

Aktenzeichen:

**12 U 61/19**

12 O 213/17 LG Koblenz



## Oberlandesgericht Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

### Urteil

In dem Rechtsstreit

1. Autohaus Klinkenberg GmbH & Co KG, vertreten durch die GmbH, August-Lepper-Straße 1, 53604 Bad Honnef,

**- Beklagte, im Berufungsverfahren nicht beteiligt -**

Prozessbevollmächtigte:

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

**- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -**

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte \_\_\_\_\_  
Porschestraße 88, 38440 Wolfsburg

gegen

Nr. \_\_\_\_\_

**- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -**

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Thomas Schmidt, Schiller-  
straße 4, 14532 Kleinmachnow

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Syrbe, den Richter am Oberlandesgericht Burkowski und die Richterin am Landgericht Gast

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19.08.2019

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufungen des Klägers sowie der Beklagten zu 2) wird das Urteil der Einzelrichterin der 12. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 14.12.2018 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger 13.412,77 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % aus 2.570,00 € seit dem 24.3.2011 sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus weiteren 10.842,77 € seit dem 2.12.2017, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkws VW Golf, GTD 2,0 | TDI, Fahrzeugidentifikationsnummer W \_\_\_\_\_ zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu leisten für künftige Schäden, die aus der Installation derjenigen Motorsteuerung des in dem Fahrzeug GTD 2,0 | TDI, Fahrzeugidentifikationsnummr \_\_\_\_\_ verbauten Motors EA 189 resultieren, bei der es sich nach Ansicht des Kraftfahrtbundesamtes um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt.
3. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.029,35 € freizustellen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- II. Im Übrigen werden die Berufung des Klägers sowie die Berufung der Beklagten zu 2) zurückgewiesen.
- III. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 60 % und die Beklagte zu 2) 40 % zu tragen. Die Entscheidung über die Kosten der 1. Instanz bleibt der erstinstanzlichen Endentscheidung vorbehalten.
- IV. Dieses Urteil und das angefochtene Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung des jeweiligen Vollstreckungsgläubigers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- V. Die Revision wird zugelassen.

## Gründe:

### I.

Die Parteien streiten um materiellen Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sogenannten Abgasskandal, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs des Klägers.

Der Kläger erwarb mit Bestellung vom 17.3.2011 bei einem Kilometerstand von 12.860 Kilometer zu einem Gesamtpreis von 25.700,00 € einen Pkw VW Golf, GTD 2.0, TDI, 125 KW (170 PS) mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ..... bei der Beklagten zu 1), über deren Vermögen nach Klageerhebung das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. In dem streitgegenständlichen Fahrzeug, welches in die Emissionsklasse EURO 5 eingestuft ist, ist ein Dieselmotor der Baureihe EA 189 verbaut. Die im Zusammenhang mit

dem Motor verbaute Software erkennt, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befindet und schaltet zwischen zwei Betriebsmodi um. Beim Durchfahren des für die amtliche Bestimmung der Fahrzeugemission maßgeblichen neuen Europäischen Fahrzyklus (nachfolgend: NEFZ) schaltet sie in den NOx-optimierten Modus 1 um. In diesem Modus findet eine relativ hohe Abgasrückführung statt mit niedrigem Stickoxidausstoß. Im normalen Fahrbetrieb wird in den partikeloptimierten Modus 0 umgeschaltet, bei dem die Abgasrückführung geringer ist, was zu einem höheren Stickoxidausstoß führt. Mit - nicht angefochtenem - Bescheid 400-52.V/001#018 vom 14.10.2015 vertrat das Kraftfahrtbundesamt (nachfolgend: KBA) die Auffassung, dass es sich bei der eingebauten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handele und ordnete als nachträgliche Nebenbestimmung für die jeweils erteilten Typengenehmigungen gemäß § 25 Abs. 2 EG-VGV an, dass die Beklagte zu 2) zur Vermeidung eines Widerrufs der Typengenehmigung verpflichtet sei, die unzulässigen Abschaltvorrichtungen zu entfernen sowie geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen, was durch Beibringen geeigneter Nachweise zu belegen sei.

Vor diesem Hintergrund trat der Kläger von dem mit der Beklagten zu 1) geschlossenen Kaufvertrag zurück und focht diesen gleichzeitig wegen arglistiger Täuschung an. Mit Schreiben vom 23.8.2017 machte der Kläger Schadensersatzansprüche in Höhe von 25.700,00 € gegenüber der Beklagten zu 2) geltend, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs und forderte diese weiter auf, den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach - auch hinsichtlich sinnlos gemachter Aufwendungen, bisheriger Anwaltskosten sowie künftig entstehender Schäden - bis zum 5.9.2017 anzuerkennen. Die Beklagte antwortete darauf mit Schreiben vom 30.8.2017, dass alle betroffenen Fahrzeuge weiterhin technisch sicher, fahrbereit und uneingeschränkt im Straßenverkehr nutzbar seien. Gleichzeitig informierte sie den Kläger in dem Schreiben darüber, dass sie für das Fahrzeugmodell des Klägers ein Softwareupdate entwickelt habe, das geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs wieder herzustellen und vom KBA mit Bescheid vom 21.7.2016 bereits freigegeben worden sei. Sie forderte den Kläger daher auf, auf ihre Kosten eine VW-Vertragswerkstatt aufzusuchen und die Maßnahme durchführen zu lassen.

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, er sei auf der Suche nach einem wertstabilen und umweltfreundlichen Fahrzeug gewesen. Insbesondere sei es ihm wichtig gewesen,

dass das Fahrzeug allen Anforderungen für die Erteilung der „Grünen Plakette“ genüge, damit er in alle Innenstädte fahren könne. Hätte er Kenntnis von den Manipulationen des Fahrzeugs gehabt, hätte er von dessen Erwerb Abstand genommen. Die Manipulationen stellten eine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Lediglich aufgrund dieser Manipulation habe das Fahrzeug auf dem Prüfstand die maßgeblichen Grenzwerte eingehalten, nicht aber im normalen Fahrbetrieb. Der Einbau der Software sei mit Wissen und Wollen des Vorstands der Beklagten erfolgt. Dies ergebe sich aus den öffentlich zugänglichen Äußerungen der Organe und Mitarbeiter der Beklagten in Presse, Funk und Fernsehen sowie der Organisationsstruktur der Beklagten und deren Verhalten in dem Verfahren in den USA. Wegen der Einzelheiten wird auf den Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 29.4.2018 Bezug genommen. Im Übrigen hat der Kläger insoweit die Auffassung vertreten, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast treffe, da er selbst insoweit keinen Einblick in die Organisation und die Abläufe bei der Beklagten habe. Die Manipulationen seien aus reinem Profitstreben vorgenommen worden, wobei eine Schädigung der Käufer der Fahrzeuge billigend in Kauf genommen worden sei. Er selbst habe einen Schaden erlitten, weil er bei Kenntnis vom Einsatz der Software den Kaufvertrag nicht geschlossen hätte. Das Fahrzeug habe dadurch einen erheblichen Wertverlust erlitten. Für den Einbau von Sonderausstattungen seien ihm darüber hinaus Kosten in Höhe von 4.371,62 € entstanden. Notwendige Erhaltungskosten beliefen sich auf 2.991,75 €. Wegen der genauen Einzelheiten wird auf das Anlagenpaket K1 zum Schriftsatz des Klägers vom 29.4.2018 verwiesen.

Der Kläger hat zunächst die Rückabwicklung des Kaufvertrages gegenüber der Beklagten zu 1) und die Feststellung der Schadensersatzpflicht gegenüber der Beklagten zu 2) sowie die Verpflichtung zur Erstattung von vorprozessualen Rechtsanwaltsgebühren begehrt. Nach Unterbrechung des Verfahrens gegenüber der Beklagten zu 1) wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen hat der Kläger die Klageanträge geändert und zuletzt beantragt:

1. Die Beklagtenpartei zu 2) zu verurteilen, an die Klägerpartei 33.063,37 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw VW Golf GTD 2.0 TDI, Fahrzeugidentifikationsnummer \_\_\_\_\_ und Zug um Zug gegen die klägerische Zahlung ei-

ner in das Ermessen des Gerichts gestellten Nutzungsentschädigung für die Nutzung des Pkw;

2. festzustellen, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klägerpartei Ersatz zu leisten für künftige notwendige Erhaltungskosten und Verwendung auf den im Klageantrag zu Ziff. 1) genannten Pkw, und zwar bis zur Rückgabe des im Klageantrag zu 1) bezeichneten Pkw;
3. festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 2) verpflichtet ist, der Klägerpartei Schadensersatz zu bezahlen für künftige weitere Schäden, die aus der Manipulation des im Klageantrag zu 1) genannten Pkw noch entstehen werden, und zwar bis zur Rückgabe des im Klageantrag zu 1) bezeichneten Pkw;
4. die Beklagtenpartei zu verurteilen, die Klägerpartei von den durch die Beauftragung ihres Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.260,60 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.

Die Beklagte zu 2) hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 2) hat vorgetragen:

Bei der hier streitgegenständlichen Software handele es sich nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung, sondern um eine innermotorische Maßnahme. Da weder ein Entzug der Typengenehmigung des Fahrzeugs drohe, noch die Beklagte zu 2) eine Erklärung dahingehend abgegeben habe, dass die in der Typengenehmigung genannten Abgaswerte denjenigen im realen Fahrbetrieb entsprächen, liege keine Täuschung durch die Beklagte zu 2) vor. Nach dem aktuellen Ermittlungsstand gebe es keine Erkenntnisse dafür, dass die Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne an der Softwareentwicklung beteiligt gewesen seien, die Entwicklung und Verwendung in Auftrag gegeben oder zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages hiervon Kenntnis gehabt hätten.

