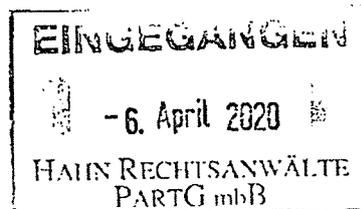


Aktenzeichen:  
12 U 452/19  
1 O 65/19 LG Rottweil



Oberlandesgericht Stuttgart  
12. ZIVILSENAT

*Fro TB 20.04.2020*  
*Fro NZB 06.05.2020*  
*Fro Bj. NZB 08.06.2020*  
*Fro SW 06.10.2020*

**Im Namen des Volkes**

## **Urteil**

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Hahn Rechtsanwälte PartG mbB**, Alter Steinweg 1, 20459 Hamburg,

gegen

**Volkswagen AG**, vertreten durch d. Vorstand, vertreten durch den Vorstand, Berliner Ring 2,  
38440 Wolfsburg

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 12. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Groß, den Richter am Landgericht Wiest und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Melin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2020 für Recht erkannt:

1. Das Urteil des Landgerichts Rottweil vom 23.08.2019, Az. 1 O 65/19, wird abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 18.701,89 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 07.05.2019, Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs VW Sharan, FIN: ..... nebst Fahrzeugschlüssel zu bezahlen.
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Ziff. 2 bezeichneten Fahrzeugs im Annahmeverzug befindet.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
6. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 28%, die Beklagte 72%. Von den Kosten des Verfahrens in erster Instanz tragen der Kläger 35%, die Beklagte 65%.
7. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
8. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

**Streitwert** des Berufungsverfahrens: **26.057,53 €**. Der Streitwert des erstinstanzlichen Verfahrens wird in Abänderung der landgerichtlichen Streitwertfestsetzung auf **28.993,01 €** festgesetzt.

## Gründe

### I.

Der Kläger macht Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem sog. „Diesel-Skandal“ geltend.

Er erwarb das streitgegenständliche Fahrzeug, einen VW Sharan Match 2.0 TDI, am 04.06.2013 als Neuwagen vom \_\_\_\_\_ zu einem Kaufpreis von 38.085,00 (s. Bestellbestätigung und Rechnung, GA 93 f.). Das Auto ist ausgestattet mit einem Motor des Typs EA 189. Der Kilometerstand belief sich bei Auslieferung im Juni 2013 auf 0, bei Klageerhebung auf 127.000 km, im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Rottweil am 10.07.2019 auf 138.102 km sowie im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 17.02.2020 auf 152.683 km.

Der Motor des Fahrzeugs verfügte über eine Software, die in der Lage war, zu erkennen, ob sich das Fahrzeug im Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte befand. In diesem Fall schaltete die Software den Motor automatisch vom Betriebsmodus 0, unter dem das Fahrzeug normalerweise im Straßenverkehr betrieben wird, zum Betriebsmodus 1, in dem die Abgasrückführungsrate erhöht wird, wodurch insbesondere weniger Stickoxide ausgestoßen werden.

Das Kraftfahrtbundesamt erließ eine Anordnung, mit der der Beklagten aufgegeben wurde, die betroffenen Fahrzeuge - darunter auch das Fahrzeug des Klägers - zurückzurufen, die Software, bei der es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele, zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen. Das daraufhin entwickelte Software-Update ist inzwischen - am 18.05.2017 - auf das Fahrzeug des Klägers aufgespielt worden.

Der Kläger macht geltend, es habe sich bei der verbauten Software um eine illegale Abschaltvorrichtung gehandelt, weshalb dem Fahrzeug die Typgenehmigung nicht hätte erteilt bzw. nachträglich hätte entzogen werden müssen. Die Klägerin sei über den Umstand, dass die Typgenehmigung erschlichen war, beim Erwerb des Fahrzeugs getäuscht worden. Die Beklagte habe bewusst und heimlich aus übermäßigem Gewinnstreben das Fahrzeug mit einer illegalen Abschaltvorrichtung ausgestattet, weil sie sich anders nicht in der Lage gesehen habe, die gesetzlich vorgeschriebenen Abgaswerte einzuhalten. Daran ändere auch das nachträglich aufgespielte Soft-

ware-Update nichts, zumal diese negative Auswirkungen auf den Verbrauch und den Verschleiß des AGR-Systems zeitige.

Es sei auch davon auszugehen, dass die Entwicklung und der Einsatz der Manipulationssoftware in Kenntnis des Vorstands der Beklagten erfolgte. Der Beklagten obliege hinsichtlich der Frage, welche Vorstandsmitglieder und sonstige Mitarbeiter der Beklagten wann und in welchem Umfang Kenntnis bezüglich des Einsatzes der illegalen Abschaltvorrichtung hatten, eine sekundäre Darlegungslast.

