Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung durch die *Volkswagen AG* im VW-Abgasskandal – Gebrauchtwagen

1. **Es steht wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugkäufer gleich, wenn ein Fahrzeughersteller im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen der Fahrzeuge durch arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt ausnutzt.**

2. **Bestehen hinreichende Anhaltspunkte für die Kenntnis zumindest eines vormaligen Mitglieds des Vorstands von der getroffenen strategischen Entscheidung, trägt der beklagte Hersteller die sekundäre Darlegungslast für die Behauptung, eine solche Kenntnis habe nicht vorgelegen. Darauf, ob die vormaligen Mitglieder des Vorstands von dem Kläger als Zeugen benannt werden könnten, kommt es nicht an.**

3. **Wird jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags gebracht, den er sonst nicht geschlossen hätte, kann er auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht.**

4. **Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung gelten auch für einen Anspruch aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB.**

BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19

Sachverhalt: Der Kläger erwarb am 10.01.2014 von einem Autohändler zum Preis von 31.490 € brutto einen Gebrauchtwagen VW Sharan 2.0 TDl (Sondermodell „Match“), der mit einem 2,0-Liter-Dieselmotor des Typs EA189 (Schadstoffnorm Euro 5) ausgestattet ist. Die Beklagte ist die Herstellerin dieses Fahrzeugs, das am 12.07.2012 erstzugelassen worden war und beim Erwerb durch den Kläger einen Kilometerstand von 20.000 aufwies. Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt.

Die im Zusammenhang mit dem Motor verwendete Software erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wird und schaltet in diesem Fall in den Abgasrückführungsmodus 1, einen stickoxid-optimierten Modus. In diesem Modus findet eine Abgasrückführung mit niedrigem Stickoxid(NO_x)-Ausstoß statt. Im normalen Fahrbetrieb außerhalb des Prüfstands schaltet der Motor dagegen in den Abgasrückführungsmodus 0, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer und der Stickoxidausstoß höher ist. Für die Erteilung der Typgenehmigung der Emissionsklasse Euro 5 maßgeblich war der Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand. Die Stickoxidgrenzwerte der Euro-5-Norm wurden nur im Abgasrückführungsmodus 1 eingehalten.

Im September 2015 räumte die Beklagte öffentlich die Verwendung einer entsprechenden Software ein. Unter dem 15.10.2015 erging gegen sie ein bestandskräftiger Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamts (KBA) mit nachträglichen Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung, der auch das Fahrzeug des Klägers betrifft. Das Kraftfahrt-Bundesamt ging vom Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung aus und gab der Beklagten auf, diese zu beseitigen und die Einhaltung der maßgeblichen Grenzwerte anderweitig zu gewährleisten. Die Beklagte gab mit Pressemitteilung vom 25.11.2015 bekannt, Softwareupdates durchzuführen, mit denen diese Software aus allen Fahrzeugen mit Motoren des Typs EA189 mit 2,0 l Hubraum entfernt werden sollte. Der Kläger ließ das Softwareupdate im Februar 2017 durchführen.

Mit Schreiben vom 15.09.2017 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zur Erstattung des Kaufpreises unter Fristsetzung bis zum 01.10.2017 auf und bot Zug um Zug die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs an. Mit seiner Klage verlangt er die Zahlung von 31.490 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.10.2017 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug befindet, und den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.680,28 € nebst Zinsen in vorgenannter Höhe seit Rechtshängigkeit.

Das Landgericht hat die am 23.11.2017 rechtshängig gewordene Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Entscheidung des Landgerichts abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 25.616,10 € nebst Zinsen in vorgenannter Höhe seit dem 02.10.2017 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs zu zahlen. Ferner hat es die begehrte Feststellung ausgesprochen und die Beklagte zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.474,89 € nebst Zinsen seit dem 24.11.2017 verurteilt. Wegen des weitergehenden Zahlungsanspruchs hat es die Klage abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien die vom Berufungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Die Beklagte verfolgt ihren Klageabweisungsantrag, der Kläger seinen Zahlungsantrag zur Hauptsache, soweit dieser abgewiesen worden ist, weiter.

Das Rechtsmittel der Beklagten war ganz überwiegend, das des Klägers vollständig erfolglos.

[6] **Aus den Gründen:** A. Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in NJW 2019, 2237 veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte gemäß § 826 BGB i. V. mit § 31 BGB analog ein Schadensersatzanspruch zu. Er müsse sich aber den gezogenen Nutzungsvorteil anrechnen lassen.

[7] Das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit der streitgegenständlichen Umschaltlogik unter bewusstem Verschweigen der gesetzwidrigen Softwareprogrammierung stelle eine Täuschung nicht nur staatlicher Stellen und der Wettbewerber, sondern auch der Kunden dar, die bis zur Stilllegung des Fahrzeugs fortwirke. Ausweislich des bestandskräftigen Bescheids des Kraftfahrt-Bundesamts liege bei dem Motor des Typs EA189 eine unzulässige Abschalteinrichtung vor.

[8] Das Verhalten der Beklagten sei sittenwidrig. Die Beklagte habe systematisch und über Jahre hinweg aus reinem Gewinnstreben die Arglosigkeit der Kunden planmäßig ausgenutzt und sich dabei das Vertrauen der Verbraucher in das bei dem KBA zu durchlaufende Genehmigungsverfahren zunutze gemacht. Die Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung habe wegen des Risikos der Betriebsbeschränkung oder -untersagung den ureigenen Zweck des Fahrzeugs, die Nutzung im öffentlichen Straßenverkehr, gefährdet. Die unstreitige Gesamtzahl der betroffenen Fahrzeuge zeige die besondere Verwerflichkeit des Verhaltens, das sich nachteilig auf die Umwelt ausgewirkt und das Bestreben des Einzelnen zum Schutz der Umwelt durch eine gezielte Täuschung unterlaufen habe.

[9] Die Beklagte müsse sich das vorsätzliche Handeln ihrer Mitarbeiter und die Kenntnis des damaligen Leiters ihrer Entwicklungsabteilung und des damaligen Vorstands zurechnen lassen.

[10] Der Schaden des Klägers liege in dem Erwerb eines mit der Steuerungssoftware ausgerüsteten Fahrzeugs. Der Kläger sei bei der Kaufentscheidung aufgrund der verschwiegenen unzulässigen Abschalteinrichtung eine von ihm so nicht gewollte Verbindlichkeit eingegangen. Er könne daher die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen. Entgegen der Auffassung des Klägers sei dabei der gezogene Nutzungsvorteil zu berücksichtigen. Eine unbillige Entlastung des Schädigers werde dadurch nicht bewirkt. Die erwartete Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs schätze der Senat auf 300.000 km. Der Gebrauchsvorteil errechne sich, indem der von dem Kläger gezahlte Bruttokaufpreis (31.490 €) mit den von ihm gefahrenen Kilometern (52.229) multipliziert und der sich ergebende Wert durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt (280.000 km) geteilt werde. Somit ergebe sich eine von dem Schadensersatzanspruch abzuziehende Nutzungsentschädigung in Höhe von 5.873,90 € (§ 287 ZPO).

[11] B. Die Revision der Beklagten bleibt ganz überwiegend ohne Erfolg; sie ist nur in Bezug auf die Nebenpunkte der Feststellung des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB), des Zinszeitraums in Bezug auf die Hauptforderung (§ 291 BGB) und der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten geringfügig erfolgreich. Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

[12] I. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte dem Kläger aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB haftet. Ohne Rechtsfehler geht es ferner davon aus, dass der Kläger von der Beklagten auf dieser Grundlage die Zahlung von 25.616,10 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs verlangen kann, ihm mithin eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 5.873,90 € als Vorteil anzurechnen ist (§ 249 BGB). Die von den Revisionen der Beklagten und des Klägers dagegen erhobenen Rügen greifen nicht durch.

[13] 1. Das Berufungsgericht hat das Verhalten der Beklagten auf der Grundlage der von ihm rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen mit Recht als sittenwidrig i. S. des § 826 BGB angesehen.

[14] a) Die Qualifizierung eines Verhaltens als sittenwidrig ist eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 15 m. w. Nachw.; Urt. v. 07.05.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 Rn. 8).

[15] 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 Pflicht verletzt 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 (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 16 m. w. Nachw.; Urt. v. 07.05.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 Rn. 8 m. w. Nachw.). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (Senat, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 16 m. w. Nachw.). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (Senat, Urt. v. 07.05.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 Rn. 8 m. w. Nachw.).

