

Aktenzeichen:

8 U 1803/19

4 O 289/18 LG Mainz



Oberlandesgericht Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Hahn PartGmbH, Marcusallee 38,
28359 Bremen

gegen

1. Audi AG, vertreten durch d. Vorstand, Auto-Union-Str. 1, 85045 Ingolstadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Noerr LLP, Speditionstraße 1,
40221 Düsseldorf

2. Autohaus Scherer GmbH & Co. KG, vertreten durch d. Geschäftsführer, Robert-Koch-Straße 18, 55129 Mainz

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Merk, Schlarb & Partner Partner-
schaft mbB, Bosenheimer Straße 2 - 4,
55543 Bad Kreuznach

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Häger, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kranz und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Mannweiler auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15.05.2020 für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Einzelrichters der 4. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 06.09.2019, Az. 4 O 289/18, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
1. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin 48.785,85 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.01.2019 Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs Audi SQ5 3.0 TDI, FIN: _____ zu zahlen.
 2. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin weitere 2.056,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.01.2019 zu zahlen.
 3. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, die Klägerin von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.822,96 € freizustellen.
 4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1. mit der Rücknahme des Pkws der Klägerin, Audi SQ5 3.0 TDI, FIN: _____ in Annahmeverzug befindet.
 5. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1. verpflichtet ist, an die Klägerin Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Audi SQ5 3.0 TDI, FIN: _____ mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren.
 6. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.
- III. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen die Klägerin zu 60 % und die Beklagte zu 1. zu 40 % mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2., die die Klägerin trägt.
- IV. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- V. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Klägerin nimmt die Beklagten auf Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sogenannten Diesel-Abgasskandal aufgrund des Kaufs eines Gebrauchtwagenfahrzeugs in Anspruch. Die Beklagte zu 1. ist die Herstellerin und die Beklagte zu 2. die Verkäuferin des streitgegenständlichen Fahrzeugs

Der Klägerin kaufte am 22.04.2016 von der Beklagten zu 2., die ein Autohaus betreibt, einen Geländewagen Audi SQ5 3.0 TDI plus, FIN: zum Preis von 66.000 € mit einem Kilometerstand bei Übergabe von 9.900 km. Das Fahrzeug ist mit einem Sechszylinderturbodieselmotor mit einer Leistung von 340 PS ausgestattet und verfügt über eine wirksame EG-Typgenehmigung für die Emissionsklasse EU6 plus. Das Fahrzeug wurde an die Klägerin am 11.07.2016 ausgeliefert.

Die Klägerin finanzierte den Kaufpreis in Höhe von 52.000 € über ein Darlehen bei der Volkswagen Bank GmbH vom 22.04.2016 (Vertrags-Nr. 1054736215), das sie zwischenzeitlich zurückgezahlt hat.

Am 02.02.2017 schloss die Klägerin eine Neuwagengarantie für den streitgegenständlichen Pkw in Höhe von 1.293 € ab. Versicherer ist die Audi Versicherung Service GmbH.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 19.06.2018 forderte die Klägerin beide Beklagten unter Fristsetzung bis zum 11.07.2018 auf, ihr den Kaufpreis abzüglich gezogener Nutzungen Zug um Zug gegen Abtretung ihre Ansprüche aus dem mit der Volkswagen Bank GmbH abgeschlossenen Sicherungsvertrag zurückzuzahlen. Gegenüber der Beklagten zu 2. erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag und dessen Anfechtung.

