
Datum: 12.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 306/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0312.13U306.18.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 3 O 8/18

Tenor:

Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten wird das Urteil des Einzelrichters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld vom 28. September 2018 (3 O 8/18) unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 10.509,36 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26. Januar 2018, Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs X mit der Fahrgestellnummer Y, sowie weitere 958,19 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26. Januar 2018 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des zuvor genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben die Klägerin 46 % und die Beklagte 54 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des jeweils anderen Teils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden

Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen, für die Klägerin jedoch nur wegen des von ihr geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung von Zinsen auf den Kaufpreis

Gründe:	1
I.	2
Die Klägerin verlangt aufgrund des sogenannten „Dieselskandals“ von der beklagten Herstellerin des Motors eines von ihr gekauften Pkws Schadensersatz in Form der Erstattung des vollen Kaufpreises für ihr Fahrzeug nebst Zinsen – nach Erweiterung der Klage in zweiter Instanz ab Kaufpreiszahlung – sowie die Feststellung des Annahmeverzugs und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen.	3
Die Klägerin erwarb am 6. Januar 2012 bei der Z GmbH & Co. KG, einer Vertragshändlern der Beklagten, einen gebrauchten X mit 103 kW (EU5) mit einem Kilometerstand von 23.000 km zu einem Kaufpreis von 22.700,00 € (Rechnung Anlage K 1, Anlagenband).	4
Die Beklagte hatte den in dem Auto verbauten Dieselmotor mit 2,0 Litern Hubraum und der herstellerinternen Typenbezeichnung EA 189 entwickelt, produziert und in dem von ihr hergestellten Fahrzeug verbaut. Der Motor wurde ursprünglich von einer 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
Durch Bescheid vom 15. Oktober 2015 gab das Kraftfahrt-Bundesamt (im Folgenden: KBA) der Beklagten als Herstellerin des Fahrzeugs auf, diese vom KBA als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne der Zulassungsvorschriften eingestufte Software zu entfernen und dies zu belegen.	6
Das KBA gab mit Bestätigung vom 3. Juni 2016 (Anlage B 7, GA 98) die von der Beklagten daraufhin entwickelte technische Maßnahme (Softwareupdate) frei und bestätigte, dass diese geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge des betreffenden Typs herzustellen.	7
Das Softwareupdate wurde bei dem Fahrzeug der Klägerin am 6. Juli 2016 durchgeführt.	8
Die Klägerin ließ die Beklagte mit vorprozessualen anwaltlichen Schreiben vom 25. September 2017, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Anlage K 10; Anlagenband), unter Fristsetzung bis zum 9. Oktober 2017 auffordern, den vollen Kaufpreis Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs zu erstatten und bot das Fahrzeug gegen Zahlung dieses Betrages zur Abholung an.	9
Der Kilometerstand betrug bei der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht 145.464 km und beträgt im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat 171.758 km.	10

Die Klägerin hat behauptet, die Entwicklungsabteilung der Beklagten habe die Entscheidung über den Einbau der „Umschaltlogik“ mit Kenntnis des Vorstandes getroffen. Derartige Angelegenheiten seien stets Chefsache. Die Beklagte habe gewusst, dass es sich um eine unzulässige Abschaltanlage handele. Die Klägerin habe sich aufgrund der Täuschung durch die Beklagte über die Gesetzmäßigkeit des Fahrzeugs geirrt. Dieser Irrtum sei für die Kaufentscheidung kausal geworden. Gerade die Werbung der Beklagten und ihrer Tochterunternehmen mit der besonderen Umweltfreundlichkeit seien für die Klägerin ein besonders schlagendes Kaufargument gewesen. Auch nach dem Update würden die gesetzlichen Vorgaben nicht eingehalten, das Fahrzeug verbrauche mehr und es seien Langzeitschäden zu befürchten. Wegen der Manipulation sei es zu einem Wertverlust gekommen. Sie ist der Auffassung gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises gemäß §§ 311 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 BGB, § 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB bzw. § 27 EG-FGV (jeweils iVm § 31 BGB), § 831 BGB zu haben. Eine Nutzungsentschädigung sei hiervon nicht abzuziehen, weil sie das Fahrzeug rechtlich gar nicht habe nutzen dürfen. Hilfsweise macht sie geltend, es sei von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 300.000 km auszugehen. Sie ist der Auffassung, es sei eine 2,0-Gebühr für die vorgerichtliche Tätigkeit anzusetzen, obwohl es sich um ein Massenverfahren handele. Der Rechercheaufwand in jeder Angelegenheit sei enorm und das „Zusammentragen des deliktischen Sachverhalts“ erfolge fortlaufend. Dazu seien immer wieder Übersetzungen von englischsprachigen Veröffentlichungen wie dem zitierten „statement of facts“ oder der Anklageschrift gegen C in den USA erforderlich. Täglich würden – insoweit unstreitig – über zwei Stunden die neuen Presseveröffentlichungen ausgewertet und fließen in das Verfahren ein. Es handele sich um eine um 0,5 Gebührenpunkte vom Durchschnitt abweichende Tätigkeit, die eine besondere Expertise voraussetze und deshalb eine 2,0-Gebühr rechtfertige.

Die Klägerin hat beantragt, 12

1. die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei 22.700,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. Oktober 2017 Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs X mit der Fahrgestellnummer Y zu zahlen; 13

2. es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 10. Oktober 2017 in Annahmeverzug befindet; 14

3. die Beklagte wird verurteilt, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.899,24 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. Oktober 2017 zu zahlen. 15

Die Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, bei der Software handele es sich nicht um eine unzulässige Abschaltanlage. Das Fahrzeug habe durchweg über die erforderlichen Genehmigungen verfügt. Sie habe – insoweit unstreitig – auch keine Erklärungen gegenüber der Klägerin abgegeben. Deshalb habe sie diese auch nicht getäuscht. Ihr Verhalten sei nicht als sittenwidrig zu qualifizieren. Sie habe auch nicht vorsätzlich gehandelt. Nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass einzelne Vorstandsmitglieder im Aktienrechtlichen Sinne an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen wären oder hiervon Kenntnis gehabt hätten. Insoweit lägen auch nicht die Voraussetzungen einer sekundären Darlegungslast vor. Jedenfalls fehle es aber an einem 18

Schaden der Klägerin, denn das Fahrzeug sei stets sicher und fahrbereit gewesen und die ursprüngliche Software durch das Update beseitigt. Zudem stellt sie in Abrede, dass die Klägerin das Fahrzeug nicht erworben hätte, wenn diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Software und deren Funktionsweise Kenntnis gehabt hätte und dass sie sich in einem Irrtum befunden habe. Zumindest sei aber eine Nutzungsentschädigung anzurechnen, wobei von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 200.000 bis 250.000 km auszugehen sei. Ein Annahmeverzug bestehe schon deshalb nicht, weil die Klägerin das Fahrzeug nicht in geeigneter Weise angeboten habe. Der Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten bestehe ebenfalls nicht, weil die Beklagte nicht in Verzug gesetzt worden sei. Jedenfalls sei er mit nicht mehr als einer 1,3-Gebühr zu bemessen, weil der nach dem konkreten Mandat zu bemessende Aufwand durchschnittlich sei, da es vorliegend um Anspruchsgrundlagen aus dem Deliktsrechte gehe, die keine Spezialkenntnisse erforderten. Es handele sich um ein Massenverfahren ohne besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art.