[16] b) Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist das Verhalten der Beklagten im Verhältnis zum Kläger objektiv als sittenwidrig zu qualifizieren. Die Beklagte hat auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts systematisch, langjährig und in Bezug auf den Dieselmotor der Baureihe EA189 in siebenstelligen Stückzahlen in Deutschland Fahrzeuge in Verkehr gebracht, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Damit ging einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits – wie noch im Einzelnen auszuführen sein wird – die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschalteinrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren. Das gilt auch, wenn es sich um den Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs handelt. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens der Beklagten unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen. Im Einzelnen:

[17] aa) Die Revision der Beklagten wendet sich nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass es sich bei der im Fahrzeug des Klägers vorhandenen Einrichtung, die bei erkanntem Prüfstandslauf eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert (vgl. *Hüning,* NZV 2019, 27, 29), um eine unzulässige Abschalteinrichtung nach Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung 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. 2007 L 171, 1; im Folgenden: VO 715/2007/EG) gehandelt hat (vgl. nunmehr auch High Court of England and Wales, Urt. v. 06.04.2020 – [2020] EWHC 783 [QB], BeckRS 2020, 5159 Rn. 268, 437; Generalanwältin *E. Sharpston,* Schlussanträge v. 30.04.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:323 – CLCV). Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 267 III AEUV) wegen der Auslegung der genannten Vorschrift ist nicht veranlasst, weil die Rechtslage im Hinblick auf die hier vorliegende Abschalteinrichtung von vornherein eindeutig ist („acte clair“, vgl. EuGH, Urt. v. 06.10.1982 – 283/81, Slg. 1982, 3415 = ECLI:EU:C:1982:335 = NJW 1983, 1257, 1258 – CILFIT; BVerfG, Beschl. v. 28.08.2014 – 2 BvR 2639/09, NVwZ 2015, 52 Rn. 35).

[18] Die Revision hat auch nichts gegen die Feststellung des Berufungsgerichts erinnert, die Beklagte habe dem Kraftfahrt-Bundesamt bei der Erlangung der (jeweiligen) Typgenehmigungen durch die Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung vorgespiegelt, das Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen, und sie habe dadurch über die Einhaltung der gesetzlichen Abgaswerte getäuscht, um die Typgenehmigung auf kostengünstigem Weg zu erhalten.

[19] Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht – wie noch auszuführen sein wird – ferner festgestellt, dass die Abschalteinrichtung auf der Grundlage einer strategischen unternehmerischen Entscheidung über Jahre hinweg nicht nur im Unternehmen der Beklagten selbst, sondern auch bei mehreren Tochterunternehmen in verschiedenen Fahrzeugmodellen durch aktive, im Hinblick auf dieses Ergebnis gewollte präzise Programmierung der Motorsteuerungssoftware zur Beeinflussung der Abgasrückführung in die Motorsteuerung eingebaut worden ist, wobei bei einer Entdeckung der verwendeten Software eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hätte erfolgen können (§ 5 I FZV inder Fassung vom 03.02.2011, BGBl. 2011 I 139). Soweit die Revision der Beklagten geltend macht, eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung sei aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen ausgeschlossen gewesen (vgl. auch *Oechsler,* WuB 2019, 404, 405 f.; 447, 449 f.; *Röhl,* NZV 2020, 183 ff., 192), greift das nicht durch.

[20] (1) Von der Revision unangegriffen hat das Berufungsgericht festgestellt, dass nach dem Bekanntwerden der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung eine technische Lösung zunächst von der Beklagten entwickelt, vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegeben und dann auf verschiedene Fahrzeugvarianten angepasst werden musste. Bis zu diesem Zeitpunkt bestand daher die Gefahr, dass die erforderliche Entwicklung nicht gelingen würde und die von dem Kraftfahrt-Bundesamt gemäß § 25 II EG-FGV vom 03.02.2011 (BGBl. 2011 I 126) nachträglich angeordnete Nebenbestimmung zur Typgenehmigung nicht erfüllt werden könnte.

[21] (2) Abgesehen von den tatsächlichen Unwägbarkeiten bestanden ferner auch erhebliche rechtliche Risiken. Die unzulässige Abschalteinrichtung konnte grundsätzlich dazu führen, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 I FZV vornahm, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art. 5 II VO 715/2007/EG verstoßenden Abschalteinrichtung nicht dem genehmigten Typ (§ 3 I 2 FZV) entsprach (vgl. BGH, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 20). Dabei kann offenbleiben, ob dies nur bei zuvor erfolgter Rücknahme der Typgenehmigung möglich war (vgl. *Röhl,* NZV 2020, 183, 189 f.). Denn auch das kam hier gemäß § 25 III Nr. 1 und Nr. 2 EG-FGV i. V. mit § 48 VwVfG grundsätzlich in Betracht (vgl. auch VG Stuttgart, Beschl. v. 27.04.2018 – 8 K 1962/18, juris Rn. 17; VG Düsseldorf, Urt. v. 24.01.2018 – 6 K 12341/17, juris Rn. 271). Nach diesen Vorschriften kann das Kraftfahrt-Bundesamt eine rechtswidrige Typgenehmigung ganz oder teilweise zurücknehmen, insbesondere wenn festgestellt wird, dass Fahrzeuge mit einer Übereinstimmungsbescheinigung nicht mit dem genehmigten Typ übereinstimmen, oder von Fahrzeugen ein erhebliches Risiko für die Verkehrssicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die Umwelt ausgeht. Vertrauensschutz bestand nicht, nachdem die Beklagte die Typgenehmigung durch arglistige Täuschung erwirkt hatte (vgl. § 48 II 3, III 2 VwVfG). Welche möglicherweise auch zeitlich oder örtlich beschränkten Maßnahmen die Behörden bei einer Aufdeckung der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung ergreifen würden, stand insbesondere im Hinblick auf die erfolgte arglistige Täuschung, die große Zahl der betroffenen Fahrzeuge, die in ihrer Gesamtheit einen deutlich erhöhten Stickoxidausstoß bewirkten, und die nicht vorhersehbaren immissionsschutzrechtlichen Rahmenbedingungen im Vorhinein nicht fest.

[22] bb) Das Ziel der Beklagten bestand darin, Fahrzeuge kostengünstiger als ihr sonst möglich zu produzieren und damit – wie das Berufungsgericht zu Recht festgestellt hat – in einer Erhöhung ihres Gewinns. Ein solches Ziel ist – worauf die Revision der Beklagten zutreffend hinweist – (selbstverständlich) erlaubt und auch nicht (per se) verwerflich. Dass auch die handelnden Personen dieses Ziel erstrebten, stellt die Revision der Beklagten nicht in Abrede; dem Entgegenstehendes ist auch sonst nicht ersichtlich. Weiterer Feststellungen zu den individuellen Beweggründen der handelnden Personen bedarf es entgegen der Ansicht der Revision nicht. Dass sie über das Ziel der Erhöhung des Gewinns der Beklagten hinaus (weitere) Vorteile für sich persönlich erstrebten, ist für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Sittenwidrigkeit durch die Beklagte selbst nicht erforderlich.

[23] cc) Das an sich erlaubte Ziel der Erhöhung des Gewinns wird auch im Verhältnis zu dem Käufer eines der betroffenen Fahrzeuge aber dann verwerflich, wenn es auf der Grundlage einer strategischen Unternehmensentscheidung durch arglistige Täuschung der zuständigen Typgenehmigungs- und Marktüberwachungsbehörde – des Kraftfahrt-Bundesamts (§ 2 I EG-FGV) – erreicht werden soll und dies mit einer Gesinnung verbunden ist, die sich sowohl im Hinblick auf die für den einzelnen Käufer möglicherweise eintretenden Folgen und Schäden als auch im Hinblick auf die insoweit geltenden Rechtsvorschriften, insbesondere zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der Umwelt, gleichgültig zeigt. Ein solches Vorgehen verstößt derart gegen die Mindestanforderungen im Rechts- und Geschäftsverkehr auf dem hier betroffenen Markt für Kraftfahrzeuge, dass ein Ausgleich der bei den einzelnen Käufern verursachten Vermögensschäden geboten erscheint (vgl. auch BGH, Urt. v. 19.07.2004 – II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, 157 = juris Rn. 49). Gerade wenn die Käufer (und damit auch der Kläger) – wie das Berufungsgericht annimmt, wovon die Beklagte ausgeht und was auch aus Sicht des Senats naheliegt – sich keine konkreten Vorstellungen über die Rechtsbeständigkeit der Typgenehmigung und die Erfüllung der gesetzlichen Abgasgrenzwerte machten, war das Inverkehrbringen der Fahrzeuge unter diesen Umständen sittenwidrig und stand wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Käufer gleich (vgl. auch *Heese,* JZ 2020, 178, 179 f.).

[24] (1) Der Markt für Kraftfahrzeuge ist im Interesse der Vereinheitlichung und der Harmonisierung des Binnenmarktes, der Verkehrssicherheit und des Gesundheits- und Umweltschutzes geprägt durch eine große Regulierungsdichte im Hinblick auf die Fahrzeuggenehmigung und -zulassung, die technischen Anforderungen an Kraftfahrzeuge, die Genehmigungsverfahren und die von den Technischen Diensten durchzuführenden Prüfungen, vgl. Art. 1 ff. VO 715/2007/EG, Art. 1 ff. der Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.09.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (ABl. 2007 L 263, 1 ff.; im Folgenden: Richtlinie 2007/46/EG), Art. 1 ff. der Verordnung (EG) Nr. 385/2009 der Kommission vom 07.05.2009 zur Ersetzung des Anhangs IX der Richtlinie 2007/46/EG (ABl. 2009 L 118, 13 ff.; im Folgenden VO 385/2009/EG), §§ 1 ff. EG-FGV, §§ 1 ff. FZV. Es besteht ferner ein erhebliches Ungleichgewicht im Hinblick auf das bei den Herstellern und den Käufern der Fahrzeuge vorhandene (technische) Wissen in Bezug auf die Funktionsweise der hergestellten und vertriebenen Fahrzeuge. Arglose Käufer der bemakelten Fahrzeuge mussten daher mangels eigener Möglichkeiten, die Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben auch nur nachvollziehen, geschweige denn kontrollieren zu können, darauf vertrauen, dass die gesetzlichen Vorgaben von der Beklagten eingehalten worden waren; gleichzeitig durften sie sich angesichts der die Beklagte nach den genannten Regelungen treffenden Pflichten und insbesondere im Hinblick auf das Typgenehmigungsverfahren darauf auch verlassen.

