
Datum: 07.04.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 33. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 33 U 36/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0407.33U36.19.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 2 O 736/18

Tenor:

Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten wird das am 24.06.2019 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg, 2 O 736/18, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 29.732,10 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.01.2019 zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeuges B 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ABC123.
2. Die Beklagte wird ferner verurteilt, die Klägerin von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.474,89 Euro freizustellen.
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in Ziffer 1 genannten Zug-um-Zug Leistung in Verzug befindet.
4. Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.
5. Die weitergehenden Berufungen der Klägerin und der Beklagten werden zurückgewiesen.
6. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 32 % und die Beklagte zu 68 %.
7. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch die jeweils andere Partei gegen

Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

8. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand	1
Die Klägerin erwarb am 18.06.2013 ein Fahrzeug des Typs B 2.0 I, für einen Gesamtpreis von 43.555,01 Euro. Der Kilometerstand wies bei Kauf 0 km auf.	2
Das Fahrzeug verfügt über einen Dieselmotor vom Typ EA 189 und war von der Beklagten jedenfalls im Zeitpunkt des Kaufs mit einer Software ausgestattet worden, die erkennt, wann sich das Fahrzeug im Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte befindet. In diesem synthetischen Fahrzyklus (NEFZ) werden anders als im realen Fahrbetrieb Prozesse aktiv, die zu einer erhöhten Abgasrückführung und dadurch zu einem verringerten Stickoxidausstoß führen.	3
Im September 2015 wurde der Einbau dieser Software öffentlich bekannt. Im Oktober 2015 machte das Kraftfahrtbundesamt die für das Fahrzeug zuvor erteilte EG-Typengenehmigung von der Umsetzung eines konkreten Zeit- und Maßnahmenplans abhängig und verpflichtete die Herstellerin, die laut Kraftfahrtbundesamt „unzulässige Abschalteneinrichtung“ zu entfernen und den Nachweis zu führen, dass nach Entfernen dieser Einrichtung alle Anforderungen der relevanten Einzelrechtsakte der Richtlinie 2007/46/EG erfüllt werden.	4
Mit Schreiben vom 05.09.2018 forderte die Klägerin die Beklagte durch seine Verfahrensbevollmächtigten erfolglos unter Fristsetzung bis zum 19.09.2018 zur Anerkennung von Schadensersatzansprüchen der Klägerin auf.	5
Bei Klageerhebung betrug der Kilometerstand des Fahrzeugs 72.032 km.	6
Die Klägerin hat behauptet, die Vornahme der Überweisung zur Kaufpreiszahlung sei von ihrem Wohnsitz aus erfolgt.	7
Sie hat die Ansicht vertreten, das streitgegenständliche Fahrzeug sei mangelhaft. Die Entwicklungsabteilung habe „in Kenntnis des Vorstands“ entschieden, die Software serienmäßig in den Motorenserien, zu denen der des streitgegenständlichen Fahrzeugs gehöre, zu installieren. Das Verhalten der Beklagten sei sittenwidrig.	8
Die Klägerin hat beantragt,	9
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 43.555,01 Euro nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozent p.a. seit dem 15.08.2013 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw B 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ABC123 zu zahlen;	10
2. die Beklagte weiter zu verurteilen, sie von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.483,77 Euro freizustellen;	11

3.	festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw B 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ABC123 in Annahmeverzug befindet	
4.	hilfsweise, für den Fall, dass das Gericht den Antrag zu 1. auf Rückzahlung des Kaufpreises abweist,	13
	festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden zu ersetzen, die dadurch entstanden sind bzw. entstehen, dass die Beklagten den Pkw B 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ABC123 in den Verkehr gebracht hat, obwohl dieser mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestattet war und daher keinem genehmigten Fahrzeugtyp entspricht.	14
	Die Beklagte hat beantragt,	15
	die Klage abzuweisen.	16
	Sie hat die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts gerügt.	17
	Die Klage ist der Beklagten am 10.01.2019 zugestellt worden.	18
	Das Landgericht hat den Zeugen F zur Frage der Vornahme der Kaufpreiszahlung vernommen. Wegen des Ergebnisses der Zeugeneinvernahme nimmt der Senat Bezug auf das Terminprotokoll vom 13.05.2019 (Bl. 283 d.A.).	19
	Wegen des weiteren Tatsachenvortrags der Parteien nimmt der Senat Bezug auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung.	20
	Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 29.007,12 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.01.2019 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Pkw B 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ABC123.	21
	Weiter hat es die Beklagte verurteilt, die Klägerin von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 2.483,77 Euro freizustellen.	22
	Es hat festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Zug-um-Zug Leistung in Verzug befindet.	23
	Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen.	24
	Zur örtlichen Zuständigkeit hat das Landgericht ausgeführt, dass das Landgericht nach § 32 ZPO örtlich zuständig sei, da sich nach Vernehmung des Zeugen F ergeben habe, dass dieser jedenfalls einen Teil des Kaufpreises für die Klägerin per Überweisung vom Wohnsitz der Klägerin aus gezahlt habe.	25
	Zur weiteren Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB zu.	26
	Die Beklagte habe durch das Inverkehrbringen manipulierter Fahrzeuge ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten an den Tag gelegt. Dieses Verhalten sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung kausal für die Kaufentscheidung des Klägers gewesen. Es sei davon auszugehen, dass die Gesetzmäßigkeit eines Fahrzeugs für die Kaufentscheidung immer von Bedeutung sei. Dabei komme es nicht darauf an, ob im Verkaufsgespräch konkrete	27

