
Datum: 05.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 326/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0305.13U326.18.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 1 O 52/1/
Schlagworte: "Dieselskandal", Nutzungsentschädigung, Reparaturkosten, Erweiterung des Berufungsantrags
Normen: ZPO § 520 Abs. 2 Nr. 3; BGB § 826, § 31, § 249 ff.
Leitsätze:

1. Zur Erweiterung des Berufungsantrags wegen einer abgewiesenen Nebenforderung nach Ablauf der Frist zur Begründung der Berufung.

2. Dem Käufer eines vom sogenannten „Dieselskandal“ betroffenen Pkws steht gegen den Hersteller des Motors ein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises nur mit der von Amts wegen zu berücksichtigen Einschränkung zu, dass eine Nutzungsentschädigung anzurechnen ist.

3. Der Käufer eines vom sogenannten „Dieselskandal“ betroffenen Pkws hat gegen den Hersteller des Motors keinen Anspruch auf Erstattung von Kosten für Reparaturen infolge Verschleiß oder Unfall, denn diese entstehen allein durch die Nutzung des Fahrzeugs und damit ungeachtet der möglichen Konsequenzen der unzulässigen Abschaltvorrichtung für die Typzulassung, weshalb sie vom Schutzzweck der Norm nicht erfasst werden

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 22. Oktober 2018 (1 O 52/18) wird als

unzulässig verworfen, soweit sie Kosten für einen Kreditschutzbrief in Höhe von 1.056,31 € sowie weitere vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.405,39 € verlangt.

Auf die Berufung der Klägerin und der Beklagten wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 22. Oktober 2018 (1 O 52/18) unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 22.819,03 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21. April 2018, Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs T mit der Fahrzeugidentifikationsnummer X , sowie weitere 1.029,35 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21. April 2018 zu zahlen.

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

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben die Klägerin zu 45 % und die Beklagte zu 55 % 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 von Zahlung auf Zinsen auf den Kaufpreis

Gründe:

I.

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 ab Kaufpreiszahlung.

Die Klägerin erwarb aufgrund der verbindlichen Bestellung vom 31. Oktober 2012 (Anlage K 1, GA I 71) bei der Autohaus C- GmbH einen T 2,0 TDI (125 kW, EU5) mit einer Laufleistung von 7.000 km (Seite 3 des Protokolls der Verhandlung vor dem Landgericht vom 10. September 2018, GA III 580) zu einem Kaufpreis von 47.775,00 € abzüglich eines sich aus der Bestellung ergebenden Nachlasses von 10.579,50 €, mithin 37.195,50 €, zuzüglich Winterräder für weitere 530,00 €. In dem Kaufpreis von 37.195,50 € (ohne Winterräder) sind

1

2

3

4

Überführungskosten (761,60 € brutto; 640,00 € netto), die Kraftfahrzeugbrief-Gebühr (23,80 € brutto; 20,00 € netto) und Zulassungskosten (113,05 € brutto; 95,00 € netto) enthalten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 1 (GA I 71) verwiesen.

Die Klägerin leistete eine Anzahlung von 17.000,00 € und finanzierte den restlichen Kaufpreis (20.195,50 €) mit durch Annahmeerklärung vom 28. Januar 2013 (GA I 73) zustande gekommenen Darlehensvertrag mit der T- Bank, auf dessen Vertragsunterlagen wegen der Einzelheiten verwiesen wird (GA I 72 ff.). Der Gesamtdarlehensbetrag belief sich auf 23.273,33 €, in dem 2.021,32 € Kreditkosten sowie weitere 1.056,51 € für einen Kreditschutzbrief enthalten sind. Die Schlussrate von 8.693,33 € war im August 2017 zu zahlen. Der Kredit ist nach Zahlung dieser Schlussrate vollständig getilgt (Seite 1 des Protokolls der Verhandlung vor dem Landgericht vom 10. September 2018, GA III 578). Zudem vereinbarte die Klägerin mit dem Autohaus ein „verbrieftes Rückgaberecht“, nach welchem das Autohaus verpflichtet war, das Fahrzeug am Ende der Finanzierungszeit bei vereinbarungsgemäßer Zahlung der Kreditraten zu dem der Schlussrate entsprechenden Preis von 8.693,33 € zurückzunehmen, wobei ausgehend von einer erwarteten Laufleistung von 135.000 km Minderkilometer mit 4,4 Cent/km berücksichtigt werden und 2.500 km bei der Berechnung ausgenommen werden sollten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Vereinbarung über das verbrieftes Rückgaberecht vom 31. Oktober 2012 verwiesen (GA I 82).

Das Fahrzeug wurde im Januar 2013 an die Klägerin ausgeliefert. Die Beklagte, die zum gleichen Konzern wie die Herstellerin des Fahrzeugs gehört, hatte den in dem Auto verbauten Dieselmotor mit 2,0 Litern Hubraum und der herstellerinternen Typenbezeichnung Y entwickelt, produziert und an die Herstellerin geliefert. 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.

Durch Bescheid vom 15. Oktober 2015 gab das Kraftfahrt-Bundesamt (im Folgenden: KBA) der Herstellerin des Fahrzeugs der Klägerin auf, diese als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Zulassungsvorschriften eingestufte Software zu entfernen und dies zu belegen.

Das KBA gab mit Bestätigung vom 20. Dezember 2016 (Anlage B7, GA III 442) die von der Beklagten daraufhin entwickelte technische Maßnahme (Softwareupdate) frei und bestätigte, dass diese geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge des betreffenden Typs herzustellen.

Am 16. Juni 2017 wurde beim Fahrzeug der Klägerin das Update durchgeführt (GA II 316 und II 339).

Mit anwaltlichem Schreiben vom 11. Dezember 2017 (GA II 278) erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag mit der Autohaus C GmbH, die sich auf Verjährung berief und den Rücktritt zurückwies.

