
Datum: 14.01.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 34 U 37/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0114.34U37.19.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 3 O 349/17

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 10.01.2019 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bochum – I-3 O 349/17 – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert.

Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger 9.892,28 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 6.966,60 € seit dem 19.07.2017 und aus weiteren 2.825,68 € seit 08.02.2018 sowie aus weiteren 100 € seit dem 09.07.2019 zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges Volkswagen Passat 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer #####0####000001.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 2) mit der Rücknahme des vorbezeichneten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 650,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.02.2018 zu zahlen.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

Die Gerichtskosten erster Instanz tragen der Kläger zu 65 % und die Beklagte zu 2) zu 35 %. Von den außergerichtlichen Kosten erster Instanz trägt der Kläger die der Beklagte zu 1) voll und die

der Beklagten zu 2) zu 12 % und die Beklagte zu 2) die des Klägers zu 88 %. Die Gerichtskosten zweiter Instanz tragen der Kläger zu 66 % und die Beklagte zu 2) zu 34 %. Von den außergerichtlichen Kosten zweiter Instanz trägt der Kläger die der Beklagten zu 1) voll und die der Beklagten zu 2) zu 17%; die Beklagte zu 2) trägt die des Klägers und des Streithelfers zu 83 %. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner bleibt vorbehalten die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % der jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Entscheidungsgründe:	1
I.	2
Der Kläger begehrt die Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückübereignung des bei der Beklagten zu 1) erworbenen Pkw, dessen Herstellerin die Beklagte zu 2) ist.	3
Am 15.01.2015 bestellte der Kläger bei der Beklagten zu 1), einer Vertragshändlerin für Fahrzeuge der Beklagten zu 2), das streitgegenständliche Fahrzeug, einen VW Passat 2,0 TDI, mit einem Kilometerstand von 127.521 km zum Preis von 14.880 EUR. Wegen der Einzelheiten wird auf die verbindliche Bestellung vom 15.01.2015, Anlage F 1 zur Klageschrift verwiesen. In den Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten zu 1), die dem Vertrag beigelegt waren, ist unter VI 1. geregelt: „Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln verjähren in einem Jahr ab Ablieferung des Kaufgegenstandes an den Kunden.“ (Anlage F 24 zum Schriftsatz des Klägervertreters vom 03.01.2019)	4
Gegenstand des Kaufvertrages war zudem eine Gebrauchtwagengarantie für 387,94 EUR über einen Sammelvertrag bei der W GmbH mit einer Laufzeit von 12 Monaten, beginnend mit der Auslieferung (Bl. 470 d.A.). Diese hatte eine Laufzeit von 1 Jahr ab der Anmeldung am 15.01.2015 (Bl. 427 d.A.)	5
Auf den Kaufpreis zahlte der Kläger 7.000 EUR an, den Restbetrag finanzierte er über ein Darlehen der X Bank mit einer Laufzeit von 48 Monaten. Zudem erwarb er einen Kreditschutzbrief zum Preis von 709,84 EUR für das Darlehen.	6
Das Fahrzeug wurde ihm am 23.01.2015 übergeben.	7
Es verfügt über einen Dieselmotor mit der herstellerinternen Typenbezeichnung EA 189 und ist von der Beklagten zu 2) mit einer Software ausgestattet worden, die den Stickoxidausstoß im Prüfstandbetrieb, sogenannter „Modus 1“, reduziert. Nur aufgrund dieser Software, die erkennt, dass das Fahrzeug einem Prüfstandtest unterzogen wird, hält der Motor während des Prüfstandtests die gesetzlich vorgegebenen und im technischen Datenblatt aufgenommenen Abgaswerte ein. Unter realen Fahrbedingungen im Straßenverkehr wird das Fahrzeug anderweitig betrieben, nämlich im sogenannten „Modus 0“ mit einer geringeren	8

Abgasrückführungsrate. Dies hat zur Folge, dass der Stickoxidausstoß höher ist.

Nach Bekanntwerden der Softwareproblematik verpflichtete das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) mit unangefochtenem Bescheid vom 14.10.2015 die Beklagte zur Entfernung der nach Einschätzung der Behörde unzulässigen Abschalteinrichtung. Am 03.06.2016 gab das KBA ein Software Update für Fahrzeuge dieses Typs frei und bestätigte, dass die von der Beklagten dem KBA vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen. 9

Der Kläger ließ am 30.09.2016 das Softwareupdate auf das streitgegenständliche Fahrzeug aufspielen. 10

Er wandte am 10.03.2017 einen Betrag von 660,28 EUR für den Austausch des AGR-Ventils bei einer C Service Werkstatt auf, nachdem die Beklagte zu 1) einen Tausch im Kulanzwege verweigert hatte. Außerdem zahlte er 210,31 EUR für eine Inspektion. 11

Mit anwaltlichem Schreiben vom 04.07.2017, auf das wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, (Anlage F 11 zur Klageschrift), ließ er die Beklagte zu 2) zur Rückzahlung des bis dahin für Anzahlung und Finanzierung aufgewandten Betrages abzüglich einer Nutzungsentschädigung und unter Hinzurechnung der Kosten der Garantiever sicherung, insgesamt 7.354,54 € und zur Rücknahme des Fahrzeugs unter Fristsetzung von 14 Tagen auffordern. Die Beklagte zu 2) lehnte eine Zahlung mit Schreiben vom 04.09.2017 u.a. unter Verweis auf das Softwareupdate ab. 12

Mit Schriftsatz vom 07.09.2017 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten zu 1) sowie der X Bank den Widerruf des Darlehensvertrages und setzte erfolglos eine Frist zur Erstattung des Kaufpreises und Rücknahme des Fahrzeuges. 13

Der Darlehensvertrag wurde in der Folgezeit weitergeführt und zum 28.12.2018 regulär beendet. 14

Mit der am 08.02.2018 der Beklagten zu 2) zugestellten Klage hat der Kläger weiter die Rückzahlung des Kaufpreises von den Beklagten als Gesamtschuldner, sowie Zahlung der Kosten für die Kreditversicherung, die Gebrauchtwagengarantie, die Inspektion und den Tausch des AGR-Ventils, gegen Rückgabe des Fahrzeugs verfolgt, wobei er sich gegenüber der Beklagten zu 2) eine unbezifferte Nutzungsentschädigung hat anrechnen lassen. 15

