

# OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



Eingang

23. APR. 2021

Rechtsanwälte  
Aslanidis, Kress &  
Häcker-Hollmann

**IM NAMEN DES VOLKES**

## URTEIL

8 U 68/20 OLG Naumburg  
5 O 90/20 Landgericht Halle

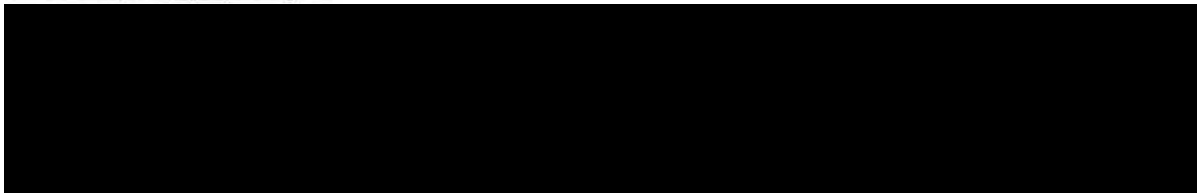
Verkündet am: 09.04.2021

  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:



gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Anwalts-gesellschaft Kutscher Rechtsanwälte, Joliot-Curie-Platz 1 b, 06108 Halle (Saale),  
Geschäftszeichen: 1385/20SK02,

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 25.03.2021 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Otparlik, den Richter am Oberlandesgericht Scholz und den Richter am Oberlandesgericht Harms für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 19.11.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Halle - 5 O 90/20 - abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.885,71 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2020, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs VW Golf 2.0 TDI Highline (FIN: \_\_\_\_\_) zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger 15 % und die Beklagte 85 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

#### Gründe

##### I.

Der Kläger macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem sog. Dieselskandal geltend.

Am 10.10.2017 erwarb der Kläger bei der Autohaus Rudolph Leuna GmbH einen von der Beklagten hergestellten, gebrauchten (Datum der Erstzulassung: 04.09.2015) VW Golf VII 2.0 TDI Highline mit einer Gesamtfahrleistung von 17.450 km zu einem Bruttokaufpreis i.H.v. 21.750,00 €.

Die Beklagte musste gem. Art. 4 VO (EG) Nr. 715/2007 nachweisen, dass die von ihr hergestellten Neufahrzeuge über eine Typgenehmigung gemäß der VO verfügen. Eine solche

setzt voraus, dass die in der VO vorgesehenen Abgasgrenzwerte eingehalten werden. Die Werte werden gem. der zugehörigen Durchführungsverordnung im Rahmen der Prüfung Typ 1 auf dem Teststand im „Neuen Europäischen Fahrzyklus“ (NEFZ) ermittelt, welcher über eine Gesamtdauer von ca. 20 Minuten (1180 s), aufgeteilt in eine Innerortsfahrt und eine Außerortsfahrt mit kurzem Autobahnteil, auf dem Rollenprüfstand eine Geradeausfahrt von ca. 11 km Länge auf ebener Strecke bei moderater Beschleunigung, einer Durchschnittsgeschwindigkeit von 33,6 km/h und einer kurzzeitigen Maximalgeschwindigkeit von 120 km/h simuliert. Das Testfahrzeug wird vorkonditioniert, indem dreimal der Außerortszyklus des NEFZ (Teil 2) auf dem Rollenprüfstand gefahren wurde. Anschließend wird das Fahrzeug für mindestens 6, längstens 36 Stunden bei 20 bis 30° Umgebungstemperatur abgestellt. Mit dem so vorkonditionierten Fahrzeug wird die Abgasprüfung auf dem Rollenprüfstand bei einer Umgebungstemperatur zwischen 20 und 30° unter definierten Bedingungen für die Luftfeuchtigkeit und den Luftdruck durchgeführt. Beim Testlauf wird ein kompletter NEFZ gefahren, wobei der gesamte Abgasstrom erfasst und u.a. der Gehalt der Komponenten CO<sub>2</sub>, CO, HC, NO<sub>x</sub> bestimmt wurde, welche dann als Massenemission pro Kilometer (mg/km) angegeben werden (vgl. S. 9 f der Anlage B 1).

Das streitgegenständliche Fahrzeug ist mit einem ebenfalls von der Beklagten hergestellten Motor des Typs EA 288 EU 6 ausgestattet und verfügt über einen NO<sub>x</sub>-Speicherkatalysator (NSK), welcher im Fahrbetrieb regelmäßig „regeneriert“, d.h. unter Aufspaltung der eingelagerten Stickoxide (NO<sub>x</sub>) in deren Komponenten Stickstoff (N<sub>2</sub>) und Kohlendioxid (CO<sub>2</sub>) geleert wird, wobei sich jede NSK-Regeneration („DeNO<sub>x</sub>-Event“) auf die CO<sub>2</sub>- und Schadstoffemissionen auswirkt. Eine weitere Regeneration gibt es für die Entschwefelung („DeSox“). Im Straßenbetrieb erfolgt die NSK-Regeneration in bestimmten Streckenintervallen (ca. alle 5 km) oder wenn der NSK voll „beladen“ ist, je nachdem, welches Ereignis zuerst eintritt. In dem Fahrzeug ist eine Software verbaut, welche mittels einer sog. „Fahrkurvenerkennung“ (auch „Zykluserkennung“ genannt), die Vorkonditionierung („Precon“) für die Messung auf dem Teststand im NEFZ erkennt. Die Motorsoftware stellt dann sicher, dass am Ende der Vorkonditionierung eine Regeneration des NSK erfolgt, sodass dieser zu Beginn der anschließenden Messung fast leer ist (vgl. Bl. 77, 85 f II d.A.). Dementsprechend wird in einem mit „Applikationsanweisung Diesel Fahrkurven EA288 NSK“ überschriebenen und dem Vermerk: „PRIVILEGED & CONFIDENTIAL“ versehenen internen Dokument der Beklagten vom 18.11.2015 unter „Anwendungsbeschreibung“ die bis dahin erfolgte („bisherige“) Bedatung des NSK wie folgt beschrieben: „NSK: Bedatung, Aktivierung und Nutzung der Fahrkurven zum Erkennen des Precon und des NEFZ, um die Abgasnachbehandlungsevents (DeNO<sub>x</sub>-/DeSO<sub>x</sub>-Events) nur streckengesteuert zu platzieren.

