksicht auf die daraus folgende Rechtsunsicherheit für die Typgenehmigung und eine zumindest drohende Betriebseinschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV ist darin ein gravierender Mangel der entsprechend ausgestatteten Fahrzeuge zu sehen. Dies gilt unabhängig davon, ob bereits eine – hier aber durch Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 14. Oktober 2015 an den Fahrzeughersteller bereits erteilte – Umrüstungsanordnung ergangen ist, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde bereits eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 Absatz 1 FZV ausgesprochen hat oder eine solche (zunächst) unterblieben ist. Die den Käufer an der gewöhnlichen Verwendung hindernde Beschaffenheit läge nicht erst in der behördlich verfügten Untersagung des Betriebs, sondern bereits in der durch die unzulässige Abschaltvorrichtung hervorgerufenen Möglichkeit eines entsprechenden behördlichen Eingreifens (vgl. BGH, Beschluss vom 08. Januar 2019 – VIII ZR/17, WM 2019, 467 Rn. 20 ff).

b.) Durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs unter Verschweigen der unzulässigen Abschaltvorrichtung ist dem Kläger ein Schaden entstanden, der bereits im Abschluss des Kaufvertrags liegt.

aa.) § 826 BGB knüpft nicht an die Verletzung bestimmter Rechte und Rechtsgüter an. Schaden im Sinne der genannten Vorschrift ist daher nicht nur jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, sondern darüber hinaus jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02, NJW 2004, 2971 Rn. 41; Urteil vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14, NJW-RR 2015, 275 Rn. 19).

Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es damit nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger aufgrund der unzulässigen Abschalteneinrichtung einen geringeren Marktwert hatte oder ob die unzulässige Abschalteneinrichtung einen Sachmangel darstellt. Der Schaden des Klägers liegt in der Belastung mit einem ungewollten Kaufvertrag und nicht erst in dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteilen.

Es ist die selbstverständliche Erwartung eines jeden Käufers eines Kraftfahrzeugs, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typgenehmigung nicht nur formal vorliegt, sondern auch, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei Erteilung nicht vorgelegen haben. Dieser berechtigten Erwartung entsprach das streitgegenständliche Fahrzeug aufgrund der unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht.

bb.) Das Inverkehrbringen des Fahrzeugs unter Verschweigen der unzulässigen Abschalteneinrichtung war auch kausal für den Kaufvertragsabschluss.

Für den Kausalzusammenhang zwischen der konkludenten Täuschung über Eigenschaften des Kaufgegenstands und einem ungewollten Vertragsschluss ist es ausreichend, wenn der Käufer durch das Erklärungsverhalten des Schädigers zum Kaufvertragsschluss veranlasst wird, weil er das Vorliegen der konkludent miterklärten, tatsächlich aber nicht bestehenden Tatsache als selbstverständlich voraussetzt, ohne darüber zu reflektieren. Erforderlich ist allein, dass auf Seiten des Käufers keine Kenntnis vom Nichtvorliegen der betreffenden Tatsache besteht und der Entschluss zum Kaufvertrag auf dieser Unkenntnis beruht. Für die Annahme des darüber hinaus zu fordernden Kausalzusammenhangs zwischen Irrtum und der auf Abschluss des Kaufvertrages gerichteten Willenserklärung genügt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für den Fall der sittenwidrigen Vertragserschleichung, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die EntschlieÙung hat (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 1995 – V ZR 34/94, NJW 1995, 2361 Rn. 17).

Wie zuvor ausgeführt, ist es die selbstverständliche Erwartung eines jeden Käufers eines Kraftfahrzeugs, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung der EG-Typgenehmigung droht und der Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr ungefährdet ist. Der Kläger hat dargetan, dass (auch) er in Kenntnis einer mangelnden Zulassungsfähigkeit aufgrund einer unzulässigen Abschalteneinrichtung den Fahrzeugkauf nicht getätigt hätte. Fehl geht daher der Einwand der Beklagten, der Kläger habe keinen einzigen schlüssigen Anhaltspunkt dafür vorgetragen, dass er das Fahrzeug nicht erworben hätte, wenn er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der

Software und deren Funktionsweise Kenntnis gehabt hätte.