[25] (2) Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, setzt daher der Käufer eines Fahrzeugs – gleichgültig, ob er das Fahrzeug neu oder gebraucht erwirbt – die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben arglos als selbstverständlich voraus. Das betrifft auch den Gebrauchtwagenkäufer, dessen Fahrzeug bereits über eine Erstzulassung (§ 6 III 1 FZV) verfügt, bei der die von dem Inhaber der EG-Typgenehmigung für jedes dem genehmigten Typ entsprechende Fahrzeug auszustellende Übereinstimmungsbescheinigung nach Art. XVIII i. V. mit Anhang IX der Richtlinie 2007/46/EG vorgelegen hat, § 6 I EG-FGV. Die Beklagte machte sich im Rahmen der von ihr bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen durch arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt zunutze. Dabei erfolgte das Inverkehrbringen der Fahrzeuge gerade mit dem Ziel, möglichst viele der bemakelten Fahrzeuge abzusetzen. Ein solcher Fall steht einer bewussten arglistigen Täuschung derjenigen, die ein solches Fahrzeug erwerben, gleich (vgl. auch *Isfen,* JA 2016, 1, 3). Die Beklagte trifft das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, daher gerade auch im Hinblick auf die Schädigung aller unwissenden Käufer der bemakelten Fahrzeuge. Diese Schädigung stellt die zwangsläufige Folge des Inverkehrbringens der betroffenen Fahrzeuge dar und liegt unmittelbar in der Zielrichtung des sittenwidrigen Verhaltens (vgl. Senat, Urt. v. 20.02.1979 – VI ZR 189/78, NJW 1979, 1599, 1600; Urt. v. 07.05.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 Rn. 8 m. w. Nachw.; BGH, Urt. v. 11.11.1985 – II ZR 109/84, BGHZ 96, 231, 237). Soweit die Revision demgegenüber auf die Entscheidung des Senats vom 19.10.2010 (VI ZR 124/09, WM 2010, 2256 Rn. 14) verweist, liegt dieser eine andere Fallgestaltung zugrunde, nachdem dort kein aktives Tun durch eine bewusste arglistige Täuschung, sondern ein Unterlassen des persönlich in Anspruch genommenen Geschäftsführers zu beurteilen war.

[26] (3) Nach alledem kommt es auf die Frage, ob dem Inverkehrbringen der mit der unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeuge auch im Hinblick auf die Übereinstimmungsbescheinigung ein irgendwie gearteter Erklärungswert beizumessen ist (vgl. dazu auch *Armbrüster,* NJW 2018, 3481 f.; *Brand,* wistra 2019, 169, 171 f.; *Führ/Below,* ZUR 2018, 259, 262 ff.) und die zu diesem Punkt erhobenen Rügen der Revision der Beklagten nicht an. Das gilt auch in Bezug auf die Rüge der Revision, das Berufungsgericht verwische die Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen, wobei in Bezug auf letzteres eine entsprechende Aufklärungspflicht nicht ersichtlich sei.

[27] (4) Bei seiner Bewertung der Sittenwidrigkeit hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten zu Recht auch berücksichtigt, dass die Beklagte systematisch und bewusst eine Software eingesetzt hat, durch die die Stickoxidgrenzwerte der Euro-5-Norm nur im Prüfbetrieb eingehalten wurden. Dadurch wurde, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und insoweit unangefochten festgestellt hat, unerlaubt Einfluss auf den Stickoxidausstoß genommen und dieser über das Maß des nach den gesetzlichen Vorgaben Zulässigen hinaus erhöht. Dieses Vorgehen zeigt im Hinblick auf den von den gesetzlichen Vorgaben intendierten Schutz der Gesundheit der Bevölkerung eine rücksichtslose Gesinnung, die gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.

[28] (5) Da nach alledem das Unwerturteil des Berufungsgerichts gerechtfertigt ist, kommt es auf die weiteren Rügen der Revision nicht an, das Berufungsgericht habe bei seiner Beurteilung der Sittenwidrigkeit das „Nachtatverhalten“ der Beklagten unzulässig berücksichtigt und zu Unrecht als schwere Folge für den Kläger angesehen, dass ihm ohne Durchführung des umstrittenen Updates die Stilllegung des Fahrzeugs gedroht habe.

[29] 2. Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die grundlegende strategische Entscheidung in Bezug auf die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software von den im Hause der Beklagten für die Motorenentwicklung verantwortlichen Personen, namentlich dem vormaligen Leiter der Entwicklungsabteilung und den für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Beklagten verantwortlichen vormaligen Vorständen, wenn nicht selbst, so zumindest mit ihrer Kenntnis und Billigung getroffen bzw. jahrelang umgesetzt worden ist. Zu Recht hat es dieses Verhalten der Beklagten zugerechnet (§ 31 BGB).

[30] a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte den Vortrag des Klägers, wonach der vormalige Leiter der Entwicklungsabteilung im Jahr 2011 Kenntnis von den illegalen Praktiken in Bezug auf die unzulässige Abschalteinrichtung erlangt und dies im Bewusstsein der Täuschung über die Zulassungsfähigkeit der Fahrzeuge gebilligt habe, nicht mit Nichtwissen hätte bestreiten dürfen (§ 138 IV ZPO; vgl. BGH, Urt. v. 08.01.2019 – II ZR 139/17, WM 2019, 495 Rn. 34). Der Vortrag ist mithin als zugestanden anzusehen, § 138 IIII ZPO. Die Revision der Beklagten ist dem nicht entgegengetreten.

[31] Soweit die Revision der Beklagten in diesem Zusammenhang (nur) rügt, es sei nicht erkennbar, welche Person das Berufungsgericht meine, greift das nicht durch. Das Berufungsgericht hat seine Feststellungen unter anderem auf der Grundlage des klägerischen Vortrags, wonach der „damalige Chef der Motorenentwicklung … im Jahr 2011 von einem Motorentechniker vor illegalen Praktiken mit den Abgaswerten gewarnt worden ist“, getroffen. Damit ist dem Berufungsurteil eindeutig zu entnehmen, auf das Wissen und Wollen welcher Person das Berufungsgericht abgestellt hat.

[32] Unabhängig davon hat sich das Berufungsgericht – von der Revision nicht angegriffen – davon überzeugt, dass der Leiter der Entwicklungsabteilung Kenntnis von der illegalen Abschalteinrichtung hatte und dies gebilligt hat (§ 286 ZPO).

[33] Es hat ferner ohne Rechtsfehler angenommen, dass er als verfassungsmäßig berufener Vertreter i. S. von § 31 BGB gehandelt hat. Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten waren (weitere) tatsächliche Feststellungen dazu, dass der vormalige Leiter der Entwicklungsabteilung die Beklagte im Rechtsverkehr, also nach außen repräsentierte, sowie dass die Tätigkeiten, die er wahrzunehmen hatte, wesensmäßige Funktionen der Beklagten darstellten, nicht erforderlich. Der Leiter der Entwicklungsabteilung eines großen, weltweit tätigen Automobilherstellers wie der Beklagten hat eine für dessen Kerngeschäft verantwortliche, in besonderer Weise herausgehobene Position als Führungskraft inne. Daraus folgt unmittelbar, dass ihm bedeutsame, wesensmäßige Funktionen des Unternehmens zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, er also das Unternehmen auf diese Weise repräsentiert. Demgegenüber stellt die Revision nur pauschal und ohne nähere Auseinandersetzung mit dem von der Beklagten dem Leiter der Entwicklungsabteilung übertragenen Aufgabenbereich in Abrede, dass es sich bei ihm nach den dafür maßgeblichen Grundsätzen (vgl. nur BGH, Urt. v. 30.10.1967 – VII ZR 82/65, BGHZ 49, 19, 21 m. w. Nachw. und ständig; BGH, Urt. v. 14.03.2013 – II-I ZR 296/11, BGHZ 196, 340 Rn. 12 m. w. Nachw.) um einen verfassungsmäßigen Vertreter gehandelt habe.

[34] b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht ferner festgestellt, dass der vormalige Vorstand der Beklagten von der Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung gewusst hat. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision der Beklagten greifen nicht durch.

[35] Nach allgemeinen Grundsätzen trägt zwar derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, das heißt sowohl für die Umstände, die die Schädigung und deren Sittenwidrigkeit in objektiver Hinsicht begründen, als auch für den zumindest bedingten Vorsatz des Schädigers hinsichtlich des Vorliegens dieser Umstände (BGH, Urt. v. 22.02.2019 – V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 = NJW 2019, 3638 Rn. 37 m. w. Nachw.; Urt. v. 18.01.2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 26 m. w. Nachw.). Der Anspruchsteller hat daher auch darzulegen und zu beweisen, dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) des in Anspruch genommenen Unternehmens die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (vgl. Senat, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 27).