Das Landgericht hat der Klage durch Teilurteil gegenüber der Beklagten zu 2) in Höhe von 20.149,43 €, Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs, sowie außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.171,67 € stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass dem Kläger gegen die Beklagte zu 2) ein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB zustehe, da sie den Kläger vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt habe. Die im Fahrzeug des Klägers eingebaute Software stelle eine verbotene Abschaltvorrichtung nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 dar, denn sie erkenne, ob das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb betrieben werde. Dementsprechend aktiviere die Software im Testbetrieb einen anderen Betriebsmodus mit höherer Abgasrückführungsrate als im normalen Fahrbetrieb. Die Beklagte zu 2) habe gegenüber den späteren Käufern des Fahrzeugs den Eindruck erweckt, dass für das entsprechende Fahrzeug die erforderlichen Genehmigungen und Zulassungen zu Recht und nicht durch Täuschung erwirkt worden seien, indem sie das Fahrzeug in Verkehr gebracht habe. Dies habe allein der Gewinnmaximierung gedient und sei daher als sittenwidrig einzustufen. Die Beklagte zu 2) habe auch vorsätzlich gehandelt, da die Manipulationen dem Vorstand bekannt gewesen seien. Soweit die Beklagte vortrage, dass ihr bisherigen Nachforschungen keinen Hinweis hierauf ergeben hätten, sei dieses Bestreiten nicht hinreichend substantiiert. Die Beklagte genüge damit ihrer sekundären Darlegungslast nicht. Der Schaden des Klägers liege in der Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit, die ursächlich auf dem Verhalten der Beklagten zu 2) beruhe. Es sei ohne Weiteres nachvollziehbar, dass der Kläger bei Kenntnis der Manipulationen den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte, da erforderliche Genehmigungen und Zulassungen für das Fahrzeug durch Täuschung erlangt worden seien. Dies gefährde aus Sicht eines vernünftigen Durchschnittskäufers eventuell die für die Nutzung im Straßenverkehr erforderliche Zulassung und habe zudem unabsehbare Folgen für den Verkehrs- und Wiederverkaufswert des Fahrzeuges. Der Kläger sei daher gemäß § 249 BGB so zu stellen wie er ohne Abschluss des Kaufvertrages stehen würde. Die Beklagte zu 2) müsse dem Kläger daher den Kaufpreis Zug um Zug gegen Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs zurückzahlen, abzüglich der vom Kläger gezogenen Nutzungen. Die Nutzungsentschädigung errechne sich aus der tatsächlichen Kilometerleistung zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhand-

lung von 138.482 Kilometern abzüglich der 12.860 Kilometer bei Übergabe des Fahrzeugs, multipliziert mit dem Kaufpreis und dividiert durch die zu erwartende Gesamtfahrleistung, die auf 250.000 Kilometer zu schätzen sei. Dies ergebe einen Betrag von 12.913,14 €. Ferner habe die Beklagte zu 2) dem Kläger die in Unkenntnis der eingebauten Software auf das Fahrzeug gemachten Aufwendungen in Höhe von 7.363,37 € zu ersetzen. Weiterhin stehe dem Kläger ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus einem Gegenstandswert von 20.149,43 €, mithin 1.171,67 € zu.

Ein Anspruch auf Feststellung, dass die Beklagte zu 2) für künftige Erhaltungskosten und Verwendungen sowie weitere Schäden, die aus der Manipulation noch entstehen werden, bis zur Rückgabe des Fahrzeugs einzustehen habe, stehe dem Kläger dagegen nicht zu. Insofern fehle es am Feststellungsinteresse, denn der Kläger habe die hinreichende Möglichkeit eines künftigen Schadensersatzanspruches nicht ausreichend dargelegt. Wegen der weiteren Einzelheiten der Ausführungen des Landgerichts wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Gegen dieses Urteil wenden sich sowohl der Kläger als auch die Beklagte zu 2) mit ihren Berufungen.

Der Kläger wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er macht sowohl die Verletzung materiellen als auch formellen Rechts geltend. Das Landgericht habe die Klage im Leistungsantrag zu Unrecht teilweise abgewiesen, da vom Kaufpreis keine Nutzungsschädigung habe abgezogen werden dürfen. Das Landgericht habe die Bedeutung der Übereinstimmungsbescheinigung nach Anhang IX der Richtlinie 2007/46/EG verkannt. Dieser komme drittschützende Wirkung zu. Bereits aus dem vom EuGH entwickelten Effektivitätsgebot ergebe sich, dass, um Rechtsverstöße effektiv zu sanktionieren, ein Schadensersatzanspruch ohne Nutzungsschädigung bestehe. Im Übrigen sei die Berechnungsgrundlage des Landgerichts falsch, da von einer Gesamtleistung des Fahrzeugs von 500.000 Kilometern auszugehen sei. VW selbst werbe z.B. für den Passat mit 500.000 Kilometern und bei vergleichbaren Fahrzeugen mit Laufleistungen eines Motors EA 189 zwischen 700.000 und 1.000.000 Kilometern. Zumindest habe das Landgericht hierüber Beweis erheben müssen. Die Feststellungsanträge habe das Landgericht ebenfalls zu Unrecht abgewiesen, da ein Feststellungsinteresse gegeben sei. Das öffentlich-rechtlich verfügte



Zwangsupdate führe zu mehr Kraftstoffverbrauch, erhöhtem Partikelaustritt und verkürze die Lebenszeit sowohl des Dieselpartikelfilters als auch des Motors. Ferner sei mit weiteren notwendigen Verwendungen auf das Fahrzeug zu rechnen. So habe der Kläger am 28.12.2018 für die Reparatur des Scheibenwischers 17,99 € aufgewandt. Darüber hinaus sei mit einer Kfz-Steuernachforderung zu rechnen. Da sich die Kfz-Steuer nach dem CO<sub>2</sub>-Ausstoß richte und das Fahrzeug nach dem Update einen höheren CO<sub>2</sub>-Ausstoß habe. Außerdem sei das Fahrzeug derzeit zur Miete untergestellt. Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren seien aus einem Streitwert von 40.563,37 € zu berechnen. Da die Sache besonders umfangreich und schwierig sei, sei eine 2,5-fache Gebühr gerechtfertigt.

Der Kläger hat gegen Ende des Jahres 2018 das Update aufspielen lassen und das Fahrzeug Ende März 2019 bei einem Kilometerstand von 144.229 Kilometern stillgelegt. Das Fahrzeug ist seitdem nicht mehr bewegt worden.

Der Kläger hatte zunächst den Hilfsantrag zu 1) gegenüber der Beklagten zu 1) gestellt und erst auf Hinweis des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 19.8.2019 den Antrag zu 1) auf die Beklagte zu 2) umgestellt und zuletzt beantragt:

Das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 14.12.2018, Az. 12 O 213/17 aufzuheben, soweit die Klage abgewiesen wurde, und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und zur Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts Koblenz zurückzuverweisen;

hilfsweise für den Fall, dass eine Zurückweisung nicht in Betracht kommt,

das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 14.12.2018, Az. 12 O 213/17 aufzuheben, soweit die Klage abgewiesen wurde, und wie folgt abzuändern:

1. Die Beklagtenpartei zu 1) wird verurteilt, an die Klagepartei weitere 12.931,93 € zu zahlen und 4 % Zinsen pro Jahr gemäß § 849 BGB für die Zeit vom 24.3.2011 bis 30.4.2019 aus 25.700,00 € in Höhe von 8.309,00 € sowie weitere 4 % Zinsen pro Jahr vom 1.11.2011 bis 30.4.2019 aus 4.371,62 € in Höhe von 1.836,07 € und weitere Zinsen von 4 % pro Jahr seit dem 1.5.2019 aus 30.071,62 € zu zahlen, jeweils Zug um Zug gegen Übereignung und

Herausgabe des Pkw VW Golf GTD 2.0 TDI, Fahrzeugidentifikationsnummer  
, Erstzulassung 12.7.2010 und Zug um Zug gegen  
die klägerische Zahlung einer in das Ermessen des Gerichts gestellten  
Nutzungsentschädigung für die Nutzung des Pkws und der Zinsen gemäß  
§ 849 BGB,  
hilfsweise für den Fall, dass Zinsen gemäß § 849 BGB unbegründet sein soll-  
ten,  
die Beklagte zu 2) zu verurteilen, weitere Verzugszinsen aus 12.931,93 € in  
Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem  
1.12.2017 zu zahlen;

2. festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 2) verpflichtet ist, der Klägerpartei Schadensersatz zu leisten für künftige Schäden, die aus der gesetzeswidrigen Manipulation des im Klageantrag zu 1) genannten Pkw noch entstehen werden, insbesondere durch die Installation der verbotenen Abschalteinrichtung und der anschließenden Manipulation durch das vom Kraftfahrtbundesamt verfügte Softwareupdate mit dem Code 23R7;
3. festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 2) verpflichtet ist, der Klägerpartei Ersatz zu leisten für künftige notwendige Verwendungen auf den im Klageantrag zu 1) genannten Pkw bis zur Übergabe des Pkws;
4. die Beklagtenpartei zu 2) zu verurteilen, die Klägerpartei von den durch die Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten von weiteren entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von insgesamt 3.736,60 € - getrennt von dem Erstattungsanspruch gegenüber der Beklagtenpartei zu 1) - freizustellen;
5. festzustellen, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des zu Ziff. 1) genannten Pkw in Verzug befindet.