*Im normalen Fahrbetrieb strecken- und beladungsgesteuerte Platzierung der Events; Beladungssteuerung als führende Größe*“ (Bl. 84 II d.A.). Des Weiteren geht aus dem vorgeannten internen Dokument hervor, dass für alle Fahrzeuge mit einem Produktionsstart ab der 22. Kalenderwoche des Jahres 2016 „*die Fahrkurven aus der Software entfernt*“ werden sollten; stattdessen sollten „*Umschaltungen oder die Platzierung von Abgasnachbehandlungsevents ... auf Basis physikalischer Randbedingungen unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben für Roh- und Endrohremissionen erfolgen*“, d.h. dann, wenn ein für die Regeneration günstiges Fahrprofil gefahren wird (Bl. 86 f, 167 II d.A.).

Der Kläger hat vorgetragen, das von ihm erworbene Fahrzeug verfüge über zwei unzulässige Abschaltvorrichtungen in Gestalt eines Thermofensters (Bl. 17, 20 I d.A.) sowie einer Zykluserkennung (Bl. 22, 126 f I d.A.). Nachdem der Kläger zunächst lediglich 6.525,00 € (30 % des Kaufpreises) nebst Deliktzinsen seit Vertragsschluss bis Rechtshängigkeit sowie Rechtshängigkeitszinsen für die Zeit danach begehrt hatte (Bl. 27 I d.A.), hat er die Klage später auf Rückabwicklung des Kaufvertrages nebst Zahlung der vorgenannten Zinsen umgestellt (Bl. 121 f I d.A.) und diese hinsichtlich der Deliktzinsen schließlich zurückgenommen (Bl. 152 I d.A.).

Die Beklagte hat vorgetragen, der Vortrag des Klägers sei unsubstantiiert (Bl. 99 ff I d.A.). Das KBA habe im Rahmen umfassender Untersuchungen keine unzulässige Abschaltvorrichtung beim EA 288 festgestellt (Bl. 79 f, 84 I d.A.). Bei diesem Motor sei die „*aus dem EA189-Fällen bekannte Umschaltlogik nicht zum Einsatz*“ gekommen bzw. es sei „*keine prüfstandsoptimierende Umschaltlogik oder eine die Schadstoffemissionen nur im Prüfstandsbetrieb optimierende Funktion zum Einsatz*“ gekommen, „*die erforderlich wäre, um die gesetzlichen Emissionsgrenzwerte einzuhalten*“. Es werde „*keine unzulässige Abschaltvorrichtung in der Form einer unzulässigen Fahrkurvenerkennung verwendet*“. Das „*in den EA 288-Motoren enthaltene Abgasnachbehandlungssystem*“ arbeite „*bei voller Funktionsfähigkeit aller abgasbehandelnden Bauteile vielmehr in beiden Fahrsituationen - also sowohl im Prüfstand als auch auf der Straße - mit identischer Wirksamkeit*“ (Bl. 85 f, 140 I d.A.). Auch bei dem Thermofenster handele es sich um keine unzulässige Abschaltvorrichtung (Bl. 89 ff, 103 ff, 141 ff, 169 ff I d.A.). Dementsprechend sei die EG-Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug wirksam (Bl. 93 f I d.A.) und es gebe auch keinen Rückruf des KBA (Bl. 92 I d.A.).

Mit am 19.11.2020 verkündeten Urteil hat das Landgericht Halle die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der klägerische Vortrag zur Zykluserkennung nicht

nachvollziehbar sei und es hinsichtlich des Thermofensters an einem sittenwidrigen Handeln fehle (Bl. 181 ff I d.A.).

Hiergegen wendet sich der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens mit seiner Berufung; ergänzend verweist er auf das Urteil des Landgerichts Offenburg vom 23.06.2020, Az.: 3 O 38/18 (Bl. 15 ff II d.A.).

Der Kläger beantragt,

die Beklagte unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu verurteilen, an ihn 21.153,42 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2020 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

## II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweisen Erfolg.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 826 BGB auf Zahlung von 20.885,71 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2020, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

Nach der höchstrichterlichen (BGH, Urf. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, zitiert nach juris) und der weit überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG Köln, Urf. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 40 m.w.N., zitiert nach juris), welcher sich der Senat anschließt, kann derjenige, der vorsätzlich einen mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Motor in Verkehr bringt, vom Erwerber eines hiervon betroffenen Fahrzeugs gem. § 826 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrages in Anspruch genommen werden.

Die Beklagte hat potentielle Erwerber von Fahrzeugen getäuscht, indem sie mit dem Inverkehrbringen des Motors EA 288 2.0 EU 6 mit NKS-Technologie konkludent erklärt hat, dass

die Fahrzeuge, in denen dieser Motor verbaut werden würde, im Zeitpunkt des Vertragschlusses über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügen würden, deren Fortbestand nicht dadurch gefährdet sein würde, dass die erforderliche EG-Typengenehmigung durch eine Täuschung des KBA erschlichen worden sei. Diese Erklärung war unzutreffend, weil es sich bei der streitgegenständlichen Software um eine gem. Art. 5 Abs. 2. S. 1 VO (EG) 715/2007 unzulässige Abschaltvorrichtung handelte, die den Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr gefährdete, weil die zuständige Zulassungsbehörde dem Eigentümer oder Halter gem. § 5 Abs. 1 FZV eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen konnte (vgl. zum EA 189 BGH, Ur. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 20, 21; OLG Stuttgart, Ur. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 49; OLG Karlsruhe, Ur. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 21-27; jeweils zitiert nach juris).