[36] In bestimmten Fällen ist es indes Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 II ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substanziiert zu äußern. Dabei hängen die Anforderungen an die Substanziierungslast des Bestreitenden zunächst davon ab, wie substanziiert der darlegungspflichtige Gegner hier der Kläger vorgetragen hat. In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das einfache Bestreiten des Beklagten. Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substanziieren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist (Senat, Urt. v. 19.02.2019 – VI ZR 505/17, BGHZ 221, 139 Rn. 17; BGH, Urt. v. 03.02.1999 – VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404, 1405 f.).

[37] Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Urt. v. 10.02.2015 – VI ZR 343/13, WM 2015, 743 Rn. 11 m. w. Nachw.; BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, NJW 2020, 755 Rn. 35 m. w. Nachw.; Urt. v. 18.01.2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 30 m. w. Nachw.). Dem Bestreitenden obliegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist (Senat, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, BGHZ 209, 139 Rn. 48 m. w. Nachw.; Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244 Rn. 18). Die sekundäre Darlegungslast führt jedoch weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 I und II ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozesserfolg benötigten Informationen zu verschaffen (BGH, Urt. v. 08.01.2014 – I ZR 169/12, BGHZ 200, 76 Rn. 18 m. w. Nachw.). Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 III ZPO als zugestanden (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 18.01.2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 30 m. w. Nachw.).

[38] Diese allgemeinen Grundsätze kommen unter anderem bei Schadensersatzansprüchen zur Geltung, die aus der Veruntreuung anvertrauter Gelder hergeleitet werden (Senat, Urt. v. 10.02.2015 – VI ZR 343/13, WM 2015, 743 Rn. 11 m. w. Nachw.), bei einem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht der Bösgläubigkeit eines Zessionars bei dem Erwerb einer Grundschuld (BGH, Versäumnisurt. v. 24.10.2014 – V ZR 45/13, NJW 2015, 619 Rn. 22 f.) oder des kollusiven Zusammenwirkens mehrerer Personen im Zwangsversteigerungsverfahren (BGH, Urt. v. 22.02.2019 – V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 = NJW 2019, 3638 Rn. 47), bei hinreichenden Anhaltspunkten für eine Schmiergeldabrede (BGH, Urt. v. 18.01.2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 26), ferner auch im Hinblick auf die Organisation des Betriebs eines Lagerunternehmens (BGH, Urt. v. 20.09.2018 – I ZR 146/17, WM 2019, 688 Rn. 19).

[39] bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht in Anwendung dieser Maßstäbe angenommen, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast trifft. Der Kläger hat, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, hinreichende Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstands von der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung vorgetragen. Hierfür spricht nicht nur der Umstand, dass es sich bei der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung – wie bereits dargelegt – um eine grundlegende, weltweit alle Fahrzeuge mit Motoren der Serie EA189 betreffende Strategieentscheidung handelte, die mit erheblichen Risiken für den gesamten Konzern und auch mit persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden war, sondern auch die Bedeutung gesetzlicher Grenzwerte und der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten ihrer Einhaltung für die Geschäftstätigkeit der Beklagten. Wegen der besonderen Schwierigkeiten des Klägers, konkrete Tatsachen darzulegen, aus denen sich die Kenntnis eines bestimmten Vorstandsmitglieds ergibt, hat das Berufungsgericht die Einlassung der Beklagten, nach dem derzeitigen Ermittlungsstand lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass eines ihrer Vorstandsmitglieder im Sinne des Aktienrechts an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen sei oder die Entwicklung und Verwendung der Software in Auftrag gegeben oder davon gewusst habe, mit Recht nicht für ausreichend gehalten. Rechtsfehlerfrei hat es der Beklagten auferlegt mitzuteilen, welche Ermittlungen mit welchem Ergebnis sie insoweit angestellt habe und über welche Erkenntnisse sie insoweit verfüge. Dies wäre ihr möglich und zumutbar gewesen.

[40] (1) Die Auffassung der Revision, von der Beklagten könne nicht die (volle) Darlegung einer negativen Tatsache und auch nicht die Darlegung aller ihrer Informationen über die Kenntnisse von Mitarbeitern in Bezug auf die unzulässige Abschalteinrichtung verlangt werden, steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil das Berufungsgericht eine solche umfassende Darlegung nicht verlangt hat. Die Beklagte hat aber nicht einmal zu ihrer damaligen Organisationsstruktur und Arbeitsorganisation, den damaligen internen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, den Berichtspflichten und den von ihr veranlassten Ermittlungen vorgetragen.

[41] (2) Soweit die Revision meint, die Ansicht des Berufungsgerichts führe zu einer unzulässigen Ausforschung, verkennt sie, dass die Auferlegung einer sekundären Darlegungslast zwangsläufig damit einhergeht, dass die belastete Partei Tatsachen vortragen muss, von denen der Prozessgegner andernfalls keine Kenntnis erlangt hätte oder hätte erlangen können. Das wird aber wegen der aus den verfassungsrechtlich geschützten Rechten auf ein faires Verfahren und auf effektiven Rechtsschutz folgenden Verpflichtung zu einer fairen Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 18.02.2019 – 1 BvR 2556/17, NJW 2019, 1510 Rn. 12 ff.; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 07.09.2011 – 1 BvR 1460/10, WM 2011, 1946, 1948 = juris Rn. 24; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 06.10.1999 – 1 BvR 2110/93, NJW 2000, 1483, 1484 = juris Rn. 39 ff., 42) nach ständiger Rechtsprechung des BGH insbesondere dann hingenommen, wenn es – wie in den Fallgestaltungen, die den oben zitierten Entscheidungen zugrunde liegen und auch hier – hinreichende Anhaltspunkte für deliktisches Verhalten zulasten des Prozessgegners gibt, und dieser außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht.

[42] (3) Zu kurz greift schließlich die Ansicht der Revision der Beklagten (vgl. auch OLG München, Urt. v. 04.12.2019 – 3 U 2943/19, juris Rn. 41 f., 68 f.; *Pfeiffer,* ZIP 2017, 2077, 2079 f.; *Heese,* JZ 2020, 178, 184 f.), sie treffe keine sekundäre Darlegungslast, weil der Kläger ihre damaligen Vorstandsmitglieder als Zeugen hätte benennen können. Zum einen vermengt die Revision insoweit unzulässig die Darlegungs- und die Beweisebene. Ob Beweis angeboten und erhoben werden muss, richtet sich danach, ob auch unter Berücksichtigung der Grundsätze der (sekundären) Darlegungslast ein Sachverhalt als streitig oder unstreitig anzusehen ist. Zum anderen wäre der außerhalb des maßgeblichen Geschehens stehende Geschädigte folgte man der Ansicht der Revision schutzlos gestellt, wenn er in Bezug auf eine der handelnden Personen ausreichende Anhaltspunkte für ein (möglicherweise) strafbares Verhalten vortragen kann, diese Person jedoch naturgemäß wegen der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung als Zeuge nicht zur Verfügung steht (§ 384 Nr. 2 ZPO). Das ist mit der aus den verfassungsrechtlich geschützten Rechten auf ein faires Verfahren und auf effektiven Rechtsschutz folgenden Verpflichtung zu einer fairen Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 18.02.2019 – 1 BvR 2556/17, NJW 2019, 1510 Rn. 12 ff.; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 06.10.1999 – 1 BvR 2110/93, NJW 2000, 1483, 1484 = juris Rn. 42) nicht zu vereinbaren und hat der BGH auch in der Vergangenheit im Zusammenhang mit Sachverhalten, in denen von einer sekundären Darlegungslast ausgegangen wurde, nicht angenommen (vgl. etwa BGH, Urt. v. 18.01.2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 28).

[43] c) Der Kläger hat im Übrigen verschiedene weitere Personen benannt, die im Rahmen ihrer klägerseits beschriebenen Funktionen in die Entwicklung und Verwendung der illegalen Software eingebunden gewesen seien. Die Beklagte hat sich – abgesehen von dem pauschalen Einwand, dass nach derzeitigem Ermittlungsstand keine Erkenntnisse vorlägen, dass eines ihrer Vorstandsmitglieder im Sinne des Aktienrechts oder eine Person i. S. des § 31 BGB in den Vorgang verwickelt gewesen sei, wobei schon offenbleibt, welche Personen dazu überhaupt bereits befragt worden sind – konkret bezüglich der vom Kläger benannten Personen damit verteidigt, diese seien keine „Organe“. Abgesehen davon, dass Letzteres für die Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB nicht notwendig ist, käme eine Haftung der Beklagten für das Verhalten der vom Kläger benannten Personen jedenfalls nach §§ 826, 831 BGB in Betracht. Danach haftet der Geschäftsherr für einen Verrichtungsgehilfen, wenn er sich bezüglich dessen Auswahl und Überwachung nicht entlasten kann. Für die Frage einer sittenwidrigen Schädigung durch diese Personen würde letztlich nichts grundsätzlich anderes gelten als für die vormaligen Leiter der Entwicklungsabteilung und den Vorstand.

[44] 3. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden ist (§§ 826, 249 I BGB), der in dem Abschluss des Kaufvertrags über das bemakelte Fahrzeug liegt.

