
Datum: 28.05.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 210/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0528.18U210.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 7 O 535/18

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 14.08.2019 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 17.862,61 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.02.2019 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des PKW mit der FIN A zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs mit der FIN A in Annahmeverzug befindet.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Hinsichtlich der Kosten erster Instanz verbleibt es bei der Kostenentscheidung des Landgerichts, die Kosten der Berufung hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die die Vollstreckung betreibende Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Frage, ob der Kläger von der Beklagten Schadensersatz verlangen kann, weil er ein von dieser hergestelltes Fahrzeug erworben hat, bei dem die von der Beklagten als „Umschaltlogik“ bezeichnete Software eingesetzt wurde.

Der Kläger erwarb am 20.07.2016 von einem Vertragshändler der Beklagten einen Audi B mit einem Kilometerstand von 115.962 zum Preis von 25.480,00 €. In der Folgezeit hat er dieses Fahrzeug genutzt und nutzt es auch heute noch. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat betrug der Kilometerstand ca. 171.000. Die weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien und der in erster Instanz gestellten Anträge ergeben sich aus dem Urteil des Landgerichts vom 14.08.2019 (Bl. 218 ff. d. A.).

Mit diesem Urteil, auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte im Wesentlichen zur Leistung von Schadensersatz gemäß § 826 BGB verurteilt. Der ausgeurteilte Schadensbetrag ergab sich daraus, dass das Landgericht von dem Kaufpreis im Wege der Vorteilsausgleichung einen nach der Formel Kaufpreis x Fahrleistung des Klägers : (250.000 km – Fahrleistung vor Erwerb) ermittelten Nutzungsvorteil in Höhe von 7.212,22 € abgezogen hat. Den darüber hinausgehenden Zahlungsantrag hat das Landgericht abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese ebenfalls form- und fristgerecht begründet.