Mit weiterem anwaltlichen Schreiben vom 11. Dezember 2017 (Anlage K 10, GA III 584) ließ die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 18. Dezember 2017 auffordern, an sie den Kaufpreis von 37.195,50 € zuzüglich Kreditkosten in Höhe von 2.021,32 € Zug-um-Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie vorgerichtliche

Rechtsanwaltskosten zu zahlen.

Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat (13. Februar 2020) wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 132.115 km auf. 12

Die Klägerin hat behauptet, es handele sich bei der ursprünglich verwendeten Software um eine von der Fa. D zu Testzwecken entwickelte Software, für deren serienmäßigen Einsatz man sich bei der Beklagten trotz entsprechender Warnung seitens der Fa. D entschieden habe, weil es anders nicht gelungen sei, die angestrebten Abgaswerte zu erreichen. Dies sei in Kenntnis des Vorstands und dem Bewusstsein geschehen, gegen geltendes Recht zu verstoßen. Es sei angesichts der hierarchischen Unternehmensstruktur der Beklagten davon auszugehen, dass der damalige Vorstandsvorsitzende Z persönlich Kenntnis gehabt habe. Zudem seien weitere – im Schriftsatz vom 27. Juli 2018 in Einzelnen benannte (GA III 534) – leitende Mitarbeiter involviert gewesen. Die Beklagte treffe eine sekundäre Darlegungslast, wenn sie geltend machen wolle, die Entscheidung sei auf nachgeordneter Ebene gefallen. Gerade die Werbung der Beklagten und ihrer Tochterunternehmen mit der besonderen Umweltfreundlichkeit sei für die Klägerin aber ein schlagendes Kaufargument gewesen. Sie habe sich über die Gesetzmäßigkeit des Fahrzeugs geirrt. In Kenntnis der nicht bestehenden Genehmigung und Genehmigungsfähigkeit hätte die Klägerin das Fahrzeug allein aufgrund der damit verbundenen Gefahr des Entzugs der Zulassung nicht gekauft. Das Fahrzeug habe einen Wertverlust erlitten. Auch mit dem Update würden die zulässigen Nox-Werte nicht eingehalten. Seit dem Update sei zudem der Kraftstoffverbrauch erhöht, der Wagen ruckele beim Gasgeben und lasse sich nicht mehr sauber durchschalten und der Lüfter laufe lange nach. Es sei keine Nutzungsentschädigung abzuziehen, weil das Fahrzeug nicht habe genutzt werden dürfen. Eine solche wäre zudem nur auf Einrede der Beklagten hin zu berücksichtigen. Die zu erwartende Gesamtlaufleistung liege bei 300.000 km. Zudem schulde die Beklagte die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nach einer 2,0-Gebühr. Auch wenn es sich um ein Massenverfahren handele, sei der Rechercheaufwand enorm und das „Zusammentragen des deliktischen Sachverhalts erfolge fortlaufend“. Dazu seien immer wieder Übersetzungen von englischsprachigen Veröffentlichungen wie dem zitierten „statement of facts“ oder die Anklageschrift gegen D in den USA erforderlich. Täglich würden – insoweit unstrittig – über zwei Stunden die neuen Presseveröffentlichungen ausgewertet und fließen in das Verfahren ein. Es handele sich um eine um 0,5 Gebührenpunkte vom Durchschnitt (also 1,3) abweichende Tätigkeit, die eine besondere Expertise voraussetze und deshalb eine 2,0-Gebühr rechtfertige. 13

Mit ihrer Klage hat sie zuletzt geltend gemacht: Die Erstattung des vollen Kaufpreises (37.195,50 €), der Kreditkosten (2.021,32 €), der Kosten für einen Kreditschutzbrief (1.056,51 €), Zubehörcosten (Winterräder; 530,00 €), jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. Dezember 2017 Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs; die Feststellung des Annahmeverzugs seit 19. Dezember 2017 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten (2,0-Gebühr) nach einem Gegenstandswert von 37.195,50 € (voller Kaufpreis) in Höhe von 2.434,74 € nebst Verzugszinsen seit 19. Dezember 2017. 14

Sie hat – nach Erweiterung der Klage in der mündlichen Verhandlung wegen der Kosten für den Kreditschutzbrief (1.056,51 €) und für Winterräder (530,00 €) – zuletzt beantragt, 15

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei 37.195,50 € zuzüglich Kreditkosten von 2.021,32 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. Dezember 2017 nebst Kreditkosten in Höhe von 1.056,51 € sowie Zubehörcosten in Höhe von 530,00 € jeweils nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem 16

jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs der Marke T mit der Fahrgestellnummer X zu zahlen;

2. festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 19. Dezember 2017 mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1. bezeichneten Gegenstandes in Annahmeverzug befindet; 17

3. die Beklagte zu verurteilen, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.434,74 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. Dezember 2017 zu zahlen. 18

Die Beklagte hat beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Die Beklagte hat gemeint, bei der Software handele es sich nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Das Fahrzeug habe durchweg über die erforderlichen Genehmigungen verfügt. Sie habe – insoweit unstrittig – auch keine Erklärungen gegenüber der Klägerin abgegeben. Deshalb habe sie diese auch nicht getäuscht. Jedenfalls fehle es aber an einem 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. Der Vortrag der Klägerin sei im Übrigen weitgehend unsubstantiiert. 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. 21