Es entspricht im Weiteren der Lebenserfahrung, dass Kraftfahrzeugkäufer, die das Fahrzeug grundsätzlich zum Betrieb im öffentlichen Straßenverkehr erwerben, von einem Kauf absehen, wenn aufgrund der Fahrzeugeigenschaften Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohen. Der dagegen gerichtete Einwand der Beklagten, für das Fahrzeug habe (jederzeit) eine wirksame EG-Typgenehmigung vorgelegen, greift zu kurz. Gegenständlich ist nicht das formale Vorliegen einer EG-Typgenehmigung, sondern die selbstverständliche Erwartung als wesentliches Element des Kaufentschlusses, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei Erteilung nicht vorgelegen haben.

cc.) Der Schaden des Klägers ist durch die Entwicklung des Software-Updates und dessen Durchführung am klägerischen Fahrzeug nicht entfallen.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Schaden eingetreten ist, kommt es allein auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses an. Der Schaden entfällt nicht durch die - nach Vertragsschluss durchgeführte - Installation des von der Beklagten zur Erfüllung der vom Kraftfahrt-Bundesamt angeordneten Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung entwickelten Software-Updates, weil dadurch die ungewollte Belastung mit einer Verbindlichkeit nicht entfällt. Das Update ist insoweit nicht zu berücksichtigen und rechtlich lediglich als Angebot zur Verhinderung weiterer Nachteile zu bewerten (OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – I-13 U 149/18, NJW-RR 2019, 1428 Rn. 52 m.w.N.).

c.) Die Beklagte hat insoweit sittenwidrig gehandelt.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (BGH, Urteil vom 09. Juli 2004 - II ZR 217/03, NJW 2004, 2668 Rn. 49 bei juris; Urteil vom 4. Juni 2013 - VI ZR 288/12, NJW-RR 2013, 1448 Rn. 14; Urteil vom 15. Oktober 2013 - VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380 Rn. 8; Urteil vom 20. November 2012 - VI ZR 268/11, NJW-RR 2013, 550 Rn. 25; Urteil vom 19. November 2013 - VI ZR 336/12, NJW 2014, 383 Rn. 9). 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 (BGH, Urteil vom 19. Oktober 1987 - II ZR 9/87, BGHZ 102, 68 Rn. 21 bei juris; Urteil vom 9. Juli 2004 - II ZR 217/03, a.a.O.; Urteil vom 15. Oktober 2013 - VI ZR 124/12, a.a.O.; Urteil vom 19. November 2013 - VI ZR 336/12, a.a.O.).

Bei Anlegung dieses Maßstabes fällt der Beklagten ein sittenwidriges Verhalten zur Last. Sie hat bei der Entwicklung und dem Einsatz der Abgasregulierungssoftware bewusst gegen gesetzliche Vorschriften, so insbesondere Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vom 20. Juni 2007, in deren Anwendungsbereich auch das Fahrzeug des Klägers fällt (Art. 2 Abs. 1, Art. 10 VO 715/2007/EG), verstoßen und bewusst ein mangelhaftes Fahrzeug in den Verkehr gebracht.

Die Verwendung der gesetzlich unzulässigen Abschaltvorrichtung stellt sich als verwerfliches Verhalten und nicht nur als schlichter Gesetzesverstoß dar.

Die Beklagte hat zielgerichtet eine gesetzlich unzulässige Abschaltvorrichtung entwickelt, damit Fahrzeuge mit Motoren der Baureihe EA 189 die gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte für Stickoxide auf dem Prüfstand einhalten und eine Typgenehmigung erteilt wird.

Die Beklagte hat dabei ausgenutzt, dass für Außenstehende und insbesondere die Käufer die Verwendung der Abschaltvorrichtung in keiner Weise erkennbar war und sie damit von einem sehr geringen Entdeckungsrisiko ausgehen konnte. Sie hat einen, bedingt durch die geringe Entdeckungsgefahr, besonders hohen Schaden bewusst in Kauf genommen. Dieser besondere Schaden hat sich auch verwirklicht. Ausweislich der Ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 22. September 2015 sind weltweit rund elf Millionen Fahrzeuge mit Dieselmotoren des Typs EA 189 und damit elf Millionen Kunden betroffen, wobei Gebrauchtwagenkäufer noch unberücksichtigt sind.