Die Beklagte hafte deshalb insbesondere wegen sittenwidriger Schädigung aus § 826 i.V.m. § 31 BGB. Der Vertrag sei unter Anrechnung einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Nutzungsentschädigung rückabzuwickeln.

Ab Übergabe des Fahrzeugs bestehe ein Zinsanspruch aus § 849 BGB.

Ein Feststellungsinteresse bezüglich weiterer Folgeschäden ergebe sich daraus, dass damit zu rechnen sei, dass durch das erforderliche Software-Update Folgeschäden eintreten würden.

Der Kläger hat in erster Instanz zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. an den Kläger 38.085,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozent seit dem 13.06.2015 und in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 20.03.2019 zu zahlen abzüglich einer Nutzungsentschädigung in 0,1088142 EUR pro gefahrenem km seit dem 23.03.2019, die sich nach folgender Formel berechnet:  $(38.085,00 \text{ €} * \text{ gefahrene Kilometer}) : 350.000 \text{ km}$ , Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs VW Sharan, ..... , nebst Fahrzeugschlüssel.
2. Festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.
3. Festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weitere Schäden die aus dem Erwerb des in Ziff. 1 genannten Fahrzeugs resultieren werden, zu ersetzen.

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt:

Klageabweisung.

Sie hat geltend gemacht, dass es sich bei der im Fahrzeug verbauten Umschalt-Software nicht

um eine illegale Abschaltvorrichtung gehandelt habe. Das Fahrzeug habe über eine wirksame EG-Typgenehmigung verfügt und habe jederzeit uneingeschränkt genutzt werden können. Es habe auch keine Entziehung der Typgenehmigung gedroht. Das KBA habe lediglich eine nachträgliche Nebenbestimmung zur Typgenehmigung erlassen. Durch das vom KBA freigegebene Software-Update sei zudem die monierte, ursprünglich verwendete „Umschaltlogik“ beseitigt worden.

Ein merkantiler Minderwert aufgrund der im Fahrzeug verbauten Software habe nicht bestanden und bestehe weiterhin nicht. Das Software Update habe keine negativen Auswirkungen auf den Motor und dessen Kraftstoffverbrauch, Emissionswerte oder Leistungsfähigkeit.

Die Beklagte habe nicht sittenwidrig gehandelt. Insbesondere habe die Beklagte den Kläger nicht getäuscht. Es gebe zudem keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger das Fahrzeug nicht erworben hätte, wenn er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Software und deren Funktionsweise Kenntnis gehabt hätte. Der Beklagte habe auch nicht dargetan, dass ein Vorstandsmitglied der Beklagten im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses am 12.03.2015 von der verbauten Software Kenntnis gehabt habe. Dies sei aber Voraussetzung für einen etwaigen Schädigungsvorsatz. Nach derzeitigem Ermittlungsstand sei die Entscheidung, die Motorsteuerungssoftware zu verändern, „von Mitarbeitern unterhalb der Vorstandsebene auf nachgeordneten Arbeitsebenen“ getroffen worden. Die Voraussetzungen für die Annahme einer sekundären Darlegungslast der Beklagten seien nicht erfüllt.

Wegen des weiteren Vortrags in erster Instanz wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien sowie den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

2. Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 23.08.2019 die Klage abgewiesen.

Die Klage sei zulässig. Insbesondere sei bezüglich der Klageanträge Ziff. 2 und 3 das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben.

In der Sache jedoch habe die Klage keinen Erfolg.

Eine vertragsähnliche Sonderbeziehung bestehe nicht, so dass vertragliche bzw. quasivertragliche Ansprüche ausschieden.

Ein Schadensersatzanspruch folge auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB.

Es fehle an einer aktiven Täuschungshandlung durch die Beklagte. Für eine Täuschung durch Unterlassen fehle es an einer Aufklärungspflicht.

Eine Aufklärungspflicht bezüglich der Verwendung der Abschaltvorrichtung hätte allenfalls dann bestanden, wenn die EG-Typgenehmigung für das Fahrzeug deshalb erloschen oder deren Entziehung gedroht hätte. Das sei aber nicht der Fall gewesen, nachdem das KBA lediglich eine Nebenbestimmung zur bestehenden Typgenehmigung angeordnet habe.

Ein Anspruch lasse sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG FGV herleiten, da diese Normen nicht den individuellen Schutz des Fahrzeugnutzers bezweckten.