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen gestützt auf § 826 BGB verurteilt, an die Klägerin 14.128,48 € zu zahlen (Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 25.088,34 € ausgehend von einer Gesamtleistung von 250.000 € sowie Kreditkosten in Höhe von 2.021,32 €) nebst Verzugszinsen seit dem 19. Dezember 2017, hat den Annahmeverzug festgestellt und die Beklagte darüber hinaus verurteilt, vorgerichtliche RA-Kosten nach einer 1,3-Gebühr und einem Gegenstandswert von 14.128,48 € zu zahlen. Die auf Ersatz der Kosten für die Winterräder (530,00 €) und den Kreditschutzbrief (1.056,51 €) gerichtete Klage hat das Landgericht abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagte habe die Klägerin durch das Inverkehrbringen des Motors ohne Aufdeckung der Software sittenwidrig geschädigt. Die Klägerin habe einen Schaden erlitten, der in dem Abschluss des für sie nachteiligen Kaufvertrags über den Pkw, mithin in ungewollten Verbindlichkeit zu sehen sei. Es liege auf der Hand, dass die Klägerin den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie von einem möglichen Widerruf der Typgenehmigung gewusst hätte. Weil die Beklagte den Motor millionenfach in Verkehr gebracht habe, sei indiziert, dass sowohl die technische Entwicklung als auch das Inverkehrbringen durch einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter veranlasst worden sei. Jedenfalls sei die Beklagte einer sie insoweit treffenden sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen. Die Klägerin müsse sich nach allgemeinen Grundsätzen jedoch eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 25.088,34 € anrechnen 22

lassen. Sie sei aber nicht gehalten gewesen, von dem „verbrieften Rückgaberecht“ Gebrauch zu machen. Ihr stehe auch ein Anspruch auf Erstattung der Finanzierungskosten in Höhe von 2.021,32 € zu. Die 530,00 € für Winterräder könne die Klägerin nicht verlangen, weil sie deren Herausgabe und Übereignung zur Vorteilsausgleichung nicht angeboten habe. Auch die Kosten für den Kreditschutzbrief (1.056,51 €) seien nicht zu erstatten, weil die Klägerin sich im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen müsse, was sie hierfür erhalten habe, nämlich die Absicherung während der Laufzeit des Kredites. Da dieser abbezahlt sei, sei ihr der vollständige Wert zugute gekommen. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten seien nur nach einem Gegenstandswert unter Anrechnung der Nutzungsentschädigung und zudem nur in Höhe der Regelgebühr (1,3) geschuldet. Die Klägerin habe weder eine besondere Schwierigkeit noch einen besonderen Umfang darlegt. Beides könne auch nicht dadurch begründet werden, dass alle in irgendeinem Zusammenhang zum sogenannten „Abgasskandal“ stehenden Entscheidungen beziehungsweise Presseartikel zum Aktenbestandteil gemacht würden.

Wegen der Begründung im Einzelnen sowie wegen des Sach- und Streitstands erster Instanz wird im Übrigen auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Änderungen im Berufungsrechtszug haben sich lediglich insoweit ergeben als die Klägerin das Fahrzeug nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz für 500,00 € hat reparieren lassen und nunmehr auch diese Kosten erstattet verlangt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Rechnung vom 21. September 2018 verwiesen (Anlage zum Schriftsatz vom 6. Februar 2020, GA IV 958). Zudem geht die Klägerin nun nicht mehr von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 300.000 km, sondern von 500.000 km aus. 23

Gegen die Entscheidung des Landgerichts richten sich beide Parteien mit ihren selbständigen Berufungen, wobei die Beklagte weiterhin die Klageabweisung erstrebt und die Klägerin zunächst mit am 21. März 2019 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag (GA IV 841) eine Verurteilung ohne Abzug einer Nutzungsentschädigung (weitere 25.088,34 €) sowie klageerweiternd die Zahlung von Zinsen in Höhe von 4 % auf 25.088,34 € seit dem 10. Juni 2010 – einen Zeitpunkt vor Erwerb des Fahrzeugs – bis zur Rechtshängigkeit begehrt hat. 24

Nunmehr verlangt die Klägerin mit nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingegangenen Schriftsatz vom 6. Februar 2020 die Zahlung von (insgesamt) weiteren 26.144,85 €, nämlich des Kaufpreises ohne Anrechnung einer Nutzungsentschädigung sowie die Erstattung der Kosten für den Kreditschutzbrief (1.056,31 €) und (restliche) vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nach dem Gegenstandswert des vollen Kaufpreises (37.195,50 €) auf Basis einer 2,0-Gebühr, nämlich weitere 1.405,39 €, sämtlich nebst Zinsen seit dem 19. Dezember 2017 sowie klageerweiternd die Kosten der Reparatur nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz (500,00 €) nebst Rechtshängigkeitszinsen und ebenfalls klageerweiternd Zinsen in Höhe von 4 % aus einem Betrag von 40.273,33 € vom 31. Oktober 2012 bis zum 19. Dezember 2017 und Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19. Dezember 2017. 25

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, das Landgericht sei zu Unrecht von einer Schädigungshandlung ausgegangen, denn die Beklagte sei an den Kaufvertragsverhandlungen nicht beteiligt gewesen und habe auf das Vorstellungsbild der Klägerin nicht eingewirkt. Fehlerhaft habe es eine unzulässige Abschaltvorrichtung angenommen, das Verhalten der Beklagten unter Verweis auf ein Gewinnstreben als sittenwidrig eingestuft, die Voraussetzungen einer sekundären Darlegungslast verkannt, für deren Eingreifen die Klägerin auch nicht hinreichend konkret vorgetragen habe. Angesichts der Menge der auszuwertenden Daten sei ihr nicht vorzuwerfen, sie habe keine 26

ausreichenden Nachforschungen unternommen. Unzureichend habe das Landgericht zudem die Kausalität unter Verweis auf die allgemeine Lebenserfahrung begründet, weil das Fahrzeug durchweg in der zutreffenden Emissionsklasse EU5 eintaxiert gewesen sei. Ohne ausreichenden Tatsachenvortrag sei das Landgericht von Organisationsmängeln bei der Beklagten ausgegangen. Zudem liege kein ungewollter Vertrag vor, weil das Fahrzeug durchweg habe genutzt werden können. Im Übrigen sei der geltend gemachte Schaden nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst. Jedenfalls sei er aufgrund des Updates entfallen. Ebenso habe die Klägerin den Schaden selbst vermeiden können, wenn sie von dem Rückgaberecht Gebrauch gemacht hätte.