Die von ihr zuvor selbst mit hervorgerufene Erwartungshaltung dieser unzähligen Käufer hat die Beklagte durch das Inverkehrbringen der mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeuge in besonders krassem Maße enttäuscht. Der Käufer eines Kraftfahrzeugs eines bereits Jahrzehnte erfolgreich am Markt tätigen Herstellers hat die - für die Beklagte als Hersteller auch erkennbare - Erwartungshaltung, ein nicht nur technisch einwandfreies und ausgereiftes, sondern auch den gesetzlichen Vorgaben entsprechendes Fahrzeug zu kaufen. Schon durch das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs bringt der Hersteller konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug einer derartigen Beschaffenheit entspricht. Alle Kunden konnten zu Recht erwarten, dass der Motor ihres Fahrzeugs im Prüfstand genauso arbeitet wie im Echtbetrieb. Für den Kunden, der das Fahrzeug im Straßenverkehr nutzen möchte, ist nicht von Bedeutung, welche optimierten Abläufe ausschließlich auf dem Prüfstand funktionieren. Vielmehr erwartet er, dass die im Prüfstand gemessenen Werte sich grundsätzlich, zumindest bei identischen Bedingungen, auch im

Echtbetrieb bewahrheiten.

d.) Bei der Beklagten liegen auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung gemäß § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB vor. Die Beklagte handelte mit Schädigungsvorsatz und kannte die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.

aa.) Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement: Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Dabei setzt § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei dieser nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Schaden im Sinne des § 826 BGB nicht nur in der Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter liegt, sondern vielmehr jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage genügt, einschließlich der sittenwidrigen Belastung fremden Vermögens mit einem Verlustrisiko (st. Rspr., BGH, Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, NJW 2004, 3706 Rn. 38 bei juris; Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 402/02, NJW 2004, 2971 Rn. 47 bei juris).

Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (BGH, Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, a.a.O. Rn. 36 bei juris).

bb.) Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinn des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente müssen kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15, NJW 2017, 250 Rn. 13, 23, 25 f.).

Der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger hat anhand der ihm zugänglichen Quellen vorgetragen, dass dem Vorstand, namentlich dem Vorstandsvorsitzenden Dr. Martin Winterkorn, Vorstandsvorsitzender der Beklagten von 2007 bis 2015, die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung bei den Motoren der Baureihe EA 189 bei der Beklagten bekannt gewesen sei. Mangels substantiierten Bestreitens der Beklagten gilt dies als zugestanden im Sinne des § 138 Abs. 3 ZPO. Im Einzelnen:

Die Behauptung des Klägers ist ausreichend substantiiert. Insbesondere erfolgt der Vortrag auch nicht etwa ohne greifbare Anhaltspunkte ins Blaue hinein. Es streitet bereits eine tatsächliche Vermutung für die Kenntnis des Vorstands, welche die Beklagte im Wege der sekundären Darlegungslast zu entkräften hat. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft leitet gemäß § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft grundsätzlich unter eigener Verantwortung. Angesichts der Tragweite der Entscheidung über die riskante Gestaltung der Motorsteuerungssoftware, die für eine ganze Diesel-Motorengeneration konzipiert war und konzernweit in vielen Millionen Fahrzeugen eingesetzt werden sollte, erscheint es mehr als fernliegend, dass die Entscheidung ohne Einbindung des Vorstands erfolgte. 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, denen bei nachgeordneten Beschäftigten kein in Anbetracht der arbeits- und strafrechtlichen Risiken annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenübersteht (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 06. November 2019 – 13 U 37/19, Rn. 64 ff bei juris).

Im Übrigen ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass die nicht beweisbelastete Partei ausnahmsweise eine Substantiierungslast treffen kann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt sind und ihr nähere Angaben zuzumuten sind (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2014 – V ZR 45/13, NJW 2015, 619 Rn. 22; Urteil vom 3. Mai 2016 – II ZR 311/14, NJW 2017, 886 Rn. 18 f; st. Rspr.). So liegen die Dinge hier. Der Kläger steht außerhalb des Geschehensablaufs. Als konzernfremder Außenstehender hat er keinen Einblick, wie es zu der Entwicklung der streitgegenständlichen Software und zu der Entscheidung gekommen ist, diese bei den Motoren der Baureihe EA 189 zu verwenden.

Folge der so begründeten sekundären Darlegungslast ist, dass sich bereits die Anforderungen an die Substantiierung der primären Darlegungen des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale reduzieren. Daran gemessen hat der Kläger hinreichend substantiiert vorgetragen.

Die Beklagte ist der sie treffenden sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen mit der Folge, dass die Behauptung des Klägers, die Verwendung der Abschaltvorrichtung sei mit Wissen und Willen des Vorstandes, namentlich des Vorstandsvorsitzenden Dr. Martin Winterkorn, erfolgt, nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt.