Die Beklagte zu 2) rügt hinsichtlich des geänderten Hilfsantrags zu 1) Verspätung. Da es sich um einen neuen Antrag handele, stellt die Beklagte zu 2) zu dem Hilfsantrag zu 1) des

Klägers keinen Antrag und beantragt im Übrigen,

die Berufung des Klägers als unzulässig zu verwerfen,  
hilfsweise zurückzuweisen.

Lediglich für den Fall, dass der Senat von einer Korrektur des bislang gestellten Berufungsantrags zu 1) ausgehen sollte, beantragt sie auch insoweit,

die Berufung des Klägers als unzulässig zu verwerfen,  
hilfsweise zurückzuweisen.

Weiterhin beantragt die Beklagte zu 2),

das Urteil des Landgerichts vom 14. Dezember 2018, Az. 12 O 213/17, abzuändern  
und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zu 2) zurückzuweisen.

Die Beklagte zu 2) wiederholt und vertieft ebenfalls ihren erstinstanzlichen Vortrag. Weiter bestreitet sie, dass der Kläger bei Kenntnis der Manipulationen vom Kauf des Fahrzeugs Abstand genommen hätte. Das Landgericht habe im Rahmen des § 826 BGB nicht vom Vorsatz des Vorstandes der Beklagten zu 2) ausgehen dürfen, da die Beklagte zu 2) keine sekundäre Darlegungslast treffe. Jedenfalls erlaube § 138 Abs. 3 ZPO nicht die Fiktion eines Schädigungsvorsatzes. Wegen der genauen Einzelheiten wird auf den Berufungsbeurteilungsschriftsatz der Beklagten zu 2) vom 1.4.2019 Bezug genommen. Jedenfalls fehle es an einem Schaden des Klägers, da das Fahrzeug für die Nutzungszwecke des Klägers uneingeschränkt gebrauchsfähig sei. Durch das Softwareupdate habe das Fahrzeug keinen Wertverlust erlitten. Vielmehr führe das Softwareupdate dazu, dass negative Folgen oder Risiken im Zusammenhang mit der ursprünglichen Software nicht mehr zu erwarten seien und ein Schaden des Klägers zum Zeitpunkt der bei deliktischen Ansprüchen wie hier allein maßgeblichen letzten mündlichen Tatsachenverhandlung nicht vorliege.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Parteivernehmung des Klägers. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 19.8.2019 Bezug genommen.

## II.

Die jeweils zulässigen Berufungen des Klägers und der Beklagten zu 2) sind jeweils nur teilweise begründet.

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere genügt die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Soweit die Beklagte zu 2) geltend macht, die Berufung des Klägers sei bereits unzulässig, da die Berufungsbegründung Wort für Wort, Satz für Satz und Absatz für Absatz die Ausführungen in der Replik auf S. 33 - 36 wiederhole, ist dies so nicht zutreffend. Die Replik vom 29.04.2018 stimmt auf den Seiten 33-36 textlich nicht mit dem Berufungsbegründungsschriftsatz überein. Es befindet sich auch kein erstinstanzlicher Schriftsatz des Klägers in den Gerichtsakten, der auf den S. 33 - 36 Wort für Wort mit dem Berufungsbegründungsschriftsatz vom 21.1.2019 übereinstimmen würde. Hinzu kommt, dass es für die Zulässigkeit der Berufung ausreichend ist, dass die Berufung auf den Streitfall zugeschnitten ist und deutlich macht, auf welche Punkte tatsächlicher oder rechtlicher Art sich die Angriffe erstrecken sollen. Weder Schlüssigkeit noch Vertretbarkeit der Begründung sind Zulässigkeitsvoraussetzungen (vgl. BGH, NJW - RR 2012, 397; BGH, MDR 2012, 244; BGH, WuM 2010, 694). Diesen Anforderungen genügt der Berufungsbegründungsschriftsatz des Klägers vom 21.1.2019. Der Kläger hat in dem Schriftsatz deutlich hervorgehoben, dass das Landgericht von dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu Unrecht eine Nutzungsentschädigung abgezogen und selbst wenn ein Abzug gerechtfertigt sein sollte, jedenfalls von einer falschen Berechnungsgrundlage ausgegangen sei. Außerdem hätten die von ihm gestellten Feststellungsanträge nicht abgewiesen werden dürfen, da das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben sei. Damit bringt der Kläger klar zum Ausdruck, in welchen Punkten er das erstinstanzliche Urteil angreift. Soweit der Kläger zur Begründung seiner Berufungsangriffe dann überwiegend seinen erstinstanzlichen Vortrag zu diesen Punkten wiederholt, steht dies nach den eingangs dargestellten Maßstäben der Zulässigkeit der Berufung nicht entgegen. Der Umstand, dass viele Ausführungen

rungen eher allgemeiner Art sind, hängt mit der hier vorliegenden Fallkonstellation einer Flut von Verfahren von Klägern, die gleichgelagerte Schäden im Rahmen des Dieselabgas-skandals geltend machen, zusammen. Gleichwohl ist durch einleitende und überleitende Sätze ein ausreichender Bezug zum hier zu entscheidenden Fall hergestellt.

Die Berufung der Beklagten zu 2) ist ebenfalls zulässig.

2.

a) Der rein prozessuale Hauptantrag des Klägers scheitert bereits an der fehlenden Darlegung der Gründe für dieses Begehren. Wesentliche Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, die eine Zurückverweisung rechtfertigen würden, sind nicht erkennbar.

b) Soweit sich die Berufung des Klägers gegen die teilweise Abweisung des Klageantrags zu 1) wendet, erweist sie sich als unbegründet. Die gegen die Verurteilung auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 20.149,43 €, Zug um Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des Pkws gerichtete Berufung der Beklagten zu 2) ist demgegenüber in der Höhe teilweise begründet.

aa) Bei der erstmals in der letzten mündlichen Verhandlung vorgenommenen Umstellung des Berufungsantrags zu 1) von der Beklagten zu 1) auf die Beklagte zu 2) handelt es sich nicht um einen neuen Antrag, sondern lediglich um die Korrektur eines Schreibversehens in dem ursprünglich gestellten Antrag, so dass die Entscheidung hierüber nicht zu vertagen ist, sondern hierüber entschieden werden kann und insoweit die hilfsweise gestellten Anträge der Beklagten zu 2) auf Verwerfung bzw. Zurückweisung der Berufung Platz greifen. Zwar ist in der Berufungsbegründung der Hilfsantrag zu 1) gegenüber der Beklagten zu 1) gestellt, während die übrigen Anträge gegenüber der Beklagten zu 2) gestellt sind. Dabei handelt es sich jedoch um ein offensichtliches Schreibversehen, was sich daraus ergibt, dass im Rubrum der Berufungsbegründung hinter der Beklagten zu 1) in Klammern vermerkt ist „*Verfahren unterbrochen wegen Insolvenz*“. Ferner ist lediglich die Beklagte zu 2) als Berufungsbeklagte bezeichnet. In dem Schriftsatz selbst wird nicht zwischen der Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) unterschieden, sondern es ist lediglich von der Beklagtenpartei die Rede. Soweit auch in den Folgeschriftsätzen der Antrag gegenüber der Beklagten zu 1) gestellt wird, steht dies diesem Ergebnis nicht entgegen. Sowohl im Schriftsatz vom 3.2.2019

als auch im Schreiben vom 7.2.2019 ist jeweils am Ende festgehalten, dass die Beklagte zu 1) am Berufungsverfahren nicht beteiligt sei und daher nur eine beglaubigte Abschrift übersandt werde. Auch im Schriftsatz vom 22.4.2019 ist am Ende festgehalten, dass nur eine Abschrift für die Beklagte zu 2) beigelegt sei. Daraus ist eindeutig zu entnehmen, dass sich der Berufungsantrag zu 1) ebenfalls nur gegen die Beklagte zu 2) richtete.

bb) Dem Kläger steht gegen die Beklagte zu 2) gemäß § 826 Abs. 2 i.V.m. § 31 BGB analog wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch zu. Nach Anrechnung der von ihm gezogenen Nutzung ergibt sich ein Anspruch auf Zahlung von 9.457,20 €, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs. Dem Kläger ist ein gegen die guten Sitten verstoßender vorsätzlicher Schaden zugefügt worden. Dies ist der Beklagten zuzurechnen.

(1) Das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit der streitgegenständlichen Umschaltlogik stellt eine konkludente Täuschung dar. Denn mit dem Inverkehrbringen gibt ein Hersteller konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz des Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist. Dies war vorliegend allerdings nicht der Fall, weil die verwendete Umschaltlogik in der Motorsteuerungssoftware als verbotene Abschaltvorrichtung zu qualifizieren ist mit der Folge, dass der Widerruf der Typengenehmigung droht (vgl. OLG Karlsruhe, WM 2019, 881 ff.; OLG Koblenz, NJW 2019, 2237 ff.).