Die Beklagte beantragt unter Widerspruch gegen die Klageerweiterung, 27

das am 25. Oktober 2018 [gemeint: 22. Oktober 2018] verkündete Urteil des Landgerichts Essen, Az. 1 O 52/18, im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage abzuweisen; 28

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 29

Die Klägerin beantragt zuletzt, 30

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Essen, Az. 1 O 52/18 vom 22. Oktober 2018 31
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 26.144,85 € nebst Zinsen für 40.273,33 € in Höhe von vier Prozent seit dem 31. Oktober 2012 bis zum 19. Dezember 2017 sowie seitdem für 26.144,85 € in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sowie weitere 500,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit sowie weitere 1.405,39 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19. Dezember 2017 für außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten zu zahlen und im Übrigen die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin macht zur Begründung in erster Linie geltend, der Abzug einer 32
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 Entlassung 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. Die Schätzung der Gesamtleistung sei 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. Mit Schriftsatz vom 6. Februar 2020 hat sich die Klägerin nunmehr auf den Standpunkt gestellt, die zu erwartende Gesamtleistung betrage 500.000 km.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen 33
verwiesen.

Der Senat hat die Klägerin gemäß § 141 ZPO persönlich angehört. Wegen des Inhalts und 34
des Ergebnisses dieser Anhörung wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin am 13. Februar 2020 (GA IV 966) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem

Senat vom gleichen Tag verwiesen (GA IV 961).

- II. 35
- Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber weitgehend unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch aus § 826 BGB (iVm § 31 BGB) auf Erstattung des Kaufpreises unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung sowie der Finanzierungskosten in Höhe von 2.021,32 € bejaht, weil die Beklagte den Motor des von der Klägerin gekauften Fahrzeugs mit einer auf Verheimlichung angelegten Software ausgestattet hatte. Die Berufung ist lediglich zum Teil wegen der geltend gemachten Zinsforderungen begründet, weil die Beklagte aufgrund des vorprozessualen Aufforderungsschreibens vom 11. Dezember 2017 nicht in Verzug geraten ist. 36
- Die Berufung der Klägerin hat ebenfalls nur teilweise Erfolg. Sie erweist sich bereits als unzulässig, soweit sie sich mit erst nach Ablauf der Frist zur Begründung der Berufung erhobenem Berufungsangriffen gegen die Abweisung des geltend gemachten Anspruchs auf Erstattung der Kosten für den Kreditschutzbrief sowie die teilweise Abweisung des Anspruchs auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten richtet. Sie ist unbegründet, soweit sie geltend macht, es sei keine Nutzungsentschädigung anzurechnen und soweit sie klageerweiternd einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Reparatur sowie (Delikts-)Zinsen in Höhe von 4 % seit Zahlung des Kaufpreises geltend macht. Teilweise begründet ist sie jedoch wegen der Höhe der anzurechnenden Nutzungsentschädigung, weil das Landgericht diese – erkennbar versehentlich – unzutreffend berechnet hat und zudem von einer zu geringen zu erwartenden Gesamtleistung ausgegangen ist. 37
1. Die Berufung der Klägerin ist unzulässig, soweit sie erstmals mit Schriftsatz vom 6. Februar 2020 und damit nach Ablauf der zuletzt bis zum 21. März 2019 (GA IV 839) verlängerten Frist zur Begründung der Berufung die Abweisung der von ihr beanspruchten Kosten für den Kreditschutzbrief (1.056,31 €) und die teilweise Abweisung des Anspruchs auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten rügt (und weitere 1.405,39 € verlangt). 38
- a) Eine grundsätzlich zulässige Erweiterung des Berufungsantrags auf eine sich aus dem angefochtenen Urteil ergebende, innerhalb der Begründungsfrist aber nicht geltend gemachte Beschwer kann nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nur auf schon in der Berufungsbegründung angeführte Gründe gestützt werden (BGH, Beschlüsse vom 1. Juni 2017 – III ZB 77/16, Rn. 9; vom 1. April 2015 – XII ZB 503/14, juris Rn. 20; vom 27. März 2012 – VI ZB 74/11, juris Rn. 8; Urteile vom 21. September 2017 – I ZR 29/13, juris Rn. 15; vom 14. Mai 2009 – I ZR 98/06, juris Rn. 16; vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 2019 – IX ZR 190/18, juris Rn. 2). Anderenfalls erweist sich die Berufung hinsichtlich des erweiterten Teils als unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 – I ZR 98/06, juris Rn. 16). Der pauschale Verweis auf das erstinstanzliche Vorbringen stellt dabei keinen ausreichenden Berufungsangriff dar (BGH, Beschlüsse vom 27. Januar 2015 – VI ZB 40/14, juris Rn. 7; vom 22. Mai 2014 – IX ZB 46/12, juris Rn. 7; vom 16. Oktober 2007 – VIII ZB 26/07, juris Rn. 7), der eine Erweiterung des Berufungsantrags auch nach Ablauf der Frist zur Begründung der Berufung ermöglichen würde. 39
- b) Hiernach liegen die Voraussetzungen einer Erweiterung des Berufungsantrags nicht vor. Die Klägerin hat mit der am 21. März 2019 eingegangenen Berufungsbegründung vom gleichen Tag (GA IV 841) lediglich geltend gemacht, es sei zu Unrecht eine Nutzungsentschädigung abgezogen worden. Zur Abweisung der Kosten für den Kreditschutzbrief und der teilweisen Abweisung des Anspruchs auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten führt sie in der Berufungsbegründung weder etwas aus, noch hat sie 40

diese in ihrem Antrag auf Zahlung weiterer 25.088,34 € berücksichtigt, denn dieser Betrag verbleibt, wenn man von dem verlangten Kaufpreis (37.195,50 €) zuzüglich der Kreditkosten (2.021,32 €; zusammen 39.216,82 €) die in erster Instanz zugesprochene Summe (14.128,48 €) abzieht.