Sie wiederholt und vertieft ihre bereits früher schon vertretene Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Kläger nicht vorlägen. Soweit in dem Erwerb des Fahrzeugs durch den Kläger überhaupt ein Schaden gesehen werden könne, sei dieser jedenfalls durch das zwischenzeitlich aufgespielte Software-Update entfallen. Im Hinblick darauf, dass der Kauf erst erfolgt sei, nachdem sie im Herbst 2015 im Rahmen einer ad hoc-Mitteilung die Öffentlichkeit über die Vorwürfe der Manipulation bei der Abgasmessung informiert gehabt habe, sei ihr jedenfalls von einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung nicht mehr auszugehen. Aufgrund der breiten öffentlichen Berichterstattung zu dieser Frage seit Herbst 2015 müsse zudem davon ausgegangen werden, dass der Kläger das Fahrzeug in Kenntnis des Problems erworben habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 14.08.2019 aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger verteidigt das Urteil des Landgerichts und beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Senat hat den Kläger gemäß § 141 ZPO in der mündlichen Verhandlung angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf die Sitzungsniederschrift vom 18.05.2020 (Bl. 434 ff. d. A.) Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg, nämlich wegen der durch die Fortnutzung des Fahrzeugs erforderlichen Neubewertung des auf den Schaden anzurechnenden Nutzungsvorteils.	14
1. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Leistung von Schadensersatz an den Kläger gemäß § 826 BGB verurteilt. Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 03.01.2019 in einem Parallelverfahren (18 U 70/18 – NJW-RR 2019, 984) dargelegt, dass und warum in dieser Fallkonstellation die Voraussetzungen des § 826 BGB gegeben sind. Diese Entscheidung ist den Parteien bekannt, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen hierauf verwiesen wird. Auch unter Berücksichtigung der in der Zwischenzeit erfolgten Rechtsprechung anderer Gerichte, der zu dieser Problematik veröffentlichten Literatur und der von der Beklagten hiergegen erhobenen Einwände hält der Senat hieran fest. Insbesondere das Urteil des OLG Braunschweig vom 19.02.2019 – 7 U 134/17 (ZIP 2019, 815; zust. Armbrüster, ZIP 2019, 837) gibt keinen Anlass, hiervon abzuweichen. Die darin vertretene Auffassung, der Schaden des Erwerbers eines solchen Fahrzeugs falle nicht in den Schutzbereich der verletzten Norm (a. a. O., Rn. 187f.), beruht auf einer verengten Betrachtung (ebenso Heese, JZ 2020, 178, 182). Es ist zwar zutreffend, dass der Schutzzweck der Abgasvorschriften, gegen die die Beklagte mit der von ihr euphemistisch als „Umschaltlogik“ bezeichneten Manipulation verstoßen hat, dem Schutz der Umwelt und nicht dem Schutz der Erwerber dient. Das Fehlverhalten der Beklagten beschränkt sich aber nicht hierauf, sondern besteht auch darin, dass sie diese Motoren in den Verkehr gebracht hat, ohne die Verbraucher darüber aufzuklären, dass sie ein Fahrzeug erwerben, bei dem die Gefahr besteht, dass aufgrund der erfolgten Manipulation die Betriebserlaubnis erlischt. Auch damit hat die Beklagte gegen eine ihr obliegende Verpflichtung verstoßen, und daran, dass der Schaden der Käufer gerade im Schutzbereich dieser Verpflichtung liegt, kann ernsthaft nicht gezweifelt werden.	15
Anlass zu weitergehenden Ausführungen besteht nur bezüglich der Fragen, worin der Schaden zu sehen ist und ob dieser durch das Aufspielen des Software-Updates wieder entfallen ist und ob der Umstand, dass der Kauf erst nach dem Bekanntwerden des „Diesel-Skandals“ und der diesbezüglichen ad hoc-Mitteilung der Beklagten Einfluss auf deren Haftung hat.	16
a) Der Senat hat in seiner vorstehend zitierten Entscheidung zum Schaden ausgeführt, dass der Schaden bereits im Abschluss des jeweiligen Kaufvertrages zu sehen ist:	17
„Der Schaden des Kl. besteht im vorliegenden Fall bereits in dem Erwerb des mit der manipulativ wirkenden Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Fahrzeugs, weil das erworbene Fahrzeug infolge der eingesetzten Software hinter den Vorstellungen des Kl. von der allgemein ordnungsgemäßen Ausrüstung des zu erwerbenden Pkw zurückblieb und sich dieses Zurückbleiben schon infolge der damit zunächst verbundenen Unsicherheiten für die Typengenehmigung und die Betriebszulassung nachteilig auf den Vermögenswert des Pkw auswirkte.“ (a. a. O., Rn 35; ebenso z. B. OLG Karlsruhe, Urteil vom 05.03.2019 – 13 U 142/18 -, ZIP 2019, 863, 865; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2019 – 17 U 44/19 -, SchlHA 2019, 473 Rn. 53)	18
Die hiergegen unter Bezugnahme auf von ihr eingeholte Rechtsgutachten von C vom 11.03.2019 und D vom 01.05.2019 (vgl. insoweit auch NZV 2019, 545) vorgebrachten Einwände sind letztlich nicht begründet.	19
Die Kritik an der vorstehend dargestellten Rechtsprechung beruht darauf, dass es für die Feststellung eines Schadens nicht ausreiche, dass ein Vertrag „ungewollt“ sei, weil der	20

Erwerber ein Fahrzeug mit der manipulierten Software nicht erwerben wollte. Vielmehr müsse sich der Nachteil des Erwerbers in dessen Vermögen niederschlagen (Weiler, NZV 2019, 546, 550f.). Selbst wenn man dem im Ansatz folgt, rechtfertigt dies nicht die Konsequenz, dass ein Schaden des Erwerbers durch den Abschluss des Vertrages nicht eingetreten sei. Schon in seiner o. a. Entscheidung hat der Senat wesentlich darauf abgestellt, dass sich die mit der Software-Manipulation verbundene Gefahr für die Betriebserlaubnis des Fahrzeugs negativ auf den Vermögenswert des Fahrzeugs auswirkt. Es kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass ein Fahrzeug, dem der Verlust der Betriebserlaubnis droht, auf dem Markt einen geringeren Wert hat als ein vergleichbares anderes Fahrzeug, dem diese Gefahr nicht droht. Damit stellt der Erwerb eines Fahrzeugs mit manipulierter Software keine vollständige Kompensation des dafür hingegebenen Kaufpreises dar.