Das Landgericht hat die Beklagte gestützt auf § 826 BGB (iVm § 31 BGB) unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung ausgehend von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 250.000 km (also unter Abzug von 12.246,40 €) zur Zahlung von 10.453,60 € nebst Verzugszinsen seit dem 10. Oktober 2017 verurteilt (Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs), hat den Annahmeverzug seit 10. Oktober 2017 festgestellt und hat die Beklagte zur Zahlung von 958,19 € vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach einer 1,3-Gebühr verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. 19

Wegen der Einzelheiten der Begründung sowie wegen des weiteren Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). 20

Gegen dieses Urteil richten sich beide Parteien mit ihren selbständigen Berufungen, wobei die Beklagte die Klageabweisung und die Klägerin eine Verurteilung der Beklagten ohne Anrechnung einer Nutzungsentschädigung erstrebt und mit Schriftsatz vom 28. Januar 2020 klageerweiternd (Delikts-)Zinsen in Höhe von 4 % aus dem vollen Kaufpreis seit Zahlung an den Händler verlangt. 21

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, das Landgericht habe zu Unrecht eine unzulässige Abschalteneinrichtung angenommen, habe die Voraussetzungen einer sekundären Darlegungslast verkannt und die Kausalität unter Verweis auf die allgemeine Lebenserfahrung unzureichend begründet, weil das Fahrzeug durchweg in der zutreffenden Emissionsklasse EU5 eintaxiert gewesen sei. Zudem liege kein ungewollter Vertrag vor, weil das Fahrzeug habe durchweg genutzt werden können. Im Übrigen sei der geltend gemachte Schaden nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst. Die Berufung der Klägerin sei bereits unzulässig, denn die Berufungsbegründung formuliere keine ausreichenden Angriffe im Sinne des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO und berufe sich lediglich auf nicht einschlägige Rechtsprechung, ohne sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinanderzusetzen. 22

Die Beklagte beantragt, 23

das am 28. September 2018 verkündete Urteil des Landgerichts Bielefeld, Az. 3 O 8/18, im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage abzuweisen. 24

Die Klägerin beantragt zuletzt, 25

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bielefeld, Az. 3 O 8/18, vom 28. September 2018 die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 12.246,40 € nebst Zinsen in Höhe 26

von vier Prozent seit dem 13. Januar 2012 bis 9. Oktober 2017 und seit dem in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, jeweils aus einem Betrag von 22.700,00 €, zu zahlen und im Übrigen die Berufung der Beklagten kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Klägerin macht zur Begründung ihrer Berufung in erster Linie geltend, der Abzug einer Nutzungsentschädigung verstoße gegen den europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz, weil die vom nationalen Gesetzgeber vorgesehenen Sanktionen nicht umgesetzt würden, obwohl Art. 46 der RL 2007/46/EG vorsehe, dass die Mitgliedsstaaten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festzulegen hätten. Zudem komme die Anrechnung einer Nutzungsentschädigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur in Frage, wenn dies nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führe. Das sei hier jedoch „ohne Zweifel“ der Fall. Zumindest habe sich die Beklagte nicht ausreichend auf eine Nutzungsentschädigung berufen, obwohl es sich um eine Einrede handle. Jedenfalls sei die Schätzung der Gesamtleistung mit 250.000 km zu gering und nicht fundiert. Hätte das Landgericht einen entsprechenden Hinweis erteilt, hätte die Klägerin – wie nun in der Berufungsinstanz – Angebote für Gebrauchtwagen mit 300.000 km Laufleistung vorgelegt. Es hätte ein Sachverständigengutachten eingeholt werden müssen. 27

Im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 28

Der Senat hat die Klägerin gemäß § 141 ZPO persönlich angehört. Wegen des Inhalts und des Ergebnisses dieser Anhörung wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin am 6. Februar 2020 (GA II 552) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom gleichen Tag verwiesen (GA I 548). 29

II. 30

Die Berufungen beider Parteien haben nur in geringem Umfang Erfolg. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung dem Grunde nach richtet. Sie hat lediglich wegen der Zinsen teilweise Erfolg. Die Berufung der Klägerin ist einschließlich der Klageerweiterung wegen der (Delikts?)Zinsen ab Zahlung des Kaufpreises unbegründet. Lediglich wegen der Berechnung der Nutzungsentschädigung hat sie teilweise Erfolg, weil von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 300.000 km auszugehen ist. 31

1. Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie enthält entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht nicht nur formelhafte Wendungen, sondern ausreichende Berufungsangriffe im Sinne des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO. 32

Eine Berufungsbegründung muss nach dieser Vorschrift die Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben soll. Das erfordert eine auf den Streitfall bezogene Darlegung, in welchen Punkten und aus welchen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält (st. Rspr. etwa BGH, Beschlüsse vom 10. Juni 2015 – IV ZB 33/14, juris Rn. 7; vom 5. März 2007 – II ZB 4/06, NJW-RR 2007, 1363 Rn. 6; vom 16. Oktober 2007 – VIII ZB 26/07, juris Rn. 6; jeweils mwN). Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen (st. Rspr., etwa BGH, Beschluss vom 26. Juni 2019 – VII ZB 61/18 juris Rn. 14 mwN). 33

Diesen Anforderungen wird die Berufungsbegründung gerecht. Denn sie macht geltend, der vom Landgericht ohne nähere Begründung vorgenommene Abzug einer Nutzungsentschädigung müsse unterbleiben, weil es anderenfalls zu einer unbilligen 34

Entlastung des Schädigers komme, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einem Vorteilsausgleich entgegenstehe. Zudem fordere dies der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz vor dem Hintergrund 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. Damit hat die Klägerin konkrete Argumente gebracht, die – treffen sie zu – die Entscheidung im angefochtenen Punkt der Nutzungsentschädigung zu Fall bringen könnten. Ob diese Ausführungen der Berufungsklägerin rechtlich zutreffend sind, ist für die Zulässigkeit der Berufung ohne Bedeutung (st. Rspr., BGH, Urteil vom 7. Februar 2019 – VII ZR 274/17, juris Rn. 13 mwN).