[45] a) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Schaden nicht nur dann gegeben, wenn sich bei dem vorzunehmenden Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, ein rechnerisches Minus ergibt. Vielmehr ist auch dann, wenn die Differenzhypothese vordergründig – wie es die Beklagte unter Hinweis auf das im Februar 2017 aufgespielte Softwareupdate geltend macht – nicht zu einem rechnerischen Schaden führt, die Bejahung eines Vermögensschadens auf einer anderen Beurteilungsgrundlage nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Differenzhypothese muss stets einer normativen Kontrolle unterzogen werden, weil sie eine wertneutrale Rechenoperation darstellt. Dabei ist einerseits das konkrete haftungsbegründende Ereignis als Haftungsgrundlage zu berücksichtigen. Andererseits ist die darauf beruhende Vermögensminderung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände sowie der Verkehrsauffassung in die Betrachtung einzubeziehen. Erforderlich ist also eine wertende Überprüfung des anhand der Differenzhypothese gewonnenen Ergebnisses gemessen am Schutzzweck der Haftung und an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes (Senat, Urt. v. 28.10.2014 – VI ZR 15/14, WM 2014, 2318 Rn. 17 m. w. Nachw).

[46] Da der Schadensersatz dazu dient, den konkreten Nachteil des Geschädigten auszugleichen, ist der Schadensbegriff im Ansatz subjektbezogen. Wird jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht, den er sonst nicht geschlossen hätte, kann er auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht (Senat, Urt. v. 28.10.2014 – VI ZR 15/14, WM 2014, 2318 Rn. 18 m. w. Nachw.; BGH, Urt. v. 26.09.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 304 = juris Rn. 28; *Heese,* Beratungspflichten – Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung zur Dogmatik der Beratungspflichten und zur Haftung des Ratgebers im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, S. 220).

[47] Im Fall einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung dient der Schadensersatzanspruch nicht nur dem Ausgleich jeder nachteiligen Einwirkung durch das sittenwidrige Verhalten auf die objektive Vermögenslage des Geschädigten. Vielmehr muss sich der Geschädigte auch von einer auf dem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belastung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können. Schon eine solche stellt unter den dargelegten Voraussetzungen einen gemäß § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar (Senat, Urt. v. 28.10.2014 – VI ZR 15/14, WM 2014, 2318 Rn. 19 m. w. Nachw.; Urt. v. 21.12.2004 – VI ZR 306/03, BGHZ 161, 361, 366 ff. = juris Rn. 16; vgl. auch BGH, Urt. v. 19.07.2004 – II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, 153 = juris Rn. 41; Staudinger/*Oechsler,* BGB, Neubearb. 2018, § 826 Rn. 149, 149a; MünchKomm-BGB/*Wagner*, 7. Aufl., § 826 Rn. 41 f.; Soergel/*Hönn,* BGB, 13. Aufl., § 826 Rn. 58; *ders.,* WuB IV A. § 826 BGB 3.05; Mot. II, S. 20 f., zitiert bei *Mugdan,* Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, S. 11). Insoweit bewirkt § 826 BGB einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen (vgl. Senat, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, NJW 2014, 383 Rn. 28 f.; Urt. v. 21.12.2004 – VI ZR 306/03, BGHZ 161, 361, 368 = juris Rn. 17; *S. Lorenz,* Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 385).

[48] b) Im Streitfall ist der Kläger veranlasst durch das einer arglistigen Täuschung gleichstehende sittenwidrige Verhalten der Beklagten eine ungewollte Verpflichtung eingegangen. Dabei kann dahinstehen, ob er einen Vermögensschaden dadurch erlitten hat, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs eine objektive Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht gegeben war (§ 249 I BGB), auch wenn dafür angesichts des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen verdeckten Sachmangels, der zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung hätte führen können (vgl. BGH, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 17 ff.), einiges spricht. Denn ein Schaden ist hier jedenfalls deshalb eingetreten, weil der Vertragsschluss nach den oben genannten Grundsätzen als unvernünftig anzusehen ist. Der Kläger hat durch den ungewollten Vertragsschluss eine Leistung erhalten, die für seine Zwecke nicht voll brauchbar war.

[49] aa) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Kläger den Kaufvertrag in Kenntnis der illegalen Abschalteinrichtung nicht abgeschlossen hätte (§ 286 ZPO). Dabei hat es seiner Würdigung einen sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäfts ergebenden Erfahrungssatz zugrunde gelegt, wonach auszuschließen ist, dass ein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem behoben werden kann. Die Rüge der Revision, diese Gefahr halte nach der Lebenserfahrung nicht ohne Weiteres jeden Käufer vom Erwerb eines Fahrzeugs ab, greift demgegenüber nicht durch.

[50] (1) Soweit der Senat die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts überprüfen kann (vgl. zu den maßgeblichen Grundsätzen etwa BGH, Urt. v. 19.07.2019 – V ZR 255/17, NJW 2019, 3147 Rn. 26 m. w. Nachw.; Urt. v. 24.01.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 25 m. w. Nachw.), ist ein Rechtsfehler nicht zu erkennen. Das Gericht kann sich die Überzeugung vom Vorliegen bestimmter Tatsachen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung aufgrund von Indizien bilden. Im Rahmen eines Indizienbeweises können Erfahrungssätze, etwa Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung oder durch besondere Sachkunde erworbene Regeln, etwa ökonomische Erfahrungssätze, Bedeutung erlangen. Während die Beweiswürdigung des Tatrichters grundsätzlich vom Revisionsgericht nur eingeschränkt nachgeprüft wird, unterliegen die Existenz und der Inhalt eines Erfahrungssatzes und seine Anwendung durch den Tatrichter der vollen revisionsgerichtlichen Überprüfung (BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661 Rn. 49; Urt. v. 15.01.1993 – V ZR 202/91, NJW-RR 1993, 653 = juris Rn. 6 m. w. Nachw.; BSG, Urt. v. 02.05.2001 – B 2 U 24/00, SozR 3-2200 § 581 Nr. 8, S. 39 f. = juris Rn. 27).

[51] Der Senat tritt dem Berufungsgericht nach eigener Prüfung im Hinblick auf den vom Berufungsgericht angenommenen Erfahrungssatz bei. Bei einem zur eigenen Nutzung erworbenen Kraftfahrzeug sind dessen Gebrauchsfähigkeit und ständige Verfügbarkeit für den Eigentümer von so großer Bedeutung, dass die vorübergehende Entziehung eines Kraftfahrzeugs auch bei der Anlegung des gebotenen strengen Maßstabs einen Vermögensschaden darstellt. Der Verlust der Nutzungsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs wirkt sich typischerweise als solcher auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant aus; bei generalisierender Betrachtung erfolgen Anschaffung und Unterhaltung eines Kraftfahrzeugs in erster Linie um des wirtschaftlichen Vorteils willen, der in der Zeitersparnis liegt (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Urt. v. 23.01.2018 – VI ZR 57/17, BGHZ 217, 218 Rn. 5–7 m. w. Nachw). Das rechtfertigt nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Annahme, dass ein Käufer, der – wie hier der Kläger – ein Fahrzeug zur eigenen Nutzung erwirbt, bei der bestehenden Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung von dem Erwerb des Fahrzeugs abgesehen hätte (vgl. auch *Heese,* JZ 2020, 178, 182).

[52] (2) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wies das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs eine unzulässige Abschalteinrichtung auf. Damit lag – wie bereits oben ausgeführt – ein Sachverhalt vor, der – gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Umständen – dazu führen konnte, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 I FZV vornimmt. Zu Recht hat das Berufungsgericht ausgeschlossen, dass ein Käufer, dem es auf die Gebrauchsfähigkeit des Kraftfahrzeugs wie ausgeführt maßgeblich ankommt, ein Fahrzeug erwirbt, bei dem eine auch nur abstrakte Gefahr der Betriebsbeschränkung oder -untersagung besteht, wenn gleichzeitig unklar ist, ob überhaupt, wenn ja zu welchem Zeitpunkt und wie – vor allem ohne Nachteil für den Käufer – der Mangel behoben werden kann.

[53] bb) Das Fahrzeug war – wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgeht und was die Revision der Beklagten verkennt – im Zeitpunkt des Erwerbs für die Zwecke des Klägers nicht voll brauchbar, weil es – wie ausgeführt – einen verdeckten Sachmangel aufwies, der zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung hätte führen können (vgl. BGH, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 17 ff.; *Heese,* JZ 2020, 178, 179 ff.; *Staudinger/Ruks,* NJW 2019, 1179 f.). Die dagegen gerichteten Rügen der Revision der Beklagten greifen nicht durch.

[54] (1) Für die Frage der Brauchbarkeit kommt es – anders als die Revision meint – nicht lediglich darauf an, dass das Fahrzeug von dem Kläger tatsächlich genutzt werden konnte und sich die bestehende Stilllegungsgefahr nicht verwirklicht hat. Ein Fahrzeug ist für die Zwecke desjenigen, der durch ein sittenwidriges Verhalten zum Vertragsabschluss veranlasst wird, dann nicht voll brauchbar, wenn es aus der Ex-ante-Sicht des Käufers letztlich vom Zufall abhängt, ob der unerkannt bestehende Mangel aufgedeckt und die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs in der Folge eingeschränkt wird. Bei Berücksichtigung dieser Umstände des Einzelfalls ist der Erwerb des Fahrzeugs auch nach der Verkehrsanschauung unvernünftig und damit für den Kläger nachteilig, die Brauchbarkeit des Fahrzeugs mithin nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht des Klägers eingeschränkt.