Im Rahmen der sekundären Darlegungslast ist es Sache der Beklagten, durch konkreten Sachvortrag Umstände aufzuzeigen, die der behaupteten Kenntnis des Vorstands entgegenstehen. Dazu gehört auch die Benennung der Personen im Unternehmen, welche die Entwicklung der un-

zulässigen Abschaltvorrichtung und Software beauftragt haben. Insoweit obliegt es der Beklagten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast auch, im zumutbaren Umfang Nachforschungen anzustellen. Sollte es ihr nicht möglich oder zumutbar sein, eine abschließende Klärung herbeizuführen, so genügt es nicht, über das Scheitern zu informieren. Vielmehr ist konkret mitzuteilen, welche Kenntnisse sie dabei über die Umstände der behaupteten Verletzungshandlung gewonnen hat (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019, a.a.O. Rn. 72 f m.w.N.).

Dem genügt der Vortrag der Beklagten nicht. Sie beschränkt sich darauf, die Kenntnis des seinerzeitigen Vorstandsvorsitzenden Dr. Martin Winterkorn wie auch anderer Vorstandsmitglieder von der Verwendung der Software bei dem streitgegenständlichen Motortyp EA 189 in Abrede zu nehmen sowie darauf zu verweisen, dass sie die Umstände im Zusammenhang mit dem Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung derzeit aufkläre und nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen keine Erkenntnisse dafür vorlägen, dass einzelne Vorstandsmitglieder die Entwicklung in Auftrag gegeben hätten. Dieser Vortrag ist nicht hinreichend substantiiert. Das einfache Bestreiten der maßgeblichen Umstände und die bloße Behauptung fehlender Erkenntnisse aus den internen Ermittlungen sind nicht geeignet, die sekundäre Darlegungslast zu erfüllen. Es fehlt an konkretem Vortrag zu dem Ergebnis dieser internen Ermittlungen.

Die Beklagte ist auch nicht damit zu hören, dass ihr weitere Darlegungen wegen des Umfangs der Nachforschungen oder des Aufwands für deren Aufbereitung nicht zumutbar seien. Sie hat nichts dafür dargetan, aus welchen Gründen heraus es ihr nicht möglich und zumutbar sein soll, die Ergebnisse ihrer Ermittlungen darzulegen, auf die sie ihren Vortrag, es lägen keine Erkenntnisse für eine Kenntnis des Vorstands von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung vor, stützt. Es ist auch nichts dafür vorgetragen, aus welchen Gründen heraus nach nun mehr als vier Jahren nach Information der Öffentlichkeit über die Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung im September 2015 die konzerninternen Ermittlungen nicht zu belastbaren Ergebnissen geführt haben sollen.

cc.) Ein Vorstand, der in Kenntnis der Funktionsweise der unzulässigen Abschaltvorrichtung deren serienmäßigen Einsatz anordnet oder nicht unterbindet, billigt diesen unter Inkaufnahme der Schädigung der zukünftigen Fahrzeugwerber.

Die Heimlichkeit der Verwendung der streitgegenständlichen Software, so insbesondere der Umstand, dass diese dem Kraftfahrtbundesamt nicht zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit offen gelegt wurde, zeugt davon, dass für den Fall der Offenlegung davon ausgegangen wurde, dass es zu Schwierigkeiten bei der EG-Typgenehmigung kommen würde und potentielle Kunden in Kenntnis der Software vom Kauf eines mit derartigen rechtlichen Unsicherheiten belasteten Fahr-

zeugs Abstand nehmen würden. Die Kenntnis des Vorstands von der serienmäßigen Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung schließt zwangsläufig die Billigung der Schädigung der Erst- und Folgerwerber der mit der Software ausgestatteten Fahrzeuge ein. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Vorstand darauf vertraute, die Verwendung der Software werde nicht aufgedeckt. Dies gilt jedenfalls dann, soweit der den Erwerbern entstandene Schaden im Abschluss eines so nicht gewollten Kaufvertrags zu erblicken ist. Auch die maßgeblichen Umstände für die Bewertung dieses Vorgehens als sittenwidrig sind bei dieser Sachlage im Vorstand bekannt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019, a.a.O. Rn. 88 ff).

e.) Dieses Ergebnis ist nicht unter Schutzzweckgesichtspunkten zu korrigieren.