Der Kläger hat zunächst die Ansicht vertreten, sein Anspruch gegen die Beklagte zu 1) ergebe sich aus dem Widerruf des Darlehensvertrages. Aufgrund mangelhafter Belehrung sei die Widerrufsfrist des § 355 Abs. 2 BGB nicht in Gang gesetzt worden. Rechtsfolge des Widerrufs des Darlehensvertrages sei die Nichtigkeit des verbundenen Kaufvertrages. Der Kläger hat diesen Ansatz jedoch mit Schriftsatz vom 14.09.2018 ausdrücklich nicht mehr aufrechterhalten. Ein Verfahren gegen die X Bank hinsichtlich Ansprüchen aus Widerruf des Darlehensvertrages wird vom Kläger vor dem Landgericht Braunschweig geführt, Az. 5 O 3433/18 *883*. 16

Zudem hat er seinen Anspruch gegen die Beklagte zu 1) auf eine kaufrechtliche Rückabwicklung gestützt und hierzu vorgetragen, aufgrund der Abschalteinrichtung habe ein Mangel vorgelegen. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung sei entbehrlich gewesen. Es sei auch keine Verjährung eingetreten, da die Beklagte zu 2) arglistig getäuscht und die Beklagte zu 1) eine Garantenstellung übernommen habe. Daher seien auf sie auch die Grundsätze der Sekundärhaftung anzuwenden. Zudem sei der Mangel durch das Softwareupdate anerkannt 17

worden, was zum Neubeginn der Verjährung geführt habe.

Ein Anspruch gegen die Beklagte zu 2) folge aus dem Gesichtspunkt des Betruges. Hierzu hat der Kläger behauptet, die Entscheidung zum Einsatz der Software sei vorsätzlich durch den damaligen Vorstand getroffen worden und hierzu auf die weitreichende unternehmerische Entscheidung sowie die strafrechtlichen Ermittlungen gegen Manger der Beklagten zu 2) verwiesen. Im Übrigen hat er sich auf eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu 2) bezogen. Der Kläger hat behauptet, den Vertrag in Kenntnis der Manipulation nicht abgeschlossen zu haben. 18

Die Beklagte zu 1) hat vorgetragen, es läge kein Sachmangel vor und ein solcher sei jedenfalls nach Durchführung des Software-Updates beseitigt. Zudem sei eine Fristsetzung zur Nacherfüllung erforderlich gewesen. Letztlich sei der Rücktritt wegen Unerheblichkeit ausgeschlossen. Außerdem hat sie die Einrede der Verjährung erhoben. 19

Auch die Beklagte zu 2) hat das Vorliegen eines Mangels bestritten, sich auf die Durchführung des Software Updates berufen und ausgeführt, es fehle an einer sittenwidrigen Schädigung durch sie, da sie den Kläger nicht getäuscht habe und an dem erforderlichen Vorsatz, den der Kläger schon nicht hinreichend dargelegt habe. Zudem sei dem Kläger kein Schaden entstanden. 20

Das Landgericht hat mit dem am 10.01.2019 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1) ergebe sich nicht aus Rücktritt vom Kaufvertrag. Es könne dahinstehen, ob das Fahrzeug ursprünglich mangelhaft gewesen sei und ob der erklärte Widerruf als Rücktrittserklärung auszulegen sei, jedenfalls habe der Kläger die erforderliche Frist zur Nacherfüllung nicht gesetzt. Diese sei auch nicht entbehrlich gewesen. Insbesondere müsse sich die Beklagte zu 1) das Wissen der Beklagten zu 2) nicht zurechnen lassen. Mögliche nachteilige Auswirkungen des Updates seien nicht ausreichend dargelegt und die Nacherfüllung für den Kläger nicht unzumutbar. Hingegen könne sich die Beklagte zu 1) nicht auf den Eintritt der Verjährung berufen, da diese mit der Durchführung des Updates neu begonnen habe. 21

Auch gegen die Beklagte zu 2) bestehe kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises. Deliktische Ansprüche seien nicht gegeben, da jedenfalls nach Durchführung des Updates ein Schaden des Klägers ebenso wenig feststellbar sei wie dessen Täuschung. 22

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). 23

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner fristgerecht eingereichten und begründeten Berufung. Er rügt im Wesentlichen, entgegen der Auffassung des Landgerichts sei eine Fristsetzung entbehrlich gewesen. Denn der Mangel sei technisch nicht behebbar und es verbleibe jedenfalls ein merkantiler Minderwert. Zudem folge dies aus der Verweigerung der Beklagten zu 1) die Reparatur des defekten Abgasrückführungsventils kostenlos durchzuführen. Das Landgericht habe sich nicht hinreichend mit seinem Vorbringen zu dem Mangel am Abgasrückführungsventil und dem an sich verbleibenden merkantilen Minderwert auseinandergesetzt. Die Beklagte zu 1) könne sich zudem nicht auf den Eintritt der Verjährung berufen, da auf sie die Grundsätze der Sekundärhaftung anwendbar seien. 24

Bei dem Sachverhalt handele es sich auch nicht um ein allgemeines Lebensrisiko, sondern ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2). Diese hafte zudem aus dem 25

Garantievertrag.

Der Klägervertreter ist dem Rechtsstreit in der Berufung auf Seiten des Klägers als Streithelfer beigetreten. 26

Zuletzt betrug die Laufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs 194.151 km. 27

In der Berufungsinstanz hat der Kläger die Klage um die Kosten der am 29.04.2019 ausgetauschten Starterbatterie von 100 € erweitert (Antrag zu 5) und macht die Kosten für den Austausch des Abgasrückführungsventils gesondert mit dem Antrag zu 4 geltend. Im Übrigen verfolgt er seine erstinstanzlich gestellten Anträge weiter. 28

Der Kläger beantragt, 29

das Urteil des Landgerichts "aufzuheben" und 30

1. Die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 16.848,37 EUR zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKW VW Passat 2.0TDI (FIN: #####0####000001), 31

a) bezüglich der Beklagten 1) mit der Maßgabe, dass zudem Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.09.2017 zu zahlen sind, 32

b) bezüglich der Beklagten 2) mit der Maßgabe, dass zudem Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.07.2017 zu zahlen sind, Zug um Zug gegen Zahlung einer ins Ermessen des Gerichts gestellten Nutzungsentschädigung für die Nutzung des PKW, 33

2. festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1 bezeichneten PKW in Annahmeverzug befinden, 34

3. die Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.928,75 EUR pro Beklagten nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 35

4. die Beklagten zu verurteilen, an ihn 660,28 EUR für die Kosten für den Austausch des AGR (Anlage F 25) nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 36

5. die Beklagten zu verurteilen, an ihn 100 EUR für die Kosten des Austausches der Batterie (Anlage F 27) nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 37

Die Beklagten beantragen, 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung und wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. 40

Ergänzend beruft sich die Beklagte zu 2) auf die Ausführungen des Oberlandesgerichts Braunschweig im Urteil vom 19.02.2019 (7 U 134/17) nach dem der geltend gemachte Vermögensschaden nicht vom Schutzzweck des § 826 BGB erfasst sei. Zudem ist sie der Auffassung, der subjektive Tatbestand sei weder dargelegt noch unter Beweis gestellt. Hierzu 41

trägt sie vor, nach dem aktuellen Stand der internen Ermittlungen lägen keine Erkenntnisse über eine Kenntnis der Vorstandsmitglieder im aktienrechtlichen Sinne im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses vor. Die Ermittlungen seien weiterhin nicht abgeschlossen und die Entscheidung, die Motorsteuerungssoftware zu entwickeln und zu verwenden sei von Mitarbeitern unterhalb der Vorstandsebene getroffen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 42

II. 43

Die zulässige Berufung ist hinsichtlich der Beklagten zu 2) überwiegend begründet und im Übrigen unbegründet. 44

1. 45

a) 46

Zulässig ist die Berufung auch bezüglich der um die Anträge zu 4 und 5 erweiterten Klage. Die Änderung oder Erweiterung einer Klage in der Berufungsinstanz ist ein selbständiger prozessualer Angriff, dessen Zulässigkeit sich nach den §§ 263, 264, 533 ZPO richtet, aber nicht (unmittelbar) den Voraussetzungen über die Zurückweisung oder Zulassung verspäteter Angriffsmittel unterliegt. Voraussetzung der Zulässigkeit der Klageerweiterung ist nach § 533 Nr. 2 ZPO, dass sie auf Tatsachen gestützt werden kann, die vom Berufungsgericht ohnehin nach § 529 ZPO seiner Entscheidung zugrunde zu legen sind. Neue Tatsachen können daher nur berücksichtigt werden, wenn dies prozessual zulässig ist, § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Die Zulässigkeit der Klageerweiterung in der Berufungsinstanz setzt daher voraus, dass die geänderte oder erweiterte Klage sich auf den bisherigen Tatsachenstoff stützen kann oder dass weiterer Vortrag nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist. 47

Der Kläger macht mit dem Antrag zu 4) einen Betrag von 660,28 € für den Austausch des AGR-Ventils geltend. Diesen Betrag für die (offenbar identische) Reparatur hat er bereits mit der Klage als Teilbetrag des Antrages zu 1) geltend gemacht. So dass die Tatsachen insoweit vom Senat ohnehin der Entscheidung zugrunde zu legen wären, der Antrag somit zulässig ist. 48

Der Antrag zu 5), gerichtet auf Erstattung der Kosten eines im April 2019, also nach Erlass des Urteils durchgeführten Batteriewechsels ist ebenfalls zulässig. Der neue Vortrag war gem. § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO zu berücksichtigen und die Erweiterung ist aufgrund des sachlichen Zusammenhangs mit dem bisherigen Streitgegenstand auch sachdienlich. 49

b) 50

Der Klageantrag zu 1. b) ist zulässig, auch soweit er hinsichtlich der Zug-um-Zug zu zahlenden Nutzungsentschädigung unbeziffert ist. Zunächst besteht materiell rechtlich kein Grund für einen bezifferten Eigenabzug von der Klageforderung des Klägers, weil es Sache der Beklagten ist, ihre Gegenansprüche zu beziffern wenn auch im Deliktsrecht, anders als bei der gegenüber der Beklagten zu 1) geltend gemachten gewährleistungsrechtlichen Rückabwicklung eine Saldierung automatisch vorzunehmen ist. Die Beklagten haben indes keinen bezifferten Gegenanspruch geltend gemacht. 51

Soweit der Kläger festgestellt haben will, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Annahmeverzug befinden, so ist die Klage auch 52

diesbezüglich zulässig. Das Feststellungsinteresse ergibt sich insoweit aus den Regelungen der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 756, 765 ZPO.

2. 53

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte zu 1) auf Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung getätigter Aufwendungen. 54

Zwar war das Fahrzeug bei Übergabe aufgrund der implementierten Software mangelhaft. Letztlich dahinstehen kann die in der Rechtsprechung umstrittene Frage, ob bei behaupteten weiteren Mängeln durch das Softwareupdate dem Kläger eine Fristsetzung vor Erklärung des Rücktritts zumutbar ist. Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) infolge Rücktritts vom Kaufvertrag (§§ 433, 437, 346 BGB) bestehen jedenfalls nicht, weil der erklärte Rücktritt wegen der Verjährung der Gewährleistungsansprüche nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, auf die sich die Beklagte zu 1) zulässigerweise beruft, gemäß §§ 438 Abs. 4 Satz 1, 218 Abs. 1 BGB unwirksam war. 55

a) 56

Die Übergabe erfolgte am 23.01.2015, der Widerruf, der als Rücktrittserklärung ausgelegt werden könnte, am 07.09.2017. 57

Für den kaufrechtlichen Gewährleistungsanspruch des Klägers gilt grundsätzlich die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Hier ist die Verjährung in den AGB auf 1 Jahr verkürzt, was im Gebrauchtwagengeschäft auch gegenüber einem Verbraucher zulässig ist, § 475 BGB aF. Darauf kommt es jedoch letztlich genauso wenig an, wie auf die verweigerte Reparatur, da bereits bei der Reparatur des AGR-Ventils im März 2017 die zwei Jahre verstrichen waren. 58