Äußerungen über die Umweltverträglichkeit gemacht worden seien. Es liege auf der Hand, dass ein Käufer sich (bei gleichem Preisgefüge) nicht bewusst für ein Fahrzeug entscheiden würde, dessen dauerhafte Verkehrszulassung zumindest unsicher von erst noch staatlich zu genehmigenden Umbauten und / oder Softwareänderungen abhängig sei. Ein Fahrzeug, das mit einer Software ausgestattet sei, die letztlich zur Verbesserung der Stickoxidwerte nur im Rollprüfstand führe, entspreche nicht den Erwartungen, die berechtigterweise an Fahrzeuge gleichen Standards gestellt werden dürften.

Aus prozessualen Gründen sei auch davon auszugehen, dass der Vorstand vom Einbau der streitgegenständlichen Software Kenntnis gehabt habe. Denn die Beklagte habe ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt. Diese treffe sie, da der Kläger keine Kenntnis von der internen Organisationsstruktur der Beklagten habe. Die Beklagte habe nicht konkret dargelegt, wie es zu einem Einbau der Software ohne Kenntnis ihres Vorstands gekommen sein solle. 28

Auf der Rechtsfolgenseite könne die Klägerin Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Folgerichtig habe sie der Klägerin die Übereignung des Fahrzeugs angeboten. 29

Die Klägerin müsse sich jedoch die von ihr gezogenen Nutzungsvorteile anrechnen lassen. Bei einer gemäß § 287 ZPO anzunehmenden zu erwartenden Gesamtlauflistung von 250.000 km und von der Klägerin gefahrenen 83.503 km belaufe sich der Nutzungsvorteil auf insgesamt 14.547,89 Euro. 30

Auch den Ersatz der vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten könne der Kläger verlangen. 31

Der Zinsanspruch folge aus §§ 291, 288 BGB. Ein weitergehender Zinsanspruch nach § 849 BGB bestehe nicht, da keiner der dort geregelten Fälle der Entziehung oder Beschädigung einer Sache betroffen sei. Der Schutzzweck der Norm sei nicht betroffen, da der Kläger die gesamte Zeit über das im Austausch erhaltene Kfz habe nutzen können. 32

Der Feststellungsantrag bezüglich des Annahmeverzugs sei ebenfalls begründet. Das Fahrzeug sei der Beklagten mit Schreiben vom 05.09.2018 ausdrücklich gemäß § 295 S. 1 BGB angeboten worden. 33

Gegen dieses Urteil richten sich die Berufungen der Klägerin und der Beklagten. 34

Die Klägerin intensiviert ihr Vorbringen und ist der Meinung, ihr dürfe kein Nutzungsvorteil von dem ihr zustehenden Schadensersatzanspruch abgezogen werden. 35

Eine Anrechnung von Nutzungen würde die Beklagte unbillig entlasten. 36

Die Nichtanrechnung ergäbe sich auch aus dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz. Dieser gebiete es, öffentlich-rechtliche Sanktionen durch individuelle Rechtsdurchsetzung vor den Zivilgerichten zu ergänzen. Bei Anrechnung von Nutzungen litte der Schadensersatzanspruch des Geschädigten während des Gerichtsverfahrens durch die fortschreitende Nutzung an einem Werteverzehr. Der Geschädigte werde mit Blick auf den mit einem langen Gerichtsverfahren verbundenen Aufwand und der im Hinblick auf den Werteverzehr zu erwartenden Unterliegensquote potentiell von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten. Es komme also nicht zu einer effektiven Durchsetzung des europäischen Rechts durch private enforcement. 37

Gegen einen Nutzungsabzug sprächen auch die Wertungen des § 993 BGB. Die grundlegende Wertung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, nach der der redliche und unverklagte Besitzer gezogene Nutzungen nicht an den Eigentümer herausgeben muss, sei wegen der vergleichbaren Interessenlagen auf den vorliegenden Fall übertragbar. Schließlich werde durch die vorgenommene Vorteilsausgleichung die Wertung des § 853 BGB ausgehöhlt. Jedenfalls dürfe nicht für den gesamten Zeitraum der Nutzung ein Abzug vorgenommen werden. Für die Fahrzeugnutzung vor dem Zeitpunkt, in dem die Verbraucher gewusst hätten, dass ihr Fahrzeug vom Dieselskandal betroffen sei und sie daher zur Rückabwicklung des Kaufvertrags berechtigt seien, sei kein Nutzungsabzug vorzunehmen. Das gleiche müsse für solche Nutzungen gelten, die in den Zeitraum nach Geltendmachung des Schadensersatzanspruches eines Fahrzeugkäufers fallen. Denn jedenfalls bei Nutzungen vor Kenntnis von der Betroffenheit des Fahrzeugs und nach Geltendmachung des Schadensersatzanspruches handele es sich jeweils um aufgedrängte und damit unzumutbare Nutzungen, die nicht ersatzfähig seien.