An diesem Befund ändert sich auch nichts, wenn man kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche mit in die Schadensbetrachtung einbezieht (a. A. Weiler, a. a. O., S. 552 ff.). Ein etwa bestehender Anspruch auf Nacherfüllung stellt keine vollwertige Kompensation des mangelbedingten Minderwertes dar. Das ergibt sich bereits aus der Kontrollüberlegung, dass der Wiederverkauf eines mangelhaften Fahrzeugs bei gleichzeitiger Abtretung von Nacherfüllungsansprüchen nicht zum Einkaufspreis gelingen wird, weil jeder potentielle Erwerber einen Abschlag zur Abgeltung des Risikos der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs vornehmen wird. Selbst nach erfolgter Nachbesserung wird am Markt regelmäßig ein solcher Abschlag erfolgen, weil Unsicherheiten über die Folgewirkungen der Nachbesserung bestehen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Erwerber der Fahrzeuge vor 2016 überhaupt keinen realisierbaren Nachbesserungsanspruch hatten, weil die Beklagte auch heute noch die Mangelhaftigkeit der von ihr hergestellten Fahrzeuge in Abrede stellt und sich zur Entwicklung des Software-Updates erst unter dem Druck des Kraftfahrt-Bundesamtes bereit gefunden hat.

21

b) Aus dem Vorstehenden ergibt sich ohne weiteres, dass das Software-Update den Schaden nicht entfallen lässt. Liegt der Schaden bereits in dem Vertragsschluss und nicht erst – wie vom Senat zwischenzeitlich in Betracht gezogen – in der Gefahr des Erlöschens der Betriebserlaubnis, stellt das Aufspielen des Software-Updates keine Schadenskompensation dar (ebenso etwa OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 - 5 U 1318/18 -, NJW 2019, 2237 Rn. 79; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 - 13 U 149/18 - NJW-RR 2019, 1428 Rn. 52; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 - 13 U 37/19 -, BeckRS 2019, 27008 Rn. 122f.; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2019 - 17 U 44/19 -, SchlHA 2019, 473 Rn. 59). Dadurch entfällt zwar (wohl) die Gefahr des Erlöschens der Betriebserlaubnis, dies ändert aber nichts daran, dass der Käufer einen für ihn wirtschaftlich nachteiligen Vertrag abgeschlossen hat, den er ohne die vorsätzlich sittenwidrige Handlung der Beklagten nicht abgeschlossen hätte. Mit dem Abschluss dieses Vertrages entstand der Anspruch auf Schadensersatz in Form der Naturalrestitution, d. h. Rückabwicklung des Vertrages. Dieser einmal entstandene Anspruch kann sich nicht durch das von der Beklagten entwickelte Software-Update in einen anderen Anspruch, nämlich den auf Aufspielen des Software-Updates, umwandeln, weil sich dies gegenüber der Rückabwicklung des Vertrages als ein aliud darstellt. Dem Käufer steht es zwar frei, das Software-Update an Erfüllung statt (§ 364 BGB) anzunehmen, er ist hierzu jedoch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet. Sowohl die bestehenden Zweifel, ob das Software-Update nicht zu einem höheren Verschleiß und/oder Verbrauch führt, wie auch die Gefahr, dass auch nach einem Software-Update im Falle des Wiederverkaufs ein Wertverlust verbleibt, stellen hinreichende Gründe dar, eine solche Leistung an Erfüllung statt als nicht gleichwertig abzulehnen.

22

23

Das Aufspielen des Software-Updates ist im konkreten Fall auch nicht als Annahme dieser Leistung an Erfüllung statt anzusehen. Für die Annahme, es liege hierin eine Leistung an Erfüllung statt, fehlt es bei beiden Parteien an einem entsprechenden Willen. Die Bereitstellung des Software-Updates durch die Beklagte stellt schon kein entsprechendes Angebot der Beklagten dar. Diese leugnet weiterhin, dass sie überhaupt zum Schadensersatz verpflichtet ist. Damit stände die Annahme, sie biete den Käufern das Software-Update als Erfüllung des von ihr ja geleugneten Schadensersatzanspruchs an, in einem unauflösbaren Widerspruch. Vielmehr erfüllt die Beklagte durch die Bereitstellung des Software-Updates allein die ihr vom Kraftfahrt-Bundesamt gemäß § 25 Abs. 2 EG-FGV auferlegte Verpflichtung zur Bereitstellung dieses Software-Updates. Darüber hinaus fehlt es aber auch an einem entsprechenden Annahmewillen des Klägers. Dieser hat das Software-Update ersichtlich nur aufspielen lassen, um der ansonsten bestehenden Gefahr der Stilllegung des Fahrzeugs, auf dessen Nutzung er angewiesen ist, zu entgehen. Ein irgendwie gearteter Wille, die Beklagte aus der Haftung zu entlassen, war damit – auch aus Sicht der Beklagten – nicht verbunden.