Das unter Bezugnahme auf die Urteile des LG Regensburg vom 19.03.2020 - 73 O 1181/19 - und des LG Offenburg vom 23.06.2020 - 3 O 38/18 - sowie das interne Dokument der Beklagten vom 18.11.2015 (Bl. 84 II d.A.) erfolgte Vorbringen des Klägers zum Vorliegen einer Zykluserkennung ist hinreichend substantiiert (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 28.01.2020, VIII ZR 57/19, Rn. 9 ff; OLG Stuttgart, WM 2019, 1704, 1706 f; OLG Köln, Ur. v. 12.03.2020, 3 U 55/19, Rn. 36 ff; LG Heilbronn, Ur. v. 22.05.2018, Ve 6 35/18, Rn. 56, 57; LG Münster, Ur. v. 28.01.2019, 14 O 163/19, Rn. 35; jeweils zitiert nach juris), mit der Folge, dass die Beklagte im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast gehalten war, vorzutragen, dass und warum hier keine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt (vgl. OLG Stuttgart, WM 2019, 1704, 1707; LG Düsseldorf, Ur. v. 31.03.2020, 7 O 67/19, Rn. 35, 40; LG Ingolstadt, Beschl. v. 04.11.2019, 64 O 1551/18, Rn. 36; LG Offenburg, Ur. v. 30.09.2019, 3 O 474/18, Rn. 40). Ein derartiges Vorbringen der Beklagten vermag der Senat nicht zu erkennen; vielmehr ergibt sich das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung aus dem eigenen (zweitinstanzlichen) Vortrag der Beklagten.

Die für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung maßgeblichen rechtlichen Grundlagen stellen sich wie folgt dar:

Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 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 Emissi-

ongsgrenzwerte 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 Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO 715/2007/EG) erreicht wird (vgl. BGH, Beschl. v. 08.01.2019, VIII ZR 225/17, Rn. 10, zitiert nach juris). Mit dem Tatbestandsmerkmal der „normalen Betriebsbedingungen“ sind damit „reale Betriebsbedingungen“ gemeint; wohingegen die Einrede, „dass zum Ausfüllen dieses Tatbestandsmerkmals im Wege der Interpretation auch auf den NEFZ zurückgegriffen werden kann, da anderweitige Prüfmaßstäbe nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 letztlich nicht zur Verfügung stehen“, entgegen der im Bericht der vom Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“ vertretenen Auffassung (S. 122 der Anlage B 1), nicht möglich ist (vgl. EuGH, DAR 2021, S. 71, 73, Nr. 97, 98).

Folgerichtig ist gem. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 die Verwendung von Abschalt-einrichtungen, welche die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt unzulässig, sofern nicht die Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände greifen, d.h. sofern nicht

a) die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten oder

(b) die Einrichtung nicht länger arbeitet als zum Anlassen des Motors erforderlich ist oder

(c) die Bedingungen in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen enthalten sind,

wobei lit. c) nur einschlägig ist, wenn die Abschalteinrichtung deshalb greift, weil dies durch die Prüfverfahren zur Emissionsmessung im Wesentlichen vorgegeben wird (BGH, Beschl. v. 08.01.2010, VIII ZR 225/17, Rn. 15, zitiert nach juris), und sämtliche Ausnahmetatbestände im Hinblick auf den in Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 ausdrücklich benannten Regelungszweck von vornherein nicht in Betracht kommen, wenn die betreffende Abschalt-einrichtung gerade dazu dient, bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen, um auf diese Weise die Einhaltung der (andernfalls nicht erreichten) Emissionsgrenzwerte sicherzustellen (vgl. BGH, Urt. v. 08.01.2019, VIII ZR 225/17, Rn. 13, zitiert nach juris; OLG Koblenz, Urt. v. 05.06.2020, 8 U 1803/19, S. 10).

Dabei ist eine Abschalt-einrichtung gem. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 definiert als Konstruktionsteil, das diverse 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.

Unter Zugrundelegung dieser rechtlichen Vorgaben ist in dem streitgegenständlichen Motor EA 288 TDI 2,0 EU 6 eine Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 verbaut, weil die Motorsteuerung verschiedene Betriebsmodi des Emissionskontrollsystems für den Prüfzyklus und für den normalen Fahrbetrieb vorsieht, wobei im Prüfzyklus der Ausstoß an Stickoxiden (NO<sub>x</sub>-Werte) verringert wird (vgl. BGH, Beschl. v. 08.01.2019, VIII ZR 225/17, Rn. 12, zitiert nach juris). Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten wird anknüpfend an eine Prüfstandserkennung in Gestalt einer Fahrkurvenerkennung (Zykluserkennung) die Funktion eines zentralen Bestandteils des Emissionskontrollsystems, nämlich des Katalysators (NKS) beeinflusst, indem dieser stets am Ende der Vorkonditionierung regeneriert wird, wohingegen die Regeneration im Normalbetrieb abhängig von anderen Parametern vorgenommen wird. Dass das Programm dabei nicht zu einer Verringerung der Emissionskontrolle im Normalbetrieb, sondern zu einer Verstärkung derselben im NEFZ führt, ist unerheblich, weil insoweit eine am oben angeführten Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 orientierte Auslegung zu erfolgen hat (vgl. Schlussanträge der Generalanwältin in der Sache EuGH C-693/18, Nr. 119, zitiert nach juris; EUGH, DAR 2021, S. 71, 74, Nr. 97, 98; LG Offenburg, Urte. v. 23.06.2020, 3 O 38/18, S. 6, Bl. 34 II d.A.). Auch beim Motor EA 189, bei dem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Abschaltvorrichtung vorliegt, bewirkte die Motorsteuerung keine Verringerung der Emissionskontrolle im Normalbetrieb, sondern führte anknüpfend an eine Lenkwinkelerkennung eine Emissionskontrolle (überhaupt nur) auf dem Prüfstand herbei, sog. Kippschalterlogik. Entscheidend ist letztlich allein, ob eine Standard-Emissionsstrategie verwendet wird, die beim Motorbetrieb zwischen einem genormten Prüfzyklus für die EU-Typgenehmigung und anderen Betriebsbedingungen unterscheiden kann und die zu einer geringeren Emissionsminderungsleistung führt, wenn sie nicht unter der in der EU-Typgenehmigung vorgesehenen Bedingungen arbeitet. Eine Abschaltvorrichtung liegt demnach vor, wenn die Motorsteuerungssoftware (vgl. EuGH, DAR 2021, S. 71, 72, Nr. 68) die Funktion eines Teils des Emissionskontrollsystems (hier des NKS) zum Zweck der Verbesserung der Abgaswerte auf dem Prüfstand beeinflusst (vgl. EuGH, DAR 2021, S. 71, 74, Nr. 102). Dies ist vorliegend zu bejahen. Das Testverfahren soll soweit wie möglich der künftigen normalen Nutzung des Fahrzeugs entsprechen und die tatsächlichen Fahrbedingungen widerspiegeln, mit denen das Fahrzeug bei seiner normalen Nutzung konfrontiert wird. Die NEFZ-Testmethode stellt in gewisser Weise eine theoretische Teststrecke dar, welche die Bedin-



gungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, schematisch zusammenfasst (Schlussanträge der Generalanwältin in der Sache EuGH C-693/18, Nr. 121, 122, zitiert nach juris). Im Normalbetrieb wird der Katalysator aber nicht nur streckengesteuert, sondern (mit der Beladungssteuerung als führender Größe) auch beladungsgesteuert regeneriert. Diese beladungsgesteuerten Regenerationen sind daher auch im Teststand zu erfassen (vgl. LG Offenburg, Urf. v. 23.06.2020, 3 O 38/18, S. 7 f, Bl. 35 f II d.A.). Da der Test das Durchlaufen einer 11-km-Strecke vorsieht, müssen die Grenzwerte unabhängig davon, wann das letzte für die streckengesteuerte Regeneration maßgebliche 5-km-Intervall beendet worden ist und unabhängig vom aktuellen Beladungszustand des NKS auf jeder 11-km-Strecke eingehalten werden. Die Leerung des NKS vor dem Test zielt mithin unmittelbar darauf ab, zusätzliche Emissionen, die im normalen Fahrbetrieb durch die (dort auch stattfindende bzw. sogar führende) beladungsgesteuerte Leerung des NKS entstehen, auf dem Prüfstand (NEFZ) durch eine (dort nur) streckengesteuerte Platzierung der Abgasnachbehandlungsevents zu vermeiden, d.h. auf dem Prüfstand im Vergleich zum Normalbetrieb letztlich die Massenemission pro Kilometer (mg/km) zu verringern. Dementsprechend heißt es in der Applikationsanweisung vom 18.11.2015 auch: *„NSK: Bedatung, Aktivierung und Nutzung der Fahrkurven zur Erkennung des Precon und des NEFZ, um die Abgasnachbehandlungsevents (DeNOx-/ DeSox-Events) nur streckengesteuert zu platzieren. Im normalen Fahrbetrieb strecken- und beladungsgesteuerte Platzierung der Events; Beladungssteuerung als führende Größe“*.

Die Abschaltvorrichtung ist unzulässig, weil die in Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 normierten Ausnahmetatbestände nicht vorliegen, insbesondere Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. c VO (EG) Nr. 715/2007 nicht eingreift.

Insofern fehlt es bereits an einem Vortrag der Beklagten, dass die Grenzwerte auch bei einer Deaktivierung der am Ende des Precon erfolgenden NKS-Regeneration und der Umschaltung auf eine nur streckengesteuerte Regeneration im Test sicher eingehalten würden. Aus dem Vortrag der Beklagten, der Motor EA 288 halte unabhängig von einer Fahrkurvenerkennung *„bei voller Funktionsfähigkeit aller abgasbehandelnden Bauteile die gesetzlich vorgegebenen Abgasgrenzwerte“* ein (Bl. 75, 79, 82, 96 II d.A.), folgt nämlich nicht, dass dies auch bei tatsächlichem (und vollständigem) Funktionieren aller abgasbehandelnden Bauteile, d.h. auch bei einer (nicht deaktivierten) beladungsgesteuerten Regeneration des NKS der Fall ist. Soweit die Beklagte des Weiteren vorträgt, die Fahrkurve werde *„nicht dazu eingesetzt, um Emissionsgrenzwerte einzuhalten“* (Bl. 100 II), ist auch dies bei isolierter Betrachtungsweise nicht unwahr, da mittels der Fahrkurvenerkennung lediglich festge-