Eventuelle Ansprüche aus der Garantiever sicherung bestanden bei Ausübung des Rücktritts ebenso wenig, wie bei Durchführung der Reparatur am AGR-Ventil, da diese gemäß der Anmeldung vom 15.01.2015 lediglich eine Laufzeit von 12 Monaten hatte. 59

b) 60

Insbesondere kommt vorliegend gemäß § 438 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht hiervon abweichend die Regelverjährungsfrist von drei Jahren nach §§ 195, 199 BGB zur Anwendung. Denn die Voraussetzungen des § 438 Abs. 3 Satz 1 BGB liegen mangels arglistigen Verschweigens des geltend gemachten Mangels durch die Beklagte zu 1) und - weil der Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13 -, juris Rn. 31 mwN) - mangels Zurechnung eines arglistigen Verschweigens durch die Beklagte zu 2) (vgl. hierzu nur OLG München, Urteil vom 3. Juli 2019 - 3 U 4029/18 -, juris Rn. 37; OLG Köln, Beschluss vom 14. Juni 2018 - 5 U 82/17 - juris Rn. 8 ff. mwN; OLG Koblenz, Beschluss vom 27. September 2017 - 2 U 4/17 -, juris Rn. 35 mwN; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Mai 2017 - I-22 U 52/17 -, juris Rn. 12) nicht vor. Konkrete Anhaltspunkte für die Annahme, die Beklagte zu 1) habe von der manipulativen Software gewusst oder hätte davon wissen müssen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. 61

c) 62

Auch begann die Verjährungsfrist durch das Aufspielen des von der Beklagten zu 2) in Reaktion auf den Bescheid des KBA entwickelte Softwareupdates im September 2016 nicht neu zu laufen. 63

Zwar kann in einem Nachbesserungsversuch eines Verkäufers im Einzelfall ein konkludentes Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB liegen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. August 2012 - VII ZR 155/10 -, juris Rn. 12 mwN; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22. Januar 2018 - 9 U 83/16 -, juris Rn. 22 mwN). Maßgeblich ist dabei, ob der Auftragnehmer aus der Sicht des Auftraggebers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Nachbesserung verpflichtet zu sein (BGH, aaO mwN). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Streitfall indes nicht erfüllt. Denn die Beklagten haben das Vorliegen eines Mangels stets bestritten und damit das Softwareupdate aus der Sicht des Klägers nicht in dem Bewusstsein aufgespielt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. So führt er selbst aus, die Beklagten hätten das Update ausdrücklich nicht als Nachbesserung, sondern Wahrnehmung unternehmenspolitischer Verantwortung bezeichnet (Bl. 264 d.A.).

d) 65

Soweit sich der Kläger bezüglich der Verjährung auf die vom BGH entwickelten Grundsätze der Sekundärhaftung beruft, ist eine Übertragung dieser für die Haftung des Architekten entwickelten Rechtsprechung auf die Beklagte zu 1) als Vertragshändlerin mangels vergleichbarer Interessenlagen nicht tunlich. 66

Anknüpfungspunkt für die Sekundärhaftung des Architekten ist dessen Sachwalterstellung im Rahmen des übernommenen Aufgabenkreises. Dem umfassend beauftragten Architekten obliegt im Rahmen seiner Betreuungsaufgaben nicht nur die Wahrung der Auftraggeberrechte gegenüber dem Bauunternehmer, sondern auch und zunächst die objektive Klärung von Mängelursachen, selbst wenn zu diesen eigene Planungs- oder Aufsichtsfehler gehören. Die dem Architekten vom Bauherrn eingeräumte Vertrauensstellung gebietet es, diesem im Laufe der Mängelursachenprüfung auch Mängel des eigenen Architektenwerks zu offenbaren, so dass der Bauherr seine Auftraggeberrechte auch gegen den Architekten rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung wahrnehmen kann (BGH, Urteil vom 10. 12. 2009 - VII ZR 42/08, NZG 2010, 146, beck-online, Rn. 28). Dies wendet der BGH auch auf Rechtsanwälte und Steuerberater an, die aufgrund ihrer überlegenen Kenntnisse verpflichtet sein sollen, den Mandanten auch auf mögliche eigene Fehler und drohende Verjährung hinzuweisen (BGH aaO Rn. 30). 67

Eine Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf Vertragshändler ist nicht geboten. Zwar läuft auch die kaufrechtliche Verjährungsfrist kenntnisunabhängig, eine umfassende technische Überwachungs- und Beratungspflicht trifft den Verkäufer hingegen selbst bei Abschluss einer selbständigen Garantie nicht. Diese begründet lediglich eine Einstandspflicht für innerhalb der Garantiezeit auftretende Mängel. Zudem würde eine Hinweispflicht der Beklagten zu 1) die Kenntnis von dem Mangel voraussetzen, die nicht vorlag. 68

3. 69

Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 2) einen Anspruch aus § 826 BGB auf Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises unter Anrechnung einer Entschädigung für die Nutzung des Fahrzeugs. 70

a) 71

Die Beklagte hat den Kläger konkludent getäuscht, indem sie das Fahrzeug mit der manipulierten Motorsteuerungssoftware in Verkehr brachte. 72

73

Mit dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs gibt ein Hersteller nämlich konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz dieses Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist, d.h. insbesondere, dass das Fahrzeug über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt (OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 – 13 U 149/18 –, Rn. 45, juris). Dass ist nicht der Fall, wenn die Betriebserlaubnis zwar formal erteilt ist, aber der Hersteller diese durch eine Manipulation erschlichen hat und das Fahrzeug tatsächlich den einzuhaltenden Vorschriften nicht entspricht. Denn auch nach Erteilung einer formell wirksamen EG-Typengenehmigung, kann gemäß § 25 Abs. 2 EG-FGV die Zulassungsbehörde eine Nebenbestimmungen zur EG-Typengenehmigung anordnen oder gemäß § 25 Abs. 3 EG-FGV die EG-Typengenehmigung ganz oder teilweise widerrufen, wenn ein Fahrzeug nicht die materiellen Voraussetzungen für den genehmigten Typ einhält.