2. Der Umstand, dass der Kläger sein Fahrzeug erst im Juli 2016, geraume Zeit nach Aufdeckung der Software-Manipulation erworben hat, steht der Haftung der Beklagten nicht entgegen. 24

a) Nach der Anhörung des Klägers hat der Senat keinen Grund davon auszugehen, dass dieser das Fahrzeug erworben hat, obwohl er wusste, dass es mit der sog. „Schummel-Software“ ausgestattet war, worin ein entsprechendes Einverständnis gesehen werden müsste. Der Kläger hat in seiner Anhörung eingeräumt, dass er schon vor dem Kauf des Fahrzeugs von den Vorwürfen gegen die Beklagte gehört hatte. Er hat jedoch durchaus überzeugend erläutert, dass ihm als langjährigem Audi-Kunden nicht klar gewesen sei, dass das 2016 erworbene Fahrzeug zwar von Audi hergestellt wurde, aber mit einem VW-Motor ausgestattet ist. Es mag zwar – jedenfalls im Nachhinein – durchaus naheliegend sein, aus der Zugehörigkeit der Audi AG zum Konzern der Beklagten den Schluss zu ziehen, dass auch deren Fahrzeuge von der Manipulations-Software betroffen sind. Es gibt jedoch keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger diesen Schluss auch tatsächlich gezogen hat. Die ihm insoweit allenfalls anzulastende Obliegenheitsverletzung reicht nicht aus, um von einem haftungsausschließenden Einverständnis des Klägers auszugehen. Auch die vom Kläger vorgelegten Unterlagen lassen nicht den Schluss zu, dass er vom Verkäufer, der als Vertragshändler der Beklagten entsprechend unterrichtet und nach deren Vortrag sogar zur Aufklärung der Kunden gehalten war, hierüber informiert worden ist. Der Umstand, dass die Beklagte die Angaben des Klägers mit Nichtwissen bestritten hat, hilft ihr nicht weiter, weil sie die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Kläger das Fahrzeug in Kenntnis des Mangels erworben hat. Dies folgt zumindest aus einer entsprechenden Anwendung der für § 442 BGB bestehenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. 25

b) Nach Auffassung des Senats entlastet es die Beklagte auch nicht, dass sie schon einige Monate vor dem hier in Rede stehenden Kauf im Rahmen einer ad hoc-Mitteilung über die gegen sie erhobenen Vorwürfe im Hinblick auf den Einsatz von Manipulations-Software berichtet hat. Dies allein reicht nicht aus, um den Vorwurf der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung entfallen zu lassen (ebenso OLG Oldenburg, Urteil vom 12.03.2020 – 14 U 105/19 -, Rn. 35; Petzold, NJW 2020, 1326, 1328 jew. M. w. N.). Die in der obergerichtlichen Rechtsprechung auch vertretene Gegenauffassung (z. B. OLG Stuttgart, Urteil vom 22.10.2019 – 10 U 199/19 -, NZV 2020, 196 Rn. 34 ff.) überzeugt den Senat nicht. Schon angesichts ihres eigenen bagatellisierenden Verhaltens – ein Mangel der Fahrzeuge aufgrund der euphemistisch als „Umschalt-Logik“ bezeichneten Manipulations-Software wird von der Beklagten immer noch geleugnet – konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, dass 26

