
Datum: 11.02.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 20/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0211.13U20.19.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 8 O 207/18

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Rechtsmittel das am 30. November 2018 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Münster teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.352,88 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21. September 2018 Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Audi vom Typ A3 1,6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ### nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der vorgenannten Zug-um-Zug-Leistung in Verzug befindet.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 650,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21. September 2018 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 7/10 und die Beklagte zu 3/10.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:	1
(§ 540 ZPO)	2
I.	3
Die Klägerin erwarb im Oktober 2013 bei der B GmbH & Co. KG in C einen am 13. April 2012 erstmals zugelassenen Audi A3 1,6 TDI 77 kW (105 PS) FIN ### zum Preis von 16.700,00 €. Die Laufleistung lag bei 7.186 km. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die verbindliche Bestellung eines Kraftfahrzeugs mit Garantie vom 22. Oktober 2013 (GA 75) und die Rechnung der B GmbH & Co. KG vom 24. Oktober 2013 (GA 79) verwiesen.	4
Die Beklagte, die zum gleichen Konzern wie die B2 AG gehört, hatte den in dem Fahrzeug verbauten Dieselmotor mit der herstellerinternen Typbezeichnung EA 189 EU 5 entwickelt, produziert und an die B2 AG geliefert. Der Motor wurde ursprünglich über eine Software gesteuert, die über zwei verschiedene Betriebsmodi verfügt. Einer der Betriebsmodi (Modus 1) erkannte den Betrieb des Fahrzeugs auf einem Prüfstand und reduzierte den Stickoxidausstoß so, dass er jedenfalls in diesem Betriebsmodus die für die Typzulassung des Fahrzeugs erforderlichen Grenzwerte einhielt. Im normalen Fahrbetrieb schaltete das Fahrzeug jedoch – was den Zulassungsbehörden bei der Erteilung der Typgenehmigung nicht bekannt war – in einen anderen Modus (Modus 0). In diesem Modus stößt das Fahrzeug deutlich mehr Stickoxide als im anderen Modus aus.	5
Nach Bekanntwerden der Softwareproblematik gab das Kraftfahrt-Bundesamt (im Folgenden: KBA) der B2 AG mit unangefochtenem Bescheid vom 11. Dezember 2015 Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung des Fahrzeugs der Klägerin auf, die im Rahmen eines Rückrufes umgesetzt werden sollten.	6
Mit Bescheid vom 03. November 2016 (GA 478 f., 483 f.) erteilte das KBA die Freigabe für eine technische Überarbeitung für den von der Klägerin gefahrenen Fahrzeugtyp. Die aufgrund vorstehenden Bescheides freigegebene technische Maßnahme (Einbau eines „Strömungsgleichrichters“ und Aufspielen eines Software-Updates) wurde am 05. April 2017 anlässlich einer Inspektion des Fahrzeuges ohne vorherige Zustimmung der Klägerin an dem streitgegenständlichen Fahrzeug durchgeführt.	7
Mit anwaltlichem Schreiben vom 26. April 2018, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (GA 177 f.), forderte die Klägerin die Beklagte unter Setzung einer Frist von einem Monat ab Zugang des Schreibens zur Zahlung von Schadensersatz in Form der Erstattung des Kaufpreises in Höhe von 16.700,00 € auf. Mit Antwortschreiben vom 07. Mai 2018 (GA 184 f.) verwies die Beklagte darauf, dass es sich bei der B2 AG um eine eigenständige Marke im W Konzern handle und bat darum, sich an diese zu wenden.	8

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stehe ein deliktischer, auf Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichteter Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu, wobei ein Wertersatz für die Nutzung des Fahrzeugs auf der Basis einer zu erwartenden Gesamtlauflistung des Fahrzeugs von 300.000 km abzuziehen sei. Insoweit hat sie u.a. geltend gemacht, das streitgegenständliche Fahrzeug habe aufgrund der Manipulation einen erheblichen Wertverlust erlitten. Mindestens ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten im Sinne von § 31 BGB habe den objektiven und subjektiven Tatbestand von § 826 BGB verwirklicht; im Übrigen hat sie in diesem Zusammenhang auf eine der Beklagten obliegende sekundäre Beweislast verwiesen.

Die Klägerin hat behauptet, dass sie das Fahrzeug nicht gekauft hätte, wenn sie gewusst hätte, dass das von ihr erworbene Fahrzeug mit einer nicht gesetzeskonformen Software ausgestattet sei und sie deshalb jedenfalls mit Problemen für den Fall der Entdeckung der Manipulation durch das KBA rechnen müsse. Der Kilometerstand des Fahrzeugs habe sich im Zeitpunkt der Klageerhebung auf 146.224 belaufen. 10

Die Klägerin hat mit der seit dem 20. September 2018 rechtshängigen Klage zuletzt beantragt, 11

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 16.700,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit dem 22. Oktober 2013 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Audi vom Typ A3 1,6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) #### nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft sowie Zahlung eines Nutzungsersatzes in Höhe von 8.339,56 €, 12

hilfsweise 13

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs der Marke Audi vom Typ A3 1,6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) #### mit der manipulierten Motorsoftware durch die Beklagte resultieren, 14