Mit der Inverkehrgabe des Fahrzeugs bringt der Hersteller jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden darf, d.h. über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei der Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter, konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typengenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen Kraftfahrtbundesamtes erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich nicht entspricht. Auch dies bestätigt der Hersteller mit der Inverkehrgabe zumindest konkludent (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.).

Bei der im Fahrzeug des Klägers vorhandenen Einrichtung, die bei erkanntem Prüfbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert, handelt es sich um eine nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typengenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABL L 171 v. 29. Juni 2007; nachfolgend: VO 715/2007/EG) unzulässige Abschaltvorrichtung. Die Verwendung der betreffenden Software im Fahrzeug des Klägers ist nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässig. Nach dieser Vorschrift hat der Hersteller von ihm gefertigte Neufahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die vorgegebenen Emissionsgrenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO 715/2007/EG), und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche erhebliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO 715/2007/EG) erreicht wird. Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern sind daher nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG unzulässig, sofern nicht ausdrücklich normierte Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG) greifen (vgl. auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7-3000-031/16, S. 12 ff.). Dabei ist eine „Abschaltvorrichtung“ gemäß Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG definiert als jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingeleiteten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

Ausgehend von diesen weit gefassten Bestimmungen handelt es sich auch bei der im Fahrzeug des Klägers installierten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 28. Mai 2018 - 27 U 13/17 -, juris,

Rn. 2; OLG Koblenz, NJW-RR 2018, 376, Rn. 20; OVG Münster, Beschluss vom 17. August 2018 - 8 B 548/18 -, juris, Rn. 1; Führ, NVwZ 2017, 265, 266; Legner, VUR 2018, 251, 253; Harriehausen, NJW 2018, 3137, 3140). Denn eine solche Software erkennt, ob sich das Fahrzeug in einem Prüfzyklus zur Ermittlung der Emissionswerte befindet und schaltet in diesem Fall in einen Modus, bei dem verstärkt Abgase in den Motor zurückgelangen und sich so der Ausstoß von Stickoxiden (NO<sub>x</sub>-Werte) verringert. Im normalen Fahrbetrieb hingegen aktiviert eine solche Software einen anderen Modus, bei dem eine Abgasrückführung nur in geringerem Umfang stattfindet; sie ermittelt also aufgrund technischer Parameter die betreffende Betriebsart des Fahrzeugs (Prüfbetrieb oder Echtbetrieb) und aktiviert oder deaktiviert dementsprechend die Abgasrückführung, was unmittelbar die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems beeinträchtigt.

Soweit Art. 5 Abs 2 S. 2 VO 715/2007/EG in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschaltvorrichtungen gestattet, sind die hierfür erforderlichen (engen) Voraussetzungen im hier vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die vorgesehenen Ausnahmen kommen - nicht zuletzt aufgrund des in Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG ausdrücklich genannten Regelungszwecks dieser Vorschrift - hier von vornherein nicht in Betracht, da die betreffende Abschaltvorrichtung gerade dazu dient, bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen, um auf diese Weise die Einhaltung der (anderenfalls nicht erreichten) Emissionsgrenzwerte sicherzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 - III ZR 225/17 -, zitiert nach juris).

Hinzu kommt, dass auch das KBA in seinem bestandskräftigen Bescheid vom 14.10.2015 davon ausgeht, dass bei dem Motor des Typs EA 189 eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) 715/2007 vorliegt.

(2) Die Entscheidung der Beklagten zu 2), das hier in Streit stehende und mit dem Motor EA 189 ausgestattete Fahrzeug, in das die oben genannte Software eingebaut war, mit der erschlichenen Typengenehmigung in den Verkehr zu bringen, stellt eine sittenwidrige Handlung dar. 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. Dafür genügt es im allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflichtverletzung und einen Vermögensschaden hervorruft.



Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Dabei kann es auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Sie kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, Urteil vom 28.6.2016 - VI ZR 516/15 -, Rn. 16, juris). Bezüglich des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden kommt es wesentlich auf die berechtigten Verhaltenserwartungen im Verkehr an (Staudinger/Ötzler, BGB [2014], § 826, Rn. 31).

Ausgehend von diesen Maßstäben ist das Verhalten der Beklagten zu 2) als sittenwidrig einzustufen. Als Beweggrund für die Vornahme der Manipulationen am Motor bzw. der Abgassteuerung und -reinigung und der entsprechenden Täuschung darüber, kommt vorliegend allein eine angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen in Betracht. Es erscheint lebensfremd, dass die Beklagte das mit der Verwendung der Abschaltsoftware verbundene erhebliche Risiko ohne wirtschaftlichen Vorteil eingegangen wäre (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 16.7.2018 - 27 U 10/18 -, juris, Rn. 20; OLG Karlsruhe, WM 2019, 881 ff.).

Zwar ist allein ein Handeln aus Gewinnstreben nicht als verwerflich zu beurteilen. Jedoch erscheint hier zum einen die Art und Weise der Täuschung als verwerflich: In diesem Rahmen ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 2) in großem Umfang und mit erheblichem technischen Aufwand zentrale Zulassungsvorschriften umgangen und zugleich ihre Kunden konkludent getäuscht hat. Sie hat dabei nicht nur einfach vorgeschriebene Abgaswerte außer Acht gelassen, sondern mit der vorgenommenen Manipulation an diesem Motortyp für alle davon betroffenen Fahrzeuge zugleich ein System der planmäßigen Verschleierung ihres Vorgehens gegenüber den Aufsichtsbehörden einerseits sowie nachfolgend, nach dem Inverkehrbringen der Fahrzeuge, gegenüber den Verbrauchern andererseits geschaffen. Es lag also eine bewusste Täuschung der Aufsichtsbehörden einerseits und der Verbraucher andererseits vor, um die entsprechenden Typengenehmigungen für die Fahrzeuge zu erhalten und diese dann so in Verkehr bringen zu können, um dadurch entsprechende Vertragsschlüsse der Händler mit den Kunden herbeiführen zu können.

Zum anderen ergibt sich die Verwerflichkeit des Handelns aus den resultierenden Folgen:

Den Käufern droht ein erheblicher Schaden in Form der Stilllegung des erworbenen Fahrzeugs. Das von der Beklagten zu 2) angebotene Softwareupdate stellt allein ein Angebot der Schadenswiedergutmachung dar (vgl. OLG Karlsruhe, WM 2019, 881 ff.).

Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2) ist dieses Ergebnis auch unter Schutzzweckgesichtspunkten nicht zu korrigieren. Die Haftung aus § 826 BGB knüpft - anders als etwa ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. mit bestimmten europarechtlichen Normen - nicht unmittelbar an den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 an, sondern folgt aus der mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs verbundenen Täuschung über die Erfüllung der materiellen Typengenehmigungsvoraussetzungen. Diese Pflichtverletzung ist für den Rechtskreis des Käufers ersichtlich von Bedeutung, weil über einen die Kaufentscheidung wesentlich beeinflussenden Umstand getäuscht wird.

(3) Auch die subjektiven Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte sind zu bejahen. Die Beklagte zu 2) hat den Kläger vorsätzlich geschädigt. Sie muss sich das Verhalten ihrer Repräsentanten, deren Wissen als zugestanden anzusehen ist, zurechnen lassen. Bereits aus der Verheimlichung des Einsatzes der Software gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt, den beteiligten Stellen und potentiellen Kunden gegenüber ergibt sich mit hinreichender Sicherheit, dass die beteiligten Mitarbeiter der Beklagten zu 2) auch in der Vorstellung handelten, dass der Einsatz der Software zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Typengenehmigung und der Betriebszulassung der so ausgestatteten Fahrzeuge führen könnte und dass potentielle Kunden Fahrzeuge, die derart mit rechtlichen Unsicherheiten belastet waren, nicht ohne weiteres erwerben würden.

Diese Kenntnisse und Vorstellungen sind der Beklagten zu 2) nach § 31 BGB zuzurechnen, weil aufgrund des hier maßgebenden Sach- und Streitstandes davon auszugehen ist, dass der Vorstand der Beklagten nicht nur über umfassende Kenntnisse von dem Einsatz der oben geschilderten Software verfügte, sondern auch in der Vorstellung die Herstellung und die Inverkehrgabe der mangelbehafteten Motoren veranlasste, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis weiterveräußert werden würden.

Insoweit greift in zweierlei Hinsicht zugunsten des Zweitkäufers und darunter auch des Klägers eine Erleichterung der Darlegungslast.

Steht nämlich ein (primär) darlegungspflichtiger Anspruchsteller außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs und kennt der Anspruchsgegner alle wesentlichen Tatsachen, so genügt nach den höchstrichterlichen Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast das einfache Bestreiten seitens des Anspruchsgegners nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 - III ZR 239/06 -, juris, Rn. 16 m.w.N. zur BGH-Rechtsprechung).

Soll aber für diese höchstrichterliche Rechtsprechung überhaupt ein Anwendungsbereich eröffnet sein, müssen schon die Anforderungen an die primären Darlegungen seitens des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der nach dem maßgebenden Tatbestandsmerkmal erforderlichen Tatsache beschränkt werden, denn zur Frage des Umfangs einer sekundären Darlegungslast kann man stets nur dann gelangen, wenn der Anspruchsteller die Voraussetzungen der ihn treffenden primären Darlegungslast zu erfüllen vermag. Das aber kann mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Anspruchsteller in den von der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung erörterten Fällen jeweils außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihm entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen, nur dann geschehen, wenn man allgemeine Behauptungen ausreichen lässt und von weiterer Substantiierung absieht.