stellt wird, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befindet, wohingegen die Emissionswerte erst durch die Deaktivierung der beladungsgesteuerten Regeneration des NKS beeinflusst werden. Die von der Beklagten angeführten, vom KBA im Rahmen seiner „Felduntersuchung von Dieselfahrzeugen“ in Auftrag gegebenen, neben dem „NEFZ kalt“ durchgeführten „sechs weiteren Messungen in verschiedenen NEFZ-nahen Prüfzyklen auf dem Prüfstand und im realen Fahrbetrieb“ (vgl. Bl. 80 ff II d.A. sowie S. 13 ff der Anlage B 1) belegen nicht, dass die Grenzwerte selbst dann eingehalten würden, wenn im Prüfstand nicht nur eine streckengesteuerte, sondern eine (auch) beladungsgesteuerte Regeneration des NKS erfolgen würde. Es ist nämlich weder vorgetragen noch ersichtlich, dass diese Messungen nach Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung, d.h. ohne vorherige Leerung des NKS auf der Grundlage der für den normalen Fahrbetrieb vorgesehenen strecken- und beladungsgesteuerten Regeneration des NKS erfolgt sind; vielmehr lautete die vom KBA für maßgeblich erachtete Fragestellung von vornherein, ob „Abschalteinrichtungen im Sinne der Vorschriften ..., mit denen die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb zu erwarten sind, unzulässig verringert“ werde, verbaut worden seien (S. 13 der Anlage B 1), wobei man sich dann insoweit auf die Angabe der Beklagten verlassen hat, „dass die Fahrzeuge nicht mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestattet wären“ (S. 60 der Anlage B 1). Soweit die Beklagte als Anlagen zu ihrer Berufungserwiderung bzw. im Senatstermin vom 25.03.2021 u.a. Schreiben des KBA vom 16.03.2020, 15.12.2020 und 25.02.2021 vorgelegt hat, wonach „Prüfungen im KBA“ gezeigt hätten, „dass auch bei der Deaktivierung der Funktion Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten“ würden, weshalb keine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliege, bzw. sich die Beklagte auf ein Schreiben des KBA vom 18.02.2021 bezieht, in dem u.a. eine entsprechende Aussage von Vertretern der Beklagten als zutreffend bezeichnet wird (vgl. Anlage BE 6, Bl. 160 f II d.A., Anlage BE 7, Bl. 162 f II d.A., Anlage zum Terminprotokoll vom 25.03.2021), ergibt sich auch hieraus nicht, dass die Abgaswerte des streitgegenständlichen Motors vom KBA bzw. in dessen Auftrag nach Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung und Abschaltung der nur streckengesteuerten Regeneration im NEFZ ohne vorherige Leerung des NKS gemessen worden sind. Mit ihrem weiteren diesbezüglichen Vortrag im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 01.04.2021 ist die Beklagte bereits gem. §§ 525, 296a ZPO ausgeschlossen, da der Senat im Termin vom 25.03.2021 keine Hinweise erteilt, sondern lediglich die Sach- und Rechtslage erörtert hat (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 33. Aufl., § 296 a, Rn. 3). Unabhängig davon ergibt sich auch aus dem weiteren Vortrag der Beklagten nicht, dass auch nach Deaktivierung der Abschalteneinrichtung die Grenzwerte sicher eingehalten werden. Vielmehr zieht sich die Beklagte erneut darauf zurück, dass das KBA im Auftrag des BMVI ab Oktober 2015 Messungen durchgeführt und „auf dieser Grundlage“ keine Beanstandungen habe

(Bl. 6 III d.A.), wobei aber weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass diese Messungen nach Deaktivierung der Abschaltvorrichtung erfolgt sind (siehe oben). Ergänzend trägt die Beklagte lediglich Folgendes vor: „*Es liegt keine unzulässige Abschaltvorrichtung vor, wenn die gesetzlichen NOx-Emissionsgrenzwerte auch ohne Fahrkurvenerkennung eingehalten werden, was hier der Fall ist und durch erneute Messungen der Beklagten für das streitgegenständliche Fahrzeug sowie von dem KBA gerade auch für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp bestätigt wurde*“ (Bl. 8 III d.A.). Dem lässt sich allenfalls entnehmen, dass die Beklagte unter Vorlage entsprechender eigener Messergebnisse an das KBA herangetreten ist, diesem versichert hat, dass infolge fehlender Grenzwertkausalität keine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt und das KBA diesen Standpunkt dann übernommen hat. Letztlich kommt es hierauf aus folgenden Gründen aber nicht einmal an:

Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. c VO (EG) Nr. 715/2007 ist nur dann einschlägig, wenn die Abschaltvorrichtung deshalb greift, weil dies durch die Prüfverfahren zur Emissionsmessung im Wesentlichen vorgegeben wird (BGH, Beschl. v. 08.01.2010, VIII ZR 225/17, Rn. 15, zitiert nach juris). Dies ist hier nicht der Fall. Entgegen der Darstellung der Beklagten (Bl. 5 III d.A.) ergibt sich aus Ziff. 5.3.1.3. i.V.m. Anhang 4a der Regelung Nr. 83 (UNECE) nicht, dass die „*während des Fahrzyklus entstehenden Emissionen zu messen sind und nicht die Emissionen, die vor dem Durchfahren des NEFZ erzeugt werden*“; vielmehr wird im NEFZ schlicht gemessen, wie viele Schadstoffe das Fahrzeug auf der zu absolvierenden 11-km-Strecke ausstößt (vgl. die Formel zur Berechnung der emittierten Massen der gasförmigen Schadstoffe, Ziff. 6.6.3. des Anhangs 4a). Wie oben bereits im Einzelnen ausgeführt, müssen die Grenzwerte unabhängig vom aktuellen Beladungszustand des NKS aber auf jeder beliebigen 11-km-Strecke eingehalten werden, sodass zu den während des Fahrzyklus zu messenden Emissionen auch diejenigen gehören, die bereits vor dem Fahrzyklus erzeugt, aber noch im NKS gespeichert sind und bei dessen (auch) beladungsgesteuerter Regeneration daher erst während des Fahrzyklus (zusätzlich) ausgestoßen werden würden. Deshalb geht auch der Vortrag der Beklagten ins Leere, der NKS müsse vor der Messung deshalb fast leer sein, weil es ansonsten im NEFZ zu drei anstatt nur zu zwei Regenerationen kommen könne, wodurch eine repräsentative und reproduzierbare Messung nicht mehr gewährleistet wäre (Bl. 85 f II d.A.); im Übrigen veranschaulicht die von der Beklagten hierzu vorgelegte Abbildung (Bl. 86 II d.A.) lediglich eine zusätzliche (phasenverschiebungsbedingte) *streckengesteuerte* Regeneration, wobei völlig im Dunkeln bleibt, wie oft es *bei einer strecken- und beladungsgesteuerten* Platzierung der Abgasnachbehandlungsevents (alle 5 km oder bei vollem NKS, je nachdem, welcher Zustand zuerst erreicht wird) zu einer *beladungsgesteuerten* Regeneration (bei der immer mehr Emissionen freigesetzt werden als

bei einer streckengesteuerten Regeneration, weil erstere im Gegensatz zur letzteren ja gerade voraussetzt, dass der NKS voll ist) im NEFZ kommen würde bzw. im realen Fahrbetrieb tatsächlich kommt.

Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. c VO (EG) Nr. 715/2007 kann auch nicht über seinen Wortlaut hinaus als Ausnahmetatbestand für eine fehlende Grenzwertkausalität angesehen werden (vgl. LG Offenburg, Urt. v. 23.06.2020, 3 O 38/18, S. 7, Bl. 35 II d.A.). Die hiervon abweichende Auffassung der Beklagten, welche darauf hinausläuft, dass Manipulationen der Messungen auf dem Prüfstand beliebig möglich sein sollen, solange die Grenzwerte auch ohne diese Manipulationen eingehalten würden, führt den Sinn und Zweck des Testverfahrens, verlässliche Ergebnisse in Bezug auf die Einhaltung der Grenzwerte zu liefern, ad absurdum, weil dann nämlich nicht einmal mehr die unter Prüfbedingungen ermittelten Werte verlässlich, sondern bereits verfälscht sind, und dementsprechend die Testwerte nicht mehr den geringsten Schluss auf die Werte im Realbetrieb zulassen (vgl. Schlussanträge der Generalanwältin EUGH C-693/18, Nr. 124, 125; EuGH, DAR 2021, S. 71, 74, Nr. 98; LG Offenburg, Urt. v. 23.06.2020, 3 O 38/18, S. 11, Bl. 39 II d.A.). Wäre die Rechtsauffassung der Beklagten richtig, hätten es die Autohersteller in der Hand, in ihren Fahrzeugen erst einmal heimlich Abschaltvorrichtungen zu verbauen, welche die sichere Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand gewährleisten, um sich dann im Fall der unerwarteten Entdeckung der Abschaltvorrichtungen unter Bezugnahme auf eigene Messungen immer noch darauf berufen zu können, dass diese Abschaltvorrichtungen nicht unzulässig seien, weil auch bei ihrer Deaktivierung die Grenzwerte noch eingehalten würden, ohne dabei erklären zu können, warum sie die Abschaltvorrichtungen dann überhaupt installiert haben. Vor diesem Hintergrund stellt jede Verwendung einer Standard-Emissionsstrategie, die beim Motorbetrieb zwischen einem genormten Prüfzyklus für die EU-Typengenehmigung und anderen Betriebsbedingungen unterscheiden kann und die zu einer geringeren Emissionsminderungsleistung führt, wenn sie nicht unter der in der EU-Typgenehmigung vorgesehenen Bedingungen arbeitet, eine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Die hiervon abweichende rechtliche Bewertung bzw. Verwaltungspraxis des KBA hat keinerlei Grundlage in der VO (EG) Nr. 715/2007 und ist auch sonst haltlos, weshalb es auch unerheblich ist, dass das KBA für Fahrzeuge mit EA 288 Motoren bisher noch keinen Rückruf angeordnet hat (vgl. LG Offenburg, Urt. v. 23.06.2020, 3 O 38/19, S. 6 f, Bl. 34 f II d.A.).

Durch die Verwendung der Fahrkurvenerkennung im VW-Motor EA 288 wurden die Erwerber im Ergebnis daher genauso getäuscht wie durch die Verwendung der Kippschalterlogik mit Prüfstanderkennung im VW-Motor EA 189 (so neben dem LG Offenburg i.E. auch bereits LG Regensburg, Urt. v. 19.03.2020, 73 O 1181/19, Rn. 34 ff; LG Darmstadt, Urt. v.

31.08.2020, 13 O 88/20, Rn. 36 ff; vgl. auch LG Darmstadt, Urt. v. 24.11.2020, 9 O 305/18, Rn. 40 ff; LG Karlsruhe, Urt. v. 05.02.201, 9 O 93/20, Rn. 37 ff; jeweils zitiert nach juris), hinsichtlich derer die höchstrichterliche und die weit überwiegende veröffentlichte obergerichtliche Rechtsprechung eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB zu Recht bejaht (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19; OLG Köln, Urt. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 40 m.w.N.; jeweils zitiert nach juris).

Der Schaden des Klägers liegt bereits im Abschluss des Kaufvertrages als ungewollter Verbindlichkeit, weshalb er durch das Aufspielen eines Software-Updates nicht mehr beseitigt werden konnte. Auf das Bestehen bzw. Fortbestehen eines Minderwerts des Fahrzeugs kommt es daher nicht an (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 44 ff; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 51, 52; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, Rn. 33-38; jeweils zitiert nach juris).