Zwar lässt sich allein nach der adäquaten Ursächlichkeit des sittenwidrigen Verhaltens für den Schaden und nach der Reichweite des Schädigungsbewusstseins die Ersatzpflicht aus § 826 BGB nicht sachgerecht eingrenzen. Für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen gilt allgemein, dass die Ersatzpflicht auf solche Schäden beschränkt ist, die in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen. Auf eine derartige Eingrenzung der Haftung kann, um das Haftungsrisiko in angemessenen und zumutbaren Grenzen zu halten, auch im Rahmen des § 826 BGB nicht verzichtet werden. Die Ersatzpflicht beschränkt sich dort auf diejenigen Schäden, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen (BGH, Urteil vom 11. November 1985 – II ZR 109/84, BGHZ 96, 231 Rn. 15 bei juris).

Danach ist eine Beschränkung der Haftung der Beklagten nicht veranlasst. Anders als ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit europarechtlichen Normen knüpft die Haftung nach § 826 BGB nicht unmittelbar an den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 an. Sie folgt vielmehr aus der mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundenen Täuschung über die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen für eine Typgenehmigung. Die Kaufentscheidung des Klägers als Käufer eines Fahrzeugs mit einem Motor der Baureihe EA 189 unterfällt dem durch die konkludente Täuschung der Beklagten in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich.

f.) Die Beklagte hat an den Kläger Schadensersatz i.H.v. 13.416,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 28. April 2018 zu leisten und den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.474,89 € freizustellen.

Nach §§ 826, 249 ff. BGB hat die Beklagte dem Kläger sämtliche aus der sittenwidrigen Schädigung entstandenen Schäden zu ersetzen. Wird der Geschädigte durch Täuschung zum Ab-

schluss eines ungewollten Vertrags veranlasst, ist der Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung des Vertrags, d.h. auf Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten gerichtet. Dabei sind gleichartige Gegenansprüche automatisch zu saldieren, ohne dass es insoweit eines Antrags oder einer Aufrechnungserklärung bedarf. Sind Ersatzanspruch und Vorteil des Geschädigten nicht gleichartig, ist Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils zu leisten. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an. Auch insoweit bedarf es weder eines besonderen Antrags noch einer Einrede des Schädigers.

Dieses zugrunde gelegt kann der Kläger Schadensersatz i.H.v. 13.416,60 € verlangen.

Im Ausgangspunkt konnte der Kläger die Erstattung des Kaufpreises in Höhe von 35.984,76 € abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs VW Tiguan verlangen. Anderes folgt nunmehr daraus, dass der Kläger durch den Verkauf des Fahrzeuges in den Schadensverlauf eingegriffen hat. Liegt der Schaden in der Belastung mit einem so nicht gewollten Kaufvertrag, ist die Veräußerung des in diesem Sinne ungewollten Fahrzeugs nur dann dazu geeignet, die Wiederherstellung des vor dem Erwerb bestehenden Zustands zu bewirken, wenn der volle ursprüngliche Kaufpreis erzielt wird. Deshalb ist der bei der Weiterveräußerung erzielte Kaufpreis im Sinne einer teilweisen Kompensation von dem ursprünglich gezahlten Kaufpreis in Abzug zu bringen. Hingegen lässt der Weiterverkauf den Schaden regelmäßig nicht vollständig entfallen, sodass es sich verbietet, nach dem Weiterverkauf den Geschädigten darauf zu verweisen, dass er nunmehr einen Schaden im Sinne eines Mindererlöses im Vergleich zu einem Verkauf eines nicht vom Rückruf wegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung betroffenen Fahrzeugs darzulegen hätte. Dem steht entgegen, dass der Schaden bereits mit Eingehung des Kaufvertrages entstanden ist, sodass für seine Bemessung nicht auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt werden kann.

Bringt man vom Kaufpreis den Erlös aus dem Weiterverkauf in Höhe von 13.500,00 € in Abzug, so errechnet sich ein Betrag von 22.484,76 €.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist kein 13.500,00 € übersteigender Betrag in Abzug zu bringen. Ausweislich des Ankaufsscheins vom 14. August 2019 (Anlage K7) erfolgte der Ankauf des Fahrzeugs, vom Kläger im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch den Senat bestätigt, zu dem genannten Preis. Die Beklagte hat zwar die Echtheit der Anlage und deren Richtigkeit bestritten und darauf verwiesen, dass es sich entgegen den Angaben in dem Ankaufsschein um ein Unfallfahrzeug gehandelt habe und Reparaturkosten von 1.120,58 € zu veranschlagen seien.