Vor diesem Hintergrund reicht einerseits die Behauptung des Klägers aus, dass dem Vorstand der Beklagten sämtliche oben erörterten Umstände bekannt gewesen seien, während andererseits das Vorbringen der Beklagten zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, der Bezahlung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der oben erwähnten Motorsteuerungssoftware nicht einmal ansatzweise ausreichen. Da die Beklagte auch nicht konkret darlegt, dass und wie einzelne Mitarbeiter unter Ausschluss des Vorstandes die mangelhafte Software pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden ließen, kann sich die Beklagte auch hierauf nicht berufen und muss es sowohl bei der Annahme umfassender Kenntnisse des Vorstands der Beklagten als auch bei der Anwendung des § 31 BGB im Sinne einer Zurechnung bleiben (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03. Januar 2019, 18 U 70/18-, juris).

(4) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass

dem Kläger ein Schaden entstanden ist, der in dem Erwerb des Fahrzeugs des mit der manipulativ wirkenden Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Fahrzeugs liegt, weil das erworbene Fahrzeug infolge der eingesetzten Software hinter den Vorstellungen des Klägers von der allgemein ordnungsgemäßen Ausrüstung des zu erwerbenden Pkw zurückblieb und sich dieses Zurückbleiben schon infolge der damit zunächst verbundenen Unsicherheiten für die Typengenehmigung und die Betriebszulassung nachteilig auf den Vermögenswert des Pkws auswirkte. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist es zunächst ohne weiteres nachvollziehbar, dass der Kläger bei Kenntnis der Manipulation den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte, da der Umstand, dass die erforderlichen Genehmigungen und Zulassungen für das Fahrzeug durch Täuschung erlangt worden sind, aus der Sicht eines vernünftigen Durchschnittskäufers eventuell die für die Nutzung im Straßenverkehr erforderliche Zulassung gefährdet und zudem unabsehbare Folgen für den Verkehrs- und Wiederverkaufswert des Fahrzeugs hat. Für ihre gegenteilige Behauptung, wonach der Kläger bei Aufklärung über die Manipulation das Fahrzeug gleichwohl erworben hätte, ist die Beklagte zu 2) beweisfällig geblieben. Der Kläger hat insoweit im Rahmen seiner Parteivernehmung bekundet, dass er sich vor dem Kauf zwar nicht über die konkreten Schadstoffwerte des Fahrzeugs informiert habe, jedoch darüber, dass es die Euro-5-Norm erfülle und mit der „Grünen Plakette“ ausgestattet sei. Hätte er gewusst, dass das Fahrzeug mit einer besonderen Software ausgestattet sei, die den Motor gezielt beeinflusse, wenn er auf dem Prüfstand stehe und für diesen Fall die Abgaswerte dann auch einhalten könne, hätte er von dem Kauf des Fahrzeugs, selbst bei einem angebotenen Preisnachlass, Abstand genommen. Unabhängig von den konkreten Abgaswerten hätte er das Fahrzeug auch nicht gekauft, wenn er bereits Informationen dahingehend gehabt hätte, dass es mit der Zulassung des Fahrzeugs Probleme geben könne. Die Angaben des Klägers sind plausibel und in sich widerspruchsfrei. Der Senat hat keine Anhaltspunkte, am Wahrheitsgehalt der Aussage des Klägers zu zweifeln. Er hat von Anfang an vorgetragen, dass ihm die „Grüne Plakette“ wichtig gewesen sei, um in alle Innenstädte einfahren zu können. Weiterhin hat der Kläger in seiner Parteivernehmung im Einzelnen dargelegt, dass er das Fahrzeug als Ersatz für einen Audi A 3 erworben habe, der lediglich über die „Gelbe Plakette“ verfügte und noch längere Zeit hätte genutzt werden können. Diese Angaben des Klägers waren als glaubhaft einzustufen. Auch entspricht es der Lebenserfahrung, dass der Kläger ein Fahrzeug, bei dem es infolge von Manipulationen an der Motorsteuerung zu Problemen mit der Typengenehmigung und Zulassung des Fahrzeugs kommen kann, nicht erworben hätte.

Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger grundsätzlich ein Fahrzeug, welches von einer Rückrufaktion (z.B. wegen eines fehlerhaften Kabelbaums) betroffen gewesen wäre, erworben hätte. Anders als bei sonstigen Rückrufaktionen ging es hier um gezielte Manipulationen der Motorsteuerung, so dass zum Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs noch keinesfalls absehbar war, ob im Falle der Entdeckung der Manipulationen mit technischen Maßnahmen die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs überhaupt würde erreicht werden können und ob das KBA solche Maßnahmen überhaupt genehmigen würde. Der Beklagten zu 2) ist daher der Beweis, dass der Kläger das Fahrzeug auch bei Kenntnis der Manipulationen an der Software erworben hätte, nicht gelungen. Vielmehr steht im Gegenteil zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kläger dieses Fahrzeug nicht erworben hätte.

Da der Schadensersatzanspruch des Klägers bereits mit dem Erwerb des Fahrzeugs entstanden ist und auf Restitution durch Rückabwicklung des Kaufs gerichtet ist, kann in der Ende 2018 erfolgten Ausstattung des Fahrzeugs mit dem vom Kraftfahrtbundesamt erzwungenen Softwareupdate keine Erfüllung des Schadensersatzanspruches liegen. Auch ein Entfallen des Schadens infolge eines überholenden Kausalverlaufs vermag die Beklagte insofern nicht hinreichend darzulegen, als sie nicht durch Offenlegung des Softwareupdates in allen Details dartut, dass das Softwareupdate keine anderen negativen Auswirkungen haben kann. Angesichts dessen muss es bei dem hier vom Senat bejahten Schaden, der in dem Erwerb eines Fahrzeugs mit nicht gewollten Eigenschaften liegt, bleiben. Die Beklagte hat gemäß § 249 BGB den Kläger so zu stellen wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten, hier also der streitgegenständliche Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Dem Kläger steht daher im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrags zu, d.h. Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (vgl. BGH, WM 2004, 1721; BGH, WM 2014, 2318).

(5) Es entspricht ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12.3.2009 - VI ZR 26/06 -, juris, Rn. 16; Grüneberg in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, vor § 249, Rn. 71). Solange Ersatzanspruch und Vorteil nicht gleichartig sind, muss der Schädiger Schadensersatz

nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an, insbesondere bedarf es anders als in den Fällen der §§ 320, 322, 348 BGB keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23.6.2015 = WM 2015, 1461, juris, Rn. 23 f.).

Soweit der Kläger prinzipielle Einwände gegen die Berücksichtigung der Nutzung des Fahrzeugs als Abzugsposten im Rahmen der deliktischen Haftung vorbringt, greifen diese nicht durch (vgl. BGH, Urteil vom 2.7.1962 = WM 1962, 1006, juris, Rn. 5 f.). Der Einwand, der wegen Arglist haftende Hersteller dürfe die Wertschöpfung des inkriminierten Warenansatzes nicht doch noch im Wege der Schadensberechnung zeitweilig realisieren, da dies dazu führen würde, dass die Haftung für ihn rein wirtschaftlich nahezu keinen Unterschied mache und die Präventionsfunktion des Deliktrechts verfehlt würde, vernachlässigt, dass das deutsche Zivilrecht als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB) vorsieht, nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten. Die Bestrafung und eine - im Rahmen der Schuld angemessene - Abschreckung sind mögliche Ziele des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts (wobei die Geldstrafe oder -buße an den Staat fließt), nicht aber des Zivilrechts.

Der weitere Einwand, die Berücksichtigung des Nutzungersatzes verbiete sich im Hinblick auf den Zweck der Haftung für Verstöße gegen die hier zugrunde liegenden europarechtlichen Normen und der maßgebliche Effektivitätsgrundsatz steuere auch die Frage des Vorteilsausgleichs, es dürfe nicht zu einer unbilligen Belastung des Geschädigten und unbilligen Entlastung des Schädigers kommen, die aber stets drohe, wenn der Zweck der einschlägigen Haftungsnorm frustriert werde (vgl. Harke, VuR 2017, 83, 90 d. I.), trifft nicht zu. Diese Argumentation übersieht ebenfalls, dass es bereits an einer unbilligen Belastung des Geschädigten fehlt: Dieser muss sich ausschließlich den Wert der tatsächlich gezogenen Nutzung entgegenhalten lassen, nicht etwa zusätzlich einen Wertverlust der Sache allein durch Alterung oder ähnliches.

Ebenso fehlt das weitere Argument des Klägers, wonach die einschlägigen europarechtlichen Normen das Gebot abschreckender Sanktionen enthielten, was zu einer Haftung im nationalen Recht nötige, die hier durch die Berechnung des Nutzungersatzes beein-

trächtig sei. Es bestehe vorliegend, wie bei dem auf Nacherfüllung klagenden Käufer, auch nicht die Gefahr einer ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. Harke, VuR 2017, 83, 91 d. II.).