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-Typengenehmigung entzogen oder mit Nebenbestimmungen versehen, entspricht das Fahrzeug - im Fall der Nebenbestimmung: bis zur Nachrüstung - keinem genehmigten Typ mehr. Die Zulassungsbehörde kann dem Eigentümer oder Halter dann gemäß § 5 Abs. 1 FZV eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen (OLG Hamm aaO Rn 48; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019, 13 U 142/18, Juris Rz. 12). 74

Entgegen dieser konkludenten Erklärung der Beklagten zu 2) verfügte das vom Kläger erworbene Fahrzeug nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis. Die installierte Motorsteuerungssoftware enthielt mit der "Umschaltlogik" eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007. Insoweit schließt sich der Senat der rechtlichen Einordnung als unzulässige Abschalteinrichtung im Beschluss des BGH vom 8. Januar 2019, VIII ZR 225/17 (Juris Rz. 5 ff.) an. Da die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer EG-Typengenehmigung nicht vorlagen, drohte bereits bei Vertragsschluss zumindest der Erlass von Nebenbestimmungen zur Typengenehmigung und im Falle von deren nicht rechtzeitiger Umsetzung letztlich die Betriebsuntersagung für das Fahrzeug. Auch das KBA geht in seinem Bescheid, den die Beklagte zu 2) hat rechtskräftig werden lassen, von einer unzulässigen Abschalteinrichtung aus. 75

b) 76

Durch diese Täuschung hat der Kläger einen Vermögensschaden erlitten, der in dem Abschluss des Kaufvertrages liegt. 77

Der Schaden des irre geführten Käufers liegt in der Belastung mit der ungewollten Verbindlichkeit, nicht erst in dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteilen. Allein maßgebend ist, 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 28.10.2014 – VI ZR 15/14, juris Rn. 16 ff.). 78

Beide Voraussetzungen waren im - maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses gegeben, weil vorliegend wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung die Entziehung der EG-Typengenehmigung drohte 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 79

Fahrzeugs gefährdenden Mangels war der Hauptzweck des Fahrzeugs, dieses im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, bereits vor einer tatsächlichen Stilllegung unmittelbar gefährdet. Denn wird die EG-Typgenehmigung entzogen, droht die Stilllegung, werden Nebenbestimmungen angeordnet, ist die fortdauernde Nutzbarkeit von einer Nachrüstung des Fahrzeugs durch den Hersteller abhängig (OLG Hamm aaO Rn. 51, OLG Karlsruhe aaO Rn. 19).

Der Schaden entfällt nicht – wie das Landgericht annimmt – durch die später durchgeführte Installation des von der Beklagten zu 2) zur Erfüllung der vom Kraftfahrt-Bundesamt angeordneten Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung entwickelten Software-Updates. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Schaden eingetreten ist, kommt es allein auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses an. Das Update ist insoweit nicht zu berücksichtigen und rechtlich lediglich als Angebot zur Verhinderung weiterer Nachteile zu bewerten (OLG Hamm aaO Rn. 52, OLG Karlsruhe aaO Rn. 20). 80

c) 81

Dieser Schaden beruht auch kausal auf der von der Beklagten zu 2) verübten Täuschung. 82

Hierbei kommt es nicht auf die Vorstellungen des Klägers als Käufer von der Einhaltung der Euro 5 Grenzwerte oder der Umweltfreundlichkeit des Fahrzeugs an. Maßgeblich ist, dass der Käufer eines für die Nutzung im Straßenverkehr bestimmten Pkw, allgemein davon ausgeht, dieser habe die erforderliche Typengenehmigung regulär und nicht durch eine den Zulassungsbehörden verheimlichte Manipulation erhalten. Der Käufer erwartet eben keine späteren Unsicherheiten in Bezug auf die Zulassung seines Fahrzeuges zum Straßenverkehr aufgrund einer Täuschung der Beklagten zu 2). 83

Der Senat ist aufgrund des unstreitigen Erwerbs des Fahrzeugs durch den Kläger zum Zwecke der Nutzung im Straßenverkehr davon überzeugt, dass der Kläger entsprechende Vorstellung einer auf zutreffender tatsächlicher Grundlage erfolgter Genehmigungen hatte und nicht etwa annahm, die Beklagte zu 2) habe die Genehmigungen im Wege verheimlichter Manipulationen erwirkt und hoffte, diesen würden nicht entdeckt. (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 29.04.2019, Az. 16 U 30/19, juris Rn. 17; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.11.2019 - 14 U 89/19, BeckRS 2019, 30073, beck-online Rn. 40). 84

Im Falle einer vorsätzlichen und sittenwidrigen Täuschung sind die zudem die für § 123 BGB aufgestellten Grundsätze zum Nachweis der Kausalität entsprechend heranzuziehen. Danach reicht Mitursächlichkeit der Täuschung, so dass die durch Täuschung hervorgerufene Fehlvorstellung nicht das einzige die angefochtene Erklärung bestimmende Moment gewesen sein muss. Insoweit genügt für das Eingreifen eines Beweis des ersten Anscheins, dass der Geschädigte Umstände dartut, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein können, und die vorsätzliche Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entschließung auszuüben pflegt (OLG Köln, Urteil vom 06.09.2019 - 19 U 51/19, BeckRS 2019, 22423, beck-online). 85

So ist hier nach allgemeiner Lebenserfahrung naheliegend, dass der Kläger ein mangelbehaftetes Fahrzeug nicht zum ungeminderten Neupreis erworben hätte. 86

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 87

erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis zur Stilllegung des betroffenen Fahrzeugs drohen. Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich der Erwerb zur Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr (OLG Hamm, aaO Rn. 62).

Insoweit hat die Beklagte zu 2) schon nicht dargelegt, dass der Kläger den Kauf des Fahrzeugs auch in Kenntnis der Manipulation vorgenommen haben würde. Ein nachvollziehbarer Grund, etwa die Nutzung außerhalb des Straßenverkehrs oder der geplante Export des Wagens sind weder vorgetragen noch ersichtlich. 88

d) 89

Diese Täuschungshandlung ist auch sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB. 90

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (st. Rspr., BGH, Urteil vom 28.6.2016 – VI ZR 536/15, juris Rn. 16). Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, a. a. O., Rn. 16 f.). 91

Nach diesem Maßstab liegt ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2) vor. 92

Als Beweggrund für das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs kommt vorliegend allein eine angestrebte Kostensenkung und Gewinnmaximierung durch hohe Absatzzahlen in Betracht. Zum einen erscheint es lebensfremd, dass die Beklagte das mit der Verwendung der Abschaltsoftware verbundene erhebliche Risiko ohne wirtschaftlichen Vorteil eingegangen wäre (so auch OLG Köln, Beschluss vom 16.7.2018 – 27 U 10/18, juris Rn. 20; OLG Hamm aaO Rn. 37; OLG Karlsruhe, aaO, Rn. 31), zum anderen trägt die Beklagte selbst keinen anderen Grund vor. 93