3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet, 15

4. die Beklagte zu verurteilen, ihr die durch die Beauftragung ihrer Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.266,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und sie von weiteren 414,12 € freizustellen. 16

Die Beklagte hat beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Sie hat mit näheren Ausführungen eine Haftung schon dem Grunde nach in Abrede gestellt. 19

Mit am 30. November 2018 verkündetem Urteil hat das Landgericht der Klage gestützt auf §§ 826, 31, 249 BGB überwiegend stattgegeben. Dabei hat es eine Gesamtlauflistung des Fahrzeugs von geschätzt 300.000 km zugrundegelegt und ausgehend von dem Kaufpreis in Höhe von 16.700,00 € eine Nutzungsentschädigung auf der Basis eines Kilometerstandes von 167.215 zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in Höhe von 8.908,28 € errechnet und von dem Kaufpreis in Abzug gebracht. Weiter hat es festgestellt, dass sich die Beklagte 20

mit der Annahme des Fahrzeuges in Annahmeverzug befinde. Einen Zinsanspruch hat es hinsichtlich eines Betrages von (16.700,00 € - 8.908,28 € =) 7.791,72 € in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. September 2018 gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB für begründet erachtet. Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen.

Im Übrigen wird auf die angefochtene Entscheidung (GA 524 ff.) Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). 21

Gegen das ihr am 03. Dezember 2018 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit am 28. Dezember 2018 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 06. Juni 2019 verlängerten Begründungsfrist mit am 06. Juni 2019 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag begründet. 22

Die Klägerin, der eine Erwidierungsfrist auf die Berufung bis zum 19. November 2019 gesetzt worden war, hat mit am 19. November 2019 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag Anschlussberufung eingelegt und diese begründet. 23

Die Beklagte verfolgt mit der Berufung unter Wiederholung, Vertiefung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihr Ziel auf Klageabweisung weiter. 24

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung, soweit sie ihr günstig ist, und rügt im Übrigen, dass ihr das Landgericht keine deliktischen Zinsen in Höhe von 4 % aus dem Kaufpreis in Höhe von 16.700,00 € seit dem Abschluss des Kaufvertrages am 22. Oktober 2013, Rechtshängigkeitszinsen nach §§ 291, 288 BGB nicht nach dem vollständigen Kaufpreis in Höhe von 16.700,00 € und keine Rechtsverfolgungskosten zugesprochen hat. Zudem regt sie an, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV vorzulegen. 25

Die Beklage beantragt abändernd, 26

die Klage insgesamt abzuweisen. 27

Die Klägerin beantragt abändernd, 28

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 16.700,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit dem 22. Oktober 2013 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Audi vom Typ A3 1,6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) #### nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft sowie Zahlungeines Nutzungsersatzes in Höhe von 8.908,28 €, 29

hilfsweise 30

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs der Marke Audi vom Typ A3 1,6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) #### mit der manipulierten Motorsoftware durch die Beklagte resultieren, 31

3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet, 32

4. die Beklagte zu verurteilen, ihr die durch die Beauftragung ihrer Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.266,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und sie von weiteren 414,12 € freizustellen.	
Weiter beantragt sie,	34
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	35
Die Beklagte beantragt,	36
die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.	37
Wegen des weiteren Tatsachenvortrags der Parteien nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.	38
Der Senat hat die Klägerin persönlich gemäß § 141 ZPO angehört. Wegen des Inhaltes und des Ergebnisses der Parteienanhörung wird Bezug genommen auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin am 21. Januar 2020 (GA 873) sowie auf das Protokoll der Sitzung vom 21. Januar 2020 (GA 863 f.).	39
II.	40
Die zulässige Berufung der Beklagten ist in geringem Umfang begründet. Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin ist ebenfalls in geringem Umfang begründet.	41
Die Klage hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.	42
1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Erstattung des für den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs verauslagten Kaufpreises abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des in Rede stehenden Kraftfahrzeuges zu (vgl. Urteile des Senats vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris Rdnr. 43 ff.; vom 31. Oktober 2019, 13 U 178/18, juris Rdnr. 38 ff.).	43
Gemäß § 826 BGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, diesem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen hier in Bezug auf die Klägerin vor.	44
a) Die Beklagte hat die Klägerin durch das Inverkehrbringen des in dem Fahrzeug der Klägerin verbauten und mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Motors konkludent getäuscht.	45
aa) Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte als Herstellerin des Motors in kollusivem Zusammenwirken mit der B2 AG als zum Konzern der Beklagten gehörender Herstellerin des Fahrzeugs gehandelt und die Klägerin getäuscht hat oder ob die Herstellerin des Fahrzeugs gutgläubig war. Denn die Beklagte hat – konzerntypisch – den Motor entwickelt und hergestellt, damit dieser auch in anderen Fahrzeugen des Konzerns eingesetzt wird. Dabei wusste sie, dass es für die Typgenehmigung und die (Fehl-)Vorstellung der Endkunden über eine Gefährdung des unveränderten Bestands dieser Genehmigung keinen Unterschied macht, ob die Herstellerin des Fahrzeugs bei Beantragung der Typgenehmigung und	46

Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung bösgläubig war oder ihrerseits einem Irrtum unterlag (vgl. OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019, 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rdnr. 39; OLG Köln, Beschlüsse vom 01. Juli 2019, 27 U 7/19, juris Rdnr. 4 ff. und 10; vom 03. Januar 2019, 18 U 70/18, juris Rdnr. 24 f. und vom 29. November 2018, 18 U 70/18, juris Rdnr. 22 f.; siehe auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019, 17 U 160/18, juris Rdnr. 85 ff.; vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2019, 13 U 86/18, juris Rdnr. 96).

bb) Mit dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs gibt ein Hersteller konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz dieses Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist, d.h. insbesondere, dass das Fahrzeug über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 11; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris Rdnr. 22). Dies war vorliegend nicht der Fall, weil die ursprünglich vorhandene Motorsteuerungssoftware als verbotene Abschaltvorrichtung zu qualifizieren ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 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. L 171 vom 29. Juni 2007, nachfolgend: VO 715/2007/EG). Dies hat zur Folge, dass ohne das Aufspielen des später von der Beklagten entwickelten Software-Updates ein Widerruf der Typgenehmigung und eine damit einhergehende Stilllegung des Fahrzeuges gedroht hätte. 47

Ein Hersteller, der ein neues Fahrzeug zur Nutzung im Straßenverkehr auf den Markt bringen will, ist verpflichtet, das erforderliche Zulassungs- und Genehmigungsverfahren durchzuführen. Er hat beim Kraftfahrt-Bundesamt als zuständiger Behörde gemäß § 2 Abs. 1 Fahrzeugenormierungsverordnung (EG-FGV) insbesondere eine „EG-Typgenehmigung“ zu erwirken und für jedes dem genehmigten Typ entsprechenden Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. 48

Stellt das Kraftfahrt-Bundesamt nach Erteilung einer formell wirksamen EG-Typgenehmigung fest, dass ein Fahrzeug nicht die materiellen Voraussetzungen für den genehmigten Typ einhält, kann es zur Beseitigung aufgetretener Mängel und zur Gewährleistung der Vorschriftsmäßigkeit auch bereits im Verkehr befindlicher Fahrzeuge entweder gemäß § 25 Abs. 2 EG-FGV Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung anordnen oder gemäß § 25 Abs. 3 EG-FGV die EG-Typgenehmigung ganz oder teilweise widerrufen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (FZV) dürfen Fahrzeuge nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind. Dies setzt gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV voraus, dass sie einem genehmigten Typ entsprechen. Wird die EG-Typgenehmigung entzogen oder mit Nebenbestimmungen versehen, entspricht das Fahrzeug – im Fall der Nebenbestimmung: bis zur Nachrüstung – keinem genehmigten Typ mehr. Die Zulassungsbehörde kann dem Eigentümer oder Halter dann gemäß § 5 Abs. 1 FZV eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 12; vgl. nur Hessischer VGH, Beschluss vom 20. März 2019, 2 B 261/19, juris Rdnr. 10 f.). 49

Vor diesem Hintergrund kann der Käufer eines Kraftfahrzeugs, der es im Straßenverkehr verwenden will, nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typgenehmigung formal vorliegt. Ebenso kann er auch erwarten, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung der Typgenehmigung droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei deren Erteilung nicht vorgelegen haben (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 13; OLG Köln, Beschluss vom 16. 50

Juli 2018, 27 U 10/18, juris Rdnr. 4 f.). Über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis verfügte das von der Klägerin erworbene Fahrzeug schon deshalb nicht, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine „Umschaltlogik“ enthielt, die als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist (zur Einordnung als unzulässige Abschalteinrichtung siehe BGH, Beschluss vom 08. Januar 2019, VIII ZR 225/17, juris Rdnr. 5 ff.). Aus diesem Grund lagen die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer EG-Typgenehmigung nicht vor (BGH, Beschluss vom 08. Januar 2019, VIII ZR 225/17, juris Rdnr. 5 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 15; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris Rdnr. 27 f.). Dem entspricht es, dass es dem für Streitigkeiten der vorliegenden Art zuständigen Senat aus einer Vielzahl von Verfahren gerichtsbekannt ist, dass Haltern der vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeuge die Stilllegung ihrer Fahrzeuge droht, falls sie das von der Beklagten entwickelte Software-Update nicht auf ihr Fahrzeug aufspielen lassen.

b) Durch diese Täuschung hat die Klägerin einen Vermögensschaden erlitten, der in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen ist (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 17; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris Rdnr. 80; Heese, NJW 2019, 257, 260). 51

§ 826 BGB knüpft nicht an die Verletzung bestimmter Rechte und Rechtsgüter an, weshalb der nach dieser Norm ersatzfähige Schaden weit verstanden wird. Schaden ist danach nicht nur jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, sondern darüber hinaus jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung (BGH, Urteile vom 19. November 2013, VI ZR 336/12, juris Rdnr. 28; vom 21. Dezember 2004, VI ZR 306/03, juris Rdnr. 17; vom 19. Juli 2004, II ZR 402/02, juris Rdnr. 41). 52