Mit Schreiben vom Juli 2019 (Bl. 263 f. LG-GA) teilte die Beklagte zu 1. der Klägerin mit, dass aufgrund eines angeordneten Rückrufs des Kraftfahrt-Bundesamts (KBA) ein Software-Update am Motorsteuergerät des streitgegenständlichen Fahrzeugs vorgenommen werden müsse, da Unregelmäßigkeiten in der Motorsteuerungssoftware im Hinblick auf die Funktionsweise des Emissionsminderungssystems festgestellt worden seien. Auf die Nutzbarkeit oder die Sicherheit des Fahrzeugs habe dies keinen Einfluss. Nach Vornahme des Software-Updates würden alle im Hin-

blick auf Schadstoffemissionen geltenden Grenzwerte sowie die Emissionsgrenzwerte nach der Euro-6-Abgasnorm eingehalten werden. Bei Nichtteilnahme an der Rückrufaktion könne eine Betriebsuntersagung gemäß § 5 FZV drohen.

Das KBA gab das Software-Update der Beklagten zu 1. für die Fahrzeuge des streitgegenständlichen Typs mit Bestätigung vom 26.11.2018 frei und bestätigte, dass die technische Maßnahme keinen Einfluss auf den Kraftstoffverbrauch, die Co2-Emissionswerte, die Motorleistung, das maximale Drehmoment, Geräuschemissionen sowie die Dauerhaltbarkeit der emissionsmindernden Einrichtungen hat.

Mit Schreiben vom 22.04.2020 (Anlage BB 6) informierte das KBA die Klägerin, dass ihr Fahrzeug von einer Rückrufaktion betroffen sei, da in der Motorsteuergerät-Software eine unzulässige Abschaltvorrichtung installiert sei, die zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs entfernt werden müsse. Das KBA wies auf die Möglichkeit der Untersagung des weiteren Betriebs des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen gemäß § 5 Abs. 1 FZV hin.

Die Klage wurde der Beklagten zu 1. am 14.01.2019 zugestellt (Bl. 48 LG-GA).

Der Klägerin hat behauptet, das streitgegenständliche Fahrzeug sei mit einer unzulässigen Motorsteuerungssoftware gem Art. 5 Abs. 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet. Die schadstoffmindernde, sogenannte „schnelle Motoraufwärmfunktion“ springe nur im Prüfzyklus an, wodurch im realen Betrieb eine Stickstoffoxide(NOx)-Schadstoffminderung unterbleibe. Bei Kenntnis der Verwendung dieser unzulässigen Abschaltvorrichtung hätte sie den streitgegenständlichen Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Die Beklagte zu 1. habe als Produzentin des Motors vollen Einblick in ihre eigene Entwicklung gehabt und von Beginn an von der illegalen Abschaltvorrichtung gewusst und die Klägerin durch die Vorspiegelung zulässiger Emissionswerte getäuscht. Eine Nachbesserung sei der Klägerin wegen des manipulativen Verhaltens der Beklagten zu 1. sowie aufgrund der erheblichen Risiken, die mit einem Software-Update einhergingen, unzumutbar. Die Rechtsprechung zum EA 189-Motor – der unstreitig im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht verbaut ist – sei auf den vorliegenden Fall anwendbar.

Auch die Beklagte zu 2. habe die Klägerin über die unzulässigen Abschaltvorrichtung getäuscht. Zwar sei sie nicht Herstellerin des Motors und der Manipulationssoftware, allerdings bestehe für den Verkäufer eine abstrakte Aufklärungspflicht, weil er dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen habe, sowie aufgrund der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB und aus Treu und Glauben. Außerdem beruft sich die Klägerin gegenüber