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB in Höhe von 10.509,36 € auf Erstattung des für den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs verauslagten Kaufpreises (22.700,00 €) abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die gezogenen Nutzungen von 12.190,64 €, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des in Rede stehenden Kraftfahrzeuges, weil die Beklagte den im Fahrzeug der Klägerin verbauten Motor vorsätzlich zusammen mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne der Zulassungsvorschriften in Verkehr gebracht und dabei billigend in Kauf genommen hat, dass die Klägerin deshalb einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, den sie in Kenntnis der Abschaltvorrichtung und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Typgenehmigung des Fahrzeugs so nicht abgeschlossen hätte (vgl. Urteile des Senats vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 43 ff.; vom 31. Oktober 2019 – 13 U 178/18, juris Rn. 38 ff.). 35

a) Nach § 826 BGB ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (st. Rspr., etwa BGH, Urteile 7. Mai 2019 – VI ZR 512/17, juris Rn. 8; vom 28. Juni 2016 – VI ZR 541/15, juris Rn. 17; vom 19. November 2013 – VI ZR 336/12, juris Rn. 9 mwN). Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine vertragliche Pflicht oder das Gesetz verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft (st. Rspr., BGH, Urteile vom 7. Mai 2019 – VI ZR 512/17, aaO; vom 20. Juli 2017 – IX ZR 310/14, juris Rn. 16; vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15, juris Rn. 16; jeweils mwN). 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., BGH, Urteile vom 7. Mai 2019 – VI ZR 512/17, aaO; vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15, aaO; jeweils mwN). Sie kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (st. Rspr., etwa BGH, Urteile vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15, juris Rn. 16 mwN), die regelmäßig als sittenwidrig zu qualifizieren ist (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2004 – VI ZR 306/03, juris Rn. 13 mwN). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es dabei 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 7. Mai 2019 – VI ZR 512/17, juris aaO mwN). 36

b) Gemessen an diesen Voraussetzungen hat die Beklagte eine sittenwidrige Handlung begangen, denn sie hat die von ihr entwickelten, hergestellten und in Verkehr gebrachten Motoren des Typs „EA 189“ aus übersteigertem Profitstreben in der Absicht, den tatsächlichen Stickoxidausstoß zu verheimlichen, mit einer Software ausgestattet, die als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Zulassungsvorschriften zu qualifizieren ist, 37

obwohl sie wusste, dass bei einer Aufdeckung der Arbeitsweise dieser Software mit Konsequenzen für die Typgenehmigung der betroffenen Fahrzeuge zu rechnen war und dass sich viele Endkunden in Kenntnis dieser Umstände nicht für ein Fahrzeug mit diesem Motor entschieden hätten.

aa) 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 insbesondere eine „EG-Typgenehmigung“ nach den Vorschriften der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge vom 3. Februar 2011 (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung, BGBl. I S. 126; im Folgenden: EG-FGV) beim Kraftfahrt-Bundesamt als zuständiger Behörde (§ 2 Abs. 1 EG-FGV) zu erwirken und für jedes dem genehmigten Typ entsprechende Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. 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 der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr vom 3. Februar 2011 (Fahrzeug-Zulassungsverordnung, BGBl. I S. 139; im Folgenden: 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 (Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 47; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 12; vgl. nur Hessischer VGH, Beschluss vom 20. März 2019 – 2 B 261/19, juris Rn. 10 f.).

38

Vor diesem Hintergrund kann der Käufer eines Kraftfahrzeugs, der dieses im Straßenverkehr verwenden will, nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erhalts 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 München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rn. 42; Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 48; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 13; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018, 27 U 10/18 – juris Rn. 4 f.).

39

Über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis verfügte das von der Klägerin gekaufte Fahrzeug schon deshalb nicht, weil die von der Beklagten als Entwicklerin und Herstellerin des verbauten Motors „EA 189“ eingesetzte Motorsteuerungssoftware eine „Umschaltlogik“ enthielt, die als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 und 2 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) zu qualifizieren ist (zur Einordnung als unzulässige

40

Abschalteinrichtung siehe BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17, juris Rn. 5 ff.). Aus diesem Grund lagen die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer EG-Typgenehmigung nicht vor (BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17, juris Rn. 5 ff., Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 48; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 15; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 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 von dem Dieselskandal betroffenen Fahrzeuge die Stilllegung ihrer Fahrzeuge droht, falls sie das von der Beklagten entwickelte Softwareupdate nicht auf ihr Fahrzeug aufspielen lassen.

bb) Die Klägerin hat durch diese Täuschung auch einen Vermögensschaden erlitten, der in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen ist (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 17; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 80; Heese, NJW 2019, 257, 260). 41

§ 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 Rn. 28; vom 21. Dezember 2004 – VI ZR 306/03, juris Rn. 17; vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02, juris Rn. 41). Insoweit bewirkt die Norm einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (BGH, Urteile vom 19. November 2013 – VI ZR 336/12, juris Rn. 28; vom 21. Dezember 2004 – VI ZR 306/03, juris Rn. 17). 42

Nach diesen Grundsätzen kommt es nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Hinblick auf die unzulässige Abschalteinrichtung einen geringeren Marktwert hatte. Entscheidend ist allein, dass der von der Klägerin abgeschlossene Kaufvertrag nicht ihren berechtigten Erwartungen entsprach und überdies die Leistung für ihre Zwecke nicht voll brauchbar war (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14, juris Rn. 16 ff.), weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung beziehungsweise die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung die Stilllegung des Fahrzeugs drohte und ungewiss war, ob bei einer Aufdeckung der Software eine vom Kraftfahrtbundesamt akzeptierte technische Lösung in angemessener Zeit würde entwickelt werden können. Wegen des zur Rechtswidrigkeit der EG-Typgenehmigung führenden und damit die Zulassung des Fahrzeugs gefährdenden Mangels war der Hauptzweck des Kaufvertrages, das Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu können, 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 (vgl. Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 51). 43

Dieser Schaden ist nicht dadurch entfallen, dass am 6. Juli 2016 und damit nach Vertragsschluss das Softwareupdate zur Erfüllung der vom Kraftfahrt-Bundesamt angeordneten Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung installiert wurde. Die ungewollte Belastung mit einer Verbindlichkeit ist hierdurch nicht beseitigt worden. Das Update ist lediglich als Angebot zur Verhinderung weiterer Nachteile zu bewerten (Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 52; vgl. OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, juris Rn. 76; OLG Naumburg, Urteil vom 27. 44

September 2019 – 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547 Rn. 49 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 20; siehe auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 98). Es ändert hingegen nichts daran, dass die Klägerin den Kaufvertrag so nicht abgeschlossen hätte und macht den ungewollten Vertragsschluss nicht nachträglich zu einem gewollten Vertragsschluss (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02, juris Rn. 47).

cc) Die schädigende Handlung war auch kausal für die Willensentschließung der Klägerin, den streitgegenständlichen Kaufvertrag abzuschließen. 45

Die Klägerin hat im Senatstermin u.a. angegeben, sie habe sich für ein neues Fahrzeug für die täglichen Fahrten ihres Mannes von K nach F zur Arbeit und für Urlaubsfahrten interessiert, weil der zuvor gefahrene Volkswagen (Golf Kombi) schon etwa 11 ½ Jahre alt gewesen und etliche Kilometer gelaufen sei. In Kenntnis der ursprünglich vorhandenen Software hätte sie sich schon deshalb nicht für das Fahrzeug entschieden, weil das Betrug gewesen wäre und sie und ihr Mann, der bei der Polizei sei, sich daran nicht hätten beteiligen wollen. Nach Aufdeckung des sogenannten „Dieselskandals“ habe sie sich in ihrer Werkstatt erkundigt, weil sie in Sorge gewesen sei, wegen der Software sowie wegen unabhängig davon diskutierter Fahrverbote nicht mehr fahren zu können und ein neues Auto anschaffen zu müssen, hierfür jedoch weder genügend angespart zu haben, noch nach Aufdeckung der Software für das vorhandene Auto einen noch akzeptablen Preis erzielen zu können. 46