Nach diesen Grundsätzen kommt es nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs im Hinblick auf die unzulässige Abschalteinrichtung einen geringeren Marktwert hatte. Der Schaden des in die Irre geführten Käufers liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, nicht erst in dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteilen. Entscheidend ist allein, dass der abgeschlossene Vertrag, nämlich die Eigenschaften des Kaufgegenstands, nicht den berechtigten Erwartungen des Getäuschten entsprach und überdies die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014, VI ZR 15/14, juris Rdnr. 16 ff.). Beide Voraussetzungen waren im – maßgeblichen – Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses gegeben, weil vorliegend dem bestellten Fahrzeug nach Auslieferung an die Klägerin bzw. Zulassung auf sie wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung drohte bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung die Stilllegung des Fahrzeugs. Wegen des zur Rechtswidrigkeit der EG-Typgenehmigung führenden und damit die Zulassung des Fahrzeugs gefährdenden Mangels war der Hauptzweck des Fahrzeugs, dieses im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, bereits vor einer tatsächlichen Stilllegung unmittelbar gefährdet. Denn wird die EG-Typgenehmigung entzogen, droht die Stilllegung, werden Nebenbestimmungen angeordnet, ist die fortdauernde Nutzbarkeit von einer Nachrüstung des Fahrzeugs durch den Hersteller abhängig. 53

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Schaden eingetreten ist, kommt es allein auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses an. Der Schaden entfällt nicht durch die – nach dem Erwerb durch die Klägerin durchgeführte – Installation der von der Beklagten zur Erfüllung 54

der vom Kraftfahrt-Bundesamt angeordneten Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung entwickelten technischen Maßnahme („Strömungsgleichrichter“ und Software-Update), weil dadurch die ungewollte Belastung mit einer Verbindlichkeit nicht beseitigt worden ist. Die durchgeführte Maßnahme ist lediglich als Angebot zur Verhinderung weiterer Nachteile zu bewerten (vgl. Senatsurteile vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris Rdnr. 52; vom 10. Dezember 2019, 13 U 86/18, juris Rdnr. 103; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019, 24 U 797/19, juris Rdnr. 76; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019, 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547 Rdnr. 49 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 20; siehe auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris Rdnr. 98).

c) Die schädigende Handlung war auch kausal für die Willensentschließung der Klägerin, den streitgegenständlichen Kaufvertrag abzuschließen. 55

Die Klägerin hat, was sie im Senatstermin vom 21. Januar 2020 überzeugend und unmittelbar nachvollziehbar angegeben hat, einen Vertrag abgeschlossen, den sie nicht abgeschlossen hätte, wenn sie von den manipulierenden Motorsteuerungssoftware und deren Folgen für die Zulassung ihres Kraftfahrzeugs Kenntnis gehabt hätte. Hierzu schilderte die auch nach ihrem persönlichen Auftreten überzeugende Klägerin, dass sowohl ihr Mann als auch sie viel fahren würden und auf ein Kraftfahrzeug angewiesen seien. Ihr einfacher Fahrweg zur Arbeit betrage 40 km, derjenige ihres Mannes 50 km. Mit öffentlichen Verkehrsmitteln könnten sie von ihrem Wohnsitz in X, O, die Arbeitsstätte nicht erreichen. Als das vorherige Fahrzeug, ebenfalls ein Audi A3 Diesel, eine Motorreparatur erfordert habe, habe sich die Frage einer Reparatur oder der Anschaffung eines anderen Fahrzeuges gestellt. Sie hätte das Fahrzeug nicht gekauft, wenn ihr die Umschaltlogik und das Stilllegungsrisiko bekannt gewesen wären. Diese anschaulichen und lebensnahen Schilderungen der Klägerin überzeugen den Senat von der Richtigkeit ihrer Angaben. 56

Hinsichtlich der Kaufentscheidung entsprechen die Angaben der Klägerin zudem der allgemeinen Lebenserfahrung. In der Regel werden Kraftfahrzeugkäufer vom Kauf eines Fahrzeugs Abstand nehmen, wenn ihnen bekannt wäre, dass das betreffende Fahrzeug zwar formal über eine EG-Typgenehmigung verfügt, aber wegen des Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis zur Stilllegung des betroffenen Fahrzeugs drohen. Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich der Erwerb zur Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr. 57

d) Die Täuschungshandlung der Beklagten ist als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB zu qualifizieren. 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 zu Tage getretene Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Dabei kann sich die Verwerflichkeit auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016, VI ZR 536/15, juris Rdnr. 16 mwN). 58

Gemessen an diesen Kriterien ist ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu bejahen. 59