die öffentliche Diskussion der Problematik, zu der sie selbst nur einen geringen Beitrag geleistet hat, dazu führen würde, dass alle potentiellen Käufer über die Reichweite des Einsatzes der zu beanstandenden Software informiert waren. Sie hat auch bei weitem nicht alles getan, was ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, um den Schadenseintritt durch den Erwerb eines Fahrzeugs in Unkenntnis der Ausstattung mit der Manipulations-Software zu verhindern. Hierzu wäre es vielmehr erforderlich gewesen, nicht nur ihr eigenes Händlernetz, sondern alle Halter/Eigentümer betroffener Fahrzeuge, die potentielle Verkäufer eines solchen Fahrzeugs sind, zu informieren. Der Umstand, dass diese später im Rahmen einer der Beklagten vom Kraftfahrtbundesamt aufgegebenen Rückrufaktion, angeschrieben und zur Durchführung eines Software-Updates aufgefordert worden sind, belegt, dass ein solches Vorgehen für die Beklagte möglich war. Dadurch wäre eine weitgehende Information gewährleistet gewesen, während die Beklagte es durch die von ihr praktizierte Informationspolitik letztlich – insbesondere beim Erwerb eines Fahrzeugs von einer Person, die nicht zum Kreis ihrer Vertragshändler gehört – dem Zufall überlassen hat, ob der jeweilige Käufer von der Ausstattung des jeweiligen Fahrzeugs mit der Manipulations-Software rechtzeitig, d. h. vor Abschluss des Vertrages Kenntnis erlangte. Sie hatte auch keinen Anlass darauf zu vertrauen, dass dies geschehen würde, sodass auch für die Zeit nach der ad hoc-Mitteilung immer noch zumindest von bedingtem Vorsatz auszugehen ist.

3. Als Schadensersatz kann der Kläger grundsätzlich die Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises Zug um Zug gegen die Übereignung des erworbenen Fahrzeugs verlangen. Auf den Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises muss er sich aus Gründen der schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung aber noch Wertersatz für die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen. Dieser beläuft sich auf 7.617,39 €, sodass ein Zahlungsanspruch in Höhe von (25.480,00 € - 7.617,39 € =) 17.862,61 € verbleibt. 27

a) Es ist ein allgemeiner schadensrechtlicher Grundsatz, dass der Nachteil des Geschädigten zwar voll kompensiert werden, er durch den Schadensersatz aber auch keinen über den Schadensausgleich hinausgehenden Vorteil erlangen soll. Das wäre aber der Fall, wenn er für die von ihm gezogenen Nutzungen keinen Wertersatz leisten müsste, weil er diese Nutzungen dann dauerhaft in seinem Vermögen behalten würde, ohne hierfür entsprechende Aufwendungen getätigt zu haben. Es gibt auch keine Gründe, von diesem Grundsatz in der vorliegenden Konstellation abzuweichen. 28

aa) Der im Schrifttum vertretenen Auffassung, die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung lägen in dieser Fallkonstellation nicht vor (zuletzt Staudinger, NJW 2020, 641; Klöhn, ZIP 2020, 341; von Mirbach, MDR 2020, 129) kann der Senat nicht folgen. Sie beruht teilweise auf der vom Senat schon nicht geteilten Prämisse (vgl. oben II.1.a)), bei dem hier in Rede stehenden Anspruch gehe es allein um den Schutz der Dispositionsfreiheit, unabhängig vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Nachteils. Wenn es aber auch hier darum geht, den Erwerber eines solchen Fahrzeugs vor einem wirtschaftlichen Schaden zu bewahren, ist es auch konsequent, die von ihm infolge des Vertragsschlusses gezogenen wirtschaftlichen Vorteile „abzuschöpfen“. Es ist auch nicht erkennbar, dass damit eine unzumutbare Belastung des Geschädigten einhergeht, muss er doch nur das herausgeben, was er an Nutzungsvorteilen gezogen hat. Eine Rechtfertigung dafür, dass ihm diese Nutzungsvorteile ohne eigene Aufwendungen verbleiben, kann der Senat nicht erkennen; wäre das Fahrzeug ordnungsgemäß gewesen, wäre dessen Abnutzung ja auch zu seinen Lasten gegangen. 29