[55] (2) Entgegen der Ansicht der Revision (vgl. auch *Weiler,* NZV 2019, 545, 554) lag nicht lediglich eine Vermögensgefährdung vor. Vielmehr begründete bereits der (ungewollte) Vertragsabschluss einen Schadensersatzanspruch. Er war darauf gerichtet, so gestellt zu werden, als ob der Kläger den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (vgl. Senat, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, NJW 2014, 383 Rn. 29; BGH, Urt. v. 10.11.2009 – XI ZR 252/08, BGHZ 183, 112 Rn. 46). Darauf, dass die unzulässige Abschalteinrichtung und damit die Unvernünftigkeit des Vertragsschlusses erst später bekannt wurde, kommt es für die Entstehung des Schadens nicht an.

[56] cc) Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten legt das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung des Schadens keinen unrichtigen Zeitpunkt zugrunde.

[57] (1) Bei der konkreten Schadensberechnung sind grundsätzlich alle adäquaten Folgen des haftungsbegründenden Umstands bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, dem aus prozessualen Gründen letztmöglichen Beurteilungszeitpunkt, in die Schadensberechnung einzubeziehen (BGH, Urt. v. 12.07.1996 – V ZR 117/95, BGHZ 133, 246, 252; Urt. v. 02.04.2001 – II ZR 331/99, WM 2001, 2251, 2252 = juris Rn. 15). Davon ist das Berufungsgericht, das diesen Zeitpunkt im Hinblick auf die von dem Kläger gezogenen Nutzungen berücksichtigt hat, zutreffend ausgegangen.

[58] (2) Entgegen der Ansicht der Revision führt dies aber nicht zu einer Verringerung oder gar einem Entfallen des dem Kläger entstandenen Schadens. Der gemäß § 249 I BGB nach den obigen Ausführungen mit dem Vertragsschluss entstandene Anspruch des Klägers auf (Rück-)Zahlung des für das bemakelte Fahrzeug gezahlten Kaufpreises erlischt nicht, wenn sich der (objektive) Wert oder Zustand des Fahrzeugs in der Folge aufgrund neuer Umstände wie etwa der Aufdeckung des verdeckten Sachmangels oder der Durchführung des Updates verändern (vgl. Senat, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, NJW 2014, 383 Rn. 28 f.). Dies geht vielmehr angesichts des Umstands, dass das Fahrzeug Zug um Zug gegen (Rück-)Zahlung der Beklagten zur Verfügung zu stellen ist, jeweils zulasten oder zugunsten der Beklagten. Aus diesem Grund trifft auch die Ansicht der Revision, der Schaden sei durch das später durchgeführte Update wieder entfallen, nicht zu. Der im Januar 2014 unter Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Klägers sittenwidrig herbeigeführte ungewollte Vertragsschluss, der im Rahmen des § 826 BGB den Schaden begründet, wird durch das im Februar 2017 – zumal angesichts einer anderenfalls drohenden Betriebsuntersagung – durchgeführte Softwareupdate nicht rückwirkend zu einem gewollten Vertragsschluss.

[59] (3) Soweit die Revision der Beklagten unter Hinweis auf die Entscheidungen des BGH vom 15.12.1976 (VIII ZR 97/75, WM 1977, 343 = juris Rn. 19 f.) und vom 01.07.1983 (V ZR 93/82, WM 1983, 1055, 1056 unter II 1) schließlich meint, es sei ein „Gleichlauf“ mit der Rückabwicklung eines Vertrags nach einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I BGB) herzustellen, greift das nicht durch, zumal im vorliegenden Fall zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis bestanden hat. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB weisen unterschiedliche Voraussetzungen auf und bestehen nebeneinander (*Mugdan,* a. a. O., S. 422). Im Übrigen verstößt nach Auffassung des Senats die Geltendmachung des im Februar 2014 entstandenen Anspruchs aus § 826 BGB, so gestellt zu werden, als ob der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre, auch nach Durchführung des Softwareupdates nicht gegen Treu und Glauben. Die den zitierten Entscheidungen zugrunde liegenden Fallgestaltungen sind hiermit nicht vergleichbar.

[60] 4. Zu Recht hat das Berufungsgericht auf der Basis der von ihm getroffenen rechtsfehlerfreien Feststellungen einen Schädigungsvorsatz der handelnden Personen, die nach den getroffenen Feststellungen Kenntnis von der sittenwidrigen strategischen Unternehmensentscheidung hatten, bejaht.

[61] a) Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz enthält ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Dabei braucht der Täter nicht zu wissen, welche oder wie viele Personen durch sein Verhalten geschädigt werden; vielmehr reicht aus, dass er die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher anderer auswirken könnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen hat (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.07.2004 – II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, 156 = juris Rn. 47 m. w. Nachw.).

[62] Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich Fahrlässigkeit gegeben (Senat, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 25 m. w. Nachw.; Urt. v. 20.12.2011 – VI ZR 309/10, WM 2012, 260 Rn. 10 m. w. Nachw.). Es kann aber durchaus gerechtfertigt sein, im Einzelfall aus dem Wissen einer natürlichen Person auf deren Willen zu schließen (Senat, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 26). Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist (BGH, Urt. v. 22.02.2019 – V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 = NJW 2019, 3638 Rn. 37 m. w. Nachw.).

[63] b) Nach diesen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, dass sich das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen von dem (auch) auf die Käufer der mit der unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeuge bezogenen Schädigungsvorsatz der handelnden Personen des vormaligen Leiters der Entwicklungsabteilung und der für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Beklagten verantwortlichen vormaligen Vorstände überzeugt gezeigt hat. Da diese nach den Feststellungen die grundlegende und mit der bewussten Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts verbundene strategische Entscheidung in Bezug auf die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software jedenfalls kannten und jahrelang umsetzten, ist schon nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass ihnen als für die zentrale Aufgabe der Entwicklung und des Inverkehrbringens der Fahrzeuge zuständigem Organ oder verfassungsmäßigem Vertreter (§ 31 BGB) bewusst war, in Kenntnis des Risikos einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der betroffenen Fahrzeuge werde niemand ohne einen erheblichen, dies berücksichtigenden Abschlag vom Kaufpreis ein damit belastetes Fahrzeug erwerben. Soweit die Revision der Beklagten Letzteres in Zweifel zieht, wird auf die Ausführungen oben unter 3 b aa verwiesen. Dass sie dabei darauf vertraut haben mögen, das sittenwidrige Handeln werde nicht aufgedeckt werden, schließt den Vorsatz entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten nicht aus, weil der Schaden im ungewollten Vertragsschluss, nicht dagegen in einer etwaigen Betriebsuntersagung liegt. Auch insoweit wird auf die Ausführungen oben unter 3 b verwiesen.

[64] 5. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich der Kläger im Wege des Vorteilsausgleichs die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen muss. Die von der Revision des Klägers dagegen erhobenen Rügen greifen nicht durch.

[65] a) Nach den von der Rechtsprechung im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätzen der Vorteilsausgleichung sind dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 06.08.2019 – X ZR 165/18, juris Rn. 9; Urt. v. 30.09.2014 – X ZR 126/13, NJW 2015, 553 Rn. 14 m. w. Nachw.; Senat, Beschl. v. 01.06.2010 – VI ZR 346/08, NJW-RR 2010, 1683 Rn. 17 m. w. Nachw.; Urt. v. 10.12.1985 – VI ZR 31/85, NJW 1986, 983 = juris Rn. 14).

[66] b) Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung gelten auch für einen Anspruch aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB (Senat, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 6, 29; Urt. v. 28.10.2014 – VI ZR 15/14, WM 2014, 2318 Rn. 37 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.05.1995 – VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159, 2161 = juris Rn. 21–23; Urt. v. 14.10.1971 – VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137, 139 = juris Rn. 15; Urt. v. 16.10.1963 – VIII ZR 97/62, NJW 1964, 39 = juris Rn. 11; Urt. v. 02.07.1962 – VIII ZR 12/61, NJW 1962, 1909 = juris Rn. 5; Urt. v. 29.10.1959 – VIII ZR 125/58, NJW 1960, 237). Das erkennt der Kläger im Grundsatz an, nachdem er der Beklagten Zug um Zug die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs angeboten hat. Die Rüge der Revision des Klägers, es erscheine unbillig, dass die Beklagte aus der (weiteren) Nutzung des nur auf dem Prüfstand die maßgeblichen Schadstoffgrenzwerte einhaltenden Fahrzeugs einen Vorteil ziehe, dies sei ferner auch dem Geschädigten unzumutbar (vgl. auch *J. Bruns,* NJW 2019, 801, 804 f.; *ders.,* NJW 2020, 508 ff.; *Heese,* NJW 2019, 257, 261 f.; *v. Mirbach,* MDR 2020, 129 ff.; *Staudinger,* NJW 2020, 641 ff.; *Klöhn,* ZIP 2020, 341, 343 ff.), nicht zuletzt, weil es einen Anreiz zur Verfahrensverzögerung darstelle, greift nicht durch.

[67] aa) Die Revision des Klägers weist zwar zu Recht darauf hin, dass das Deliktsrecht auch präventiv wirkt (vgl. BGH, Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 62). Es ist aber nicht geboten, im Hinblick auf die sich als nützliche Folge aus der Kompensation ergebende Prävention die Vorteilsausgleichung grundsätzlich auszuschließen; anderenfalls würde der Ersatzanspruch in die Nähe eines dem deutschen Recht fremden Strafschadensersatzes gerückt (BGH, Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 62).).