Zwar trifft es zu, dass die einschlägigen europarechtlichen Regelungen dem nationalen Gesetzgeber auferlegen, für Verstöße wirksame Sanktionen zu verhängen, beispielsweise Art. 13 Abs. 2 lit. d VO (EG) 715/2007 betreffend das Verbot illegaler Abschaltvorrichtungen. Derartige Sanktionen sind aber - wie oben dargelegt - im deutschen Recht regelmäßig dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht vorbehalten. Eine etwaige unzureichende Sanktionierung des Verhaltens durch den Gesetzgeber ist nicht durch die Justiz im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung zu korrigieren.

Auch die vom Kläger gezogene Parallele zur Frage des kaufvertraglichen Gewährleistungsanspruchs auf Nachlieferung verbietet sich. Denn in der die Nachlieferung regelnden Richtlinie 1999/44/EG ist in Art. 3 Abs. 3 ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der Nachlieferung normiert. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht es dem nationalen Gesetzgeber demgegenüber insbesondere frei, im Fall der vertraglichen Rückabwicklung dem Verbraucher die Erstattung von Nutzungersatz aufzuerlegen (vgl. EuGH, Urteil vom 17.4.2008, C-404/06, juris, Rn. 39; Reinking/Eggert, Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 1158; BGH, Urteil vom 16.9.2009 - VI ZR 243/08 -, juris, Rn. 14 f.). Regelungen über die Abwicklung von Kaufverträgen oder der deliktischen Schadensersatzpflicht des Herstellers bei Verstößen lassen sich den europarechtlichen Vorschriften zur Typengenehmigung nicht entnehmen.

Schließlich besteht auch kein Anlass, den Nutzungersatz im Hinblick auf den der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen (so aber Harke, VuR 2017, 83, 91 d. III.).

Die Berücksichtigung des mit dem Mangel verbundenen Minderwerts kommt nur in Betracht, wenn der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich einschränkt (vgl. Reinking/Eggert, Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 1173). Im vorliegenden Fall war die fortdauernde Nutzbarkeit des Fahrzeugs allein aus Rechtsgründen nicht sichergestellt, auf den tatsächlichen Gebrauch hatte dies aber keinerlei Auswirkungen. Insofern kommt auch unter diesem Gesichtspunkt eine Herabsetzung des Nutzungersatzes nicht in Betracht (vgl. OLG Karlsruhe, WM 2019, 881 f.).

Die zeitanteilige lineare Wertminderung ist im Vergleich zwischen tatsächlichem Gebrauch und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer, ausgehend vom Bruttokaufpreis im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO zu ermitteln (BGH, NJW 1995, 2159). Dabei ist Anknüpfungspunkt der gezahlte Bruttokaufpreis, der den Nutzungswert des Fahrzeugs verkörpert. Die im Einzelfall unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtfahrlaufleistung stellt den Gesamtgebrauchswert dar. Zu vergüten sind die Gebrauchsvorteile bei der Rückgabe des Fahrzeugs (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 1186). Mit dem Landgericht schätzt der Senat gemäß § 287 BGB die Gesamtlaufleistung auf 250.000 Kilometer. Entgegen der Ansicht des Klägers bedurfte es hierzu keines Sachverständigengutachtens. Soweit der Kläger darauf verweist, dass die Beklagte zu 2) für einen VW Passat mit einer Gesamtfahrlaufleistung von 500.000 Kilometern und für einen VW Amarok von mehr als 600.000 Kilometern geworben habe, ist dies auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, da es sich bei dem Fahrzeug des Klägers um einen VW Golf GTD handelt. Dieser ist mit einem VW Passat oder VW Amarok nicht vergleichbar. Im Übrigen heißt es in der vom Kläger in Bezug genommenen Werbung: „...*Herstellergarantie mit einer Absicherung bis zu einer Gesamtlaufleistung von 500.000 Kilometern.*“ Dies stellt nach dem Wortlaut gerade keine Garantie dar, dass jedes Fahrzeug eine Gesamtlaufleistung von 500.000 Kilometern erreicht, sondern schließt dies lediglich nicht aus. Soweit der Kläger erstinstanzlich weiter vorgetragen hat, dass Autobild.de berichtet habe, VW 2,0l Motoren erreichten Gesamtlaufleistungen von 750.000 Kilometern und 580.000 Kilometern, ist nicht ersichtlich in Bezug auf welches Modell sich diese Aussage bezieht und in welchem Kontext sie steht. Entscheidend ist nämlich nicht die mögliche Laufleistung des Motors an sich, sondern die Lebensdauer des gesamten Fahrzeugs. Dies kann nicht losgelöst vom konkreten Modell beurteilt werden. Konkreten Sachvortrag, der einer Begutachtung zugänglich wäre, weshalb das vom Kläger erworbene Fahrzeug eine Laufleistung von 500.000 Kilometern erreichen sollte, hat der Kläger nicht gehalten. Allein die Behauptung, wonach er nur motorschonende Langstreckenfahrten unternehme, ist hierfür nicht ausreichend. Die vom Landgericht vorgenommene Schätzung ist daher nicht zu beanstanden und wird auch vom Senat als Berechnungsgrundlage zugrunde gelegt. Die Laufleistung zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung betrug 144.229 Kilometer. Die abzuziehende Nutzungsentschädigung errechnet sich dann grundsätzlich nach der Formel  $\text{Gebrauchsvorteil} = \text{Bruttokaufpreis} \times \frac{\text{gefahrene Kilometer}}{\text{durch erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt}}$ . Der Bruttokauf-



preis betrug 25.700,00 €. Die gefahrenen Kilometer belaufen sich auf 131.369 km (144.229 km in der mündlichen Verhandlung abzüglich 12.860 km zum Erwerbszeitpunkt). Im Erwerbszeitpunkt betrug die erwartete Restlaufleistung 237.140 km (250.000 km zu erwartende Gesamtlaufleistung abzüglich bereits gefahrener 12.860 km). Im hier zu entscheidenden Fall ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass der Kläger das Fahrzeug mit Sonderzubehör im Wert von 4.371,62 € ausgestattet hat. Diese Investitionen hat er zum weit überwiegenden Teil im Jahr 2011 unmittelbar nach Erwerb des Fahrzeugs vorgenommen. Ausgehend von dem oben dargestellten Grundsatz, dass der Geschädigte durch das schädigende Ereignis nicht bereichert werden darf, sind diese Investitionen - anders als das Landgericht meint - nicht in voller Höhe zu erstatten. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass der Kläger auch während nahezu der gesamten Nutzungsdauer des Fahrzeugs Vorteile aus diesen Investitionen gezogen hat, so dass dies hier dazu führt, dass diese Investitionen in den Vorteilsausgleich einzubeziehen sind. Daher sind die Investitionskosten in Höhe von 4.371,62 € auf den Bruttokaufpreis zu addieren. Dies ergibt eine zu berücksichtigende Nutzungsentschädigung von 16.658,85 € (= [25.700,00 € + 4.371,62 €] x 131.369 km : 237.140 km). Dies ergibt einen ersatzfähigen Schadensbetrag von 13.412,77 € (= 25.700 € + 4.371,62 € - 16.658,85 €).

Bei den vom Kläger weiter geltend gemachten notwendigen Erhaltungskosten in Höhe von 2.991,75 € handelt es sich entgegen der Ansicht des Landgerichts, nicht um einen erstattungsfähigen Schaden im Rahmen des § 249 BGB. Vielmehr handelt es sich, wie die einzelnen Positionen zeigen (so z.B. Wischblätter für Scheibenwischer oder notwendiger Ölwechsel), um Erhaltungskosten, die im Zusammenhang mit dem Betrieb des Fahrzeugs entstanden sind und dem Kläger ermöglichten, das Fahrzeug zu nutzen. Der Kläger hat sich diese Kosten im Rahmen des Vorteilsausgleichs daher in voller Höhe abziehen zu lassen, da er die als Gegenleistung erhaltenen Verschleißteile oder Betriebsstoffe verbraucht hat. Im Übrigen ergibt sich aus dem Sachvortrag des Klägers, dass er, sofern er um die Manipulation gewusst hätte, ein anderes Fahrzeug erworben hätte. Die geltend gemachten Kosten wären demnach auch ohne das schädigende Ereignis angefallen.

(6) Dem Kläger stehen schließlich gegenüber der Beklagten zu 2) die mit der Klageerweiterung im Rahmen des Hilfsantrags zu 1) geltend gemachten Zinsen in Höhe von 4 % pro Jahr aus einem Betrag von 2.570,00 € seit dem 24.3.2011 gemäß § 849 BGB zu.

Nach § 849 BGB kann der Verletzte, sofern wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, 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 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. Der Geschädigte muss auch nicht im Besitz der Sache gewesen sein. 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 entzogen wird und wenn er durch eine unerlaubte Handlung dazu gebracht wird, sie wegzugeben oder darüber zu verfügen (BGH, Urteil vom 26.11.2007 - II ZR 167/06 -, zitiert nach juris).

Dem Kläger ist hier eine Sache entzogen worden. 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. Der Zweck des § 849 BGB, den später nicht nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen, erfasst jegliche Form von Geld. Von den Nutzungen eines hingegebenen Geldbetrages ist der Geschädigte nicht nur ausgeschlossen wenn er mit dem Bargeld bezahlt hat, sondern auch, wenn er eine Zahlung auf andere Art und Weise geleistet hat. Auch wirtschaftlich besteht kein Unterschied zwischen der Übergabe von Geld, der Übergabe eines Schecks, der Einzahlung von Bargeld und einer Überweisung auf ein Konto (BGH, a.a.O.).