Auch der Einwand, dass dem Erwerber die Nutzungen verbleiben müssten, weil nicht er, sondern die Beklagte in der fraglichen Zeit über das dafür hingegebene Kapital verfügen konnte, trägt nicht. Zum einen erlangt die Beklagte durch die Kaufpreiszahlung überhaupt 30

kein (weiteres) Kapital, wenn es sich – wie hier – um den Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs handelt. Zum anderen übersieht dies, dass der Nachteil der entgangenen Kapitalnutzung über § 849 BGB kompensiert wird (vgl. unten II.3.b)).

bb) Auch die für die Gegenauffassung angeführten europarechtlichen Erwägungen (vgl. zuletzt Bruns, NJW 2020, 508, 511) sind in diesem Zusammenhang ohne Relevanz. In Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH hat der Gesetzgeber zwar inzwischen in § 476 Abs. 3 S. 1 BGB geregelt, dass Nutzungsersatz im Falle der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache nicht geschuldet wird. Dahinter steht jedoch kein verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke. Diese Regelung gilt – wie auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – nur für kaufvertragliche Ansprüche von Verbrauchern; sie gilt schon nicht für Kaufverträge zwischen Verbrauchern oder zwischen Unternehmen. Schon dies spricht gegen eine Erstreckung auf das gegenüber jedermann gleichermaßen geltende Deliktsrecht. Zudem gilt sie auch nur im Falle der Nacherfüllung durch Nachlieferung, nicht aber im Falle des Rücktritts, bei dem der Verbraucher den gezahlten Kaufpreis zurück erhält, was wirtschaftlich mit dem hier in Rede stehenden Schadensersatzanspruch vergleichbar ist. Auch die Berufung auf den *effet utile* hilft an dieser Stelle nicht weiter, denn der Umstand, dass im Falle der deliktsrechtlichen Abwicklung über den Hersteller Nutzungsersatz geschuldet wird, ist in keiner Weise geeignet, einen Verbraucher davon abzuhalten, einen etwa bestehenden kaufrechtlichen Nachlieferungsanspruch gegen den Verkäufer geltend zu machen. 31

cc) Auch die teilweise in Erwägung gezogene Beschränkung des Nutzungsersatzanspruchs auf die Zeit bis zum Eintritt des Verzuges der Beklagten mit der Leistung von Schadensersatz (so OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 13.01.2020 – 15 U 190/19 –, NJW 2020, 546), weil es sich bei der Nutzung des Fahrzeugs nach diesem Zeitpunkt quasi um eine aufgedrängte Bereicherung handele, überzeugt den Senat nicht. Auch dieser Umstand ändert nichts daran, dass der Geschädigte durch die Nutzung des Fahrzeugs andere Aufwendungen erspart. 32

Die (möglicherweise) dahinter stehende Überlegung, dass der Schädiger durch eine verzögerliche Abwicklung des Schadens durch eine Reduzierung des Anspruchs infolge des Abzugs weiterer Nutzungsvorteile nicht profitieren soll, rechtfertigt ein anderes Ergebnis nicht. Sie beruhte wirtschaftlich auf einer verengten Betrachtungsweise, die allein auf die Schadensersatzleistung fokussiert ist. Insoweit würde ein bewusstes Verzögern der Anspruchsabwicklung zwar tatsächlich dazu führen, dass der zu leistende Schadensersatz geringer wird. Es würde dabei aber übersehen, dass im Gegenzug die Zinslast steigt, denn die Beklagte muss den zu leistenden Ersatzbetrag mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verzinsen. Es hängt dann vom Einzelfall ab, ob die Reduzierung des Ersatzbetrages den Nachteil durch die verlängerte Zinslaufzeit übersteigt. Selbst, wenn danach noch ein wirtschaftlicher Vorteil für die Beklagte verbleiben würde, würde dieser durch die im Falle der Verzögerung regelmäßig hinzukommenden Verfahrenskosten, die die Beklagte zumindest teilweise zu tragen hat, aufgezehrt, wenn nicht sogar überkompensiert. Bei der allein sinnvollen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung ist ein Vorteil für die Beklagte aus einer Verzögerung des Verfahrens schwerlich erkennbar. 33