Schließlich würden auch Schadensersatzansprüche aus §§ 826 Abs. 1, 31 BGB bzw. § 831 BGB ausscheiden, da es an einem der Beklagten zurechenbaren sittenwidrigen Verhalten fehle. Selbst der Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung sei, die Kenntnis der Beklagten hiervon unterstellt, nicht als sittenwidrig einzustufen, was näher ausgeführt wird. Im Übrigen sei der Schaden nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst und die Zuerkennung eines deliktischen Direktanspruches gegen den Hersteller würde die vertragliche Risikozuweisung, die grundsätzlich die Geltendmachung von Ansprüchen innerhalb der bestehenden Vertragsverhältnisse vorsehe, konterkarieren.

Aus den genannten Gründen seien auch die Anträge Ziff. 2 und 3 unbegründet, und es bestehe schon mangels Hauptforderung kein Anspruch auf die geltend gemachten Nebenforderungen.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen (GA 295 ff.).

3. Der Kläger wendet sich mit seiner Berufung gegen das landgerichtliche Urteil, wobei er im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrags seine erstinstanzlichen Klageziele weiter verfolgt.

Der Kläger beantragt (GA 322 ff.):

Das Urteil des Landgerichts Rottweil vom 23.08.2019 (Az. 1 O 65/19) abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 38.085,00 € nebst Zinsen in Höhe von jährlich fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.06.2013 zu zahlen, abzüglich einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenen km seit dem 13.06.2013, die sich nach folgender Formel berechnet:

$(38.085,00 \text{ EUR} \times \text{gefahrte Kilometer}) : 350.000 \text{ km},$

Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs VW Sharan,

nebst Fahrzeugschlüssel;

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Ziff. 1 genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet;
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weiteren Schäden, die aus der Installation der vom Kraftfahrt-Bundesamt als unzulässig eingestuftes Abschaltelinrichtung in dem Motor des in Ziff. 1 genannten Fahrzeuges resultieren werden, zu ersetzen.

Die Beklagte beantragt (GA 337):

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Zur Begründung verteidigt sie das erstinstanzliche Urteil im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrags.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die wechselseitigen Schriftsätze sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat (GA 419 ff.) verwiesen.

## II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache in wesentlichen Punkten Erfolg. Die Klage ist mit Ausnahme des Feststellungsantrags Ziff. 3 zulässig und im tenorisierten Umfang überwiegend begründet.

1. Die Klage ist allerdings hinsichtlich des Klageantrags Ziff. 3 mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Bei Verletzung einer Norm zum Schutz des Vermögens fehlt es nach herrschender Auffassung an einem feststellbaren Rechtsverhältnis, solange der Eintritt eines Schadens nicht wahrscheinlich ist (vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 256 Rn. 9). Vorliegend ist überhaupt nicht dargetan, dass und weshalb dem Kläger noch weitere Schäden drohen könnten. Er begehrt ja (mit Erfolg) die Rückabwicklung des ungewollten Kaufvertrags. Insofern ist nicht ersichtlich, dass - z.B. aufgrund des aufgespielten Updates - ihn daneben noch irgendwelche weiteren Schadensfolgen treffen könnten.

2. In der Sache steht dem Kläger ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 18.701,89 € Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Fahrzeuges aus §§ 826 Abs. 1, 31 BGB zu, wobei vom Kaufpreis in Höhe von 38.085,00 € im Wege des Vorteilsausgleichs eine Nutzungs-

entschädigung in Höhe von 19.383,11 € in Abzug gebracht wurde.

a) Nach Auffassung des Senates steht - in Übereinstimmung mit der allerdings nicht bindenden Einschätzung des Kraftfahrtbundesamtes - fest, dass die Beklagte in den Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs, wie in einer Vielzahl anderer Fälle, eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 VO (EG) 715/2007 verbaut hat (ebenso BGH, Beschluss vom 08.01.2019, VIII ZR 225/17, NZV 2019, 244, 245, Tz. 9 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019, Az. 13 U 12/19, juris Rz. 32; OLG Koblenz, NJW 2019, 2237, 2238 Rz. 20 ff.). Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 sieht vor, dass Fahrzeuge im Rahmen der Erlangung der Typgenehmigung so auszurüsten sind, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) 715/2007 verbietet in diesem Zusammenhang ausdrücklich den Einsatz von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern. Vorwiegend sorgte das von der Beklagten als „Umschaltlogik“ bezeichnete Steuerungssystem dafür, dass im Testbetrieb automatisch ein anderer Modus mit geringeren Emissionswerten eingeschaltet war, als das im Realbetrieb der Fall ist. Damit war das Fahrzeug im Testbetrieb zur Erlangung der Typgenehmigung eindeutig anders, nämlich mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, ausgerüstet, als im Realbetrieb. Die Argumentation der Beklagten, dass die Emissionswerte - zumindest im maßgeblichen Zeitraum - nie an den Realbetrieb, sondern an den Testbetrieb anknüpfen, geht an der Sache vorbei. Maßgeblich ist, dass die Werte unter Testbedingungen *mit dem so wie im Realbetrieb ausgerüsteten Fahrzeug* erzielt werden müssen. Vorliegend wurden die Werte aber mit dem normal ausgerüsteten Fahrzeug gerade nicht erreicht, sondern nur mittels einem ausschließlich für den Test vorgesehenen Betriebsmodus mit veränderter Abgasrückführung, der nicht dem normalen Betriebsmodus entspricht.