Sollte nach Auffassung des Berufungsgerichts ein Vorteilsausgleich vorzunehmen sein, so wären jedenfalls die wechselseitigen Vorteile zu berücksichtigen, also auch die Nutzungen, die die Beklagte ihrerseits gezogen habe. 39

Soweit etwa gezogene Nutzungen der Klägerin in Abzug zu bringen sein sollten, wären diese nach der zeitanteiligen linearen Wertminderung des Fahrzeugs zu berechnen. Dieser Werteverzehr sei vom Landgericht unzutreffend berechnet worden, weil es von einem unzutreffenden Wert des Fahrzeugs ausgegangen sei und eine unzutreffende Gesamtleistung zu Grunde gelegt habe. 40

Maßgebend für die Berechnung sei nicht der Kaufpreis, sondern der Wert der Sache. Der mangelbedingte „Minderwert“ müsse im Rahmen der Berechnung berücksichtigt werden. Der objektive Wert des Fahrzeugs habe sich bei Übergabe aufgrund der manipulationsbedingt erloschenen Betriebserlaubnis auf den reinen Materialwert beschränkt. Aufgrund fehlender anderweitiger Anhaltspunkte sei für das Material der Schrottwert anzusetzen, mithin maximal 200,00 Euro. 41

Als Gesamtleistung seien 500.000 km anzusetzen im Hinblick auf die grundsätzlich langlebigen Fahrzeuge der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaften. 42

Für den Fall, dass der Senat die Nutzungsziehung berücksichtigen wolle, müsse dies auch für die von der Beklagten gezogenen Nutzungen gelten, die in den erzielten Erträgen lägen, die ihr infolge des schädigenden Ereignisses zugeflossen seien. Der Wert der so gezogenen Nutzungen entspreche der Kapitalrendite der Beklagten im Zeitraum seit der Kaufpreiszahlung. 43

Soweit keine Nutzungen abgezogen würden, seien als Reflex auch die geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten in der beantragten und nicht in der vom Landgericht anhand eines reduzierten Streitwerts berechneten Höhe zuzusprechen. 44

Die Klägerin habe auch einen Anspruch hinsichtlich der beantragten deliktischen Zinsen. 45

Dass die Beklagte nicht Herstellerin des Fahrzeugs sondern nur des Motors sei, sei unschädlich. Die verantwortlichen Mitarbeiter hätten der Beklagten die mit der manipulativ wirkenden Software ausgerüsteten Motoren den zum VW-Konzern gehörenden Herstellern gerade zum Zweck der Weiterveräußerung überlassen. Deshalb hätten sie auch damit rechnen müssen, dass die so ausgerüsteten Fahrzeuge ohne Hinweis auf die Erwirkung der 46

Typengenehmigung unter Einsatz einer manipulativ wirkenden Software mit zwei Betriebsmodi weiterveräußert werden würden.

Dies müsse sich die Beklagte entsprechend § 31 BGB zurechnen lassen. 47

Das Bestreiten der Beklagten sei nicht ausreichend. Sie sei ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen. 48

Zu Recht habe das Landgericht die Feststellung des Annahmeverzugs angenommen. Der Annahmeverzug sei spätestens durch das Angebot aus der Klageschrift begründet. 49

Die Klägerin beantragt, 50

das landgerichtliche Urteil im Umfang der Beschwer dahingehend abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, an sie 43.555,01 Euro nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozent p.a. seit dem 15.08.2013 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw B 2.0 I mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ABC123 zu zahlen; 51

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 52

Die Beklagte beantragt, 53

das am 24.06.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Arnsberg, Az. 2 O 736/18, im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollständig abzuweisen; 54

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 55

Die Beklagte verfolgt ihr Ziel auf vollständige Klageabweisung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Tatsachenvortrags weiter. 56

Den Kaufvertrag habe die Klägerin nicht mit der Beklagten geschlossen. Sie sei auch nicht Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Dies sei vielmehr die B AG, so dass eine kausale Täuschung durch die Beklagte von vornherein ausscheide. 57

Am streitgegenständlichen Fahrzeug sei das von der Beklagten bzw. der Herstellerin angebotene Update bereits vorgenommen worden. Die mit der Klage beanstandete Umschaltlogik sei in dem Fahrzeug daher nicht mehr vorhanden. 58

Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft einen der Beklagten zurechenbaren Schädigungsvorsatz angenommen und sei rechtsfehlerhaft von einem kausalen Schaden der Klägerin ausgegangen. 59

Der Klägerin sei kein ersatzfähiger Schaden entstanden. Der Vertragsschluss sei nicht wirtschaftlich nachteilig, da das Fahrzeug durch das Bekanntwerden der Software keinen Wertverlust erlitten habe. Zudem habe das Update keine negativen Auswirkungen auf die Lebensdauer von durch das Update berührten Bauteilen. Der Vertragsschluss sei auch nicht subjektiv konkret nachteilig, da das Fahrzeug für die Zwecke der Klägerin uneingeschränkt brauchbar gewesen sei. 60

Selbst wenn ein ersatzfähiger Schaden zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses angenommen würde, wäre dieser jedenfalls aufgrund des Updates entfallen. Die Klägerin habe durch das Update genau das Fahrzeug erlangt, was sie habe erwerben wollen. 61

Rechtsfehlerhaft werde außerdem ein Kausalzusammenhang zwischen der Kaufentscheidung und der Umschaltlogik unter Verkenennung der Beweislast angenommen. Das Landgericht verkenne, dass die Klägerin darlegungs- und beweisbelastet sei und weder die Grundsätze des Anscheinsbeweises noch Vermutungsregelungen Anwendung fänden.	62
Zu berücksichtigen sei auch, dass die Parteien beim Erwerb des Fahrzeugs nicht direkt kommuniziert hätten, die Beklagte sei am Kaufvertragsschluss nicht beteiligt gewesen. Es läge schon keine Täuschungshandlung der Beklagten gegenüber der Klägerin vor. Eine aktive Täuschung durch die Programmierung oder durch das Inverkehrbringen scheide ebenfalls aus.	63
Die Beklagte sei darüber hinaus nicht Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs, so dass eine kausale Täuschung durch die Beklagte von vornherein ausscheide. Sie habe das Fahrzeug weder hergestellt, noch in Verkehr gebracht, noch war sie an irgendeiner Veräußerung beteiligt. Sie sei gegenüber der Klägerin überhaupt nicht in Erscheinung getreten und habe ihr gegenüber nicht gehandelt, schon gar nicht habe sie die Klägerin getäuscht.	64
Es werde bestritten, dass die Klägerin das Fahrzeug bei Kenntnis von der Umschaltlogik nicht erworben hätte.	65
Die zu berücksichtigenden gezogenen Nutzungen der Klägerin seien nicht nach einer linear kilometeranteiligen Berechnung vorzunehmen, da dieser Ansatz die Besonderheiten des deliktischen Schadensrechts missachte. Der Wertverlust eines Fahrzeugs erfolge nicht linear. Entsprechend sei eine degressive Berechnungsmethode angezeigt.	66
Soweit der Senat dennoch die Nutzungsentschädigung linear berechne, sei die Gesamtlaufleistung im Bereich von 200.000 bis 250.000 km zu bestimmen.	67
Der Annahmeverzug sei selbst bei unterstelltem Schadensersatzanspruch rechtsfehlerhaft angenommen worden. Es habe kein wirksames Angebot, in einer den Annahmeverzug begründenden Art und Weise, vorgelegen.	68
Außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung seien im konkreten Fall nicht erforderlich gewesen und demnach nicht ersatzfähig.	69
Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat betrug der Kilometerstand des Fahrzeugs 95.210 km.	70
Entscheidungsgründe	71
Die Berufungen sind zulässig.	72
Die gegen die Beklagte erhobene Klage ist im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Die weitergehende Klage ist unbegründet. Hieraus ergibt sich, dass die weitergehenden Berufungen unbegründet sind.	73
1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Erstattung des Kaufpreises abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die gezogenen Nutzungen Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs zu.	74
Gemäß § 826 BGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet.	75

Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen vor.

a) Die Beklagte hat die Klägerin durch das Inverkehrbringen des in dem klägerischen Fahrzeug verbauten und mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestatteten Motors konkludent getäuscht. 76

Irrelevant ist dabei, ob die Beklagte als Herstellerin des Motors in kollusivem Zusammenwirken mit der B AG gehandelt und die Klägerin getäuscht hat oder ob die Herstellerin des Fahrzeugs gutgläubig war. Denn die Entwicklung und Herstellung des Motors erfolgte zum Einsatz auch in anderen Fahrzeugen des Konzerns. Die Beklagte wusste dabei, dass es für die Typgenehmigung und die Vorstellung des Endkunden über eine Gefährdung des unveränderten Bestands dieser Genehmigung keinen Unterschied macht, ob die Herstellerin des Fahrzeugs bei Beantragung der Genehmigung und Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung bösgläubig war oder ihrerseits einem Irrtum unterlag (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). 77