Zwar ist allein ein Handeln mit Gewinnstreben nicht als verwerflich zu anzusehen, zu berücksichtigen ist hier aber das Ausmaß der Täuschung, nämlich der systematische Einsatz der unzulässigen Abschalteinrichtung in einem Motortyp, der in einer großen Anzahl von Fahrzeugen verschiedener Marken des Konzerns eingesetzt wurde, woraus eine entsprechend hohen Zahl getäuschter Käufer resultiert. In den Blick zu nehmen sind neben den Folgen für die Kunden, denen die Stilllegung ihrer Fahrzeuge drohte auch die Auswirkungen für die Umwelt, durch den erhöhten Stickstoffoxidausstoß. Letztlich erfolgte die Täuschung auch vorsätzlich, was in der Gesamtschau mit den zuvor dargestellten Erwägungen die Annahme besonderer Verwerflichkeit begründet. 94

e) 95

Die subjektiven Voraussetzungen des § 826 BGB liegen vor, denn die Beklagte kannte die Umstände, welche die Sittenwidrigkeit begründen und handelte mit Schädigungsvorsatz. 96

Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Es genügt dabei bedingter Vorsatz hinsichtlich der für 97

möglich gehaltenen Schadensfolgen. Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 78. Aufl., § 826 Rz. 8).

Da es sich bei der Beklagten zu 2) um eine juristische Person handelt ist für eine Haftung aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB erforderlich, 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 Rz. 13). 98

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 Rz. 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 Rz. 10). 99

Steht der Anspruchsteller - wie der Kläger - vollständig außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs, dann genügt es, die allgemeine Behauptung des Anspruchstellers ausreichen zu lassen und auf eine weitere Substantiierung zu verzichten. So liegt es jedenfalls dann, wenn konkrete Anhaltspunkte für diese Behauptung bestehen (vgl. OLG Hamm aaO Rn. 72). 100

Der Kläger behauptet, der damalige Vorstandsvorsitzende Y müsse angesichts der Tragweite der Entscheidung und der erforderlichen Abstimmung mit dem Zulieferer C bewusst die Entscheidung für den Einsatz der Software getroffen haben und verweist im Übrigen auf strafrechtliche Ermittlungen gegen Vorstandmitglieder und Mitarbeiter der Aggregatsentwicklung. 101

Bei dieser Sachlage genügt der Vortrag des Klägers zur Kenntnis des Vorstandes und zur Veranlassung des Einsatzes der Software. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass verfassungsmäßig bestellte Vertreter nicht nur Mitglieder des Vorstandes, sondern auch Personen sind, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des "Vertreters" in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (OLG Karlsruhe aaO Rn. 47 mwN). 102

Hierbei ist es mit der ganz überwiegenden Rechtsprechung als fernliegend anzusehen, 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, dass die Entscheidung für eine greifbar rechtswidrige Software ohne Einbindung des Vorstands oder eines verfassungsmäßig bestellten Vertreters erfolgt und lediglich einem Verhaltensexzess 103

untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte. Dies gilt erst Recht vor dem Hintergrund der außergewöhnlichen Risiken der Strategieentscheidung für den gesamten Konzern und der massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen. Bei einem unterordneten Konstrukteur würde in Anbetracht der arbeitsrechtlichen und strafrechtlichen Risiken kein annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenüber gestanden haben (OLG Hamm aaO Rn 73; OLG Stuttgart aaO Rn. 59; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.9.2019 – 10 U 11/19, ZVertriebsR 2019, 362, beck-online, Rn. 63; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 - 5 U 1318/18, Rn. 53 - BeckRS 2019, 11148; OLG Karlsruhe, aaO, Rn 56; OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018 - 27 U 10/18, Rn. 26 - juris). Mit den zitierten Entscheidungen, geht der Senat davon aus, 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 gehandelt hat.

Folge der sekundären Darlegungslast ist zum einen, dass der Anspruchsgegner sich nicht mit 104 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.

Danach wäre es Sache der Beklagten zu 2) gewesen, durch konkreten Tatsachenvortrag 105 Umstände darzulegen, aufgrund derer eine Kenntnis des Vorstands oder sonstigen Repräsentanten ausscheidet. Dies hätte vorliegend konkret die Benennung derjenigen Personen im Unternehmen notwendig gemacht, die die Entwicklung der streitgegenständlichen Softwarefunktion beauftragt bzw. welche diese bei einem Zulieferer bestellt haben sowie die Darstellung der üblichen Abläufe bei einer solchen Beauftragung und der Organisation von Entscheidungen solcher Tragweite. Sofern die Beklagte sich dann auf einen Handlungsexzess eines untergeordneten Mitarbeiters hätte berufen wollen, hätte sie Umstände vortragen müssen, die geeignet gewesen wären, einen solchen Ablauf ohne Kenntnis weiterer insbesondere leitender Mitarbeiter hinreichend wahrscheinlich erscheinen zu lassen.

Diesen Anforderungen genügt das Bestreiten der Beklagten nicht. Ihr Vortrag erschöpft sich 106 im Wesentlichen darin vorzutragen, dass nach dem derzeitigen Stand der internen Ermittlungen, die noch nicht abgeschlossen seien, keine Erkenntnisse für eine Beteiligung einzelner Vorstandsmitglieder im Sinne des Aktienrechts an der Entwicklung und Verwendung der Software oder Kenntnis hiervon vorhandenen seien. Konkreter Vortrag zu den Ergebnissen der internen Ermittlungen fehlt vollständig. Angesichts des Zeitablaufs wäre auch bei umfangreichen Ermittlungen anzunehmen, die Beklagte zu 2) sei in die Lage versetzt, zu den Abläufen konkret vorzutragen und nicht lediglich eine Kenntnis der Vorstände zu negieren.

Die Kenntnis einer entweder der Unternehmensleitung angehörenden Person oder eines 107 sonstigen Repräsentanten von der serienmäßigen rechtswidrigen Verwendung der Software schließt zwangsläufig die Billigung der Schädigung sämtlicher Erst- und Folgeerwerber der damit ausgestatteten Fahrzeuge ein. Auch die maßgeblichen Umstände für die Bewertung dieses Vorgehens als sittenwidrig sind bei dieser Sachlage der entscheidenden Person bekannt gewesen (OLG Hamm aaO Rn 79, OLG Karlsruhe aaO Rn 67).

f) 108

109

Der Schadensersatzanspruch scheitert - entgegen den Ausführungen der Beklagten zu 2) unter Bezugnahme auf OLG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019 - 7 U 134/17 (BeckRS 2019, 2737, beck-online, Rn 172 ff) - nicht aufgrund des Schutzzwecks des § 826 BGB.