Wer demnach durch eine unerlaubte Handlung dazu bestimmt wird, Geld zu überweisen oder zu übergeben, kann vom Schädiger eine Verzinsung nach § 849 BGB beanspruchen. Daher kann der Kläger hier, unabhängig davon in welcher Form er konkret hier den Kauf-

preis entrichtet hat, eine Verzinsung nach § 849 BGB verlangen, da die Beklagte ihn durch unerlaubte Handlung nach § 826 BGB zur Bezahlung des Kaufpreises bestimmt hat. Allerdings ist der Kaufpreis nicht in voller Höhe, sondern lediglich in Höhe des Betrages zu verzinsen, in dessen Höhe das im Gegenzug für die Hingabe des Geldes übereignete Fahrzeug infolge der Manipulation keinen gleichwertigen Gegenwert darstellte. Dem Sinn und Zweck nach soll der Zinsanspruch den endgültig verbleibenden Verlust an Nutzbarkeit der Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (BGH, NJW 1983, 1614 f.). Der Kläger hat hier im Gegenzug für die Zahlung des Kaufpreises ein Fahrzeug erhalten, das fahrbereit und grundsätzlich zunächst im Straßenverkehr uneingeschränkt nutzbar war. Insoweit hat er einen Gegenwert erhalten. Allerdings war das Fahrzeug zum Zeitpunkt der Übergabe aufgrund der eingebauten manipulierten Motorsteuerungssoftware mit dem Risiko behaftet, dass im Falle der Entdeckung die Zulassung entzogen und die Typengenehmigung widerrufen werden würde. Dies allein führt objektiv - unabhängig von späteren etwaigen Wertverlusten im Zusammenhang mit der Entwicklung des Dieseldiebstahlwagenmarktes nach Bekanntwerden des Abgas-skandals sowie im Zusammenhang mit der Diskussion über Dieselfahrverbote - zu einem Minderwert des Fahrzeugs. Diesen Wert schätzt der Senat nach § 287 ZPO auf 2.570,00 € und damit auf etwa 10 % des Kaufpreises für das Fahrzeug (ohne die als solche vollwertigen Investitionen des Klägers in das Fahrzeug). Entscheidend für die Höhe des Betrages ist dabei, dass das Fahrzeug grundsätzlich fahrbereit und im Straßenverkehr nutzbar war. Soweit der Kläger aus dem darüber hinausgehenden Kaufpreisbetrag ebenfalls 4 % Zinsen pro Jahr seit Zahlung des Kaufpreises geltend macht, war die Klage demgegenüber abzuweisen, da die Voraussetzungen des § 849 BGB insoweit nicht vorliegen. In Höhe dieses Betrages liegt keine endgültige Einbuße des Klägers vor, da er insoweit einen konnexen Gegenwert erhalten hatte.

Der im Rahmen des Hilfsantrags zu 1) gestellte klageerweiternde Zinshilfsantrag war ebenfalls zurückzuweisen, da bereits - wie oben ausgeführt - der entsprechende Hauptanspruch nicht besteht.

Der Zinsanspruch im Übrigen beruht auf § 291 BGB.

c) Die Berufung des Klägers ist weiter begründet, soweit er sich gegen die Abweisung des

erstinstanzlichen Feststellungsantrages zu 3) (Hilfsantrag zu 2)) wendet. Zwar ist der Antrag mit der Formulierung „Schadensersatz zu leisten für künftige Schäden, die aus der gesetzeswidrigen Manipulation des im Klageantrag zu 1) genannten Pkw noch entstehen werden“ zu weit formuliert.

aa) Der Antrag ist indes als Prozesshandlung auslegungsfähig, wobei sich die Auslegung, bei der nach allgemeinen Grundsätzen auch der Sachvortrag der Klagepartei heranzuziehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 2000, - VIII ZR 289/99 -, juris, Rn. 36 m.w.N.), an dem Grundsatz, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und dem recht verstandenen Interesse entspricht, zu orientieren hat (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1999, - XII ZR 94/98 -, juris, Rn. 4 m.w.N.; Beschluss vom 22. Mai 1995, - II ZB 2/95 -, juris, Rn. 11 m.w.N.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.7.2019, - 17 U 160/18 -, juris).

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe führt die Auslegung im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass der Kläger die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zu 2) begehrt, ihm Schadensersatz zu leisten für Schäden, die aus der Installation derjenigen Software in der Motorsteuerung des in dem hier in Streit stehenden Fahrzeugs verbauten Motors EA 189 resultieren, bei der es sich nach Ansicht des Kraftfahrtbundesamtes gemäß Bescheid vom 15. Oktober 2015 um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. Andere Manipulationen als diese hat der Kläger in Bezug auf das hier streitgegenständliche Fahrzeug vor dem Aufspielen des Softwareupdates nicht geltend gemacht.

bb) Das für diesen Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor.

Das Feststellungsinteresse als besondere Ausformung des Rechtsschutzinteresses ist das schutzwürdige Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung. Soweit dem Kläger ein einfacherer Weg zur Erreichung seines Rechtsschutzziels zur Verfügung steht, entfällt das Feststellungsinteresse. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es dem Kläger möglich und zumutbar ist, eine sein Rechtsschutzziel erschöpfende Klage auf Leistung zu erheben. Der Kläger ist allerdings nicht gehalten, seine Klage in eine Leistungs- und in eine Feststellungsklage aufzuspalten, wenn bei Klageerhebung ein Teil des Schadens schon entstan-

den, die Entstehung weiterer Schäden aber noch zu erwarten ist, denn es besteht keine allgemeine Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage. Vielmehr ist eine Feststellungsklage trotz der Möglichkeit, Leistungsklage zu erheben, zulässig, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt. Dementsprechend kann der Kläger nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann, wenn eine Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, in vollem Umfang Feststellung der Ersatzpflicht begehren (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2019, - VI ZR 506/14 -, juris, Rn. 6 m.w.N.). Im vorliegenden Fall scheidet daher der Feststellungsantrag des Klägers nicht am Vorrang einer Leistungsklage, da er Schadensersatz bis zur Rückgabe des streitgegenständlichen Pkw begehrt. Daraus ergibt sich, dass die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, so dass der Kläger nicht verpflichtet ist, für den bereits entstandenen Teil des Schadens Leistungsklage zu erheben.

Weiter hängt die Zulässigkeit einer Feststellungsklage, sofern der Kläger - wie hier - den Eintritt eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden reinen Vermögensschadens befürchtet, von der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ab (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2014, - IX ZR 197/12 -, juris, Rn. 11 m.w.N.). In diesen Fällen ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein erst künftig aus dem Rechtsverhältnis erwachsender Schaden angenommen werden kann. Dagegen besteht ein Feststellungsanspruch für einen künftigen Anspruch auf Ersatz eines allgemeinen Vermögensschadens regelmäßig dann nicht, wenn der Eintritt irgendeines Schadens noch ungewiss ist (vgl. BGH, a.a.O.).

Ausgehend von diesen Maßstäben ist im hier zu entscheidenden Fall das erforderliche Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO des Klägers gegeben. Der Kläger macht geltend, von der Beklagten zu 2) durch das auf Veranlassung ihres Vorstandes und auf dessen Willensentschluss beruhende Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs, dessen Motor EA 189 mit einer nach Ansicht des KBA unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestattet war, sittenwidrig geschädigt worden zu sein. Dabei sei der Schaden in dem Abschluss des Kaufvertrages über das hier in Streit stehende Fahrzeug zu sehen. Ausgehend von diesem Sachvortrag des Klägers war zum Zeitpunkt der Klageerhebung nach der

Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein auf der schädigenden Handlung beruhender, künftig erwachsender Vermögensschaden anzunehmen.

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit ist der Geschädigte wirtschaftlich möglichst so zu stellen wie er ohne das schadensstiftende Ereignis stünde (vgl. BGH, Urteil vom 28.10.2014, - VI ZR 15/14 -, juris, Rn. 25 m.w.N.). Ohne die schädigende Handlung der Beklagten zu 2) hätte der Kläger das Fahrzeug nicht erworben. Im Zeitpunkt der Klageerhebung stand - selbst für den Fall einer sofortigen Stilllegung - nach allgemeiner Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens noch Aufwendungen für den Erhalt des Fahrzeugs anfallen werden, die der Kläger im Rahmen der nach § 249 Abs. 1 BGB geschuldeten Naturalrestitution von der Beklagten zu 2) grundsätzlich ersetzt verlangen kann.

Dementsprechend war im Zeitpunkt der Klageerhebung mit der Entstehung eines künftigen Vermögensschadens mit hoher Wahrscheinlichkeit zu rechnen. Die Frage, ob und inwieweit der Kläger sich ersparte Aufwendungen in derselben Höhe im Rahmen des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen muss, konnte zu diesem Zeitpunkt nicht entschieden werden. Dies kann vielmehr erst nach Kenntnis der angefallenen Kosten beurteilt werden.