Hinzu kommt noch, dass die für die Gegenauffassung herangezogenen Billigkeitserwägungen schon dann nicht greifen, wenn der Käufer mehr verlangt als ihm zusteht, nämlich Rückzahlung des Kaufpreises ohne Abzug von Nutzungsersatz, denn dann beruht die Verzögerung der Schadensabwicklung keineswegs allein auf dem Verhalten der Beklagten, sondern auch auf dem des Käufers. 34

b) Für die konkrete Berechnung der Nutzungsvorteile geht der Senat von folgender Formel aus: 35

Kaufpreis x Fahrleistung des Klägers 36

300.000 km – Fahrleistung vor Erwerb des Klägers. 37

Ausgangspunkt der Berechnung ist der vom jeweiligen Erwerber tatsächlich erbrachte Kaufpreis. Es besteht keine Veranlassung, von einem niedrigeren Betrag auszugehen, weil das Fahrzeug mit einem Mangel behaftet war. Dieser wirkt sich auf die Möglichkeit, das Fahrzeug seiner Bestimmung gemäß zu nutzen, nicht erkennbar aus. Zudem ist insoweit zu berücksichtigen, dass der Vorteil darin liegt, dass der Käufer die Abnutzung eines anderen, zum gleichen Preis erworbenen, aber mangelfreien Fahrzeugs erspart hat. 38

Der Senat geht davon aus, dass mit Dieselfahrzeugen regelmäßig eine Fahrleistung von 300.000 km erreicht wird, und legt diese seiner Schätzung (§ 287 ZPO) der Nutzungsvorteile zugrunde. Anhaltspunkt hierfür sind die vom Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten statistischen Daten. Danach hatten die Kraftfahrzeuge in der Bundesrepublik im Jahre 2019 ein durchschnittliches Alter von 9,5 Jahren, woraus sich schon ergibt, dass ein erheblicher Teil der Fahrzeuge deutlich älter ist. Erst ab einem Fahrzeugalter von 15 Jahren nimmt die Zahl der Kraftfahrzeuge deutlich ab (https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/Fahrzeugalter/fahrzeugalter_node.html). Die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Personenkraftwagen mit Dieselmotor lag 2018 bei 20.169 km/Jahr (https://www.kba.de/DE/Statistik/Kraftverkehr/VerkehrKilometer/verkehr_in_kilometern_node.html). Bei einer Nutzungsdauer von 15 Jahren und einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung von 20.000 km ergibt sich die vom Senat zugrunde gelegte Gesamtnutzung von 300.000 km. 39

Es ist nicht geboten, anstelle einer linearen Abschreibung des Kaufpreises über die gesamte Nutzungsdauer eine degressive Abschreibung entsprechend dem (Verkehrs-)Wertverlust vorzunehmen, wie das in einzelnen Entscheidungen des BGH als richtig angesehen wurde (Urteile vom 02.07.1962 – VIII ZR 12/61 -, NJW 1962, 1909, 1910 und vom 31.03.2006 – V ZR 51/05 -, NJW 2006, 1582 Rn. 13). Der – regelmäßig niedrigere – hypothetische Veräußerungswert eines mangelfreien Fahrzeugs im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung wäre nur dann ein sachgerechter Maßstab für die Bewertung der gezogenen Nutzungsvorteile, wenn auch von einer zeitnahen Veräußerung ausgegangen werden könnte. Bestände dagegen bei einem hypothetischen mangelfreien Fahrzeug ein Fortnutzungsinteresse, käme es auf diesen hypothetischen Veräußerungswert nicht an, sondern maßgeblich wäre – vergleichbar der Bewertung von Betriebsvermögen nach Liquidations- bzw. Fortführungswerten – der Fortnutzungswert, der sich durch die vom Senat praktizierte lineare Abschreibung des Kaufpreises auf die Nutzungsdauer sachgerecht erfassen lässt. Im Hinblick darauf, dass Erkenntnisse über Veräußerungsabsichten bezüglich eines hypothetischen mangelfreien Fahrzeugs weder vorgetragen noch dem Senat sonst bekannt geworden sind, kann er von diesen nicht ausgehen. 40