Mit dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs gibt ein Hersteller konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz dieses Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist, d.h. insbesondere, dass das Fahrzeug über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt (vgl. zum Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19). Dies war vorliegend nicht der Fall, weil die ursprünglich vorhandene Motorsteuerungssoftware als verbotene Abschalteneinrichtung zu qualifizieren ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung [EG] Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen [Euro 5 und Euro 6] und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge; ABl. L 171 vom 29. Juni 2007, nachfolgend: VO 715/2007/EG). Dies hat zur Folge, dass ohne das Aufspielen des später von der Beklagten entwickelten Software-Updates ein Widerruf der Typgenehmigung und eine damit einhergehende Stilllegung des Fahrzeuges gedroht hätte. 78

Ein Hersteller, der ein neues Fahrzeug zur Nutzung im Straßenverkehr auf den Markt bringen will, ist verpflichtet, das erforderliche Zulassungs- und Genehmigungsverfahren durchzuführen. Er hat beim Kraftfahrt-Bundesamt als zuständiger Behörde gemäß § 2 Abs. 1 Fahrzeugtypgenehmigungsverordnung (EG-FGV) insbesondere eine „EG-Typgenehmigung“ zu erwirken und für jedes dem genehmigten Typ entsprechenden Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. 79

Stellt das Kraftfahrt-Bundesamt nach Erteilung einer formell wirksamen EG-Typgenehmigung fest, dass ein Fahrzeug nicht die materiellen Voraussetzungen für den genehmigten Typ einhält, kann es zur Beseitigung aufgetretener Mängel und zur Gewährleistung der Vorschriftsmäßigkeit auch bereits im Verkehr befindlicher Fahrzeuge entweder gemäß § 25 Abs. 2 EG-FGV Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung anordnen oder gemäß § 25 Abs. 3 EG-FGV die EG-Typgenehmigung ganz oder teilweise widerrufen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (FZV) dürfen Fahrzeuge nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind. Dies setzt gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV voraus, dass sie einem genehmigten Typ entsprechen. Wird die EG-Typgenehmigung entzogen oder mit Nebenbestimmungen versehen, entspricht das Fahrzeug – im Fall der Nebenbestimmung: bis zur Nachrüstung – keinem genehmigten Typ mehr. Die Zulassungsbehörde kann dem Eigentümer oder Halter dann gemäß § 5 Abs. 1 FZV eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb auf öffentlichen Straßen 80

beschränken oder untersagen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19; vgl. nur Hessischer VGH, Beschluss vom 20. März 2019, 2 B 261/19, Juris Rn. 10 f.).

Vor diesem Hintergrund kann der Käufer eines Kraftfahrzeugs, der es im Straßenverkehr verwenden will, nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typengenehmigung formal vorliegt. Ebenso kann er auch erwarten, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung der Typengenehmigung droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei deren Erteilung nicht vorgelegen haben (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis verfügte das durch die Klägerin erworbene Fahrzeug schon deshalb nicht, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine „Umschaltlogik“ enthielt, die als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist (zur Einordnung als unzulässige Abschaltvorrichtung siehe BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019, VIII ZR 225/17, Juris Rn. 5 ff.). Daher lagen auch die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer EG-Typengenehmigung nicht vor (BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019, VIII ZR 225/17; OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Entsprechend ist gerichtsbekannt, dass Haltern der vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeuge die Stilllegung ihrer Fahrzeuge droht, falls sie das von der Beklagten entwickelte Software-Update nicht auf ihr Fahrzeug aufspielen lassen. 81

b) Durch diese Täuschung hat die Klägerin einen Vermögensschaden erlitten, der in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen ist (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19). 82

§ 826 BGB knüpft nicht an die Verletzung bestimmter Rechte und Rechtsgüter an, weshalb der nach dieser Norm ersatzfähige Schaden weit verstanden wird. Ein 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). 83

Nach diesen Grundsätzen kommt es nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs im Hinblick auf die unzulässige Abschaltvorrichtung einen geringeren Marktwert hatte. Der Schaden des in die Irre geführten Käufers liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, nicht erst in dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteilen. Entscheidend ist allein, dass der abgeschlossene Vertrag, nämlich die Eigenschaften des Kaufgegenstands, nicht den berechtigten Erwartungen des Getäuschten entsprach und überdies die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014, VI ZR 15/14, Juris Rn. 16 ff.). Beide Voraussetzungen waren im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses gegeben. Dem Fahrzeug der Klägerin drohte wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung die Entziehung der EG-Typengenehmigung bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung die Stilllegung des Fahrzeugs. Wegen des zur Rechtswidrigkeit der EG-Typengenehmigung führenden und damit die Zulassung des Fahrzeugs gefährdenden Mangels war der Hauptzweck des Fahrzeugs, dieses im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, bereits vor einer tatsächlichen Stilllegung unmittelbar gefährdet. Denn wird die EG-Typengenehmigung entzogen, droht die Stilllegung, werden Nebenbestimmungen angeordnet, ist die fortdauernde Nutzbarkeit von einer Nachrüstung des Fahrzeugs durch den Hersteller abhängig. 84