Dies streitet nicht gegen die Richtigkeit der Angaben im Ankaufsschein, da darin vermerkt ist, dass die hintere Stoßstange erneuert worden sei. Einen den Einkaufspreis übersteigenden Fahrzeugrestwert hat die Beklagte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht geltend gemacht. Dies erfolgte erstmals nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung mit dem Schriftsatz vom 27. Januar 2020. Der Beklagten war mit Beschluss des Senats vom 8. Januar 2020 jedoch nur insoweit ein Schriftsatznachlass gewährt worden, als der klägerische Schriftsatz vom 6. Januar 2020 neues Tatsachenvorbringen enthält. Dies ist hinsichtlich des Ankaufspreises und des Fahrzeugwertes nicht der Fall, so dass der nicht nachgelassene Vortrag zu einem den Ankaufspreis übersteigenden Fahrzeugrestwert gemäß § 296a ZPO keine Berücksichtigung finden kann. Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO besteht nicht.

Von dem Betrag von 22.484,76 € ist der vom Kläger geschuldete Nutzungsersatz in Abzug zu bringen.

Der Wert von Gebrauchsvorteilen bei der Eigennutzung beweglicher Sachen wird grundsätzlich nach der zeitanteiligen linearen Wertminderung berechnet, also nach einem Vergleich zwischen dem tatsächlichen Gebrauch und der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer der Sache unter Berücksichtigung des Werts der Sache bzw. des vereinbarten Kaufpreises (BGH, Urteil vom 31. März 2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 12). Bei Kraftfahrzeugen wird die Höhe des Wertersatzes gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage einer in der Rechtsprechung entwickelten Formel berechnet, indem der vereinbarte Bruttokaufpreis zugrunde gelegt und auf die Nutzungsdauer umgerechnet wird. Die Gebrauchsvorteile werden mit dem Teil des Kaufpreises gleichgesetzt, der der Dauer der tatsächlichen Nutzung im Verhältnis zur vertraglich vorausgesetzten Nutzungszeit entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 215/13, NJW 2014, 2435 Rn. 6 und 11 f.; Beschluss vom 9. Dezember 2014 – VIII ZR 196/14 Rn. 3).

Der Senat schätzt die Gesamtfahrleistung von Fahrzeugen mit Motoren der Baureihe EA 189 auf 250.000 km. Dabei findet insbesondere Berücksichtigung, dass die Fahrleistung eines Fahrzeugs nicht allein von der Lebensdauer des Motors abhängig ist, die Lebensdauer des Motors ihrerseits unter anderem von der Größe und Leistung des Motors abhängt und mit dem Fortschreiten von Lebensalter und Laufleistung eine Unterhaltung der Fahrzeuge zunehmend unwirtschaftlich wird, sodass Fahrzeuge dieser Klasse und Qualität im Bereich um eine Laufleistung von 250.000 km üblicherweise abgestoßen werden.

Der Senat geht im Weiteren entsprechend der Angabe im Ankaufsschein von einer Laufleistung des Fahrzeugs beim Weiterverkauf von 63.000 km aus. Soweit die Beklagte diese Laufleistung in Abrede genommen hat, ist darauf hinzuweisen, dass es Sache der Beklagten ist, die Höhe der Nutzungsentschädigung darzulegen. Zwar trifft den Kläger insoweit eine sekundäre Darlegungs-

last. Dem ist er jedoch mit Vorlage des Ankaufsscheins nachgekommen. Die darin enthaltene Angabe ist zudem vor dem Hintergrund, dass zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 23. Mai 2019 die Laufleistung unstreitig 60.004 km betragen hat, zur Überzeugung des Senats plausibel.

Berechnet nach der Formel $\text{Bruttokaufpreis (35.984,76 €)} / \text{Gesamtlauflistung (250.000 km)} \times \text{gefahrte Kilometer (63.000 km zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung)}$ ergibt sich eine Nutzungsentschädigung von 9.068,16 €. Im Ergebnis sind daher von der Beklagten an den Kläger 13.416,60 € zu zahlen. Dieser Betrag ist gemäß §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 28. April 2018 verzinslich, weil der Kläger mit anwaltlichen Schreiben vom 13. April 2018 unter Fristsetzung zum 27. April 2018 die Beklagte zur Leistung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs aufgefordert hat.