Diese Angaben der Klägerin vor dem Senat sind glaubhaft. Denn sie hat flüssig und in eigener Sprache auf die Fragen des Senats geantwortet. Dabei war sie insbesondere wegen der von ihr geschilderten Sorge, sie müsse sich ein neues Fahrzeug kaufen, obwohl sie noch nicht hinreichend angespart hatte und das alte Fahrzeug nur noch ungünstig würde verkaufen können, erkennbar emotional eingebunden. Auch hat sie sachlich und ohne jede Übertreibung geschildert, dass sie sich in Kenntnis der Software gegen den Wagen entschieden hätte und hat auch ohne Umschweife klar gemacht, dass die Fahrverbote in anderem Zusammenhang diskutiert wurden. Ihr Argument, sie habe sich nicht an einem Betrug beteiligen wollen, zumal ihr Mann bei der Polizei sei, leuchtet zudem unmittelbar ein. 47

Hinsichtlich der Kaufentscheidung entsprechen die Angaben der Klägerin im Übrigen 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. Hinzu kommt, dass die Klägerin und ihr Mann nach ihren glaubhaften Angaben, auf eine uneingeschränkte Mobilität angewiesen waren, weil der Ehemann der Klägerin mit dem Fahrzeug eine nicht nur unerheblicher Strecke (von K nach F) zur Arbeit fahren wollte. 48

dd) Das Verhalten der Beklagten ist nach den eingangs unter II 2 a geschilderten Grundsätzen in einer Gesamtwürdigung von Inhalt, Beweggrund, Zweck, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung und eingetretenen Folgen als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB zu qualifizieren (Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 63 f. mwN). 49

Als Beweggrund für das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs kommt allein eine von der Beklagten angestrebte Kostensenkung und 50

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 ist ihr Verhalten hier aber als verwerflich anzusehen. 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 ihre Kunden, sondern auch die Zulassungsbehörden zu täuschen und sich oder den zum Konzernverbund gehörenden weiteren Herstellern auf diese Weise die Betriebszulassung für die von ihr manipulierten Fahrzeuge zu erschleichen (OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547 Rn. 68 ff.; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rn. 49 f.; Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 64; vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 34 f.; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18, juris Rn. 20 ff.; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 45 ff., Heese, NJW 2019, 257, 259 und 262).

ee) Die Beklagte hat auch mit dem für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB erforderlichen Vorsatz gehandelt. In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen, voraus. 51

(1) 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 jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 20. Dezember 2011 – VI ZR 309/10, juris Rn. 10; vom 21. April 2009 – VI ZR 304/07, juris Rn. 24 mwN). Es genügt mithin 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 (st. Rspr., etwa BGH, Urteile vom 10. Februar 2015 – VI ZR 569/13, juris Rn. 17; vom 13. September 2004 – II ZR 276/02, juris Rn. 36 mwN; vgl. Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl., § 826 Rn. 8). 52

(2) Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB iVm § 31 BGB setzt dabei 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 Rn. 13). Verfassungsmäßig berufene Vertreter sind dabei nicht nur der Vorstand beziehungsweise die Vorstandsmitglieder. Über den Wortlaut des § 31 BGB hinaus hat die Rechtsprechung eine Repräsentantenhaftung für solche Personen entwickelt, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 296/11, juris Rn. 12 mwN). 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 (BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 296/11, aaO). 53

(3) Vorliegend ist davon auszugehen, dass jedenfalls ein verfassungsmäßig berufener Vertreter beziehungsweise Repräsentant 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 in den Fahrzeugen des Konzerns verbaut würden. Denn es hätte der Beklagten im Rahmen einer sekundären Darlegungslast oblegen, 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 (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19, BeckRS 2019, 25843 Rn. 11; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rn. 64 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 – 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rn. 22; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547 Rn. 80 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19, juris Rn. 63 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18, juris Rn. 10 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 75 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 51 ff. mwN; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019, 18 U 70/18, juris Rn. 33 ff.; offenlassend, aber für ein unzulässiges Bestreiten mit Nichtwissen OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019, 17 U 160/18 – juris Rn. 115 ff., 119; vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Juli 2019, 10 U 134/19 – juris Rn. 98 f.). Dem ist sie jedoch nicht nachgekommen.

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 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 Rn. 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 Rn. 10). 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 Rn. 98 f. [zu behaupteten Abgasmanipulationen bei einem anderen Hersteller]). Steht der Anspruchsteller – wie die Klägerin – vollständig außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs, dann reicht es unter den genannten Umständen aus, wenn man die allgemeine Behauptung des Anspruchstellers ausreichen lässt und auf eine weitere Substantiierung verzichtet.

Das ist hier der Fall. 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, bestehen konkrete Anhaltspunkte für die Kenntnis eines Repräsentanten. Es ist fernliegend, dass die Entscheidung für eine greifbar rechtswidrige Software ohne Einbindung des Vorstands oder eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters fällt und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte (vgl. 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 und 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 Funktion in einem Unternehmen haben und mit erheblichen Kompetenzen 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 (Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 74; OLG Karlsruhe Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 56).

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 klagenden Partei 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 3. Januar 2019, 18 U 70/18, juris Rn. 34; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019, 13 U 142/18, juris Rn. 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 hat eingehend vorgetragen, dass wenigstens eine leitende Person aus dem Vorstand – zumindest jedoch ein Repräsentant – die Entscheidung zum Einsatz der unzulässigen Abschaltanlage getroffen hat oder diese zumindest Kenntnis von der Entscheidung hatte und diese nicht unterbunden hat. Auch habe auf Seiten dieser Person das Bewusstsein bestanden, dass die Fahrzeuge nicht zulassungsfähig waren, die Beklagte diese Fahrzeuge jedoch gleichwohl mit einer unzulässigen Abschaltanlage auf den Markt gebracht hat, ohne ihre Kunden hierüber aufzuklären.

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 beziehungsweise welche diese bei einem Zulieferer bestellt haben 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.

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, keine Erkenntnisse für eine Beteiligung oder Kenntnis einzelner Vorstandsmitglieder oder eines Repräsentanten der Beklagten vorhanden seien, aufgrund derer man davon ausgehen müsste, dass diese von der Entwicklung der Software Kenntnis gehabt hätten. Konkreter Vortrag zum Inhalt und den Ergebnissen der internen Ermittlungen fehlt vollständig.

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 Käufer 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 Rn. 37), die nach der Wirkweise der Software auf Verheimlichung angelegt war (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Juli 2019 – 10 U 134/19, juris Rn. 79 f.). Auch die maßgeblichen Umstände für

die Bewertung dieses Vorgehens als sittenwidrig sind bei dieser Sachlage der entscheidenden Person bekannt gewesen (Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 79).

ff) Der Schadensersatzanspruch scheitert – entgegen der von den Oberlandesgerichten Braunschweig (Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17, juris Rn. 186 ff.) und München (Urteil vom 4. Dezember 2019 – 3 U 2943/19, juris Rn. 62; Beschluss vom 9. Mai 2019 – 32 U 1304/19, juris Rn. 9) vertretenen Auffassung – nicht aufgrund des Schutzzwecks des § 826 BGB (OLG München, Urteil vom 29. Januar 2020 – 20 U 3723/18, juris Rn. 58 mwN; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 2019 – 13 U 73/19, BeckRS 2019, 25843 Rn. 13; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rn. 52 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019 – 17 U 45/19, juris Rn. 24 ff.; Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 81 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18 juris Rn. 39 f.; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/19, juris Rn. 39 ff.). 62