aa) Danach ist die Berufung unzulässig, soweit die Klägerin nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist die Kosten für den Kreditschutzbrief in Höhe von 1.056,51 € verlangt. 41

bb) Gleiches gilt wegen der weiteren Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.405,39 €. 42

Nichts Gegenteiliges ergibt sich daraus, dass es sich bei diesem Anspruch um eine Nebenforderung handelt und die Klägerin wegen des Hauptanspruchs eine Berufungsrüge erhoben hat. Auch zusammen mit dem Hauptanspruch abgewiesene Nebenforderungen sind nicht etwa ein mit der Hauptforderung einheitlich verbundener Streitgegenstand, sondern ein selbständiger (grundsätzlich teilarbeitstfähiger) Anspruch, weshalb deren Abweisung grundsätzlich separat angegriffen werden muss (BGH, Urteile vom 12. April 1995 – XII ZR 104/94, juris Rn. 10; vom 3. April 2008 – III ZR 78/07, juris Rn. 31; BAG, Urteil vom 17. Juni 1997 – 9 AZR 801/95, juris Rn. 16), sofern der Erfolg mit der Hauptforderung nicht zwingend den (vollen) Erfolg auch mit der Nebenforderung bedingt (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2008 – III ZR 78/07, juris Rn. 31; BAG, Urteil vom 19. Mai 2016 – 3 AZR 131/15, juris Rn. 15; siehe auch BGH, Urteil vom 17. März 1994 – IX ZR 102/93, juris Rn. 29 [zum umgekehrten Fall des ausdrücklichen Berufungsangriffs nur gegen eine Verurteilung wegen der Hauptforderung]). 43

Allerdings kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Ausnahmefall eine Begründung wegen des Hauptanspruchs genügen, wenn die Klageabweisung die Hauptsache insgesamt betrifft und damit zugleich auch der Nebenanspruch abgewiesen ist (BGH, Urteil vom 4. November 1996 – II ZR 48/95, juris Rn. 12), sofern mit dem Erfolg des Hauptanspruchs die Begründung für die Abweisung der Nebenforderung (insgesamt) nicht mehr tragfähig ist (BGH, Urteil vom 18. März 1992 – IV ZR 101/91, juris Rn. 13; vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 1999 – IX ZR 298/97, juris Rn. 7 ff.). Hiernach kann eine Berufung auch wegen vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten genügend im Sinne des § 520 Abs. 2 Nr. 3 ZPO begründet sein, wenn – wie hier – nur die Abweisung des Hauptanspruchs angegriffen wird und der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten mit der Begründung abgewiesen worden ist, der Hauptanspruch bestehe nicht. 44

Aus dieser Rechtsprechung folgt jedoch nicht, dass die Klägerin wegen ihrer Nebenansprüche die Berufung vorliegend beliebig erweitern könnte, weil sie mit dem Abzug der Nutzungsentschädigung auch einen der beiden vom Landgericht herangezogenen Gründe für die teilweise Abweisung der Rechtsanwaltskosten angegriffen hätte. Die genannte Rechtsprechung trägt letztlich dem Umstand Rechnung, dass eine Berufungsschrift nach allgemeinen Regeln so zu verstehen ist, wie es nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (st. Rspr., etwa BGH, Beschluss vom 30. Mai 2017 – VIII ZB 15/17, juris Rn. 14). Danach ergibt sich vor dem Hintergrund des Berufungsantrags und des Angriffs wegen der Hauptforderung im Regelfall von selbst, dass der Angriff wegen der Hauptforderung auch der Begründung eines Antrages wegen der Nebenforderung dient, wenn diese Nebenforderung nach der angefochtenen Entscheidung mit der Hauptforderung steht und fällt und erstinstanzlich (nur) wegen der Abweisung der Hauptforderung keinen Erfolg hatte. Vorliegend ist jedoch in den Blick zu nehmen, dass die fristgerecht eingegangene Berufungsbegründung außer dem Angriff wegen der Hauptforderung weder im Antrag noch anderweitig einen Hinweis auf die nun wieder geltend gemachte Nebenforderung enthält. Sie lässt daher nicht erkennen, dass und 45

gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin die aus zwei Gründen nur teilweise zusprechende erstinstanzliche Entscheidung angreifen will.

Könnte die Klägerin unter diesen Umständen ihren Berufungsantrag wegen der Nebenforderungen nach Belieben erweitern, wäre dies nicht mehr mit dem Zweck der Berufungsbegründung (hierzu BGH, Urteile vom 27. November 2003 – IX ZR 250/00, Rn. 6; vom 5. Oktober 1983 – VIII ZR 224/82, juris Rn. 7; Beschluss vom 27. November 1996 – VIII ZB 38/96, juris Rn. 6) vereinbar, das Verfahren im zweiten Rechtszug zusammenzufassen und zu beschleunigen und Gericht sowie Gegner schnell und sicher erfahren zu lassen, welche Gesichtspunkte der Berufungskläger seiner Rechtsverfolgung zugrunde legt, damit sie sich auf die Angriffe erschöpfend vorbereiten können. 46

2. Der Berufungsangriff der Beklagten gegen ihre Verurteilung dem Grunde nach hat keinen Erfolg. Soweit die Klägerin mit dem zulässigen Teil ihrer Berufung den Abzug einer Nutzungsentschädigung angreift, hat ihre Berufung nur teilweise wegen der Berechnung der Nutzungsentschädigung Erfolg. 47

Die Klägerin hat gegen die Beklagte – wie das Landgericht dem Grunde nach zutreffend ausgeführt hat – ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB in Höhe von 22.819,03 € auf Erstattung des für den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs verauslagten Kaufpreises abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die gezogenen Nutzungen zuzüglich der Finanzierungskosten von 2.021,32 € 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.). 48

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). 49

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 „Y“ 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, 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. 50

Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte als Herstellerin des Motors – was die Klägerin auch nicht geltend macht – in kollusivem Zusammenwirken mit der zum Konzern der Beklagten gehörenden 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 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 Rn. 39; OLG Köln, Beschlüsse vom 1. Juli 2019 – 27 U 7/19, juris Rn. 4 ff. und 10; vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18, juris Rn. 24 f. und vom 29. November 2018 – 18 U 70/18, juris Rn. 22 f.; siehe auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18, juris Rn. 85 ff.). 51

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.). 52

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.).