Der prinzipielle Einwand des Klägers, dass die Nutzung des Fahrzeugs als Abzugsposten im Rahmen der deliktischen Haftung nach § 826 BGB nicht zu berücksichtigen sei, weil die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dem entgegenstehe, greift nicht durch. Zwar liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor. Infrage steht jedoch kein vertraglicher Anspruch auf unentgeltliche Nachlieferung. Für den auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gerichteten deliktischen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. lässt sich der europarechtlichen Vorschrift keine Regelung entnehmen. Der Senat sieht sich weder zu einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof veranlasst, noch besteht vorliegend eine Vorlagepflicht nach § 267 Abs. 3 AEUV. Darauf, ob im Falle eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Typengenehmigungsrichtlinie anderes zu gelten hätte, wie vom Kläger geltend gemacht, kommt es nicht an. Ein derartiger Anspruch ist nicht entscheidungserheblich für die Entscheidung des Senats.

Im Weiteren hat die Beklagte den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.474,89 € freizustellen. Die vorgerichtliche Rechtsverfolgung durch einen Rechtsanwalt war durch die Täuschungshandlung der Beklagten veranlasst. Ersatzfähig ist indessen lediglich eine 1,3 Geschäftsgebühr gemäß Nr. 2300 VV GKG aus einem Gegenstandswert von 33.264,31 € zzgl. Auslagenpauschale und Umsatzsteuer. Der Ansatz einer 2,0 Geschäftsgebühr erscheint demgegenüber überhöht. Die Angelegenheit betrifft dem Grunde nach einfaches Deliktsrecht. Erstellt wurde ein kurzes, einfaches Aufforderungsschreiben, das in dieser Form anwaltlicher Standard ist.

2. Der Kläger kann aus § 849 BGB die Zahlung von Zinsen in Höhe von 4 % aus einem Betrag von 35.984,76 € für den Zeitraum vom 13. Dezember 2014 bis zum 27. April 2018 beanspruchen.

Nach § 849 BGB kann dann, wenn wegen der Entziehung einer Sache der Wert zu ersetzen ist, der Geschädigte Zinsen des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird.

§ 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. § 849 BGB ist nach seinem 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 Rn. 4). Eine Beschränkung auf den Verlust einer Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten widerspräche auch dem Normzweck von § 849 BGB. Der Zinsanspruch soll mit einem pauschalierten Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann. Der Geschädigte verliert die Sachnutzung gleichermaßen, wenn ihm eine Sache ohne seinen Willen entwendet wird und wenn er durch eine unerlaubte Handlung - etwa eine Drohung oder eine Täuschung - dazu gebracht wird, sie wegzugeben oder darüber zu verfügen (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007, a.a.O., Rn. 5). Sache im Sinne von § 849 BGB ist auch Geld. § 849 BGB ist nicht durch § 90 BGB, wonach nur körperliche Gegenstände Sachen im Sinne des Gesetzes sind, auf die Entziehung von Bargeld beschränkt. Inwieweit der Sachbegriff von § 90 BGB auf Vorschriften außerhalb des dritten Buches des BGB anzuwenden ist, ist jeweils nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Vorschriften zu entscheiden. Der Zweck des § 849 BGB, den später nicht nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen, erfasst jegliche Form von Geld (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007, a.a.O., Rn. 6; Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 56/16, NJW 2018, 2479 Rn. 45).

Die Beklagte hat den Kläger durch die konkludente Täuschung dazu veranlasst, den Kaufpreis für das Fahrzeug zu entrichten. Sie hat ihm damit Sachen im Sinne von § 849 BGB entzogen.

Soweit die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in gleich gelagerten Fällen teilweise den Klägern Deliktzinsen nach § 849 BGB mit der Begründung versagt, dass der Normzweck des § 849 BGB nicht betroffen sei, weil die Entziehung nicht ersatzlos erfolge, sondern durch den Eigentumserwerb am Kraftfahrzeug kompensiert werde (vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19, Rn. 137; anders der 17. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19, Rn. 110 ff.), folgt der Senat dem nicht. Zwar hat der Kläger für den Ausgleich des Kaufpreises im Gegenzug das Eigentum am Kraftfahr-

zeug erhalten. Auch hat er dieses genutzt. Es ist jedoch in den Blick zu nehmen, dass der Kläger für die gezogenen Nutzungen, wie vorstehend ausgeführt, sich Nutzungersatz auf die Schadensersatzforderung anrechnen lassen muss. Damit aber steht der Kläger nicht anders als der Anleger in dem vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 26. November 2007 entschiedenen Fall. Den Gebrauch der entzogenen Sachen, hier der zum Ausgleich des Kaufpreises aufgewendeten Mittel, kann er nach Rückabwicklung des Kaufvertrages nicht nachholen.