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Schaden eingetreten ist, kommt es allein auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses an. Der Schaden entfällt nicht durch die nachträglich durchgeführte Installation des von der Beklagten zur Erfüllung der vom Kraftfahrt-Bundesamt angeordneten Nebenbestimmungen zur EG-Typengenehmigung entwickelten Software-Updates, weil dadurch die ungewollte Belastung mit einer Verbindlichkeit nicht beseitigt worden ist. Das Update ist lediglich als Angebot zur Verhinderung weiterer Nachteile zu bewerten (vgl. zum Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; OLG Hamm, Urteile vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

c) Die schädigende Handlung war kausal für die Willensentschließung der Klägerin, den streitgegenständlichen Kaufvertrag abzuschließen. 86

Die Klägerin hat, was sie im Senatstermin am 13.03.2020 glaubhaft und unmittelbar nachvollziehbar bekundet hat, einen Vertrag abgeschlossen, den sie nicht abgeschlossen hätte, wenn sie von den Manipulationen der Beklagten an der Motorsteuerungssoftware und deren Folgen für die Zulassung seines Kraftfahrzeugs Kenntnis gehabt hätte. 87

Hinsichtlich der Kaufentscheidung entsprechen die Bekundungen 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-Typengenehmigung verfügt, aber wegen des Einbaus einer unzulässigen Abschaltvorrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typengenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis zur Stilllegung des betroffenen Fahrzeugs drohen (vgl. zum Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich die Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 - 13 U 20/19 m.w.N.). 88

d) Die Täuschungshandlung der Beklagten ist als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB zu qualifizieren. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Dabei kann sich die Verwerflichkeit auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016, VI ZR 536/15, Juris Rn. 16 m.w.N.). 89

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze liegt ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten vor. 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 erscheint das Verhalten der Beklagten aber als verwerflich. Denn das Ausmaß der Schädigung durch den 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 90

nur ihre Kunden, sondern auch die Zulassungsbehörden zu täuschen und sich auf diese Weise die Betriebszulassung für die von ihr manipulierten Fahrzeuge zu erschleichen (vgl. zum Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Dieseldieselkraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

Dabei ergibt sich der Sittenwidrigkeitsvorwurf daraus, dass die Beklagte bei der Lieferung des Motors an die Herstellerin des Fahrzeugs zwangsläufig von einer Weiterveräußerung an einen (ahnungslosen) Fahrzeugkäufer ausgehen musste (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.) 91

e) Der in subjektiver Hinsicht gemäß § 826 BGB erforderliche Schädigungsvorsatz sowie die Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen, liegt ebenfalls vor. 92

Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich auf die Schadenszufügung durch die Handlung. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Es genügt dabei bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen. Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 826 Rn. 8). 93

Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Dabei müssen die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016, VI ZR 536/15, Juris Rn. 13). 94

Vorliegend ist davon auszugehen, dass jedenfalls ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten umfassende Kenntnis von dem Einsatz der manipulierten Software hatte und in der Vorstellung die Erstellung und das Inverkehrbringen der mangelhaften Motoren veranlasste, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis an Kunden weiterveräußert werden würden. Es hätte der Beklagten im Rahmen einer sekundären Darlegungslast obliegen, näher dazu vorzutragen, inwieweit ein nicht als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB tätiger Mitarbeiter für die Installation der Software verantwortlich sein soll. Dem ist sie jedoch nicht nachgekommen. 95

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 m.w.N.). 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). 96

Diese sekundäre Darlegungslast trifft die Beklagte. Steht der Anspruchsteller – wie vorliegend – vollständig außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs, dann reicht es aus, 97

wenn die allgemeine Behauptung des Anspruchstellers als ausreichend angesehen und auf eine weitere Substantiierung verzichtet wird. Dies gilt zumindest dann, wenn konkrete Anhaltspunkte für diese Behauptung bestehen (vgl. zum Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Bei dieser Sachlage genügt die Behauptung der Klägerin, dem Vorstand bzw. einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten seien die Manipulationen an den Motoren bekannt gewesen. Dies gilt insbesondere, wenn berücksichtigt wird, dass verfassungsmäßig bestellte Vertreter auch Personen sind, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

Angeichts der Tragweite der Entscheidung über die riskante Gestaltung der Motorsteuerungssoftware, die für eine gesamte Diesel-Motorengeneration konzipiert war, die flächendeckend konzernweit in Millionen Fahrzeugen eingesetzt werden sollte, erscheint es fernliegend, dass die Entscheidung für eine greifbar rechtswidrige Software ohne Einbindung des Vorstands oder eines verfassungsmäßig bestellten Vertreters erfolgt und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte (vgl. zum Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Dies gilt erst Recht, wenn bedacht wird, dass es sich um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern und massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden 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 (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

98

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 Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Würde darauf bestanden, dass der Anspruchsteller die handelnden Personen präzise benennen müsste, hätte dies regelmäßig ein Leerlaufen der Grundsätze der sekundären Darlegungslast zur Folge.