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 Rn. 15; siehe auch BGH, Urteil vom 3. März 2008 – II ZR 310/06, juris Rn. 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 Rn. 15, vgl. MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl., § 826 Rn. 46 mwN). Mithin kommt es – insbesondere bei mittelbaren Schädigungen – 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 7. Mai 2019 – VI ZR 512/17, juris Rn. 8 mwN). 63

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. Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 82). 64

c) Der Schadensersatzanspruch der Klägerin aus §§ 826, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses (Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl., § 826 Rn. 15). Sie kann also verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stehen würde, wenn sie den unerwünschten Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte. Danach hat die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 10.509,36 €, nämlich des Kaufpreises (22.700,00 €) abzüglich Nutzungsentschädigung (12.190,64 €), Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs. 65

aa) Ohne das sittenwidrige Verhalten der Beklagten hätte die Klägerin den Kaufvertrag über 22.700,00 € nicht geschlossen. 66

bb) Die Klägerin muss sich im Wege der Vorteilsausgleichung entgegen der von ihr vertretenen Ansicht den Wert der Nutzung des Fahrzeugs mit 12.190,64 € anrechnen lassen, weil sie mit diesem (unstreitig) 148.758 km (derzeitige Laufleistung von 171.758 km abzüglich Kilometerstand von 23.000 km bei Übergabe) gefahren ist (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 105 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Oktober 67

2019 – 13 U 73/19, BeckRS 2019, 25843 Rn. 18; OLG München, Urteil vom 15. Oktober 2019 – 24 U 797/19, BeckRS 2019, 25424 Rn. 79 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 – 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205 Rn. 34 ff.; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547 Rn. 96 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19, juris Rn. 69 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 102 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 113 ff.). Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dürfen dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteile vom 13. November 2012 – XI ZR 334/11, juris Rn. 21 mwN; vom 12. März 2009 – VII ZR 26/06, juris Rn. 16; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 112; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 71). Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – XI ZR 536/14, juris Rn. 22 f.; Senatsurteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18, juris Rn. 84).

(1) Die im Schadensersatzrecht entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile anzurechnen sind, die ihm im adäquaten Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Letztlich folgt der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung damit aus dem in § 242 BGB festgelegten Grundsatz von Treu und Glauben (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 – VII ZR 81/06, juris Rn. 18 mwN). Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstrebenden Interessen herbeigeführt werden (st. Rspr., etwa BGH, Urteile vom 20. März 2018 – X ZR 25/17, juris Rn. 20; vom 22. Januar 2009 – III ZR 172/08, juris Rn. 23 mwN). Zu den in die Differenzrechnung einzustellenden Vorteilen gehört grundsätzlich auch der Wert der von einem Geschädigten gezogenen Nutzungen im Sinne des § 100 BGB (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteile vom 12. März 2009 – VII ZR 26/06, juris Rn. 15; vom 31. März 2006 – V ZR 51/05, juris Rn. 9 mwN), also der von der Klägerin zurückgelegten Fahrstrecke. 68

Die Anrechnung von Vorteilen muss allerdings dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch den Schädiger unbillig entlasten (st. Rspr., etwa BGH, Urteile vom 18. Oktober 2018 – III ZR 497/16, juris Rn. 17; vom 22. Januar 2009 – III ZR 172/08, juris Rn. 23, jeweils mwN). Die Voraussetzungen der Vorteilsanrechnung liegen dabei regelmäßig vor, soweit der Geschädigte durch die Schadensbeseitigung eigene Aufwendungen erspart (BGH, Urteil vom 4. April 2014 – V ZR 275/12, juris Rn. 20 mwN), wie vorliegend Aufwendungen für die Nutzung eines anderen Pkw (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 – VIII ZR 12/61, juris Rn. 5). 69

(a) Anders als die Klägerin offenbar annimmt, ist bei einem Anspruch – wie hier – aus § 826 BGB eine Vorteilsanrechnung nicht bereits allein wegen des sittenwidrigen Verhaltens nach dem Zweck des Schadensersatzanspruchs von vornherein ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 – VIII ZR 12/61, juris Rn. 5 f.; vgl. BGH, Urteile vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14, juris Rn. 40 f.; vom 31. März 2006 – V ZR 51/05, Rn. 7 [zu § 476 BGB aF]; siehe auch BGH, Urteil vom 6. August 2008 – XII ZR 67/06, juris Rn. 48 [zu § 123 BGB]; zur vorliegenden Fallkonstellation etwa: OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 U 445/18, juris Rn. 60; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 – 14 U 89/19, juris Rn. 63). Der Käufer eines betroffenen Fahrzeuges hatte auch zu keinem Zeitpunkt die Erwartung, seinen Pkw unentgeltlich nutzen zu können, ohne das Risiko einer Abnutzung beziehungsweise des Wertverlustes tragen zu müssen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Januar 2020 – I-15 U 70

18/19, BeckRS 2020, 701 Rn. 74; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, juris Rn. 110). Dementsprechend findet sich selbst im Vertragsrecht für Fälle arglistigen Verhaltens kein genereller Ausschluss des (Nutzungs?)Wertersatzes (vgl. § 440 BGB).

(b) Der Abzug eines Nutzungswertersatzes ist angesichts der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung auch keine unzumutbare Belastung der Klägerin. Sie zeigt insoweit nicht auf, aufgrund welcher besonderen, im Recht angelegter Wertungen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 2004 – V ZR 77/03, juris Rn. 19) von einer Vorteilsanrechnung aus Gründen des nationalen Rechts abgewichen werden müsste und sie entgegen dem Schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot (vgl. etwa BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10, juris Rn. 58) bessergestellt werden müsste, als sie ohne das schädigende Ereignis stünde. Vielmehr handelt es sich bei der Anrechnung ausschließlich des Werts der tatsächlich gezogenen Nutzungen auch dann um einen zumutbaren Fall der Vorteilsanrechnung, wenn der Anspruch auf einem arglistigen Verhalten des Schuldners beruht, weil der Käufer sich lediglich den Wert der tatsächlich gezogenen Nutzungen entgegen halten lassen muss, nicht aber etwa zusätzlich einen Wertverlust durch Alterung oder Ähnliches (OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 115; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, juris Rn. 112). Der von der Klägerin gezogene Nutzungsvorteil ist keiner, der ohne den Schadensfall bei ihr verblieben wäre. Denn die Klägerin hätte auch unabhängig von dem Schadensfall ein Fahrzeug genutzt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Januar 2020 – I-15 U 18/19, BeckRS 2020, 701 Rn. 73; OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 U 445/18, juris Rn. 60; KG, Urteil vom 12. November 2019 – 4 U 9/19, juris Rn. 177; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, juris Rn. 112). Soweit die Klägerin geltend macht, ihre Nutzung sei illegal gewesen, ändert dies an dem Wert ihrer Nutzung und einer Zumutbarkeit der Anrechnung nichts, denn dies hat die tatsächliche Nutzung des Fahrzeugs nicht eingeschränkt. 71