Die Zinspflicht nach § 849 BGB begann mit dem Ausgleich des Kaufpreises durch den Kläger und endete mit dem außergerichtlichen Schadensersatzverlangen unter Fristsetzung zum 27. April 2018 mit anwaltlichem Schreiben vom 13. April 2018. Ab diesem Zeitpunkt sind, wie vorstehend ausgeführt, wie beantragt Verzugszinsen zu zahlen.

3. Hinsichtlich der Zahlung eines Betrages von 13.500,00 € Zug um Zug gegen Übereignung des Pkw Tiguan Sport Style 4Motion BM Techn. 2,0 L TDI, FIN WVGZZZ: und der Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorgenannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde, ist durch den Weiterverkauf des Fahrzeugs Erledigung eingetreten. Die Klage war insoweit zulässig und begründet.

a.) Wie sich aus den Ausführungen zu Ziffer 1 ergibt, war die Klage bis zum Weiterverkauf des Fahrzeugs in Höhe weiterer 13.500 €, zahlbar Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs, begründet. Auf die entsprechenden Ausführungen zu Ziffer 1 lit. f.) wird verwiesen.

b.) Auch hinsichtlich des Antrages auf Feststellung des Annahmeverzuges hinsichtlich der Rücknahme des Fahrzeuges war die Klage zulässig und begründet.

aa.) Der Kläger hatte ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten, weil er dadurch in den Stand versetzt wurde, ein Urteil hinsichtlich der von der Beklagten zu leistenden Schadensersatzzahlung zu vollstrecken, ohne seine eigenen Leistungen tatsächlich anbieten zu müssen.

bb.) Die Beklagte befand sich hinsichtlich der Rücknahme des Fahrzeugs seit dem 28. April 2018 in Annahmeverzug.

Nach § 295 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, so insbesondere, wenn er – wie hier – die ge-

schuldete Sache abzuholen hat. Der Kläger hat mit anwaltlichem Schreiben vom 13. April 2018 die Beklagte zur Schadensersatzleistung Zug um Zug gegen Rücknahme des Fahrzeugs aufgefordert.

Dahingestellt bleiben kann, ob es sich bei der Schadensersatzforderung in Höhe des vollen Kaufpreises um eine Zuvielforderung handelt. Zwar führt eine Zuvielforderung des Schuldners grundsätzlich nicht zum Annahmeverzug. Anderes gilt jedoch dann, wenn nicht die Zuvielforderung Anlass war, den geltend gemachten Anspruch abzulehnen, sondern der Anspruch bereits dem Grunde nach verneint wird. So liegt es hier. Die Beklagte hat vorprozessual mit Schreiben vom 19. April 2014 eine Rückabwicklung abgelehnt und während des gesamten Verfahrens wie auch in den übrigen dem Senat vorliegenden Verfahren zum Ausdruck gebracht, der Rückgängigmachung des Kaufvertrags im Wege des Schadensersatzes nicht entsprechen zu wollen.

4. Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5. Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, da die Sache grundsätzliche Bedeutung hat und die unterschiedliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Das Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteile vom 6. November 2019 - 13 U 37/19 - und 18. Juli 2019 - 17 U 160/18), das Oberlandesgericht Düsseldorf (Urteil vom 10. Oktober 2019 - 13 U 106/19), das Oberlandesgericht Koblenz (Urteile vom 16. September 2019 - 12 U 61/19 - und 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18), das Oberlandesgericht Hamm (Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18), das Oberlandesgericht Stuttgart (Urteil vom 24. September 2019 - 10 U 11/19), das Oberlandesgericht Köln (Urteile vom 17. Juli 2019 - 16 U 199/18 - und 11. April 2019 - 3 U 67/18) und das Oberlandesgericht Oldenburg (Urteil vom 2. Oktober 2019 - 5 U 47/19) haben in vergleichbar gelagerten Fällen einen Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB bejaht, während das Oberlandesgericht Braunschweig (Urteil vom 19. Februar 2019 - 7 U 134/17) einen solchen Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB dem Grunde nach abgelehnt hat.

Beglaubigt