der Beklagten zu 2. auf die Sachmängelgewährleistung.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte zu 1. deliktische Schadensersatzansprüche (Kaufpreis abzüglich Nutzungsentschädigung) geltend (**Klageantrag zu 1.**). Von der Beklagten zu 2. begehrt sie die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich Nutzungsentschädigung nach Rücktritt vom Kaufvertrag bzw. dessen Anfechtung (**Klageantrag zu 2.**). Weiter verlangt sie Ersatz der im Rahmen der Finanzierung des Kaufpreises gezahlten Zinsen (**Klageantrag zu 3.**), die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (**Klageantrag zu 4.**) sowie die Feststellung des Annahmeverzugs (**Klageantrag zu 5.**). Wegen derzeit noch nicht bekannter, aber möglicher Schäden, die infolge der Abschaltvorrichtung und/oder des Entfernens derselben mittels Software oder Umrüstung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mittels Hardware infolge entstehen könnten, beantragt die Klägerin die Feststellung weiterer Schadensersatzansprüche (**Klageantrag zu 6.**). Mit dem **Klageantrag zu 7.** fordert die Klägerin nach § 849 BGB die Verzinsung der durch den Abschluss des Kaufvertrages entzogenen anteiligen Kaufpreissumme in Höhe von 14.000 €. Schließlich begehrt die Klägerin Ersatz des für eine Neuwagengarantie nutzlos aufgewendeten Geldbetrages (**Klageantrag zu 8.**).

Der Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt:

1. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin 56.347,63 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Audi SQ5 3.0 TDI, FIN _____ zu zahlen.
2. Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an die Klägerin 56.347,63 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Audi SQ5 3.0 TDI, FIN _____ zu zahlen.
3. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin weitere 2.056,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
4. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, die Klägerin von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.399,99 € freizustellen.

5. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des Pkws der Klägerin Audi SQ5 3.0 TDI, FIN: _____ in Annahmeverzug befinden.

6. Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, an die Klägerin Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Audi SQ5 3.0 TDI, FIN: _____ mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren.

7. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin Zinsen in Höhe von 4 % aus 14.000 € vom 11.07.2016 bis Rechtshängigkeit zu zahlen.

8. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 1.293 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten haben eine Täuschung und ein sittenwidriges Handeln in Abrede gestellt, da die Software keine verbotene Abschaltvorrichtung enthalte. Die vom KBA monierte Konditionierung des Warmlaufmodus im Straßenbetrieb werde durch eine Anpassung der entsprechenden Steuerungssoftware geändert, wodurch nur der Anwendungsbereich einer bereits im Fahrzeug vorhandenen Funktion ausgeweitet werde. Dabei handele sich nicht – wie im Falle des Motors EA 189 – um einen Mechanismus in der Motorsteuerung, der den Prüfstand erkenne und die Stickoxide-Ausstoßwerte im Prüfstand gegenüber dem Straßenverkehr dadurch vermindere, dass er zwischen zwei dauerhaft verschiedenen Betriebsmodi der Abgasrückführung für den Prüfstand und für den Straßenbetrieb umschalte. Das KBA habe das Software-Update für das streitgegenständliche Fahrzeug mit Bestätigung vom 26.11.2018 freigegeben. Das streitgegenständliche Fahrzeug unterfalle der EU6 plus-Abgasnorm und erfülle diese auch. Der Klägerin sei kein Schaden entstanden, da das Fahrzeug weder in seiner Nutzbarkeit eingeschränkt noch im Wert gemindert sei. Es sei technisch sicher und fahrbereit und verfüge über alle erforderlichen Genehmigungen. Die Klägerin sei keinem Irrtum unterlegen, da sie sich bei ihrer Verkaufsentscheidung mit

dem Abgasverhalten und dem Stickoxidausstoß des Fahrzeugs nicht auseinandergesetzt habe. Die Beklagte zu 2. erhebt die Einrede der Verjährung, da das Fahrzeug an die Klägerin bereits am 11.07.2016 ausgeliefert worden und die Klage erst am 27.11.2018 eingegangen sei. Weder habe sie die Klägerin getäuscht noch sei das streitgegenständliche Fahrzeug mangelhaft. Sie könne als unabhängige Händlerin nicht mit der Herstellerin gleichgesetzt werden.