Auf die Frage, ob im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung sämtliche ersatzfähigen Vermögensschäden, insbesondere im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Stilllegung des streitgegenständlichen Fahrzeugs, entstanden und bezifferbar sind, kommt es nicht an. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist seit langem anerkannt, dass eine ursprünglich zulässige Feststellungsklage nicht dadurch unzulässig wird, dass im Laufe des Rechtsstreits die Voraussetzungen für den Übergang zu einer Leistungsklage eintreten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 1996, - VI ZR 123/95 -, juris, Rn. 13 m.w.N.; Urteil vom 4. November 1998, - VIII ZR 248/97 -, juris, Rn. 15 m.w.N.). Im Übrigen kann auch nach erfolgter Stilllegung des Fahrzeugs noch ein weiterer Schaden, z.B. in Form von Unterstellungskosten, anfallen, was der Kläger mit seiner Behauptung, das Fahrzeug in angemieteten Räumlichkeiten untergestellt zu haben, bereits geltend macht.

bb) Der Feststellungsantrag ist insoweit begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte zu 2) aus §§ 826, 31 analog BGB ein Schadensersatzanspruch in Bezug auf die Schäden zu, die aus der Installation der die Betriebsmodi konfigurierenden Software in die Motorsteuerung des in dem hier in Streit stehenden Fahrzeug verbauten Motors EA 189 resultieren. Zur Begründung wird auf die obigen Ausführungen unter II.,2.b), bb) verwiesen.

d) Der im Rahmen des Hilfsantrags zu 2) klageerweiternd geltend gemachte Antrag, festzustellen, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet sei, dem Kläger Schadensersatz zu leisten für künftige Schäden die aus der Manipulation durch das vom Kraftfahrtbundesamt verfügte Softwareupdate mit dem Code 23R7 noch entstehen werden, war dagegen zurückzuweisen, weil es insoweit an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt. Ein künftig erwachsender Vermögensschaden aufgrund der vom Kläger behaupteten Manipulation des Softwareupdates ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar. Der Kläger hat nach seinem eigenen Vortrag das Fahrzeug kurze Zeit nach dem Aufspielen des Softwareupdates stillgelegt und begehrt im vorliegenden Verfahren Schadensersatz, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs, so dass ein künftiger Schadenseintritt im Zusammenhang mit dem Aufspielen des nach der Behauptung des Klägers manipulierten Softwareupdates fernliegend ist.

e) Die Berufung des Klägers ist unbegründet, soweit er mit seinem Hilfsantrag zu 3) seinen erstinstanzlich gestellten Klageantrag zu 2) teilweise weiterverfolgt. Für die begehrte Feststellung, die beklagte Partei zu verpflichten, ihm Ersatz zu leisten für künftige notwendige Verwendungen für den streitgegenständlichen Pkw bis zur Übergabe des Fahrzeugs, fehlt es an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse. Der Ersatz notwendiger Verwendungen ist Teil des zu leistenden Ersatzes für künftige Schäden, so dass der Antrag vom Feststellungsantrag, wonach die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, dem Kläger künftige Schäden zu ersetzen, bereits umfasst ist. Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse, die Ersatzpflicht einzelner Berechnungspositionen des Schadensersatzes nochmals explizit feststellen zu lassen, besteht nicht.

f) Weiterhin ist die Klage, soweit der Kläger - insoweit klageerweiternd - beantragt mit seinem Hilfsantrag zu 5) festzustellen, dass sich die Beklagte zu 2) mit der Rücknahme des

streitgegenständlichen Pkw in Verzug befindet, unbegründet. Der Antrag ist, ausgehend vom erstinstanzlichen Vorbringen des Klägers dahingehend auszulegen, dass die Feststellung des Annahmeverzugs begehrt wird. Die Beklagte befindet sich indes nicht gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug. Annahmeverzug setzt voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner die Leistung, so wie sie geschuldet wird, anbietet (Grüneberg in: Palandt, 78. Aufl. 2019, BGB, § 293 BGB, Rn. 9). In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger den aktuellen Kilometerstand des Fahrzeugs zwar mitgeteilt. Der Eintritt des Annahmeverzuges scheidet jedoch daran, dass der Kläger mit seiner Berufung die Rückzahlung des Kaufpreises ohne Anrechnung eines Vorteilsausgleichs begehrt und damit eine weitaus höhere Zahlung fordert als geschuldet. Eine solche Zuvielforderung hindert den Eintritt des Annahmeverzuges (BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 275/04 -, BGHZ 163, 381-391, Rn. 27 ff.; KG Berlin, Urteil vom 19. Oktober 2017 - 8 U 230/15 -, Rn. 111; OLG Frankfurt, Urteil vom 13.07.2016 - 17 U 144/15; OLG Koblenz, Urteil vom 19. Juni 2008 - 6 U 1424/07 -; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.09.2007 - 7 U 169/06; MüKoBGB/Ernst BGB § 295 Rn. 4; a.A. Hager in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 298 BGB, Rn. 3; Niemeyer/König, NJW 2013, 3213). Die potenziell weit reichenden Folgen des Annahmeverzuges (§§ 300 ff. BGB) können dem Gläubiger billigerweise dann nicht aufgebürdet werden, wenn sich der Schuldner zur Herausgabe selbst gegen Erhalt der ihm seinerseits zustehenden Leistung nicht bereit erklärt. Auch das außergerichtliche Schreiben des Klägers vom 23.08.2017 hat die Beklagte zu 2) nicht in Annahmeverzug gesetzt, da der Kläger in diesem der Beklagten zu 2) die Herausgabe des Fahrzeugs ebenfalls lediglich Zug um Zug gegen die Zahlung des vollen Kaufpreises, angeboten hatte.

g) Die Berufung des Klägers gegen die teilweise Abweisung der von ihm geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (Berufungsantrag zu 4)) ist unbegründet. Dagegen ist die Berufung der Beklagten zu 2), soweit sie sich gegen ihre Verurteilung zur Freistellung des Klägers von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten richtet, in Höhe von 142,32 € begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte zu 2) lediglich ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.029,35 € zu. Sein vorgerichtlich geltend gemachter Schadensersatzanspruch hat sich als grundsätzlich begründet erwiesen. Allerdings vermag der Senat keine Gründe für ein Überschreiten der Schwellengebühr nach der Anmerkung zu Nr. 2300 VV RVG zu sehen. Die Sache ist weder mit besonderen Schwierigkeiten versehen oder - trotz der umfangreichen Schriftsätze - besonders umfang-



reich. Aus der Homepage des Prozessbevollmächtigten des Klägers ergibt sich, dass er zahlreiche Geschädigte im Zusammenhang mit der Dieselmotorthematik seit Bekanntwerden des Dieselmotorkandals 2015 vor Gericht vertritt, hier also ohne weiteres auf thematisches Vorwissen zurückgreifen konnte. Wie dem Senat aus zahlreichen Parallelverfahren bekannt ist, hebt sich das vorliegende Verfahren, was Umfang und Schwierigkeit angeht, auch nicht vom Gros der im Zusammenhang mit der Dieselmotorthematik geführten Verfahren ab. Hinzu kommt, dass die hier eingereichten Schriftsätze in ihren Formulierungen, was die Ausführungen zur Haftung der Beklagten angeht, eine signifikante Parallelität zu den Schriftsätzen einer anderen Kanzlei aufweisen, die zahlreiche Kläger im Zusammenhang mit der Dieselmotorthematik vor Gericht vertritt, was dem Senat ebenfalls aus einer Vielzahl von Parallelverfahren bekannt ist.

Der Senat sieht deshalb nur eine 1,3 Geschäftsgebühr als notwendig und damit erstattungsfähig an. Ausgehend von einer berechtigten Forderung von insgesamt bis zu 16.000 € zum Zeitpunkt der Geltendmachung der außergerichtlichen Ansprüche gegenüber der Beklagten zu 2) ergibt sich damit ein Gebührenanspruch von 1.029,35 € von dem die Beklagte zu 2) den Kläger freizustellen hat. Nach Auffassung des Senats ist für die außergerichtliche Tätigkeit - auf Basis der für diesen Zeitpunkt geschätzten Laufleistung des Fahrzeugs - der Gegenstandswert zum Zeitpunkt der außergerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche zugrunde zu legen, da der Rechtsanwalt die zu vergütende Leistung zu diesem Zeitpunkt erbracht hat. Der Umstand, dass die berechtigte Forderung des Klägers sich nachfolgend durch die Weiternutzung des Fahrzeugs verringert hat, vermag daran nichts zu ändern.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO zugelassen. Die höchstrichterlich noch nicht entschiedene Rechtsfrage einer Haftung der Beklagten zu 2) gemäß § 826 BGB hat im Hinblick auf die enorme Anzahl der bundesweit gegen die Beklagte zu 2) anhängigen Klagen grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Ferner wird eine Haftung der Beklagten zu 2) gemäß § 826 BGB in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt (bejahend OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, - 5 U 1318/18 -, juris;

OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.7.2019, - 17 U 160/18 -, juris; verneinend OLG Braunschweig, Urteil vom 19. Februar 2019, - 7 U 134/17 -, juris). Gleiches gilt für die Frage, ob und inwieweit die Beklagte zu 2) im Falle ihrer Haftung nach § 826 BGB auf den vom Kläger entrichteten Kaufpreis Zinsen nach § 849 BGB im Rahmen des Schadensersatzes zu zahlen hat. Auch diese Frage ist bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden.

Dr. Syrbe  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Burkowski  
Richter  
am Oberlandesgericht

Gast  
Richterin  
am Landgericht

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 37.063,37 € festgesetzt.

Dr. Syrbe  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Burkowski  
Richter  
am Oberlandesgericht

Gast  
Richterin  
am Landgericht

Verkündet am 16.09.2019

Castor, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt:



(Castor), Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