b) Aufgrund dieses Umstands bestand zumindest die Gefahr, dass die nur unter Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung erlangte Typgenehmigung und damit auch die Zulassung für das streitgegenständliche Fahrzeug nachträglich entzogen wird. Bevor ein Kraftfahrzeughersteller berechtigt ist, ein Fahrzeug für die Nutzung im Straßenverkehr auf den Markt zu bringen, hat er die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren erfolgreich zu absolvieren. Insbesondere ist die sogenannte EG-Typgenehmigung durch das Kraftfahrt-Bundesamt als zuständige Behörde einzuholen und eine Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen (§ 27 Abs. 1 EG-Fahrzeugenormierungsverordnung, im Folgenden: EG FGV). Das Kraftfahrtbundesamt hatte den Herstellern der Fahrzeuge mit dem Motor EA 189 EU5, zu denen auch das streitgegenständ-

liche Fahrzeug gehört, für den jeweiligen abstrakten Fahrzeugtyp jeweils eine EG-Typgenehmigung nach §§ 4 EG-FGV (in Gestalt einer Gesamtfahrzeug- bzw. einer Systemgenehmigung) erteilt (vgl. VG Magdeburg, Beschl. v. 02.7.2018, Az. 1 B 268/18, juris Rz. 9). Das Kraftfahrt-Bundesamt kann, wenn es feststellt, dass Fahrzeuge, Systeme, Bauteile und technische Einheiten nicht mit dem genehmigten Typ übereinstimmen, gemäß § 25 Abs. 1 EG-FGV die erforderlichen Maßnahmen treffen, um die Übereinstimmung der Produktion mit dem genehmigten Typ zu gewährleisten. Es kann zur Beseitigung aufgetretener Mängel und zur Gewährleistung der Vorschriftenmäßigkeit bei bereits im Verkehr befindlichen Fahrzeuge auch nachträglich Nebenbestimmungen anordnen, § 25 Abs. 2 EG-FGV. Eben dies hat das Kraftfahrt-Bundesamt im vorliegenden Fall, nachdem es das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung festgestellt hatte, getan, indem es der Beklagten aufgegeben hat, nachträglich durch geeignete Maßnahmen, insbesondere Nachrüstaktionen, sicherzustellen, dass die unzulässig verbaute Abschaltvorrichtung entfernt und die Übereinstimmung mit dem genehmigten Typ wiederhergestellt wird. In einem solchen Fall droht, solange die Nachrüstung nicht ordnungsgemäß durchgeführt und damit die Nebenbestimmung erfüllt wird, die Betriebsuntersagung auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (FZV), weil das Fahrzeug nicht (mehr) einem genehmigten Typ entspricht (ausführlich zum Ganzen VG Magdeburg, Beschl. v. 02.07.2018, Az. 1 B 268/18, zit. nach juris). Ebenso hätte das Kraftfahrt-Bundesamt auch nach § 25 Abs. 3 EG-FGV die Typgenehmigung aufheben können (VG Magdeburg, Beschl. v. 02.07.2018, Az. 1 B 268/18, juris Rz. 14), was unmittelbar die Betriebsuntersagung zur Folge gehabt hätte.

c) Indem die Beklagte das Fahrzeug in Verkehr gebracht hat, obwohl die Typgenehmigung nur unter heimlicher Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erlangt war und damit deren Entziehung drohte, hat sie potentiellen Käufern des Fahrzeugs, die hiervon keine Kenntnis hatten, einen Schaden in Form eines nachteiligen und ungewollten Vertragsschlusses beigebracht. Es ist davon auszugehen, dass potentielle Käufer der Fahrzeuge wie der Kläger die (unausgesprochene, weil selbstverständliche) Erwartung hatten, ein ordnungsgemäß zugelassenes Fahrzeug zu erwerben, bei dem auch keine nachträgliche Entziehung der Typgenehmigung und damit der Zulassung drohte. Sie sind somit bezüglich dieser Erwartung von der Beklagten getäuscht worden. § 826 BGB knüpft nicht an die Verletzung bestimmter Rechte und Rechtsgüter an. Der Begriff des Schadens ist vielmehr weit zu verstehen und erfasst nicht nur jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, sondern darüber hinausgehend jede Beeinträchtigung eines rechtlichen Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung (BGH, Urteil vom 19.07.2004, II ZR 402/02, juris Rz. 41; BGH, Ur. v. 28.10.2014, VI ZR 15/14, juris Rn. 19; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 180, Rz. 17; OLG Karlsruhe,

he, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 12/19, juris Rz. 34). Insofern kommt es nicht maßgeblich darauf an, ob das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs im Hinblick auf die unzulässige Abschalt einrichtung in Wahrheit einen geringeren Marktwert hatte (wobei das, wenn ein potentieller Käufer über diesen Umstand umfassend aufgeklärt worden wäre, mindestens naheliegend ist). Allein maßgebend ist, dass der Vertrag im Hinblick auf die Eigenschaften des Kaufgegenstands nicht den berechtigten Erwartungen des Käufers entsprach und überdies die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (BGH, Urt. v. 28.10.2014, VI ZR 15/14, juris Rz. 16 ff.; ebenso OLG Köln, Beschl. v. 29.04.2019, Az. 16 U 30/19, juris Rz. 18).

d) Es ist auch vorliegend davon auszugehen, dass die Täuschung kausal für den Vertragsabschluss war. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass ein Käufer vom Kauf eines Fahrzeugs Abstand nehmen würden, wenn ihm offenbart würde, dass dem Fahrzeug die Entziehung der Zulassung und damit die Stilllegung droht (ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 12/19, juris Rz. 40 ff., insb. Rz. 43; OLG Köln, Beschl. v. 29.04.2019, Az. 16 U 30/19, juris Rz. 20 ff.). In einem solchen Fall ist der zentrale Zweck des Fahrzeugerwerbs, nämlich die Möglichkeit der Fortbewegung, in Frage gestellt. Insoweit kommt es nicht auf die Frage an, ob der Käufer ein besonderes Umweltbewusstsein besaß und deshalb beim Kauf auf einen geringen Emissionsausstoß geachtet und diesen zum Motiv für seine Kaufentscheidung gemacht hat (ebenso OLG Köln, Beschl. v. 29.04.2019, Az. 16 U 30/19, juris Rz. 17 a.E.).

e) Das Verhalten der Beklagten verstößt bei der erforderlichen Gesamtwürdigung auch gegen die guten Sitten. 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 (st. Rspr., s. nur BGH, NJW 2014, 383, 384, Rz. 9; Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl., § 826 Rn. 4 m.w.N.). Dabei 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 Handelns hinzukommen, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, NJW 2014, 383, 384; BGH, NJW 2017, 205, 251, st. Rspr.). Vorliegend rechtfertigt zwar der Umstand, dass das Handeln der Beklagten zur Gewinnmaximierung erfolgte, für sich genommen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht, weil das Streben nach Kostenoptimierung und Gewinnmaximierung einer Marktwirtschaft immanent und grundsätzlich nicht zu beanstanden ist (ebenso z.B. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 182, Rz. 33). Die Sittenwidrigkeit resultiert jedoch insbesondere aus den zur Gewinnmaximierung angewandten unlauteren und gesetzeswid-

rigen Mitteln in Kombination mit dem Ausmaß des angerichteten Schadens (ebenso und mit ähnlicher Begründung OLG Koblenz, NJW 2019, 2237 f., Rz. 39 f.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 182, Rz. 33 ff.; OLG Köln, Beschl. v. 29.04.2019, 16 U 30/19, Rz. 5). Maßgebliche Gründe für die Annahme der Sittenwidrigkeit sind, dass die Beklagte, wie gerichtsbekannt ist, in einer außerordentlich großen Zahl von Fällen bewusst - zum Vorsatz siehe unten unter ee) - die illegale Abschalt-einrichtung in ihre Fahrzeuge verbaute, dabei mit hoher krimineller Energie die staatlichen Behörden systematisch täuschte und zu Werkzeugen machte, indem sie diese nämlich zur Ausstellung scheinbar rechtsgültiger Zulassungsbescheinigungen veranlasste, um auf diese Weise massenhaft Fahrzeugkäufer täuschen zu können, und sich dabei zudem allein aus wirtschaftlichen Erwägungen über die Belange des Umweltschutzes, denen die Zulassungsvorschriften dienen, hinwegsetzte. Hinzu kommt, dass die Aufklärung der „Diesel-Affäre“ nicht etwa aus dem Unternehmen der Beklagten heraus betrieben wurde, sondern erst voranging, als die Beweislage erdrückend wurde (ebenso OLG Koblenz, NJW 2019, 2237, 2240 Rz. 42) und die Beklagte bis heute ihr gesetzeswidriges Verhalten bagatellisiert (so auch OLG Koblenz, NJW 2019, 2237, 2240 Rz. 45), indem sie z.B. weiterhin entgegen der einhelligen Auffassung der Behörden und soweit ersichtlich aller mit der Frage befassten Obergerichte (selbst das OLG Braunschweig, s. BeckRS 2019, 2737, Rn. 96, das im Ergebnis eine Haftung der Beklagten aus § 826 BGB als einziges Obergericht grundsätzlich ablehnt) vortragen lässt, es habe sich bei der „Umschaltlogik“ *nicht* um eine unzulässige Abschalt-einrichtung gehandelt.