99

Dieser reduzierten primären Darlegungslast genügt das Vorbringen der Klägerin. Die Beklagte hätte durch konkreten Tatsachenvortrag Umstände darlegen müssen, aufgrund

100

derer eine Kenntnis des Vorstands oder sonstiger Repräsentanten ausscheidet. Dies hätte konkret die Benennung derjenigen Personen im Unternehmen notwendig gemacht, die die Entwicklung der streitgegenständlichen Softwarefunktion beauftragt bzw. welche diese bei einem Zulieferer bestellt haben sowie die Darstellung der üblichen Abläufe bei einer solchen Beauftragung und der Organisation von Entscheidungen solcher Tragweite. Sofern die Beklagte sich dann auf einen Handlungsexzess eines untergeordneten Mitarbeiters hätte berufen wollen, hätte sie Umstände vortragen müssen, die geeignet gewesen wären, einen solchen Ablauf ohne Kenntnis weiterer insbesondere leitender Mitarbeiter hinreichend wahrscheinlich erscheinen zu lassen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

Diesen Anforderungen genügt das Bestreiten der Beklagten nicht. 101

Die Kenntnis einer entweder der Unternehmensleitung angehörenden Person oder eines sonstigen Repräsentanten von der serienmäßigen rechtswidrigen Verwendung der Software schließt zwangsläufig die Billigung der Schädigung sämtlicher Erst- und Folgeerwerber der damit ausgestatteten Fahrzeuge ein. Ein entsprechender Vorsatz ergibt sich schon aus der Art der Vorgehensweise (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2019, V ZR 244/17, Juris Rn. 37), die nach der Wirkungsweise der Software auf Verheimlichung angelegt war (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Auch die maßgeblichen Umstände für die Bewertung dieses Vorgehens als sittenwidrig sind bei dieser Sachlage der entscheidenden Person bekannt gewesen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). 102

f) Der Schadensersatzanspruch scheitert nicht am Schutzzweck des § 826 BGB (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). 103

Um das Haftungsrisiko in angemessenen und zumutbaren Grenzen zu halten, ist 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 m.w.N.). 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 m.w.N.; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Folglich kommt es darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urteil vom 7. Mai 2019, VI ZR 512/17, Juris Rn. 8 m.w.N.). 104

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. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). 105

g) Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses (Palandt-Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 826 Rn. 15). 106

Die Klägerin kann mithin verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stehen würde, wenn sie den unerwünschten Kaufvertrag nicht geschlossen hätte. Danach steht ihr im Ausgangspunkt ein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 43.555,01 Euro zu. Hätte die Klägerin den 107

Kaufvertrag nicht abgeschlossen, hätte sie den Preis für das Fahrzeug nicht aufgewendet.

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind die von ihr gezogenen Nutzungen anzurechnen. 108
Die Klägerin hat das Fahrzeug über einen mehrjährigen Zeitraum genutzt und auf diese Weise einen geldwerten Vorteil erlangt.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass nach den Grundsätzen der 109
Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12. März 2009, VII ZR 26/06, Juris Rn. 16; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019, 13 U 142/18, Juris Rn. 112; Palandt-Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, Vorb. zu § 249 Rn. 71). Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an.

Danach muss sich die Klägerin die Nutzung des Fahrzeugs anrechnen lassen (vgl. zum 110
Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

Der Wert der von der Klägerin gezogenen Nutzungen des streitgegenständlichen Fahrzeugs 111
ist mit 13.822,91 Euro anzusetzen.

Den Wert der durch den Gebrauch des Kraftfahrzeugs gezogenen Nutzungen schätzt der 112
Senat nach der Methode des linearen Wertschwundes (vgl. zum Gebrauchtwagenkauf BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014, VIII ZR 196/14, Juris Rn. 3 m.w.N.; Urteil vom 9. April 2014, VIII ZR 215/13, Juris Rn. 11 ff. m.w.N.) entsprechend § 287 ZPO auf insgesamt 13.822,91 Euro.

Die zu erwartende Laufleistung des Motors schätzt der Senat im Anschluss an den auf 113
Ansprüche aus Fahrzeugkäufen spezialisierten 13. Senat des Oberlandesgerichts Hamm auf 300.000 km, weil es sich um einen Dieselmotor mit 2,0 Litern Hubraum handelt, der nach den Erfahrungen des 13. Senats in anderen Verfahren entsprechend langlebig ist.

Bei einem Kilometerstand des Fahrzeugs von 95.210 km und unter Berücksichtigung des 114
Kilometerstands bei Kauf des Fahrzeugs belaufen sich die von der Klägerin gezogenen Nutzungsvorteile nach der Berechnungsformel:

(Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer) : (Gesamtlaufleistung – km-Stand bei Kauf) auf 115

43.555,01 x 95.210 = 13.822,91. 116

300.000 117

Unter Berücksichtigung des von der Klägerin für das Fahrzeug gezahlten Kaufpreises in 118
Höhe von 43.555,01 Euro besteht nach Abzug einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 13.822,91 Euro noch ein Anspruch in Höhe von 29.732,10 Euro.