Auch der Auffassung, dass für die Berechnung der Nutzungsvorteile nicht vom gezahlten Kaufpreis, sondern vom mangelbedingten Minderwert des Fahrzeugs auszugehen sei (Fervers/Gsell NJW 2020, 1393, 1395 ff.) überzeugt den Senat nicht. Für den Nutzungsvorteil, den der Erwerber gezogen hat, nämlich die mit dem Fahrzeug zurückgelegte Distanz, kommt es ersichtlich nicht auf den Mangel des Fahrzeugs an. Fahrleistung und Fahrkomfort wären bei einem Fahrzeug ohne manipulierte Software nicht anders gewesen. Der Umstand, dass ein solches Fahrzeug weniger Emissionen verursacht hätte, führt nicht 41

dazu, dass dieses einen höheren Nutzwert gehabt hätte, denn der Nutzwert eines Fahrzeugs besteht in der Transportleistung und nicht in der Umweltbelastung.

Bei Gebrauchtfahrzeugen ist für die lineare Abschreibung des Kaufpreises allerdings nicht die Gesamtnutzungsdauer von 300.000 km zugrunde zu legen, sondern hiervon die Fahrleistung vor dem Erwerb des Klägers abzuziehen, weil sich ja der von ihm gezahlte Kaufpreis, dessen lineare Abschreibung Maßstab für die Ermittlung des Nutzungsersatzes ist, innerhalb der noch verbleibenden Restnutzungsdauer amortisieren muss. 42

c) Der Kläger hat mit dem Fahrzeug (171.000 km – 115.962 km =) 55.038 km zurückgelegt. Der Senat geht hierbei von der Angabe des Klägers zum aktuellen Kilometerstand in der mündlichen Verhandlung aus. Dieser ist trotz des Bestreitens seitens der Beklagten eine geeignete Grundlage für die vom Senat vorzunehmende Schätzung des Nutzungsvorteils. Die Angabe des Klägers passt zu der Nutzung des Fahrzeugs bis zum mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht. Damals betrug der Kilometerstand ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 02.08.2019 (Bl. 216 d. A.) unstreitig 161.899 km, was einer Nutzung durch den Kläger von (161.899 km – 115.962 km =) 45.937 km in einem Zeitraum von 36 Monaten ergibt. Das sind im Durchschnitt 1276 km/Monat. Seit der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht sind weitere neun Monate vergangen, was bei gleichmäßiger Fortnutzung zu einer Laufleistung von (1.276 km/Monat x 9 Monate =) 11.484 km geführt hätte, sodass der Kilometerstand jetzt (161.899 km + 11.484 km =) 173.383 km betrage würde. Die relativ geringfügige Differenz zwischen dem Ergebnis dieser „Hochrechnung“ und den Angaben des Klägers rechtfertigen es im Rahmen dieser Schätzung, die ohnehin nicht den Anspruch mathematischer Exaktheit erheben kann, nicht, von den Angaben des Klägers abzuweichen. 43

Auf der Grundlage dieser Fahrzeugnutzung ergibt sich nach der oben (II.3.b)) dargestellten Formel 44

25.480,00 € x 55.038 km 45

300.000 km – 115.899 km 46

ein Nutzungsvorteil in Höhe von 7.617,39 €. 47

4. Der Kläger hat Anspruch auf Verzinsung des Schadensersatzbetrages gemäß § 291 BGB ab dem 06.02.2019. 48

5. Der auf Feststellung des Annahmeverzuges gerichtete Antrag ist gerechtfertigt. Der Umstand, dass der Kläger als Voraussetzung für die Übereignung des Fahrzeugs mehr verlangt hat, als ihm nach den vorstehenden Darlegungen zusteht, ist in dieser Fallkonstellation unerheblich. Evident geht es dem Kläger bei der Formulierung des Prozessantrags darum, der Beklagten die Übereignung des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Zahlung des ihm zustehenden Geldbetrages anzubieten, um der Beklagten die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes zu nehmen und die Zwangsvollstreckung zu erleichtern (vgl. Grüneberg in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 298 Rn. 2; Niemeyer/König, NJW 2013, 3213, 3215). 49

III. 50

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 51

IV. 52

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil es schon im Hinblick auf die divergierenden obergerichtlichen Entscheidungen hinsichtlich der Voraussetzungen des § 826 BGB einer höchstrichterlichen Entscheidung bedarf.	53
V.	54
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 18.267,78 € festgesetzt.	55