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 „Y“ 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 Abschaltvorrichtung 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 vom 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).

§ 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).

Nach diesen Grundsätzen kommt es nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Hinblick auf die unzulässige Abschaltvorrichtung 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 Abschaltvorrichtung 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).

Dieser Schaden ist nicht dadurch entfallen, dass im Juli 2017 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. 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).

58

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

59

Die Klägerin hat im Senatstermin angegeben, sich für das Fahrzeug entschieden zu haben, weil sie ein drittes Kind bekam und zudem ein zum Transport eines Rollstuhls geeignetes Fahrzeug brauchte, weil ihre Mutter nach Stürzen pflegebedürftig geworden war und von ihr regelmäßig – u.a. zur C- Unfallklinik – transportiert werden musste. Sie habe sich das Fahrzeug lediglich leisten können, weil die Nutzung als Vorführgewagen vereinbart worden sei. Hätte sie gewusst, dass das Fahrzeug mit der Software ausgestattet ist, hätte sie es nicht erworben, weil es so nicht habe betrieben werden dürfen.

60

Diese Angaben der Klägerin vor dem Senat sind glaubhaft. Denn sie hat flüssig und in freier Rede sowie unter Abgabe einer Vielzahl von Details – etwa zur plötzlichen Pflegebedürftigkeit ihrer Mutter – geschildert, warum die Wahl auf das Fahrzeug gefallen ist und warum sie aufgrund der familiären Situation auf eine durchweg sichergestellte Mobilität angewiesen war. Für die Glaubhaftigkeit spricht zudem, dass sie nach Bekanntwerden der Softwareproblematik bei einem von ihr konkret benannten Mechaniker der Werkstatt des Verkäufers – mithin überprüfbar – Erkundigungen eingeholt hatte, weil sie gehofft hatte, ihr Fahrzeug sei nicht betroffen.

61

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 Abschaltvorrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis zur

62

Stilllegung des betroffenen Fahrzeugs drohen. Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich der Erwerb zur Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr.

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). 63

Als Beweggrund für das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeugs kommt 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 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, 262). 64

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 Rn. 39; OLG Köln, Beschlüsse vom 1. Juli 2019 – 27 U 7/19, juris Rn. 10; vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18, juris Rn. 27 und vom 29. November 2018 – 18 U 70/18, juris Rn. 25). 65

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. 66

(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). 67

(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 68

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).

(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 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 (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 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 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 und unter teils namentlicher Nennung vorgetragen, dass wenigstens eine leitende Person aus dem Vorstand – zumindest jedoch ein Repräsentant – die Entscheidung zum Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung 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 Abschaltvorrichtung 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 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.

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. 75

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). 76

ff) Der Schadensersatzanspruch scheidet – entgegen der von den Oberlandesgerichten Braunschweig (Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17, juris Rn. 186 ff.) und München (Beschluss vom 9. Mai 2019 – 32 U 1304/19, juris Rn. 9) vertretenen Auffassung – nicht aufgrund des Schutzzwecks des § 826 BGB (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.). 77

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). 78

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). 79

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 22.819,03 €, nämlich des Kaufpreises abzüglich Nutzungsentschädigung sowie der Finanzierungskosten in Höhe von 2.021,32 €, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs. 80

aa) Ohne das sittenwidrige Verhalten der Beklagten hätte die Klägerin den Kaufvertrag über 37.195,50 € nicht geschlossen und dementsprechend auch den zur Finanzierung dienenden (vollständig getilgten) Kredit bei der T-Bank nicht aufgenommen und daher weder die Anzahlung (17.000 €) noch den kreditierten restlichen Betrag (20.195,50 €) gezahlt (zusammen 37.195,50 €). Nicht erstattungsfähig sind jedoch die im Kaufpreis enthaltenen Aufwendungen für Überführung und Zulassung des Fahrzeugs (Überführungskosten 761,60 € brutto [640,00 € netto]; Zulassungskosten 113,05 € brutto [95,00 € netto] und Kfz-Brief 23,80 € brutto [20,00 € netto]), denn hierbei handelt es sich um „Sowieso-Kosten“, die auch angefallen wären, wenn die Klägerin ein Fahrzeug ohne unzulässige Abschalteneinrichtung erworben hätte (vgl. Senatsurteil vom 14. Januar 2020 – 13 U 40/18, juris Rn. 92 mwN). Denn die Klägerin hat angegeben, ein (neues) Fahrzeug gebraucht zu haben, so dass davon auszugehen ist, dass sie ein anderes Fahrzeug gekauft hätte, hätte sie sich nicht für den streitgegenständlichen Pkw entschieden. Mithin sind – vorbehaltlich einer Nutzungsentschädigung – vom Kaufpreis 36.297,05 € erstattungsfähig: 81

Kaufpreis (brutto)	37.195,50 €	82
Abzug Überführungskosten	- 761,60 €	
Abzug Zulassungskosten	- 113,05 €	
Abzug Kfz-Brief	- 23,80 €	
Erstattungsfähiger Kaufpreis	36.297,05 €	

bb) Die Klägerin muss sich im Wege der Vorteilsausgleichung entgegen der von ihr vertretenen Ansicht den Wert der Nutzung des Fahrzeugs mit 15.499,34 € anrechnen lassen, weil sie mit diesem (unstreitig) 125.115 km (derzeitige Laufleistung von 132.115 km abzüglich Kilometerstand von 7.000 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 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, 83

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 – entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht – 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 widerstreitenden 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. 84

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). 85

(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 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-)Wertesatzes (vgl. § 440 BGB). 86

(b) Der Abzug eines Nutzungswertesatzes 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 87

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.