Als Beweggrund für das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Motors in den Fahrzeugen des Konzernunternehmens der Beklagten kommt 60

allein eine von der Beklagten angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen in Betracht. Zwar ist allein ein Handeln aus Gewinnstreben nicht als verwerflich zu qualifizieren. Im Hinblick auf das eingesetzte Mittel der Beklagten erscheint das Verhalten der Beklagten hier aber als verwerflich. Denn das Ausmaß der Schädigung, nämlich der Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung in einem Motor, der millionenfach verkauft wird, mit der damit einhergehenden hohen Zahl getäuschter Käufer rechtfertigt das besondere Unwerturteil. Dabei hat die Beklagte es in Kauf genommen, nicht nur Kunden, sondern auch die Zulassungsbehörden zu täuschen und auf diese Weise die Betriebszulassung für Fahrzeuge mit den von ihr mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Motoren zu erschleichen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 34 f.; OLG Köln, Beschluss vom 03. Januar 2019, 18 U 70/18, juris Rdnr. 20 ff.; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris Rdnr. 45 ff.; Heese, NJW 2019, 257, 259, 262).

Die Sittenwidrigkeit ergibt sich daraus, dass die Beklagte bei der Lieferung des Motors an die Herstellerin des Fahrzeugs von einer Weiterveräußerung an einen ahnungslosen Dritten ausging (vgl. OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019, 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rdnr. 39; OLG Köln, Beschlüsse vom 01. Juli 2019, 27 U 7/19, juris Rdnr. 10; vom 03. Januar 2019, 18 U 70/18, juris Rdnr. 27 und vom 29. November 2018, 18 U 70/18, juris Rdnr. 25). 61

e) In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 62

Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Es genügt dabei bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen. Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 78. Aufl., § 826 Rdnr. 8). 63

Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Dabei müssen die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016, VI ZR 536/15, juris Rdnr. 13). 64

Vorliegend ist davon auszugehen, dass jedenfalls ein verfassungsmäßig berufener Vertreter umfassende Kenntnis von dem Einsatz der manipulierenden Software hatte und in der Vorstellung die Erstellung und das Inverkehrbringen der mangelhaften Motoren veranlasste, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis an Kunden weiterveräußert werden würden. Denn es hätte der Beklagten im Rahmen einer sekundären Darlegungslast obliegen, näher dazu vorzutragen, inwieweit ein nicht als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB tätiger Mitarbeiter für die Installation der Software verantwortlich sein soll. Dem ist sie jedoch nicht nachgekommen. 65

Den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei trifft in der Regel eine sekundäre Darlegungslast, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung 66

hat, während dem Prozessgegner nähere Angaben dazu ohne weiteres möglich und zumutbar sind (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 19. Juli 2019, V ZR 255/17, juris Rdnr. 49 mwN). In diesen Fällen kann vom Prozessgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (st. Rspr., etwa BGH, Beschluss vom 28. Februar 2019, IV ZR 153/18, juris Rdnr. 10).

Das ist hier der Fall: Steht der Anspruchsteller – wie vorliegend die Klägerin – vollständig außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs, dann reicht es aus, wenn man die allgemeine Behauptung des Anspruchstellers ausreichen lässt und auf eine weitere Substantiierung verzichtet. So liegt es jedenfalls dann, wenn konkrete Anhaltspunkte für diese Behauptung bestehen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Juli 2019, 10 U 134/19, juris Rdnr. 98 f. [zu behaupteten Abgasmanipulationen bei einem anderen Hersteller]). Bei dieser Sachlage genügt die Behauptung der Klägerin, dem Vorstand bzw. einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten seien die – gerichtsbekannt in millionen Fällen erfolgten – Manipulationen an den Motoren bekannt gewesen. Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass verfassungsmäßig bestellte Vertreter auch Personen sind, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris Rdnr. 75 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 51 ff. mwN; OLG Köln, Beschluss vom 03. Januar 2019, 18 U 70/18, juris Rdnr. 33 ff.; offenlassend, aber für ein unzulässiges Bestreiten mit Nichtwissen OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019, 17 U 160/18, juris Rdnr. 115 ff., 119; vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Juli 2019, 10 U 134/19, juris Rdnr. 98 f.).

67

Angesichts der Tragweite der Entscheidung über die riskante Gestaltung der Motorsteuerungssoftware, die für eine Diesel-Motorengeneration konzipiert war, die flächendeckend konzernweit in millionen Fahrzeugen eingesetzt werden sollte, erscheint es im Übrigen mehr als fernliegend, dass die Entscheidung für eine greifbar rechtswidrige Software ohne Einbindung des Vorstands oder eines verfassungsmäßig bestellten Vertreters erfolgt und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2019, 13 U 86/18, juris Rdnr. 117; Heese, NJW 2019, 257, 260). Dies gilt erst Recht, wenn man bedenkt, dass es sich um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern mit massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidende Personen handelte, wobei dem Handeln eines untergeordneten Konstrukteurs in Anbetracht der arbeitsrechtlichen und strafrechtlichen Risiken kein annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenüber gestanden hätte. Derjenige, der die Zustimmung zur Entwicklung und zum Einsatz einer Software in der Motorensteuerung für Millionen von Neufahrzeugen erteilt, muss eine gewichtige ausgestattet sein. Soweit es sich dabei nicht um einen Vorstand gehandelt haben sollte, spricht alles dafür, dass es sich um einen Repräsentanten im Sinne des § 31 BGB handelte (Senatsurteile vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris Rdnr. 74; vom 10. Dezember 2019, 13 U 86/18, juris Rdnr. 117; OLG Karlsruhe Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 56).