Soweit durch die Klägerin prinzipielle Einwände gegen die Berücksichtigung der Nutzung des 119
Fahrzeugs als Abzugsposten im Rahmen der deliktischen Haftung vorgebracht werden, greifen diese nicht durch (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

Es besteht auch kein Anlass, den Nutzungsersatz im Hinblick auf den der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen.

Eine Berücksichtigung des mit dem Mangel verbundenen Minderwerts kommt nur in Betracht, wenn der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich einschränkt. Hier war jedoch die fortdauernde Nutzbarkeit lediglich aus Rechtsgründen nicht sichergestellt (vgl. hierzu OLG Hamm, Urteil vom 14.01.2020 – 13 U 40/18 m.w.N.).

h) Der Klägerin steht kein Anspruch auf Verzinsung des Kaufpreises nach § 849 BGB zu (vgl. zum Meinungsstand Dr. Heese, „Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Dieselmotorkraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, in: JZ 2020, 157ff. m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26.11.2007, II ZR 167/06) besteht der Normzweck des § 849 BGB im Ausgleich des endgültig verbleibenden Verlusts an der Nutzbarkeit der Sache, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann, durch den Zinsanspruch. Dieser Schutzzweck ist nicht betroffen, da der Kläger im Austausch für den gezahlten Kaufpreis das Fahrzeug nutzen konnte (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).

i) Der Anspruch des Klägers auf Zahlung von Prozesszinsen auf die Hauptforderung ergibt sich aus §§ 291, 288 BGB. Die Klage ist am 10.01.2019 zugestellt worden.

j) Vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten kann die Klägerin nur in Höhe des austenorierten Betrags verlangen nach §§ 826, 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 BGB.

Angesichts der komplexen technischen Fragen und der in der Rechtsprechung auch weiterhin kontrovers beurteilten Rechtslage war es sachgerecht, sich zur Durchsetzung des Anspruchs an einen Rechtsanwalt zu wenden.

Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs ist jedoch nur die vor Klageerhebung berechnete Forderung der Klägerin zur Berechnung des Anspruchs anzusetzen und es ist lediglich mit einer 1,3 Geschäftsgebühr zu rechnen.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich zum einen, dass sich die Klägerin Nutzungsvorteile auf den ihr zustehenden Schadensersatzanspruch anrechnen lassen muss. Bei Klageerhebung mit Schriftsatz vom 13.12.2018 wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 72.032 km auf. Der Senat legt diese Laufleistung abzüglich des Kilometerstands bei Kauf des Fahrzeugs (0 km) der Berechnung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin im Zeitpunkt der vorgerichtlichen Zahlungsaufforderung zugrunde, da der Rechtsanwalt die zu vergütende Leistung zu diesem Zeitpunkt erbracht hatte. Irrelevant ist insofern, dass die berechnete Forderung der Klägerin sich nachfolgend durch die weitere Nutzung des Pkw verringert hat.

Zum anderen ist nur eine 1,3 Geschäftsgebühr anzuerkennen. Es sind keine Gründe ersichtlich, die Schwellengebühr nach der Anmerkung zu Nr. 2300 VV RVG zu überschreiten. Die Sache ist weder mit besonderen Schwierigkeiten versehen oder- trotz der umfangreichen Schriftsätze – besonders umfangreich. Das Verfahren hebt sich vom Umfang und von der Schwierigkeit her nicht vom Großteil der im Zusammenhang mit der Dieseldiagnostik geführten Verfahren ab.

Es ergibt sich folgende Berechnung:

Gegenstandswert: bis zu 35.000,00 Euro

1,3 Geschäftsgebühr (Nr. 2300 VV RVG):	1.219,40 Euro	131
Post- / Telekommunikationspauschale (Nr. 7002 VV RVG):	20,00 Euro	132
Zwischensumme: Euro	1.239,40	133
19 % Umsatzsteuer (Nr. 7008 VV RVG):	235,49 Euro	134
Gesamtsumme:	1.474,89 Euro	135
3. Der Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs folgt aus §§ 293, 295 BGB. Denn spätestens in der Zug-um-Zug erhobenen Klage liegt ein wörtliches Angebot (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2020 – 13 U 20/19 m.w.N.).		136
4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die übrigen prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.		137
Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen worden.		138
5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 43.555,01 Euro festgesetzt.		139
Davon entfallen 14.547,89 Euro auf die Berufung des Klägers und 29.007,12 Euro auf die Berufung der Beklagten. Die geltend gemachten Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sind als Nebenforderung im Sinne von § 4 Abs. 1, 2.HS ZPO nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen.		140