(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. 88

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). 89

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 90

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 vertreten Ansicht zwingt auch das Gemeinschaftsrecht nicht zu einer anderen Auslegung. 91

(a) Der von der Klägerin angeführte Effektivitätsgrundsatz („effet utile“) rechtfertigt eine entsprechende Auslegung des nationalen Rechts nicht. 92

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.). 93

(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]). 94

(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 geschaffenen Bußgeldvorschriften nicht konsequent genug angewendet würden. 95

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. 96

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/Forstthoff 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 97

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 Urteil vom 13. Juli 2006 – C-295/04 bis C-298/04, juris Tz. 94 mwN [zu Art. 81 EG, heute Art. 101 AEUV]).

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).

(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.

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.).

(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.

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 beruhen 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. 103

(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 15.499,34 €. 104

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). 105

Bei einem Kilometerstand des Fahrzeugs von 132.115 km im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, wovon die Klägerin abzüglich der Laufleistung beim Erwerb (7.000 km) 125.115 km gefahren ist, belaufen sich die von der Klägerin gezogenen Nutzungsvorteile nach der Berechnungsformel „(Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer) : (Gesamtlaufleistung - km-Stand bei Kauf),“ auf 106

36.297,05 €	(Bruttokaufpreis)	x	125.115 km	(gefahrene km)	= 15.499,34 €
300.000 km	(Gesamtlaufleistung)	-	7.000 km	(km-Stand bei Kauf)	

107

Demnach verbleibt ein Anspruch in Höhe von 20.797,71 € (Kaufpreis 36.297,05 € abzüglich Nutzungsschädigung 15.499,34 €). 108

cc) Hinzu kommen die Kreditkosten in Höhe von 2.021,32 €, weil die Klägerin den zur Finanzierung des Kaufpreises dienenden Darlehensvertrag bei der T-Bank ohne den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte und nicht vorgetragen ist, dass die Klägerin, hätte sie ein anderes Fahrzeug erworben, dies ebenfalls finanziert hätte. 109

dd) Die Kosten für den Kreditschutzbrief sind – wie ausgeführt – nicht Gegenstand des zulässigen Teils der Berufung der Klägerin geworden. 110

ee) Soweit die Klägerin erstinstanzlich die Erstattung der Kosten für die Anschaffung von Winterrädern begehrt hat, hat sie die Klageabweisung nicht angegriffen.

ff) Nicht ersatzfähig sind die Kosten, welche die Klägerin für eine Reparatur an Scheinwerfer und Fensterheber klageerweiternd geltend macht (500,00 €). 112

(1) Die Erweiterung der Klage um die Kosten für diese Reparatur ist in der Berufungsinstanz zulässig (§ 533 ZPO). Denn sie wird auf eine unstreitige Reparatur nach Schluss der mündlichen Verhandlung (10. September 2018; Protokoll GA III 578), nämlich vom 21. September 2018, und damit auf Tatsachen gestützt, die gemäß § 529 Abs. 1 ZPO ohnehin zugrunde zu legen sind (§ 533 Nr. 2 ZPO). Die Klageänderung ist auch sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO), weil sie die Erledigung aller Streitpunkte zwischen den Parteien infolge der ursprünglich verwendeten Software erwarten lässt. 113

(2) Die Klägerin hat jedoch weder aus § 826 BGB noch aus § 304 BGB einen Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten gegen die Beklagte. 114

(a) Teilweise werden (mögliche) Reparaturkosten allerdings – ohne nähere Erläuterung – als denkbarer Schaden herangezogen, der ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO begründen könne (so OLG Oldenburg, Urteil vom 26. November 2019 – 2 U 29/19, BeckRS 2019, 30442 Rn. 61; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 – 13 U 12/19, juris Rn. 20; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18, juris Rn. 79). 115

Demgegenüber wird die Erstattungsfähigkeit von Reparaturkosten teilweise mit der Begründung verneint, Reparaturkosten hätten anders als die für den Erwerb der Sache aufzuwendenden Beträge nicht zu einer auszugleichenden Vermögenseinbuße geführt, weil sie (nicht anders als eine Tankfüllung) unmittelbar der ungestörten Nutzung des Fahrzeuges dienen und diese Investitionen in den laufenden Betrieb des Fahrzeuges daher bereits durch die bestehende Nutzungsmöglichkeit aufgewogen würden (KG Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18, juris Rn. 184; vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 – 12 U 61/19, juris Rn. 79). Es kann dahinstehen, ob dies für die erst während des Prozesses angefallene Reparatur zutrifft. Jedenfalls sind diese Kosten nicht durch die zum Schadensersatz verpflichtende sittenwidrige Handlung verursacht worden (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 20. November 2019 – 10 U 731/19, juris Rn. 106). Die nur mittelbar auf dem Kauf beruhenden Reparaturkosten werden nicht mehr vom Schutzzweck der Norm erfasst. 116

Um das Haftungsrisiko in angemessenen und zumutbaren Grenzen zu halten, ist auch im Bereich des § 826 BGB – wie ausgeführt – 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. BGH, Urteil vom 7. Mai 2019 – VI ZR 512/17, juris Rn. 8 mwN). 117

Eine Sittenwidrigkeit ergibt sich bei vom sogenannten „Dieselskandal“ betroffenen Fahrzeugen – wie ausgeführt – insbesondere aus der auch gegenüber den Zulassungsbehörden heimlichen Verwendung einer Abschaltvorrichtung, der daraus resultierenden denkbaren Betriebsuntersagung bei einer hohen Zahl von Kunden und dem 118

Handeln aus übersteigertem Profitstreben. Hiernach entstammen Reparaturkosten wie die Vorliegenden nicht dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich, denn sie entstehen ungeachtet der möglichen Konsequenzen der Software für die Typzulassung, nämlich durch die Nutzung des Fahrzeugs (Verschleiß oder Unfall).