Die Täuschung war auch ursächlich für den Schaden. Dass der Kläger vom Erwerb des Fahrzeugs Abstand genommen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass dieses zwar formal über eine EG-Typengenehmigung verfügt, aber wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb - bei rechtmäßigem Vorgehen (siehe oben) - Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohen, liegt auf der Hand (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 49 ff, zitiert nach juris). Diese Situation ist auch nicht mit derjenigen vergleichbar, die der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kausalität zwischen sittenwidriger Handlung und Schadenseintritt in Kapitalanlagefällen zugrunde liegt (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 36-39, zitiert nach juris). Auch der Umstand, dass der Kläger das Fahrzeug nicht unmittelbar von der Beklagten erworben hat, stellt den Kausalzusammenhang zwischen konkludenter Täuschung und Fahrzeugerwerb nicht in Frage, denn durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs hat die Beklagte den Kausalverlauf bewusst unter Einschaltung ihres Vertriebssystems in Gang gesetzt (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 39, zitiert nach juris). Insofern macht es auch keinen Unterschied, ob es sich um ein Neu- oder um ein Gebrauchtfahrzeug handelt (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 25; OLG Frankfurt, Urt. v. 31.03.2020, 13 U 134/19, Rn. 42; jeweils zitiert nach juris) und es kommt auch nicht darauf an, ob der Kläger ein besonderes Umweltbewusstsein besaß und deshalb ein geringer Emissionsausstoß Motiv für die Kaufentscheidung geworden ist (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 52, zitiert nach juris).

Die Sittenwidrigkeit des allein vom Profitinteresse geleiteten Handelns der Beklagten ergibt sich aus dem nach Ausmaß und Vorgehen besonders verwerflichen Charakter der Täuschung unter Ausnutzung des Vertrauens der Käufer in eine öffentliche Institution, nämlich das Kraftfahrt-Bundesamt, und unter Inkaufnahme nicht nur der Schädigung der Käufer, sondern auch der Umwelt (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 16; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 53; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 43-46; jeweils zitiert nach juris). Insoweit ist der Sachverhalt auch anders gelagert, als in den Fällen, in denen Erwerber Fahrzeuge mit einem EA 189 Motor erst ab September 2015 erworben haben, und in denen der Bundesgerichtshof eine Sittenwidrigkeit verneint hat (vgl. Urt. v. 30.07.2020, VI ZR 5/20, Rn. 29 ff; Urt. v. 09.03.2021, VI ZR 889/20, Rn. 17 ff; jeweils zitiert nach juris). In diesen Fällen ist die Beklagte nämlich an die Öffentlichkeit getreten, hat Unregelmäßigkeiten eingeräumt und Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzeswidrigen Zustandes erarbeitet, wodurch wesentliche Elemente, die ihr bisheriges Verhalten gegenüber bisherigen Käufern als besonders verwerflich erscheinen ließen, relativiert worden sind. Hinsichtlich des EA 288 hat sich die Beklagte hingegen darauf beschränkt, nach Aufdeckung der im EA 189 verbauten unzulässigen Abschaltvorrichtung dem KBA ab Oktober 2015 offenzulegen, dass auch im Nachfolgemodell EA 288 eine Abschaltvorrichtung verbaut wurde, wovon die Öffentlichkeit nichts erfuhr.

Das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung ist der Beklagten entsprechend § 31 BGB zurechenbar (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 29 ff, zitiert nach juris). Nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast konnte die Beklagte die diesbezügliche Kenntnis ihres Vorstands bzw. verschiedener Abteilungsleiter nicht einfach bestreiten, sondern hätte vielmehr vortragen müssen, wie der Entscheidungsprozess abgelaufen ist, welche Mitarbeiter, die nicht als verfassungsmäßig berufene Vertreter anzusehen sind, hieran beteiligt waren (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 53, zitiert nach juris), welche Mitarbeiter die streitgegenständliche Software beim Zulieferer bestellt haben, wie die üblichen Abläufe bei einer solchen Beauftragung sowie die Organisation von Entscheidungen solcher Tragweite bei ihr ausgestaltet sind (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 72, zitiert nach juris) und wie dem Vorstand bzw. ihren Abteilungsleitern die Verwendung der manipulativen Software gleichwohl entgehen konnte (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, 62-69, zitiert nach juris).

Der Schädigungsvorsatz der Beklagten bzw. ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter ergibt sich bereits aus der heimlichen und manipulativen Vorgehensweise (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 60 ff; OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, 90,

91; jeweils zitiert nach juris). Die Software wurde zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) gezielt zur Beeinflussung des Emissionsverhaltens im Prüfzyklus programmiert unter Inkaufnahme eines Widerrufs der Typengenehmigung und der Stilllegung der Fahrzeuge (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 05.06.2020, 8 U 1803/19, S. 14 f, 16 f zum Motor EA 897). Dementsprechend hat die Beklagte, nachdem sie nach der Entdeckung der im EA 189 verbauten unzulässigen Abschaltvorrichtung dem KBA ab Oktober 2015 offengelegt hatte, dass auch im Nachfolgermodell EA 288 eine Abschaltvorrichtung verbaut worden ist, letztere ab der 22. KW 2016 auch entfernt. Ihr Erklärungsmodell, dies sei nur erfolgt, weil bei der Beklagten infolge der EA189-Thematik der unzutreffende Eindruck entstanden sei, dass Fahrkurven-erkennungen generell unzulässig seien, woraufhin infolge einer faktischen Verunsicherung in den Abteilungen jeglicher Eindruck einer ggf. unzulässigen Bedatung habe vermieden werden sollen (Bl. 83 II d.A.), überzeugt nicht; vielmehr war der „Eindruck“, dass Fahrkurven-erkennungen generell unzulässig sind, zutreffend und ist auch nicht erst infolge der Entdeckung der im EA 189 verbauten unzulässigen Abschaltvorrichtung entstanden. In Bezug auf den EA 288 kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, dass (auch) nach Auffassung des KBA eine Abschaltvorrichtung nicht unzulässig sei, sofern auch bei ihrer Deaktivierung die Grenzwerte eingehalten würden, denn insoweit ist nicht die Beklagte bei der Installierung der Abschaltvorrichtung einer diesbezüglich bereits bestehenden Rechtsauffassung des KBA gefolgt; vielmehr hat sich das KBA der von der Beklagten nach Offenlegung der im EA 288 verbauten Abschaltvorrichtung hierzu vertretenen und jeglicher rechtlichen Grundlage entbehrenden Rechtsauffassung angeschlossen.