(c) Es ist auch nicht erkennbar, warum die Beklagte durch eine Vorteilsanrechnung unbillig entlastet wäre. Eine unbillige Entlastung, wie sie insbesondere bei einer Kompensation durch Leistungen Dritter oder aufgrund eigener Anstrengungen in Frage kommt (siehe die Nachweise bei MünchKommBGB/Oetker, 8. Aufl. § 249 Rn. 234), liegt schon deshalb nicht vor, weil die Klägerin das Fahrzeug ungeachtet des sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten ohne nennenswerte Einschränkungen so genutzt hat, wie sie es beim Kauf vorgesehen hatte (vgl. BGH, Urteile vom 27. September 2018 – VII ZR 45/17, juris Rn. 86 mwN; vom 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82, juris Rn. 39). Die von ihr behaupteten Nachteile infolge des Updates schränken – deren Vorliegen unterstellt – die Nutzung nur in so geringem Maße ein, dass sie außer Betracht bleiben können. 72

Im Übrigen verweist die Klägerin insoweit einfachrechtlich letztlich nur auf die Sittenwidrigkeit und fordert damit letztlich eine Sanktionierung des missbilligten Verhaltens der Beklagten. Ein solcher sogenannter „Strafschadensersatz“, der über die Schadenskompensation hinaus zu einer Bereicherung des Geschädigten führt, ist dem Deutschen Recht jedoch fremd (BGH, Urteile vom 4. Juni 1992 – IX ZR 149/91, juris Rn. 73; vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10, juris Rn. 62; BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 1994 – 1 BvR 1279/94, juris Rn. 28; zur vorliegenden Fallkonstellation: OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 U 445/18, juris Rn. 60; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 – 14 U 89/19, juris Rn. 63; OLG Koblenz, Urteil vom 20. November 2019 – 10 U 731/19, juris Rn. 96; KG, Urteil vom 12. November 2019 – 4 U 9/19, juris Rn. 177; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, juris Rn. 110; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 117). 73

Entgegen der von Bruns (NJW 2020, 508, 509) vertretenen Ansicht hätte eine Versagung des Vorteilsausgleichs ausschließlich wegen der Sittenwidrigkeit Strafcharakter, obwohl nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 17. Januar 2008 – IX ZR 172/06, NJW-RR 2008, 786 Rn. 17 mwN; vom 20. November 1997 – IX ZR 286/96, NJW 1998, 982, 983 unter 3) eine Vorteilsausgleichung erst in Frage kommt, wenn feststeht, dass und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Aus dieser Rechtsprechung folgt nicht, dass als Strafschadensersatz „nicht der unterlassene Abzug eines Vorteils vom entstandenen und vorher festzustellenden Schaden, sondern [nur] ein zum rein ausgleichenden Schadensersatz hinzutretender weiterer Geldbetrag“ verstanden werden könnte (so Bruns, aaO). Zum einen ist die vorherige Feststellung des Schadens logisch zwingend, aber auch aus Gründen der Beweislast erforderlich, weil für den Schaden (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 15. Oktober 2013 – VI ZR 528/12, juris Rn. 27) der Geschädigte und für die Voraussetzungen des Vorteilsausgleichs (hierzu BGH, Urteil vom 18. Dezember 2015 – V ZR 55/15, juris Rn. 18 mwN) der Schädiger darlegungs- und beweisbelastet ist. Zum anderen ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber ein Schadensersatzanspruch des Geschädigten stets von vornherein nur mit der von Amts wegen zu berücksichtigenden Einschränkung des Vorteilsausgleichs begründet (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – XI ZR 536/14, juris Rn. 22 f. mwN). Mithin ginge der Anspruch des Geschädigten auch über die Kompensation hinaus, wollte man allein wegen der Sittenwidrigkeit keinen Vorteilsausgleich abziehen.

(2) Entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht zwingt auch das Gemeinschaftsrecht nicht zu einer anderen Auslegung. 75

(a) Der von der Klägerin angeführte Effektivitätsgrundsatz („effet utile“) rechtfertigt eine entsprechende Auslegung des nationalen Rechts nicht. 76

Nach dem in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit darf die Anwendung des nationalen Rechts die Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht so beeinträchtigen, dass die Verwirklichung der Gemeinschaftsregelung praktisch unmöglich oder die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte übermäßig erschwert wird (Grundsatz der Effektivität; siehe etwa EuGH, Urteile vom 21. November 2019 – C-379/18, N&R 2020, 41, 43 Tz. 62; vom 11. September 2019 – C-676/17, BeckRS 2019, 20654 Rn. 30; vom 21. September 1983 – 205-215/82, juris Tz. 19 ff.). 77

(aa) Dass der Klägerin die Ausübung eines durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechts praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert würde, wenn ihr Schaden unter Anrechnung eines Nutzungsvorteils lediglich kompensiert wird und ihr keine darüber hinausgehende Bereicherung verbleibt, macht sie weder geltend noch ist dies ersichtlich. Auf die Frage, ob ihr das Unionsrecht – die Richtlinie 2007/46/EG bzw. die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 – überhaupt individuelle Rechte verleiht, kommt es daher nicht an (vgl. [ablehnend] etwa OLG München, Beschluss vom 29. August 2019 – 8 U 1449/19, juris Rn. 78; OLG Celle, Beschluss vom 1. Juli 2019 – 7 U 33/19, juris Rn. 37 ff.; OLG Braunschweig, Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17, juris Rn. 137 ff.; jeweils mwN [zu § 823 Abs. 2 BGB]). 78

(bb) Ebenfalls führt nicht zu einem Ausschluss der Vorteilsausgleichung, dass die Klägerin geltend macht, ein Verstoß gegen die europarechtlichen Zulassungsvorschriften werde nicht in einer dem Effektivitätsgrundsatz genügenden Weise sanktioniert, weil die auf nationaler Ebene bestehenden Sanktionsmöglichkeiten nicht genügen oder nicht konsequent genug angewendet würden. 79

Die einschlägigen europarechtlichen Regelungen, namentlich Art. 13 Abs. 1 iVm Art. 13 Abs. 2 lit. d VO (EG) 715/2007, legen dem nationalen Gesetzgeber allerdings auf, für Verstöße betreffend das Verbot illegaler Abschaltvorrichtungen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu verhängen. 80

Es kann dahinstehen, ob der nationale Normgeber mit den von ihm für ausreichend erachteten Sanktionen des nationalen Rechts (vgl. hierzu DR-Drucks. 190/09, S. 57) die Grenzen seiner Einschätzungsprärogative (vgl. Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 40. Aufl., Vorbemerkung zu den Art. 39–55 EGV Rn. 172) überschritten hat und inwieweit die Klägerin sich hierauf berufen könnte. Denn selbst in Fällen, in denen der Effektivitätsgrundsatz zivilrechtliche Schadensersatzansprüche erforderlich macht (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 – C-295/04 bis C-298/04, juris Tz. 60), zwingt das Gemeinschaftsrecht nicht zu Gewährung von Ansprüchen, die zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten führen (st. Rspr., etwa EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 – C-295/04 bis C-298/04, juris Tz. 94 mwN [zu Art. 81 EG, heute Art. 101 AEUV]). 81