Die Argumentation des Landgerichts, mit der Zubilligung eines Direktanspruchs setze man sich über die kaufvertragliche Risikoverteilung hinweg, verfängt nicht. § 826 BGB bietet unter eingeschränkten Voraussetzungen dem Geschädigten ausnahmsweise die Möglichkeit, einen reinen Vermögensschaden auch unmittelbar gegenüber einem Dritten geltend zu machen, mit dem er nicht vertraglich verbunden ist. Diese Möglichkeit besteht, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, unabhängig und zusätzlich zu etwaigen vertraglichen Ansprüchen, die der Käufer gegenüber seinem Verkäufer hat (s. dazu auch OLG Koblenz, NJW 2019, 2237, Rz. 15).

Auch unter Schutzzweckgesichtspunkten entfällt die Sittenwidrigkeit nicht (ebenso z.B. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, ZVertriebsR 2019, 178, 193 Rz. 38 ff.; a.A. aber OLG Braunschweig, Urf. v. 19.02.2019, 7 U 134/17, juris Rz. 172 ff.). Zwar ist richtig, dass das Sittenwidrigkeitsurteil über ein bestimmtes Verhalten des Schädigers nicht abstrakt, sondern in Bezug auf die Person des Geschädigten zu fällen ist (vgl. *Wagner*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl., 2017, § 826 Rn. 22). Im vorliegenden Fall wirkt sich aber das sittenwidrige Verhalten der Beklagten vorhersehbar und

planmäßig gerade zum Nachteil der Erstkäufer ebenso wie von weiteren Käufern des Fahrzeugs aus, indem diese über einen für ihren Kaufentschluss wesentlichen Umstand bewusst getäuscht werden. Es ist nicht ersichtlich, wieso der daraus resultierende Schaden unter Schutzzweckgesichtspunkten nicht erstattungsfähig sein sollte.

f) Die Beklagte handelte auch vorsätzlich. Dabei muss sie sich das vorsätzliche Handeln ihrer verfassungsgemäß berufenen Vertreter gemäß § 31. BGB als eigenes Handeln zurechnen lassen.

Dass Mitarbeiter der Beklagten bewusst und in Kenntnis der maßgeblichen tatsächlichen Umstände, die die Gesetzeswidrigkeit ihres Tuns begründeten, die unzulässige Software in den hier streitgegenständlichen Motor einbauten, steht außer Frage. Die Beklagte beruft sich darauf, dass nicht dargetan, geschweige denn erwiesen sei, dass Personen, deren schuldhaftes Handeln sie sich nach § 31 BGB zurechnen lassen muss, am Einbau der Software beteiligt waren, diesen angewiesen oder gebilligt hätten. Mit dieser Argumentation dringt sie nicht durch.

Grundsätzlich sieht § 31 BGB, der entsprechend auf alle juristischen Personen Anwendung findet, eine Haftung des Vereins bzw. der sonstigen juristischen Person für das schuldhafte Verhalten nicht nur der Mitglieder des Vorstands, worauf die Beklagte abstellt, sondern aller „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ vor. Dieser Begriff wird zu Recht weit ausgelegt (vgl. nur Palandt/*Ellenberger*, BGB, 78. Aufl., § 31 Rn. 6), um zu verhindern, dass sich insbesondere Großunternehmen allein aufgrund ihrer Größe und durch ihre arbeitsteilige Organisationsstruktur einer Haftung für schuldhaftes Verhalten ihrer Mitarbeiter ohne weiteres entziehen können. Es genügt für die Einordnung eines Mitarbeiters als verfassungsmäßig berufenem Vertreter, dass ihm durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind und er die juristische Person insoweit repräsentiert (BGH, NJW 1998, 1854, 1856; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 78. Aufl., § 31 Rn. 6 m.w.N.). Der personelle Anwendungsbereich deckt sich in etwa mit dem arbeitsrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten (Palandt/*Ellenberger*, BGB, 78. Aufl., § 31 Rn. 6).