(b) Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch aus § 304 BGB auf Erstattung der Reparaturkosten. Nach dieser Vorschrift sind Mehraufwendungen, welche die Klägerin während eines Annahmeverzugs der Beklagten für die Erhaltung des Fahrzeugs machen musste, von der Beklagten zu ersetzen. Der Erhaltung der Sache dienen Aufwendungen, wenn sie vor Verschlechterung, Untergang oder Verlust bewahren sollen (vgl. BeckOGK/Dötterl, Stand Januar 2020, § 304 BGB Rn. 15). Um solche Mehraufwendungen handelt es sich jedoch nicht. Die Rechnung verhält sich – schriftsätzlicher Vortrag fehlt insoweit – zur Reparatur eines Fensterhebers vorn und einer Erneuerung des rechten (Xenon-)Scheinwerfers. Diese Arbeiten sind auf die Ausbesserung einer bereits eingetretenen Verschlechterung gerichtet und dienen damit der weiteren Nutzbarkeit und nicht dem Erhalt (vgl. KG Berlin, Urteil vom 12. November 2019 – 4 U 9/19, juris Rn. 271 [zu Kosten einer Inspektion]).

gg) Der so ermittelte Anspruch der Klägerin ist – wie das Landgericht zu Recht angenommen hat – nicht gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB zu mindern, weil die Klägerin von dem „verbrieften Rückgaberecht“ keinen Gebrauch gemacht hat.

Diese Vorschrift setzt voraus, dass der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, den bereits eingetretenen Schaden zu mindern (Absatz 2 Satz 1 letzter Halbsatz). Verschulden bedeutet hierbei nicht die vorwerfbare Verletzung einer gegenüber einem anderen bestehenden Leistungspflicht, sondern ein Verschulden „gegen sich selbst“ in eigener Angelegenheit (BGH, Urteil vom 25. Januar 2018 – VII ZR 74/15, juris Rn. 25). Von der Verletzung dieser Obliegenheit kann nur ausgegangen werden, wenn der Geschädigte unter Verstoß gegen Treu und Glauben diejenigen zumutbaren Maßnahmen unterlässt, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach Lage der Dinge ergreifen würde, um Schaden von sich abzuwenden oder zu mindern (st. Rspr., etwa BGH, Urteile vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, juris Rn. 23; vom 25. Januar 2018 – VII ZR 74/15, aaO). Ein Geschädigter ist allerdings grundsätzlich nicht verpflichtet, den Schaden zunächst aus eigenen Mitteln zu beseitigen oder gar Kredit zur Schadensbehebung aufzunehmen (BGH, Urteil vom 16. November 2005 – IV ZR 120/04, juris Rn. 37).

Hiernach kann der Klägerin nicht schadensmindernd angelastet werden, von der Rückgabeoption keinen Gebrauch gemacht und die Schlussrate gezahlt zu haben. Denn sie hat dies zu einem Zeitpunkt – ohne Möglichkeit der Verschiebung – getan als für sie noch unklar war, ob und gegebenenfalls wann die Beklagte für den von ihr nun geltend gemachten Schaden einstehen würde.

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

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.

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.

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. 126

Unter diesen Umständen kann dahinstehen, inwieweit hiervon unabhängig die (teilweise) Finanzierung des Kaufpreises einen Zinsanspruch aus § 849 BGB ab Zahlung des Kaufpreises ausschließt. Ebenso kommt es nicht darauf an, dass die Klägerin, wie sie im Senatstermin mitgeteilt hat, die Anzahlung und den kreditierten Betrag nicht schon – wie beantragt – bei Bestellung am 31. Oktober 2012, sondern erst bei Auslieferung im Januar 2013 gezahlt hat. 127

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 11. Dezember 2017 (Anlage K 10, GA III 583) 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 unbekanntem 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 Zuvieforderung BGH, Urteile vom 9. November 2000 – VII ZR 82/99, juris Rn. 43; vom 19. Mai 1967 – V ZR 24/66, juris Rn. 32). 128

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. 129

d) Der Klägerin steht jedoch ein Anspruch auf Prozesszinsen seit dem 21. April 2018 (ZU GA II 308) 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 ZR 323/03, juris Rn. 7). 130

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 1.029,35 € aus §§ 826, 249 Abs. 1 BGB bejaht. 131

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.

Das Landgericht hat insoweit eine Regelgebühr von 1,3 angesetzt und ist dabei von einem Gegenstandswert in Höhe der zugesprochenen Forderung von (lediglich) 14.128,48 € ausgegangen und ist so – folgerichtig – zu einem Betrag von 1.029,35 € gekommen. Dass wegen der tatsächlich – wie ausgeführt – geringer anzusetzenden Nutzungsentschädigung sogar ein Gebührenanspruch nach einem höheren Gegenstandswert gerechtfertigt gewesen wäre, beschwert die Beklagte nicht und wird von der Klägerin nicht zulässig angegriffen (vgl. oben zur Zulässigkeit der Erweiterung des Berufungsantrags nach Ablauf der Frist zur Begründung der Berufung unter II 1). 133

5. Zinsen auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten schuldet die Beklagte aus den zur Hauptforderung ausgeführten Gründen lediglich als Prozesszinsen (§ 291 BGB). 134

6. Die Beklagte befindet sich ungeachtet der zu hohen Forderung der Klägerin in deren vorprozessualen Schreiben vom 11. Dezember 2017 (Anlage K 10, GA III 583), 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 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.). 135

7. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 136

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). 137

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 138

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).

Im Übrigen ist eine Revisionszulassung nicht veranlasst, weil die Rechtsache darüber hinaus 139 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.), 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.

9. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren aus insgesamt 40.273,33 € festgesetzt, 140 wovon 26.144,85 € auf die Berufung der Klägerin und 14.128,48 € auf die Berufung der Beklagten entfallen.