Hiervon unabhängig ist die von der Klägerin durch eine Versagung des Vorteilsausgleichs angestrebte Sanktionierung der Beklagten dem deutschen Schadensersatzrecht – wie ausgeführt – fremd (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Januar 2020 - I-15 U 18/19, BeckRS 2020, 701 Rn. 74; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 – 14 U 89/19, juris Rn. 63; OLG Koblenz, Urteil vom 20. November 2019 – 10 U 731/19, juris Rn. 96; KG, Urteil vom 12. November 2019 – 4 U 9/19, juris Rn. 177; OLG Naumburg, Urteil vom 27. September 2019 – 7 U 24/19, juris Rn. 110; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 117). 82

(b) Verfehlt ist der Verweis der Klägerin darauf, Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171 vom 7. Juli 1999, S. 12 – im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) forderte eine „unentgeltliche Nachbesserung“. Der vorliegend geltend gemachte deliktsrechtliche Anspruch wird vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie nicht erfasst, denn diese regelt gemäß deren Art. 1 Abs. 1 die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter. Sie harmonisiert mithin das (Kauf-)Vertragsrecht, nicht aber das Delikts- oder das allgemeine Schadensrecht. 83

Hiervon unabhängig überzeugt die von der Klägerin gezogene Parallele zur Frage des kaufvertraglichen Gewährleistungsanspruchs auf Nachlieferung nicht (OLG München, Urteil vom 15. November 2019 – 13 U 4071/18, juris Rn. 92; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 118; OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19, juris Rn. 71). Denn Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie regelt lediglich die Unentgeltlichkeit der Nachlieferung. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht es dem nationalen Gesetzgeber demgegenüber aber insbesondere frei, im Fall der vertraglichen Rückabwicklung dem Verbraucher die Erstattung von Nutzungsersatz aufzuerlegen (EuGH, Urteil vom 17. April 2008 – C-404/06, juris Tz. 38 f.; vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2009 – VIII ZR 243/08, juris Rn. 14 f.). 84

(3) Entgegen der vom OLG Hamburg ([Hinweis-]Beschluss vom 13. Januar 2020 – 15 U 190/19, juris Rn. 11) angedachten Lösung ist es auch für den Zeitpunkt nach der außergerichtlichen Aufforderung der Beklagten nicht unbillig, eine Nutzungsentschädigung abzuziehen. 85

Es trifft allerdings zu, dass die Beklagte vorprozessual einem jedenfalls dem Grunde nach gerechtfertigten Schadensersatzverlangen der Klägerin nicht nachgekommen ist und dass ein Käufer beziehungsweise eine Käuferin aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sein kann, das Fahrzeug weiterhin zu benutzen, so dass sich der erst im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung festzustellende und in Abzug zu bringende Gebrauchsvorteil nach gegebenenfalls mehreren Jahren Prozessdauer auf einen Betrag belaufen kann, der dem gezahlten Kaufpreis (sehr) nahekommt oder diesen sogar erreicht. Auch trifft es zu, dass nach der vom OLG Hamburg (Beschluss vom 13. Januar 2020 – 15 U 190/19, juris Rn. 11) herangezogenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Werkvertragsrecht (Urteil 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82, juris Rn. 31 ff.) eine Vorteilsanrechnung unterbleiben kann, wenn die Vorteile („neu für alt“) ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhten und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82, juris Rn. 34).

Indes ist es zumindest nach den Umständen des Einzelfalles nicht per se unbillig, wenn die Beklagte vorprozessual eine Erfüllung verweigert und so eine gerichtliche Klärung der gegen sie erhobenen Ansprüche herbeiführt. Eine Anrechnung des Vorteils kommt nämlich auch nach der genannten Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht in Betracht, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste (BGH, Urteile vom 27. September 2018 – VII ZR 45/17, juris Rn. 86 mwN; vom 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82, juris Rn. 39). So liegt es hier, denn die Klägerin konnte das Fahrzeug zweckentsprechend und ohne nennenswerte Einschränkungen nutzen (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2018 – VII ZR 45/17, juris Rn. 85), nachdem eine Nutzungsuntersagung beim Kauf des Fahrzeugs zwar denkbar war, aber nicht ausgesprochen wurde. Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob der vorliegende Fall mit den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen der faktischen Aushöhlung eines Vorschussanspruchs im Werkvertragsrecht überhaupt vergleichbar ist. 87

(4) Den Wert der durch den Gebrauch des Kraftfahrzeugs gezogenen Nutzungen bemisst der Senat nach der Methode des linearen Wertschwundes (vgl. zum Gebrauchtwagenkauf BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014 – VIII ZR 196/14, juris Rn. 3 mwN; Urteil vom 9. April 2014 – VIII ZR 215/13, juris Rn. 11 ff. mwN) entsprechend § 287 ZPO mit insgesamt 12.190,64 €. 88

Die zu erwartende Laufleistung des Motors schätzt der auf Ansprüche aus Fahrzeugkäufen spezialisierte Senat auf 300.000 km, weil es sich um einen Dieselmotor mit 2,0 Litern Hubraum handelt, der nach den Erfahrungen des Senats in anderen Verfahren entsprechend langlebig ist (zur Möglichkeit der Schätzung der Gesamtnutzungsdauer vgl. Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2012, § 346 Rn. 260). 89

Bei einem Kilometerstand des Fahrzeugs von 171.758 km im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, wovon die Klägerin abzüglich der Laufleistung beim Erwerb (23.000 km) 148.758 km gefahren ist, belaufen sich die von der Klägerin gezogenen Nutzungsvorteile nach der Berechnungsformel „(Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer) : (Gesamtlaufleistung - km-Stand bei Kauf),“ auf 90

22.700,00 €	(Bruttokaufpreis)	x	148.758 km	(gefahrene km)	= 12.190,64 €
300.000 km	(Gesamtlaufleistung)	-	23.000 km	(km-Stand bei Kauf)	

91

Demnach verbleibt ein Anspruch in Höhe von 10.509,36 € (Kaufpreis 22.700,00 € abzüglich Nutzungsentschädigung 12.190,64 €).

3. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Verzinsung der Hauptforderung lediglich unter dem Gesichtspunkt der Prozesszinsen (§ 291 BGB). 93

a) Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, sie habe einen Anspruch aus § 849 BGB gegen die Beklagte auf Verzinsung des Kaufpreises in Höhe von 4 % ab dem Tag der Kaufpreiszahlung. 94

aa) Die Klägerin konnte diesen Anspruch zulässig erst während des Berufungsverfahrens geltend machen, weil er auf unstreitige und damit ohnehin gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen gestützt ist (§ 533 Nr. 2 ZPO) und die Klageerweiterung sich als sachdienlich erweist (§ 533 Nr. 1 ZPO), weil sie die Erledigung aller Streitpunkte zwischen den Parteien infolge der ursprünglich verwendeten Software erwarten lässt. 95

bb) Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Deliktzinsen aus § 849 BGB jedoch nicht zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 26. November 2007 – II ZR 167/06, juris Rn. 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. 96

b) Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Verzugszinsen auf die Hauptforderung aus § 288 Abs. 1 Satz 1, § 286 Abs. 1 BGB, denn das vorprozessuale anwaltliche Schreiben vom 25. September 2017 (Anlage K 10, Anlagenband) war nicht geeignet, Verzug auszulösen. Die Klägerin hat in diesem Schreiben den vollen Kaufpreis ohne Abzug einer Nutzungsentschädigung verlangt und nicht mitgeteilt, welche Laufleistung sie mit dem Fahrzeug zurückgelegt hat. Es fehlt daher jedenfalls an einem Verschulden der Beklagten (§ 286 Abs. 4 BGB), weil diese die wirklich geschuldete Forderung nicht allein berechnen konnte, da sie insoweit von ihr unbekannten internen Daten abhängt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 – X ZR 157/05, juris Rn. 16; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. September 2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 141; siehe allgemein zur Zuviehforderung BGH, Urteile vom 9. November 2000 – VII ZR 82/99, juris Rn. 43; vom 19. Mai 1967 – V ZR 24/66, juris Rn. 32). 97

c) Die Beklagte war auch nicht in Verzug – was die Klägerin auch nicht geltend macht –, weil eine Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen entbehrlich gewesen wäre (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 143 ff.; KG, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18, juris Rn. 203 f.). Verzug scheidet auch insoweit schon deshalb aus, weil der Beklagten weder der konkrete Verkauf zu einem bestimmten Preis noch die Laufleistung bekannt war, so dass sie ohne konkret beziffernde Mahnung gar keine Möglichkeit hatte, den von der Klägerin an einen Dritten entrichteten Kaufpreis unter Abzug einer Nutzungsentschädigung zu erstatten. 98

d) Der Klägerin steht jedoch ein Anspruch auf Prozesszinsen seit dem 26. Januar 2018 (ZU GA I 74) zu (§ 291 BGB). Dem Anspruch steht nicht entgegen, dass nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung in Frage kommt und auch § 291 BGB die Fälligkeit der geltend gemachten Forderung voraussetzt (§ 291 Satz 1 letzter HS BGB). Denn die Zug-um-Zug-Verurteilung ist vorliegend nicht einer Einrede der Beklagten, sondern der von Amts wegen zu berücksichtigenden Vorteilsausgleichung geschuldet (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2004 – III 99

4. Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung gegen die Verurteilung zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch in Höhe von 958,19 € aus §§ 826, 249 Abs. 1 BGB bejaht. 100

Ein Schädiger hat nach diesen Vorschriften (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 224/05, juris Rn. 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 Rn. 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 ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten zu bedienen. 101

Für die Berechnung des vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ist ohne Belang, dass das Landgericht von einer zu erwartenden Gesamtleistung von lediglich 250.000 € und einer durchschnittlichen jährlichen Fahrleistung von 18.840,60 km ausgegangen ist (LGU 12) und den für die Berechnung der Gebühren maßgeblichen Gegenstandswert so unter Anrechnung eines Nutzungsvorteils von 10.362,24 € mit 12.337,76 € angenommen hat. Hierdurch ist die Beklagte jedenfalls nicht beschwert, denn auch wenn man für die Berechnung der Werts der Forderung der Klägerin im Zeitpunkt des Aufforderungsschreibens ausgehend eine zu erwartende Gesamtleistung von 300.000 km und – der Beklagten günstig – die Laufleistung im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht zugrunde legt (145.464 km), wäre nach der zuvor genannten Formel eine Nutzungsentschädigung von 9.953,91 € zu berücksichtigen, so dass eine Forderung von 12.746,09 € verbliebe. Mithin wäre auch bei einer der Beklagten günstigeren Berechnung der Gebühren gemäß Anlage 2 zu § 13 Absatz 1 Satz 3 RVG die Gebührenstufe von bis 13.000,00 € zugrunde zu legen. 102

Gegen den – zutreffenden (vgl. Senatsurteil vom 5. März 2020 – 13 U 326/18, zur Veröffentlichung vorgesehen) – Ansatz einer 1,3-Gebühr richtet sich weder die Beklagte noch die Klägerin. 103

5. Zinsen auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten schuldet die Beklagte aus den zur Hauptforderung ausgeführten Gründen lediglich als Prozesszinsen (§ 291 BGB). 104

6. Die Beklagte befindet sich ungeachtet der zu hohen Forderung der Klägerin in deren vorprozessualen Schreiben vom 25. September 2017 (Anlage K 10, Anlagenband), in dem sie den Kaufpreis ohne Anrechnung einer Nutzungsentschädigung gefordert hat, zumindest aufgrund der Zug um Zug erhobenen Klage (BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 – VIII ZR 191/07, juris Rn. 20 mwN) und des Abweisungsantrages in Annahmeverzug. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Klägerin der Auffassung ist, es sei keine Nutzungsentschädigung anzurechnen. Zwar schließt eine Zuvieforderung grundsätzlich auch den Schuldnerverzug aus (BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 275/04, juris Rn. 27 ff., 30). Die eine Haftung dem Grunde nach ablehnende Beklagte hat mit ihrem Prozessverhalten jedoch verdeutlicht, dass diese auch bei zutreffend berechneter Forderung die Annahme des Fahrzeugs verweigert hätte. Hat die Zuvieforderung aber keine Auswirkungen auf die Verweigerung der Beklagten und war daher nicht Anlass für die Zurückweisung der Beklagten, besteht 105

grundsätzlich kein Anlass, den Annahmeverzug auszuschließen, weil die Beklagte insoweit nicht schutzwürdig ist (OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 131 f.).

7. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 106

8. Die Revision wird für die Beklagte mit Blick auf die divergierende Entscheidung des OLG Braunschweig (Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17, juris Rn. 186 ff.), zugelassen, welche eine Haftung aus § 826 BGB in Konstellationen wie der vorliegenden verneint, weil der Endkunde nicht vom Schutzbereich der verletzten Norm erfasst werde (§ 543 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 2 ZPO). 107

Für die Klägerin wird die Revision beschränkt auf den von ihr geltend gemachten Zinsanspruch ab Kaufpreiszahlung mit Blick auf die zur Verzinsung gemäß § 849 BGB divergierenden Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte zugelassen (etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2019 – 17 U 146/19, Rn. 110 ff. mwN; OLG Koblenz, Urteil vom 25. Oktober 2019 – 3 U 819/19, juris Rn. 124 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 2. Oktober 2019 – 5 U 47/19, juris Rn. 47; OLG Köln, Urteil vom 17. Juli 2019 – 16 U 199/18, juris Rn. 29). 108

Im Übrigen ist eine Revisionszulassung nicht veranlasst, weil die Rechtsache darüber hinaus weder grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), noch die Revision zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen ist (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Denn der Senat hat die sich insoweit ergebenden Rechtsfragen auf Grundlage der zitierten höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung beantwortet. Soweit einzelne Stimmen in der Literatur bezweifeln, dass sich ein Geschädigter des sogenannten „Abgasskandals“ eine Nutzungsentschädigung anrechnen lassen muss (etwa Heese, NJW 2019, 257, 261, ders. VuR 2019, 123, 124 ff. sowie NZV 2019, 273, 274; Harke, VuR 2017, 83, 90 f.; nun auch Staudinger, NJW 2020, 641 ff.), besteht kein die Zulassung der Revision rechtfertigender Klärungsbedarf, weil diese Ansicht keinen ausreichenden Wiederhall gefunden hat und daher in der obergerichtlichen Rechtsprechung durchweg abgelehnt wird. 109

9. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf insgesamt 22.700,00 € festgesetzt, wovon 12.246,40 € auf die Berufung der Klägerin und 10.453,60 € auf die Berufung der Beklagten entfallen. 110