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. 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. 110

Durch die Produktion und das Inverkehrbringen des Motors mit der manipulierten Software ist aber gerade der jeweilige Käufer durch den ungewollten Vertragsschluss in sittenwidriger Weise geschädigt. Abzustellen ist hier nicht auf einen Verstoß gegen europäische Zulassungsbestimmungen, denen keine individualschützender Charakter zukommt, sondern die Täuschung des Klägers über die manipulativ erlangte Typenzulassung und die damit fehlende Eignung zum Gebrauch aufgrund latent drohender Betriebsuntersagung. Gerade dieses sittenwidrige Verhalten war also ursächlich für den Schaden in Gestalt des so nicht gewollten Vertrages. 111

g) 112

Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses (Palandt-Sprau, BGB, 78. Aufl., § 826 Rz. 15). 113

Auf der Rechtsfolgenseite kann der Kläger also verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn er das streitgegenständliche Fahrzeug nicht erworben hätte. Er kann daher die Rückzahlung des Kaufpreises unter Anrechnung der von ihm gezogenen Nutzungen verlangen. 114

Grundsätzlich hat die Beklagte dem Kläger also den Kaufpreis in Höhe von 14.880 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu erstatten, wobei der Kläger sich gem. § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Vorteilsausgleichung die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen muss. Dieser gleichartige Anspruch ist automatisch zu saldieren. 115

Den Wert der durch den Gebrauch des Kraftfahrzeugs gezogenen Nutzungen schätzt der Senat nach der Methode des linearen Wertschwundes entsprechend § 287 ZPO auf 5.748 EUR. Die zeitanteilige lineare Wertminderung ist im Vergleich zwischen tatsächlichem Gebrauch und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer, ausgehend vom Bruttokaufpreis im Wege der Schätzung zu ermitteln. Dabei ist Anknüpfungspunkt der gezahlte Bruttokaufpreis, der den Nutzungswert des Fahrzeugs verkörpert. Die im Einzelfall unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtfahrlaufleistung stellt den Gesamtgebrauchswert dar. Zu vergüten sind die Gebrauchsvorteile bei der Rückgabe des Fahrzeugs (Reinking / Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020, Rn. 1162). 116

Der Kilometerstand im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung betrug 194.151 km. Der Senat nimmt eine übliche Gesamtlaufleistung für Fahrzeuge mit dem 2,0 l Dieselmotor EA 189 von 300.000 km an. Nach der Rechtsprechung ist aufgrund der heutigen Fertigungsqualität eine Laufleistung von 250.000 bis 300.000 km zu erwarten. Anders als in der zitierten 117

Entscheidung des OLG Hamm ist das streitgegenständliche Fahrzeug nicht mit dem 1,6 l, sondern dem größeren 2,0 l Dieselmotor ausgestattet, für den eine höhere Gesamtleistung anzunehmen ist (vgl. insoweit auch OLG Koblenz, Urteil vom 12.6.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237, beck-online; OLG Naumburg, Urteil vom 27.09.2019 – 7 U 24/19, BeckRS 2019, 24547, beck-online).

Auf dieser Grundlage ergibt sich abzüglich der Laufleistung bei Übergabe eine zu erwartende Restlaufleistung von 172.479 km. In der Besitzzeit des Klägers hat das Fahrzeug bei einer Laufleistung von 194.151 km im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung 66.630 km zurückgelegt 118

Im Einzelnen berechnet sich der Nutzungsvorteil daher nach der Multiplikation des Bruttokaufpreises, hier 14.880 EUR, mit der zurückgelegten Fahrstrecke von 66.630 km, geteilt durch die im Kaufzeitpunkt zu erwartende Restlaufleistung von 172.479 km. Das ergibt eine Nutzungsentschädigung von 5.748 EUR. Somit verbleibt ein Anspruch auf Zahlung von 9.132 EUR. 119

Darüberhinaus hat der Kläger einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Austausch des AGR-Ventils von 660,28 EUR. 120

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit ist der Geschädigte wirtschaftlich möglichst so zu stellen, wie er ohne das schadensstiftende Ereignis stünde (vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 15/14 -, juris Rn. 25 mwN). Ohne die schädigende Handlung der Beklagten zu 2) hätte der Kläger - mangels Erwerbs des Fahrzeugs - keine der Erhaltung oder Wiederherstellung dienenden erforderlichen Aufwendungen (wie z.B. Kosten für Inspektionen und Kosten für erforderliche Reparaturen) auf das hier in Streit stehende Fahrzeug tätigen müssen. 121

Erstattungsfähig sind die Kosten der Reparatur am AGR Ventils von 660,28 €, unabhängig von der Frage, ob der Defekt durch das Update ausgelöst wurde. Diese hätte der Kläger ohne den Vertrag nicht aufwenden müssen. Hierfür spricht auch, dass sich eine vergleichbare Wertung ebenso für eine Rückabwicklung gem. § 346 BGB ergäbe, bei der die Reparaturkosten gem. § 347 Abs. 2 S. 1 BGB als notwendige Verwendungen erstattungsfähig wären. 122

Grundsätzlich sind Finanzierungskosten Teil des erstattungsfähigen Schadens. Hierzu zählen jedoch nicht die vom Kläger geltend gemachten Kosten für die Kreditversicherung von 709,84 EUR. Jedenfalls steht diesen der vom Kläger genutzte Vorteil gegenüber der anzurechnen ist und mit Ablauf der Finanzierung die getätigten Aufwendungen vollständig aufzehrt. In dieser Zeit nutze der Kläger den Gegenwert, hier den Schutz der Versicherung, die im Fall seines Todes oder seiner Arbeitsunfähigkeit die Darlehensraten weiter gezahlt hätte. Aus den gleichen Gründen besteht kein Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Gebrauchtwagengarantie von 387,94 €. Zudem hätte der Kläger diese Beträge auch aufgebracht, wenn er den Kaufvertrag nicht geschlossen hätte, da er in diesem Fall nach seinem eigenen Vorbringen ein anderes Fahrzeug gekauft haben will. 123