68

69

Folge der sekundären Darlegungslast ist zum einen, dass der Anspruchsgegner sich nicht mit einem einfachen Bestreiten begnügen kann, sondern die Behauptungen des Gegners in zumutbarem Umfang durch substantiierten Vortrag entgegentreten muss. Genügt er dem nicht, gilt der Vortrag der Klagepartei als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO. Zum anderen beziehen sich die Anforderungen an die Substantiierung der primären Darlegung des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03. Januar 2019, 18 U 70/18, juris Rdnr. 34; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 61). Würde man nämlich darauf bestehen, dass der Anspruchsteller die handelnden Personen präzise benennen muss, würden die Grundsätze der sekundären Darlegungslast regelmäßig leerlaufen.

Der nach diesem Maßstab reduzierten primären Darlegungslast genügt das Vorbringen der Klägerin. Denn diese hatte vorgetragen, dass mindestens ein verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne von § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand von § 826 BGB verwirklicht hat. 70

Danach wäre es Sache der Beklagten gewesen, durch konkreten Tatsachenvortrag Umstände darzulegen, aufgrund derer eine Kenntnis des Vorstands oder sonstigen Repräsentanten ausscheidet. Dies hätte vorliegend konkret die Benennung derjenigen Personen im Unternehmen notwendig gemacht, die die Entwicklung der streitgegenständlichen Softwarefunktion beauftragt bzw. welche diese bei einem Zulieferer bestellt hat sowie die Darstellung der üblichen Abläufe bei einer solchen Beauftragung und der Organisation von Entscheidungen solcher Tragweite. Sofern die Beklagte sich dann auf einen Handlungsexzess eines untergeordneten Mitarbeiters hätte berufen wollen, hätte sie Umstände vortragen müssen, die geeignet gewesen wären, einen solchen Ablauf ohne Kenntnis weiterer insbesondere leitender Mitarbeiter hinreichend wahrscheinlich erscheinen zu lassen. 71

Diesen Anforderungen genügt das Bestreiten der Beklagten nicht. Ihr Vortrag erschöpft sich im Wesentlichen darin vorzutragen, dass nach dem derzeitigen Stand der internen Ermittlungen, die noch nicht abgeschlossen seien, Vorstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis von der Entwicklung oder Verwendung der Software gehabt hätten bzw. keine Erkenntnisse dafür vorlägen. Konkreter Vortrag zu den Ergebnissen der internen Ermittlungen fehlt vollständig. 72

Die Kenntnis einer entweder der Unternehmensleitung angehörenden Person oder eines sonstigen Repräsentanten von der serienmäßigen rechtswidrigen Verwendung der Software schließt zwangsläufig die Billigung der Schädigung sämtlicher Erst- und Folgeerwerber der damit ausgestatteten Fahrzeuge ein. Ein entsprechender Vorsatz ergibt sich zudem schon aus der Art der Vorgehensweise (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2019, V ZR 244/17, juris Rdnr. 37), die nach der Wirkweise der Software auf Verheimlichung angelegt war (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Juli 2019, 10 U 134/19, juris Rdnr. 79 f.). Auch die maßgeblichen Umstände für die Bewertung dieses Vorgehens als sittenwidrig sind bei dieser Sachlage der entscheidenden Person bekannt gewesen (Senatsurteile vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris Rdnr. 79; vom 10. Dezember 2019, 13 U 86/18, juris Rdnr. 122). 73

f) Der Schadensersatzanspruch scheitert – entgegen der von den Oberlandesgerichten Braunschweig (Urteil vom 19. Februar 2019, 7 U 134/17, juris Rdnr. 186 ff.) und München (Beschluss vom 09. Mai 2019, 32 U 1304/19, juris Rdnr. 9) vertretenen Auffassung – nicht aufgrund des Schutzzwecks des § 826 BGB (OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019, 13 U 73/19, BeckRS 2019, 25843 Rdnr. 13; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019, 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rdnr. 52 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 74

2019, 17 U 45/19, juris Rdnr. 24 ff.; Senatsurteile vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris Rdnr. 81 f.; vom 31. Oktober 2019, 13 U 178/18, juris Rdnr. 67; vom 10. Dezember 2019, 13 U 86/18, juris Rdnr. 123; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18 juris Rdnr. 39 f., OLG Köln, Beschluss vom 03. Januar 2019, 18 U 70/19, juris Rdnr. 39 ff.).