[68] bb) Ob es – wie die Revision des Klägers meint – tatsächlich im Interesse der Beklagten lag, das vorliegende Verfahren zu verzögern, ist ohne Bedeutung. Denn eine solche – klägerseits lediglich pauschal behauptete – Verzögerung hätte grundsätzlich nicht zur Folge, dass der Kläger die gezogenen Nutzungen nicht herauszugeben bräuchte. Abgesehen davon musste die Beklagte auch mit einer möglichen Verurteilung zur Zahlung von Prozesszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus der Klageforderung rechnen. Ob der Wert der durch den Kläger gezogenen Nutzungen den zu zahlenden Zins letztlich übersteigen würde, war für sie nicht vorhersehbar.

[69] cc) Soweit die Revision des Klägers meint, dem Vorteilsausgleich stehe für die Zeit, nachdem die Beklagte im Herbst 2017 die angebotene Rücknahme des Fahrzeugs nicht akzeptiert habe, die Schadensminderungspflicht des Geschädigten nach § 254 II 1 BGB entgegen, weil der Kläger das Fahrzeug hätte stilllegen und der Beklagten stattdessen Mietwagen- oder Taxikosten in Rechnung stellen können, greift das nicht durch.

[70] Unrichtig ist bereits die Annahme eines solchen Ersatzanspruchs. Dieser wäre auf das Erfüllungsinteresse gerichtet, das die Beklagte dem Kläger nicht schuldet (vgl. Senat, Urt. v. 18.01.2011 – VI ZR 325/09, BGHZ 188, 78 Rn. 8–11 m. w. Nachw.). Im Übrigen hat das Kraftfahrt-Bundesamt den Betrieb des Fahrzeugs nach Entfernung der unzulässigen Abschaltvorrichtung durch das genehmigte Softwareupdate freigegeben (vgl. nur VGH Mannheim, Beschl. v. 03.02.2020 – 10 S 625/19, juris Rn. 1, 2, 14; VGH München, Urt. v. 22.10.2019 – 11 BV 19.823, juris Rn. 2, 11, 26, 28, 34, 36; VGH Kassel, Beschl. v. 20.03.2019 – 2 B 261/19, NVwZ 2019, 1297 Rn. 9 f.; jeweils zu einem Dieselmotor der Baureihe EA189). Entschied der Kläger sich für die ihm zumutbare Nutzung, sind nach den oben angeführten Grundsätzen die daraus gezogenen Vorteile auszugleichen.

[71] dd) Diesem Ergebnis steht auch nicht die sich aus § 817 Satz 2 BGB ergebende Wertung entgegen. Der Ausnahmecharakter der Vorschrift verbietet es, ihr einen über das Bereicherungsrecht hinausreichenden allgemeinen Rechtsgedanken zu entnehmen und das Rückforderungsverbot auf andere als bereicherungsrechtliche Ansprüche auszudehnen (BGH, Urt. v. 09.10.1991 – VIII ZR 19/91, NJW 1992, 310, 311 = juris Rn. 24 m. w. Nachw.). Die von der Revision in diesem Zusammenhang weiter angesprochenen Normen und Rechtsgrundsätze aus unterschiedlichen Rechtsgebieten außerhalb des Deliktsrechts wie etwa §§ 346 ff., § 393, § 814 BGB betreffen andere Fallkonstellationen und besagen für die Frage der Anrechnung der vom Kläger gezogenen Nutzungsvorteile auf seinen Anspruch aus § 826 BGB nichts.

[72] c) Soweit die Revision des Klägers schließlich meint, jedenfalls sei eine Vorteilsausgleichung im Rahmen eines dem Kläger neben dem Anspruch aus § 826 BGB zustehenden Schadensersatzanspruchs aus § 823 II BGB i. V. mit § 6 I, § 27 I EG-FGV ausgeschlossen, vermag ihr auch das nicht zum Erfolg zu verhelfen.

[73] aa) Eine Rechtsnorm ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB, wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie dasjenige der Allgemeinheit im Auge haben. Nicht ausreichend ist aber, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm nur als ihr Reflex objektiv erreicht wird; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Außerdem muss die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen, wobei in umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs, in den die Norm gestellt ist, zu prüfen ist, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstoßenden mit allen damit zugunsten des Geschädigten gegebenen Haftungs- und Beweiserleichterungen zu knüpfen (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urt. v. 23.07.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003 Rn. 12 f. m. w. Nachw.; BGH, Urt. v. 27.02.2020 – VII ZR 151/18, juris Rn. 34 m. w. Nachw.). Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB setzt schließlich weiter voraus, dass sich im konkreten Schaden die Gefahr verwirklicht hat, vor der die betreffende Norm schützen sollte. Der eingetretene Schaden muss also in den sachlichen Schutzbereich der Norm fallen. Weiter muss der konkret Geschädigte vom persönlichen Schutzbereich der verletzten Norm erfasst sein und zum Kreis derjenigen Personen gehören, deren Schutz die verletzte Norm bezweckt (Senat, Urt. v. 23.07.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003 Rn. 14 m. w. Nachw.; BGH, Urt. v. 27.02.2020 – VII ZR 151/18, juris Rn. 34 m. w. Nachw.).

[74] bb) Diese Voraussetzungen liegen im Hinblick auf den von dem Kläger geltend gemachten Schaden offensichtlich nicht vor. Die zur vollständigen Harmonisierung der technischen Anforderungen für Fahrzeuge erlassenen Rechtsakte der Europäischen Union zielen vor allem auf eine hohe Verkehrssicherheit, hohen Gesundheits- und Umweltschutz, rationelle Energienutzung und wirksamen Schutz vor unbefugter Benutzung, Erwägungsgründe 2, 3, 14, 17 und 23 der Richtlinie 2007/46/EG. Wie bereits ausgeführt, hat der Inhaber der EG-Typgenehmigung gemäß § 6 I EG-FGV für jedes dem genehmigten Typ entsprechende Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung nach Art. XVIII i. V. mit Anhang IX der Richtlinie 2007/46/EG auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. Neue Fahrzeuge, für die eine Übereinstimmungsbescheinigung vorgeschrieben ist, dürfen gemäß § 27 I EG-FGV im Inland zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert oder in Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind.

[75] Die Übereinstimmungsbescheinigung stellt nach dem Erwägungsgrund 0 des Anhangs IX der Richtlinie 2007/46/EG in der Fassung der VO 385/2009/EG eine Erklärung des Fahrzeugherstellers dar, in der er dem Fahrzeugkäufer versichert, dass das von ihm erworbene Fahrzeug zum Zeitpunkt seiner Herstellung mit den in der Europäischen Union geltenden Rechtsvorschriften übereinstimmt. Sie soll außerdem den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ermöglichen, Fahrzeuge zuzulassen, ohne vom Antragsteller zusätzliche technische Unterlagen anfordern zu müssen. Dementsprechend ist bei erstmaliger Zulassung (Erstzulassung) der Nachweis, dass das Fahrzeug einem Typ entspricht, für den eine EG-Typgenehmigung vorliegt, durch Vorlage der Übereinstimmungsbescheinigung zu führen, § 6 III 1 FZV.

[76] Es kann hier dahinstehen, welche Rechtsbedeutung die Übereinstimmungserklärung hat (vgl. *Schröder,* DVBl 2017, 1193, 1195 ff.), ob sie – wie der Kläger meint – nicht gültig war, und ob § 6 I, § 27 I EG-FGV i. V. mit Art. XVIII der Richtlinie 2007/46/EG nach Zweck und Inhalt auch dazu dienen sollen, das Interesse des Käufers eines Neuwagens an der (zügigen) Erstzulassung oder dasjenige des Käufers eines Gebrauchtwagens an dem Fortbestand der Betriebserlaubnis zu schützen, § 5 I, § 3 I 2 FZV i. V. mit § 25 II und III EG-FGV (vgl. auch OLG Braunschweig, Urt. v. 19.02.2019 – 7 U 134/17, ZIP 2019, 815, 822 ff.; LG Stuttgart, EuGH-Vorlage v. 13.03.2020 – 3 O 31/20, juris Rn. 161 ff.; *Artz/Harke,* NJW 2017, 3409, 3413; *Armbrüster,* ZIP 2019, 837, 839 ff.; zu §§ 20 ff. StVZO: Senat, Urt. v. 17.10.1978 – VI ZR 236/75, WM 1979, 17, 18 = juris Rn. 15). Der Kläger – Käufer eines gebrauchten, nach wie vor zugelassenen Fahrzeugs – verlangt von der Beklagten nämlich nicht etwa Erstattung von Schäden, die ihm durch eine verzögerte Erstzulassung oder auch durch das aufgrund der Nebenbestimmungen zu der Typgenehmigung erforderlich gewordene Softwareupdate entstanden seien. Inhalt seines Vorwurfs ist vielmehr, dass er von der Beklagten zu der Übernahme einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst worden sei; dementsprechend verlangt er von der Beklagten die Erstattung des von ihm an den Verkäufer entrichteten Kaufpreises. Aus diesem Vorwurf kann der Kläger aber in Bezug auf § 823 II BGB i. V. mit § 6 I, § 27 I EG-FGV nichts für sich herleiten. Das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt nicht im Aufgabenbereich der Norm. Die Revision des Klägers zeigt keine Anhaltspunkte dafür auf, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber mit den genannten Vorschriften (auch) einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer bezweckte und an die (auch fahrlässige) Erteilung einer inhaltlich unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung einen gegen den Hersteller gerichteten Anspruch auf (Rück-)Abwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags hätte knüpfen wollen; solche sind auch nicht ersichtlich. Schon gar nicht ersichtlich ist im Übrigen, dass die entsprechenden Regelungen im Rahmen des deliktischen Schadensrechts nach §§ 823 ff. BGB einen Vorteilsausgleich ausschließen. Das Gemeinschaftsrecht hindert die nationalen Gerichte nicht daran, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten führt (vgl. nur EuGH, Urt. v. 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 = EuZW 2006, 529 Rn. 94 m. w. Nachw.). Insoweit ist es mit dem unionsrechtlichen Effizienzgebot vereinbar, nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung einen Ersatzanspruch zu versagen, der zu einer ungerechtfertigten Bereicherung führen würde (vgl. nur BGH, Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 63 m. w. Nachw. zum Kartellschadensersatz).