Ein Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Inspektionskosten besteht ebenfalls nicht. Aufwendungen für laufende Inspektionen/Ölwechsel und den Austausch von Verschleißteilen haben anders als die für den Erwerb der Sache aufzuwendenden Beträge, nicht zu einer von der Beklagten auszugleichenden Vermögenseinbuße des Klägers geführt, weil sie (nicht anders als eine Tankfüllung) unmittelbar der ungestörten Nutzung des 124

Fahrzeuges dienen und diese Investitionen in den laufenden Betrieb des Fahrzeuges daher bereits durch die bestehende Nutzungsmöglichkeit aufgewogen werden (KG Berlin, Urteil vom 26. September 2019 – 4 U 77/18 –, Rn. 184, juris). Daher ist mit ähnlicher Argumentation mit der bei der Rückabwicklung ein Ersatz gem. § 347 Abs. 2 S. 1 BGB für Inspektionskosten überwiegend abgelehnt wird, hier ebenfalls ein Ersatzanspruch abzulehnen. Denn Kosten, die der Käufer für den Betrieb des Fahrzeugs aufwendet, fallen weder unter notwendige Verwendungen i. e. S. noch unter den gewöhnlichen Erhaltungsaufwand. Zu den Betriebskosten gehören z. B. die Kosten für Kraftstoff, Öle, Schmiermittel (Reinking / Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020, Rn. 1135). So auch OLG Koblenz ebenfalls zu § 826 BGB bei einem vom Abgasskandal betroffenen Fahrzeug, Urt. v. 16. 9. 2019 – 12 U 61/19 (r+s 2019, 657, beck-online).

h) 125

Der Kläger kann daneben nicht nochmals mit dem Antrag zu 4 die Kosten des Austauschs des AGR-Ventils beanspruchen, die bereits als Teil des Klageantrages zu 1 geltend gemacht wurden. 126

i) 127

Der Zinsanspruch folgt aus dem Gesichtspunkt des Verzugs gem. § 288 Abs. 1 BGB, der mit fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist zum 19.07.2017 eintrat. Dies allerdings nur bezüglich der vom Kläger zu diesem Zeitpunkt vor dem Hintergrund der laufenden Finanzierung geltend gemachten 6.966,60 €. Hinsichtlich des restlichen Kaufpreises sowie der Kosten für den Austausch des AGR-Ventils stehen dem Kläger Zinsen erst ab Rechtshängigkeit gemäß § 291 BGB zu. 128

4. 129

Auch der Feststellungsantrag ist begründet. Die Beklagte zu 2) befindet sich gem. § 293 BGB in Annahmeverzug. Der Kläger hat mit Schreiben vom 04.07.2017 den Schadensersatz unter Fristsetzung geltend gemacht und die Herausgabe des Fahrzeugs Zug um Zug gegen die Zahlung des anteiligen Kaufpreises angeboten. Leistungsort für die Rückgewähr des Fahrzeugs ist der Wohnsitz des Klägers. Letztlich liegt auch spätestens in der Klageschrift ein wörtliches Angebot auf Rückgabe. 130

5. 131

Der Kläger hat gegen die Beklagte zudem einen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 650,34 €. 132

Anders als vom Kläger ausgeführt ergibt sich dieser Anspruch nicht aus dem Gesichtspunkt des Verzugs, da die Beklagte zu 2) im Zeitpunkt des Tätigwerdens der Prozessbevollmächtigten noch gar nicht zur Rückzahlung aufgefordert worden war. Allerdings waren die Kosten zur Verfolgung des begründeten Schadensersatzanspruchs erforderlich und sind über §§ 826, 249 BGB erstattungsfähig. 133

Hierbei sind jedoch keine Gründe für die Überschreitung des Schwellenwertes von einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr erkennbar, da es sich hier aufgrund der massenhaft aufgetretenen und intensiv in Rechtsprechung und Lehre thematisierten Problematik und des sehr überschaubaren Sachverhalts eher um eine durchschnittlich schwierige und umfangreiche Angelegenheit handelt. 134

Dabei ist ausgehend von der berechtigten Forderung im Zeitpunkt des Tätigwerdens der Gegenstandswert zu ermitteln. Aus dem Anschreiben vom 04.07.2017 ergibt sich eine vor dem Hintergrund der damals noch laufenden Finanzierung und Anrechnung einer Nutzungsentschädigung erhobene Forderung von lediglich 7.354,54 EUR unter Einschluss der Kosten der Garantievericherung. Da diese Kosten nicht erstattungsfähig sind, ergibt sich ein berechtigter Gegenstandswert von bis zu 7.000 EUR und mithin erstattungsfähige Rechtsanwaltskosten von 650,34 EUR (405 EUR x 1,3 + 20 EUR zzgl. USt).	135
Der Zinsanspruch folgt insoweit aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB.	136
6.	137
Zudem hat der Kläger einen Anspruch auf Erstattung der für den Austausch der Batterie aufgewandten 100 €.	138
Zwar sind diese mit der Berufung klageerweiternd geltend gemachten Kosten nicht mehr im Vertrauen auf den Bestand des Vertrages getätigt worden, jedoch erforderlich gewesen um das ansonsten nicht mehr in Benutzung befindliche Fahrzeug auf einen anderen Stellplatz zu versetzen. Daher sind diese Kosten gemäß § 304 BGB als erforderliche Kosten des Erhalts und der Aufbewahrung während des Annahmeverzugs erstattungsfähig.	139
Der Betrag ist gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB ab Zustellung der Berufungsbegründung am 09.07.2019 zu verzinsen.	140
7.	141
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 101 ZPO. Hierbei war neben der Klageerhöhung in zweiter Instanz auch zu berücksichtigen, dass sich der Kläger in seinem Antrag zu 1b) bezüglich der Beklagten zu 2) die Nutzungsentschädigung anrechnet, im Antrag zu 1a) hinsichtlich der Beklagten zu 1) jedoch nicht.	142
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	143
8.	144
Zulassung Revision	145
Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO zuzulassen, weil die höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage einer Haftung der Beklagten zu 2) aus § 826 BGB grundsätzliche Bedeutung hat und in der obergerichtlichen Rechtsprechung, jedenfalls aufgrund der abweichenden Entscheidung des OLG Braunschweig nicht einheitlich beurteilt wird.	146