Um das Haftungsrisiko in angemessenen und zumutbaren Grenzen zu halten, ist allerdings auch im Bereich des § 826 BGB der Haftungsumfang nach Maßgabe des Schutzzwecks der Norm zu beschränken (BGH, Urteil vom 11. November 1985, II ZR 109/84, juris Rdnr. 15; siehe auch BGH, Urteil vom 03. März 2008, II ZR 310/06, juris Rdnr. 15 mwN). Ein Verhalten kann hinsichtlich der Herbeiführung bestimmter Schäden, insbesondere auch hinsichtlich der Schädigung bestimmter Personen, als sittlich anstößig zu werten sein, während ihm diese Qualifikation hinsichtlich anderer, wenn auch ebenfalls adäquat verursachter Schadensfolgen nicht zukommt. Die Ersatzpflicht beschränkt sich in diesem Fall auf diejenigen Schäden, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen (BGH, Urteil vom 11. November 1985, II ZR 109/84, juris Rdnr. 15; vgl. MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl., § 826 Rdnr. 46 mwN). Mithin kommt es 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 (BGH, Urteil vom 07. Mai 2019, VI ZR 512/17, juris Rdnr. 8 mwN).

Durch das Inverkehrbringen des Motors mit der unzulässigen Software ist aber – wie ausgeführt – gerade der jeweilige Käufer durch den ungewollten Vertragsschluss in sittenwidriger Weise geschädigt (vgl. Senatsurteile vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris Rdnr. 82; vom 31. Oktober 2019, 13 U 178/18, juris Rdnr. 68; vom 10. Dezember 2019, 13 U 86/18, juris Rdnr. 125).

g) Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses (Palandt-Sprau, BGB, 78. Aufl., § 826 Rdnr. 15).

Auf der Rechtsfolgenseite kann die Klägerin also verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stehen würde, wenn sie den unerwünschten Kaufvertrag nicht geschlossen hätte. Danach hat die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 3.352,88 € Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

Hätte die Klägerin den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, hätte sie den Preis für das Fahrzeug in Höhe von 16.700,00 € nicht beglichen.

Die Klägerin muss sich die von ihr gezogenen Gebrauchsvorteile anrechnen lassen.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12. März 2009, VII ZR 26/06, juris Rdnr. 16; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 112; Palandt-Grüneberg, BGB, 78. Aufl., Vorb v § 249 Rdnr. 71). Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an.

Danach muss sich die Klägerin – wie sie dem Grunde nach selbst anerkennt – die Nutzung des Fahrzeugs anrechnen lassen, weil sie mit diesem insgesamt, was zwischen den Parteien unstreitig ist, 194.064 km (201.250 km – 7.186 km) gefahren ist (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil

vom 06. November 2019, 13 U 37/19, juris Rdnr. 105 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019, 13 U 73/19, BeckRS 2019, 25843 Rdnr. 18; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019, 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rdnr. 79 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 02. Oktober 2019, 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rdnr. 34 ff.; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019, 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547 Rdnr. 96 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019, 12 U 61/19, juris Rdnr. 69 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris Rdnr. 102 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019, 13 U 142/18, juris Rdnr. 113 ff.; KG Berlin, Urteil vom 26.09.2019, 4 U 77/18, juris Rdnr. 126 ff.).

Den Wert der durch den Gebrauch des Kraftfahrzeugs gezogenen Nutzungen schätzt der Senat nach der Methode des linearen Wertschwundes (vgl. zum Gebrauchtwagenkauf BGH, Beschluss vom 09. Dezember 2014, VIII ZR 196/14, juris Rdnr. 3 mwN; Urteil vom 09. April 2014, VIII ZR 215/13, juris Rdnr. 11 ff. mwN) entsprechend § 287 ZPO auf insgesamt 13.347,12 €.

Die zu erwartende Laufleistung des Motors schätzt der auf Ansprüche aus Fahrzeugkäufen spezialisierte Senat bei Fahrzeugen, die – wie vorliegend – mit einem 1,6 l Motor ausgestattet sind, auf 250.000 km.

Bei einem Kilometerstand des Fahrzeugs von 201.250 im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, wovon die Klägerin abzüglich der Laufleistung beim Erwerb (7.186 km) 194.064 km gefahren ist, belaufen sich die von der Klägerin gezogenen Nutzungsvorteile nach der Berechnungsformel:

(Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer) : (Gesamtlauflistung - km-Stand bei Kauf), auf

$$\frac{16.700,00 \text{ €} \times 194.064 \text{ km}}{(250.000 \text{ km} - 7.186 \text{ km})} = 13.347,12 \text{ €}.$$

$$(250.000 \text{ km} - 7.186 \text{ km}) = 242.814 \text{ km}$$

Unter Berücksichtigung einer von der Klägerin für das Fahrzeug erbrachten Leistung in Höhe von 16.700,00 € besteht nach Abzug einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 13.347,12 € noch ein Anspruch in Höhe von **3.352,88 €**.

2. Über die vom Landgericht zugesprochenen Rechtshängigkeitszinsen hinaus stehen der Klägerin keine Zinsansprüche zu.

Ein Anspruch der Klägerin auf Verzinsung des von ihr geleisteten Kaufpreises gemäß § 849 BGB besteht nicht. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26. November 2007, II ZR 167/06, juris Rdnr. 5 f.) besteht der Normzweck des § 849 BGB darin, dass der Zinsanspruch den endgültig verbleibenden Verlust an Nutzbarkeit der Sache ausgleichen soll, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann. Dieser Schutzzweck ist hier nicht betroffen, da die Klägerin im Austausch für den gezahlten Kaufpreis das Fahrzeug nutzen konnte.