[77] cc) Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 267 III AEUV) wegen der Auslegung der genannten Vorschriften ist entgegen der Ansicht der Revision des Klägers nicht veranlasst. Ein Vorabentscheidungsersuchen ist erforderlich, wenn sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürfende Frage des Unionsrechts stellt. Das ist hier nicht der Fall. Die Rechtslage ist im Hinblick auf § 6 I, § 27 I EG-FGV wie dargestellt von vornherein eindeutig („acte clair“, vgl. EuGH, Urt. v. 06.10.1982 – 283/81, Slg. 1982, 3415 = ECLI:EU:C:1982:335 = NJW 1983, 1257, 1258 – CILFIT; BVerfG, Beschl. v. 28.08.2014 – 2 BvR 2639/09, NVwZ 2015, 52 Rn. 35).

[78] 6. Schließlich ist die Höhe der von dem Berufungsgericht berücksichtigten Nutzungsentschädigung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die von beiden Parteien dagegen erhobenen Rügen greifen nicht durch.

[79] a) Die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs ist in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter erhebliches Vorbringen der Parteien unberücksichtigt gelassen, Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat. Es ist insbesondere nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, dem Tatrichter eine bestimmte Berechnungsmethode vorzuschreiben (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Urt. v. 17.12.2019 – VI ZR 315/18, VersR 2020, 373 Rn. 12 m. w. Nachw.; speziell zur Vorteilsausgleichung vgl. auch BGH, Urt. v. 23.09.2014 – XI ZR 215/13, BKR 2015, 339 Rn. 39 m. w. Nachw.).

[80] b) Solche Fehler zeigen die Revisionen nicht auf und sind auch nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat die von dem Kläger gezogenen Vorteile gemäß § 287 ZPO geschätzt, indem es den von dem Kläger gezahlten Bruttokaufpreis (31.490 €) für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt (280.000 km) geteilt und diesen Wert mit den gefahrenen Kilometern (52.229) multipliziert hat (vgl. BGH, Beschl. v. 09.12.2014 – VIII ZR 196/14, SP 2015, 277, 278 = juris Rn. 3; Urt. v. 17.05.1995 – VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159, 2161 = juris Rn. 23; *Wackerbarth,* NJW 2018, 1713 ff.).

[81] aa) Dem Einwand der Revision des Klägers, der Nutzungswert sei zu hoch veranschlagt, weil das nicht den Vorschriften entsprechende Fahrzeug nicht hätte in Betrieb genommen werden dürfen, ist kein Erfolg beschieden (vgl. auch *Harke,* VuR 2017, 83, 91 f.; *Fervers/Gsell,* NJW 2020, 1393, 1395). Im Rahmen der Vorteilsausgleichung kommt es auf die aus dem erworbenen Fahrzeug (tatsächlich) gezogenen Vorteile an. Diese liegen darin, dass der Kläger das Fahrzeug genutzt hat. Darauf, ob es hätte in Betrieb genommen werden dürfen, kommt es nicht an.

[82] bb) Soweit die Revision der Beklagten unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 02.07.1962 – VIII ZR 12/61, NJW 1962, 1909, 1910 = juris Rn. 7 (vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 25.09.2019 – 17 U 45/19, BeckRS 2019, 22222 Rn. 42) – rügt, es komme bei der Berechnung der gezogenen Vorteile nicht auf das von dem Kläger erworbene Fahrzeug, sondern darauf an, welche Nachteile der Kläger erlitten hätte, wenn er ein anderes Fahrzeug erworben und genutzt hätte (vgl. auch *Ferver-s/Gsell,* NJW 2020, 1393), zeigt sie einen revisionsrechtlich beachtlichen Fehler nicht auf. In der der dortigen Entscheidung zugrunde liegenden Fallgestaltung konnte die Schätzung der anzurechnenden Vorteile unter Zugrundelegung eines hypothetischen Kaufs desjenigen Fahrzeugs erfolgen, das der Kläger aufgrund der arglistigen Täuschung zu erwerben geglaubt hatte (Neuwagen des Jahres 1955 anstatt Gebrauchtwagen des Jahres 1954). Das kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil der Erwerb eines Fahrzeugs des hier streitgegenständlichen Modells ohne unzulässige Abschalteinrichtung nicht möglich war. Vor diesem Hintergrund ist die von dem Berufungsgericht in zulässiger Ausübung des ihm im Rahmen des § 287 ZPO zustehenden Ermessens (vgl. Senat, Urt. v. 17.09.2019 – VI ZR 396/18, NJW 2020, 236 Rn. 13 m. w. Nachw.) gewählte Methode der Schätzung der dem Kläger entstandenen Vorteile nicht zu beanstanden. Sie basiert auf dem Kauf des tatsächlich erworbenen Fahrzeugs und stellt mithin unmittelbar auf das schädigende Ereignis ab. Dabei berücksichtigt sie einerseits die dem Kläger zugeflossenen Nutzungsvorteile und andererseits über den wertbildenden Faktor der Laufleistung auch den Wertverlust des Fahrzeugs.

[83] cc) Mit der pauschalen Behauptung, die Annahme einer Gesamtlaufleistung von 300.000 km sei realitätsfremd, und der Rüge, die Erwägungen des Berufungsgerichts seien nicht überzeugend, zeigt die Beklagte einen revisionsrechtlich erheblichen Fehler nicht auf. Übergangenen Vortrag dahin, dass und aus welchen konkreten Gründen ein VW Sharan 2.0 TDI Match eine Gesamtlaufleistung von 300.000 km in der Regel nicht erreiche, macht die Revision der Beklagten nicht geltend. Im Übrigen hat das Berufungsgericht – von der Revision insoweit nicht angegriffen – auch darauf abgestellt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug als Großraum-Van auf eine umfangreiche und robuste Nutzung ausgelegt sei.

[84] II. Soweit die Revision der Beklagten in Bezug auf die Nebenpunkte der Feststellung des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB), des Zinszeitraums in Bezug auf die Hauptforderung (§ 291 BGB) und der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten geringfügig erfolgreich ist, war das Berufungsurteil zu korrigieren und das klageabweisende Urteil des Landgerichts insoweit wiederherzustellen (§§ 562 I, 563 III ZPO). Im Einzelnen:

[85] 1. Zu Recht rügt die Revision der Beklagten, dass das Berufungsgericht den Annahmeverzug nicht hätte feststellen dürfen. Der Kläger hat der Beklagten im Hinblick darauf, dass er in dem Schreiben vom 15.09.2017 die Erstattung des gesamten Kaufpreises in Höhe von 31.490 € verlangt und sich noch bis in die Revisionsinstanz gegen die Anrechnung des Nutzungsersatzes gewehrt hat, die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs nicht zu den Bedingungen angeboten, von denen er sie im Hinblick auf den im Wege der Vorteilsausgleichung geschuldeten und vom Kaufpreis in Abzug zu bringenden Nutzungsersatz hätte abhängig machen dürfen. Er hat damit durchgängig die Zahlung eines deutlich höheren Betrags verlangt, als er hätte beanspruchen können. Ein zur Begründung von Annahmeverzug aufseiten der Beklagten geeignetes Angebot ist unter diesen Umständen nicht gegeben (vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 275/04, juris Rn. 30, insoweit nicht vollständig in BGHZ 163, 381, 390 abgedruckt; vgl. auch *Niemeyer/König,* NJW 2013, 3213, 3214 unter II).

[86] 2. Gleiches gilt in Bezug auf die Begründung des Schuldnerverzugs hinsichtlich der Kaufpreiserstattung (§ 286 II Nr. 3 BGB), weil der Schuldner nur in Verzug geraten kann, wenn der Gläubiger die ihm obliegende Gegenleistung ordnungsgemäß anbietet (vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 275/04, BGHZ 163, 381, 390 = juris Rn. 30)

[87] 3. Zu Recht weist die Revision der Beklagten ferner darauf hin, dass die von dem Berufungsgericht ausgeworfenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten um den Betrag von 116,03 € zu mindern sind, nachdem eine 1,3-fache Geschäftsgebühr zuzüglich der Kostenpauschale und Umsatzsteuer (Nr. 2300 und Nr. 7002 VV RVG) bei einem nach den Feststellungen anzusetzenden Gegenstandswert bis 30.000 € vorgerichtliche Kosten nicht in Höhe von 1.474,89 €, sondern in Höhe von 1.358,86 € ergibt. Das Urteil war in Bezug auf diese Nebenforderung zu korrigieren.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.