Selbst wenn eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB ausscheiden würde, träge die Beklagte jedenfalls eine gleichartige Haftung aus §§ 831 Abs. 1 S. 1, 826 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 43; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 93 ff; jeweils zitiert nach juris).

Dem Kläger steht daher, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, zu, wobei er sich wegen des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots im Wege des Vorteilsausgleichs eine Nutzungsentschädigung anrechnen lassen muss.

Die prinzipiell gegen die Vorteilsausgleichung erhobenen Einwände teilt der Senat nicht. Da der Anspruch aus § 826 BGB keinen Strafcharakter hat und auch europarechtliche Vorschriften nicht dazu zwingen, dem Schadensrecht ein pönales Element zu verleihen, verbietet sich die Verweigerung der Vorteilsausgleichung unter Berufung auf den hohen Unrechtsgehalt der Tat und das Verdikt der Sittenwidrigkeit. Auch zwingt die europarechtlich

vorgegebene Unentgeltlichkeit der kaufrechtlichen Nacherfüllung, welche die Anrechnung von Nutzungen ausschließt, nicht dazu, diese Regelung generell auf die Rückabwicklung von Verträgen zu erstrecken. Da sich der Mangel letztlich nicht in einer Nutzungseinschränkung niedergeschlagen hat, besteht auch kein Anlass, den Nutzungsersatz im Hinblick auf den der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 64 ff; OLG Celle, Urt. v. 22.01.2020, 7 U 445/18, Rn. 58 ff; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 63; Urt. v. 12.12.2019, 13 U 13/19, Rn. 120 ff; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, Rn. 110-119; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 31.01.2019, 17 U 95/19, Rn. 41; jeweils zitiert nach juris). Eine Berechnung des Vorteilsausgleichs unter Abzug eines Minderwerts vom Kaufpreis nimmt der Senat daher nicht vor. Gleiches gilt für eine Saldierung der Nutzungen des Erwerbers mit den Nutzungen der Beklagten in Form der Eigenkapitalrente seit Kaufpreiszahlung, da dies zu einer Überkompensation des Schadens und damit zu einer Besserstellung des Klägers führen würde (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, Rn. 120, 121, zitiert nach juris). Es ist auch keine Beschränkung des Nutzungsersatzes auf die Zeit bis zum Rückabwicklungsverlangen geboten, denn der Schadensersatzanspruch des Klägers wird nicht durch den bloßen Zeitablauf, sondern durch die tatsächliche Nutzung „aufgezehrt“ (vgl. OLG Köln, Urt. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 122, 123, zitiert nach juris).

Der Höhe nach ist die Vorteilsausgleichung nicht entsprechend dem ersparten Wertverlust (in diesem Sinne aber OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.09.2019, 17 U 45/19, Rn. 42, zitiert nach juris), sondern nach der bewährten und praktikablen Formel  $\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrrene Kilometer} / \text{voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt}$  zu berechnen (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 78 ff; KG Berlin, Urt. v. 26.09.2019, 4 U 77/18, Rn. 123 ff; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 109; Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, Rn. 112 ff; OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, Rn. 99 ff; Urt. v. 12.06.2019, 5 U 1318/18, Rn. 102 ff; OLG Köln, Beschl. v. 03.01.2019, 18 U 70/18, Rn. 49; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 62 ff). Die Gesamtlauflistung schätzt der Senat auf 250.000 km (vgl. BGH, Beschl. v. 09.12.2014, VIII ZR 196/14, Rn. 3; Urt. v. 16.09.2009, VIII ZR 243/08, Rn. 14 f; OLG Köln, Urt. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 128; OLG Saarbrücken, Urt. v. 14.02.2020, 2 U 128/19; OLG Celle, Urt. v. 22.01.2020, 7 U 445/18, Rn. 65; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 20.11.2019, 9 U 12/19, Rn. 59; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 108; Beschl. v. 06.12.2018, 17 U 4/18, Rn. 50; jeweils zitiert nach juris). Im Jahr 2019 hatten Kraftfahrzeuge in der Bundesrepublik Deutschland ein durchschnittliches Alter von 9,5 Jahren; die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Dieselfahrzeuge betrug ca. 20.000 km (vgl. OLG Köln, a.a.O.). Bei der Schät-



zung der Gesamtleistung von 250.000 km ist daher bereits ein erreichbares Fahrzeugalter von 12,5 Jahren berücksichtigt. Dass VW-Fahrzeuge - was für die Annahme einer Gesamtleistung von 300.000 km erforderlich wäre - ein durchschnittliches Alter von 15 Jahren erreichen, ist nicht ersichtlich. Die Nutzungsentschädigung beträgt demnach 864,29 € (21.750,00 € Kaufpreis x 9.239 km (26.689 km im Senatstermin vom 25.03.2021 unstreitig gestellter Kilometerstand – 17.450 km Kilometerstand beim Erwerb) / 232.500 km (250.000 km – 17.450 km)). Die Differenz zum Kaufpreis beläuft sich mithin auf 20.885,71 €.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1. S 2, 288 Abs. 1, 291 BGB.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 und Abs. 2, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gem. §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19), 30.07.2020 (VI ZR 5/20 und VI ZR 397/19), 08.12.2020 (VI ZR 244/20), 17.12.2020 (VI ZR 739/20), 19.01.2021 (VI ZR 433/19), 26.01.2021 (VI ZR 405/19), 02.03.2021 (VI ZR 147/20), 09.03.2021 (VI ZR 889/20) nicht mehr vorliegen.

Dr. Otparlik

Scholz

Harms

Vorstehende Abschrift ~~Kopie~~ stimmt mit der  
Urschrift überein und wird hiermit beglaubigt

Naumburg, 20. April 2021

 Justizangestellte

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle  
des Oberlandesgerichts Naumburg