Berücksichtigt man diese weite Auslegung des § 31 BGB, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Entscheidung über den massenhaften Einsatz der Motorsteuerungssoftware im Rahmen der Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Emissionswerte nicht ohne Kenntnis und Billigung wenn nicht des Vorstands, so jedenfalls eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Beklagten erfolgt ist. Es ist gerichtsbekannt, dass die Erfüllung sich stetig verschärfender gesetzlicher Emissionsgrenzwerte bei den Autoherstellern wie der Beklagten eine zentrale Proble-

matik mit großer wirtschaftlicher Tragweite gewesen ist. Vor diesem Hintergrund ist zumindest sehr naheliegend, dass zumindest die für die Erfüllung dieser Emissionsgrenzwerte zuständigen verfassungsmäßigen Vertreter genaue Kenntnis der technischen Gegebenheiten und der technisch realisierbaren Möglichkeiten hatten, um diese Grenzwerte einzuhalten. Geht man von einer solchen tatsächlichen Vermutung aus (ebenso OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, ZVertriebsR 2019, 178, 184 Rz. 53 m.w.N.), trifft die Beklagte zumindest eine sekundäre Darlegungslast bezogen darauf, dass entgegen der Vermutung kein verfassungsmäßig berufener Vertreter Kenntnis von der Manipulationssoftware hatte (ebenso die ganz herrschende Auffassung unter den mit dem Dieselskandal befassten Obergerichten, s. z.B. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, ZVertriebsR 2019, 178, 184 Rz. 53; OLG Köln, Beschl. v. 29.04.2019, Az. 16 U 30/19, Rz. 10 ff.). Sie müsste, um dem nachzukommen, Näheres dazu vortragen, wie der Entscheidungsprozess abgelaufen ist und welche Mitarbeiter, die nicht als verfassungsmäßig berufene Vertreter anzusehen sind, hieran beteiligt waren. Derartigen Vortrag hat die Beklagte nicht gehalten, mit der Folge, dass der Vortrag des Klägers insoweit als zugestanden gilt.

Was die weiteren Einwände der Beklagten gegen die Annahme einer sekundären Darlegungslast angeht, schließt sich der Senat den ausführlichen und überzeugenden Ausführungen des OLG Karlsruhe an (Beschl. v. 05.03.2019, ZVertriebsR 2019, 178, 186, Rz. 78 ff.). Weder ist insbesondere die Auferlegung einer sekundären Darlegungslast auf Fälle beschränkt, in denen es um den Beweis einer negativen Tatsache geht, noch wird die Beklagte durch die Anerkennung einer sekundären Darlegungslast für interne Vorgänge über Gebühr belastet.

g) Dass nachträglich mit Billigung des Kraftfahrtbundesamtes ein Software-Update aufgespielt wurde, spielt für den Schaden, der nach den obigen Ausführungen im Abschluss eines ungewollten Vertrages liegt, keine Rolle. Es bleibt dem Geschädigten auch dann, wenn im Nachhinein der Versuch, die in Frage gestellte Zulassungsfähigkeit wiederherzustellen, erfolgreich war, unbenommen, als Schadensersatz die Rückabwicklung des im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses ungünstigen und ungewollten Vertrages zu verlangen (ebenso OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 180, Rz. 19).

h) Als Rechtsfolge kann der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, als habe er den für ihn nachteiligen Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Er kann daher den gezahlten Kaufpreis Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangen, muss sich dabei jedoch im Wege der Vorteilsausgleichung gegen den Kaufpreistrückzahlungsanspruch die Vorteile anrechnen lassen, die er durch den Kaufvertrag erlangt hat.

Die prinzipiellen Einwände, die gegen die Vorteilsanrechnung vorgebracht werden, vermögen nicht zu überzeugen. Auch ein Anspruch nach § 826 BGB hat zur Rechtsfolge einen Schadensausgleich und enthält kein pönales Element (ebenso OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 189 f.). Man kann also nicht unter Berufung auf den hohen Unrechtsgehalt der Tat und des Verdikts der Sittenwidrigkeit dem Schädiger die Vorteilsanrechnung verweigern. Auch europarechtlich ist zwar, soweit es um die Durchsetzung europarechtlicher Regelungen geht, eine wirksame Sanktionierung von gesetzlichen Verstößen durch das nationale Recht erforderlich; dies zwingt jedoch nicht dazu, dem Schadensrecht ein pönales Element zu verleihen (s. dazu auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 190). Die europarechtlich vorgegebene Unentgeltlichkeit der kaufrechtlichen Nacherfüllung, die die Anrechnungen von Nutzungen ausschließt, zwingt nicht dazu, diese Regelung generell auf die Rückabwicklung von Verträgen zu erstrecken (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 190, Rz. 123). Und schließlich besteht auch kein Anlass, den Nutzungsersatz im Hinblick auf den der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen. Maßgeblich hierfür ist, dass sich der Mangel der Sache letztendlich nicht in einer Einschränkung der Nutzung niedergeschlagen hat (ebenso OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, ZVertriebsR 2019, 178, 190, Rz. 125).