Ein Anspruch der Klägerin folgt auch nicht aus § 286 BGB. Denn die Zahlungsaufforderung vom 26. April 2018 stellt keine wirksame Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 BGB dar. Das Schreiben ist nicht geeignet, die Beklagte in Verzug zu setzen. Es fehlt jedenfalls an einem Verschulden, wenn der Schuldner die wirklich geschuldete Forderung nicht allein berechnen kann, weil sie von ihm unbekannten internen Daten des Gläubigers abhängt. Das ist vorliegend der Fall. Die Klägerin hat den Abzug einer Nutzungsentschädigung nicht angeboten. Tatsächlich hätte die Klägerin im Rahmen des Vorteilsausgleichs den

Nutzungsersatz von der als Schadensersatz geforderten Erstattung des Kaufpreises abziehen müssen. Schon das Unterlassen, den für die Berechnung des eigentlich geschuldeten Schadensersatzes wesentlichen Tachostand mitzuteilen, hindert den Verzugseintritt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. September 2019, 4 U 77/18, juris Rdnr. 141).

Eine Mahnung der Klägerin ist auch nicht im Hinblick auf das Schreiben der Beklagten vom 07. Mai 2018 (GA 184) entbehrlich (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB). In dem genannten Schreiben hat die Beklagte lediglich an ein Konzernunternehmen verwiesen. 93

Die Zinsentscheidung beruht ihm Übrigen auf §§ 291 Abs. 1, 288 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB. 94

3. Über den Hilfsantrag ist nicht zu entscheiden, da die Klägerin mit dem Hauptantrag auf Rückzahlung des Kaufpreises dem Grunde nach obsiegt hat. 95

4. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges ist begründet aus §§ 293, 295 BGB. 96

Jedenfalls in der Zug um Zug erhobenen Klage (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2009, VIII ZR 191/07, juris Rdnr. 20 mwN), in der eine Nutzungsentschädigung unter Angabe der Laufleistung in Abzug gebracht worden ist, liegt ein wörtliches Angebot. 97

5. Rechtsanwaltskosten, welche die Klägerin in zulässiger Prozessstandschaft geltend macht, schuldet die Beklagte aus §§ 826, 249 Abs. 1, § 250 Satz 2 BGB in Höhe von 650,34 €. 98

Ein Schädiger hat nach diesen Vorschriften (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2006, VI ZR 224/05, juris Rdnr. 18) solche Rechtsverfolgungskosten des Geschädigten zu ersetzen, die auf Maßnahmen beruhen, die aus der ex-ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person in der Situation des Geschädigten nach den Umständen des Falles zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig gewesen sind (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 25. November 2015, IV ZR 169/14, juris Rdnr. 12). Danach hat die Beklagte der Klägerin die Kosten zu ersetzen, die für die außergerichtliche Geltendmachung der Klageforderung durch ihre Bevollmächtigten entstanden sind. Es war vorliegend angesichts der komplexen technischen Fragen und des in der Rechtsprechung (bis heute) kontrovers beurteilten Vorliegens der Voraussetzungen des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs sachgerecht, sich zur Durchsetzung dieses Anspruchs und auch hinsichtlich eines Vergleichsangebots ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten zu bedienen. 99

Ausgehend von einer berechtigten Forderung der Klägerin von 6.643,17 €, die sich auf der Basis einer Laufleistung des Fahrzeugs von höchstens 153.410 km vor Klageerhebung, somit einer Fahrleistung der Klägerin von 146.224 km (153.410 km – 7.186 km-Stand bei Erwerb) und einer dementsprechenden Nutzungsentschädigung von 10.056,83 € errechnet, ergibt sich bei einer 1,3 Geschäftsgebühr der ausgeurteilte Betrag von 650,34 €. 100

Dem mit Schriftsatz der Klägerin vom 01. November 2018 zur Nutzungsentschädigung vertieften Vortrag (GA 234), das Fahrzeug weise einen Kilometerstand von 153.410 auf, ist die Beklagte nicht entgegen getreten. 101

Der Senat sieht nur eine 1,3 Geschäftsgebühr als notwendig und damit erstattungsfähig an. Die Sache ist weder mit besonderen Schwierigkeiten versehen noch – ungeachtet der umfangreichen Schriftsätze – besonders umfangreich. Wie dem Senat aus zahlreichen Parallelverfahren bekannt ist, vertreten die Bevollmächtigten der Klägerin eine Vielzahl von 102

Klägern.

- | | |
|--|-----|
| 6. Aus vorstehenden Ausführungen folgt zugleich die Unbegründetheit der weitergehenden Berufung der Beklagten und der Anschlussberufung der Klägerin. | 103 |
| 7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die übrigen prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. | 104 |
| 8. Die Revision hat der Senat zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen (§§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO). | 105 |
| 9. Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt bis 10.000,00 €, wovon auf die Berufung der Beklagten bis 8.000,00 € und auf die Anschlussberufung der Klägerin bis 2.000,00 € entfallen. | 106 |