Was die Höhe des Vorteilsausgleichs anbelangt, so hält es der Senat für sachgerecht, diese Vorteile auf Schätzbasis gemäß § 287 ZPO anhand der üblichen Formel für gezogene Nutzungen, nämlich (*Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer / zu erwartende Restlaufleistung des Fahrzeugs im Kaufzeitpunkt*) zu bemessen, wobei einzuräumen ist, dass der Vorteil des Klägers genau genommen in dem - nicht linearen - Wertverlust des Fahrzeugs liegt, den er sich durch die Möglichkeit der Rückabwicklung des Kaufvertrags erspart hat (s. dazu *Riehm*, NJW 2019, 1105, 1108 f.). Bei längerer Nutzung des Fahrzeugs - wie hier - spielt dieser Gesichtspunkt jedoch eine untergeordnete Rolle.

Vorliegend hält der Senat die Annahme einer Gesamtlaufzeit des Fahrzeugs von 300.000 km für angemessen. Dabei hat der Senat u.a. berücksichtigt, der Kläger jährlich immerhin ca. 23.000 km fährt, so dass eine Gesamtlaufleistung von 300.000 km (nur) einem Fahrzeugalter von rund 13 Jahren entspricht. Unter Zugrundelegung der bereits zurückgelegten 152.683 km ergibt sich daraus der ausgeteilte Restbetrag.

i) Die Verzinsung des Rückzahlungsanspruchs ab Rechtshängigkeit ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

j) Der darüber hinaus geltend gemachte Anspruch auf Zinsen aus § 849 BGB besteht nicht. Der Vorschrift des § 849 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Geschädigter, dem durch eine deliktische Handlung eine Sache entzogen worden ist oder dessen Sache beschädigt wurde, für die Zeit der Vorenthaltung bzw. Instandsetzung gehindert war, die Sache zu nutzen (*Wagner*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 849 Rn. 2; *Riehm*, NJW 2019, 1105, 1109). Weil diese entgangene Nutzungsmöglichkeit schwer zu beziffern und ein entsprechender wirtschaftlicher Nachteil schwer nachzuweisen ist, gewährt § 849 BGB eine Art pauschale Nutzungsausfallentschädigung (*Wagner*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 849 Rn. 2). Vorliegend aber hat der Kläger mit dem Kaufpreis einen Gegenstand erhalten, den er tatsächlich ohne Einschränkungen hat nutzen können. Der Geldbetrag wurde nicht ersatzlos weggegeben, sondern hat für die maßgebliche Zeit bis zur Rückabwicklung des Kaufvertrages seinen Zweck, dem Kläger ein funktionsfähiges Fahrzeug zu beschaffen, erfüllt, weshalb eine Anwendung von § 849 BGB nicht geboten ist (*Riehm*, NJW 2019, 1105, 1109).

Auch ein Verzugseintritt vor Rechtshängigkeit ist nicht dargetan.

2. Der Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs gemäß § 293 BGB ist begründet. Der Kläger hat spätestens mit Klageerhebung der Beklagten die Rücknahme des Fahrzeugs angeboten. Zwar weicht der Senat bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung geringfügig von der Berechnung des Klägers ab, weil dieser eine Gesamtfahrleistung von 350.000 km und nicht 300.000 km annimmt. Die daraus resultierende, verhältnismäßig geringfügige Zuvielforderung hindert allerdings nach Auffassung des Senates den Eintritt des Annahmeverzugs nicht (anders für den Fall, dass der Kläger sich gar keinen Nutzungsersatz anrechnen lassen will: OLG München, Urf. v. 17.12.2019, 18 U 3363/19, juris Rz. 93 f.).

### III.

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Der Streitwert für das Berufungsverfahren ergibt sich aus dem Kaufpreis (38.085 €) abzüglich der zum Zeitpunkt der Einlegung der Berufung vom Kläger bereits in Abzug gebrachten Nutzungsentschädigung (auf der Grundlage einer Gesamtleistung von 350.000 km sowie dem Kilometerstand im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht) von 15.027,47 € zuzüglich der vom Kläger für den Feststellungsantrag Ziff. 3 angesetzten 3.000 €. Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren ergibt sich entsprechend unter Berücksichtigung des im Zeitpunkt der Klageerhebung vom Kläger bereits selbst in Abzug gebrachten Nutzungsersatzes.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

3. Die Revision war zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen, nachdem wesentliche entscheidungserhebliche Rechtsfragen innerhalb der umfangreichen Rechtsprechung zum „Dieselskandal“ nicht einheitlich beurteilt werden.

Dr. Groß  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Wiest  
Richter  
am Landgericht

Dr. Melin  
Richter  
am Oberlandesgericht

Verkündet am 31.03.2020

Falkenstein, JFAng'e  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