Mit Urteil vom 06.09.2019 (Bl. 273 ff. LG-GA), auf das zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstands Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Klägerin eine schuldhafte Pflichtverletzung der Beklagten zu 1. nicht hinreichend dargetan, sondern nur pauschal das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung behauptet habe. Eine Beweiserhebung würde unter diesen Umständen einen nicht zulässigen Ausforschungsbeweis darstellen. Auch im Falle des Vorliegens einer zu beanstandenden Abschaltvorrichtung würde es an einer sittenwidrigen Schädigung im Sinne von § 826 BGB fehlen, da zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs keine besondere Verwerflichkeit des Handelns der Beklagten zu 1. vorgelegen habe. Die Motoren des Volkswagen-Konzerns, zu dem auch die Beklagte zu 1. gehöre, stünden seit der Einräumung von Unregelmäßigkeiten im Herbst 2015 durch die Volkswagen AG in der Kritik. Ab diesem Zeitpunkt habe für die Kunden der Beklagten zu 1. die Möglichkeit bestanden, den Zusammenhang zu diesem Skandal zu erkennen und konkrete Nachfragen zu stellen. In Bezug auf Gebrauchtwagenkäufe ab Herbst 2015 liege daher kein besonders verwerfliches Verhalten des Volkswagen-Konzerns vor. Im Gegensatz zu den Motoren des Typs EA 189 sehe die im vorliegenden Fall verwendete Programmierung keine unterschiedlichen Betriebsmodi für den Fahrbetrieb und für den Prüfstand vor, sondern nur eine Motorwärmefunktion, die zu einer NOx-Schadstoffminderung führe. Entscheidend sei, dass eine bereits vorhandene, nicht ordnungsgemäß funktionierende Funktion ausgeweitet, aber keine neue Funktion geschaffen werde. Für einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB fehle es an der Bereicherungsabsicht, insbesondere an der Stoffgleichheit des erlangten Vorteils mit dem Schaden. Der klägerische Schaden sei lediglich eine mittelbare Folge des von der Beklagten zu 1. erstrebten Vermögensvorteils, da die Beklagte zu 2. als Händlerin dazwischen getreten sei. Auch eine Drittbereicherungsabsicht liege nicht vor, da es der Beklagten zu 1. nicht auf eine Bereicherung der Beklagten zu 2. angekommen sei.

Gegen die Beklagte zu 2. schieden Gewährleistungsansprüche aus, weil der ursprünglich bestehende Mangel durch das Aufspielen eines Software-Updates beseitigt werden könne und danach dem klägerischen Kraftfahrzeug keine Betriebsuntersagung mehr drohe. Ansprüche aus kaufrechtlicher Gewährleistung seien verjährt.

Dieses Urteil greift die Klägerin im Wege der Berufung an, mit der sie ihre erstinstanzlich gestellten Anträge vollumfänglich weiter verfolgt (Bl. 19 f. eAkte OLG). Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihren Sachvortrag erster Instanz. Wegen der Einzelheiten ihres zweitinstanzlichen Vorbringens wird auf die Berufungsbegründung vom 06.12.2019 (Bl. 19 ff. eAkte OLG) und den Schriftsatz vom 08.05.2020 (Bl. 125 f. eAkte OLG) Bezug genommen.

Die Beklagten beantragen, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen (Bl. 74, 87 eAkte OLG). Auf die Berufungserwiderung der Beklagten zu 1. vom 21.02.2020 (Bl. 86 ff. eAkte OLG) und der Beklagten zu 2. vom 24.02.2020 (Bl. 74 ff. eAkte OLG) wird Bezug genommen.

Für den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien einen Kilometerstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 85.564 km unstrittig gestellt.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist in Bezug auf die Beklagte zu 1. überwiegend begründet und in Bezug auf die Beklagte zu 2. unbegründet.

1.

Gegen die Beklagte zu 1. steht der Klägerin wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 826 i.V.m. § 31 BGB analog zu (**Klageantrag zu 1.**). Nach Anrechnung der von der Klägerin gezogenen Nutzungen ergibt sich der tenorierte Zahlungsanspruch Zug um Zug gegen die Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

Die Beklagte zu 1. hat die Klägerin in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise jedenfalls bedingt vorsätzlich geschädigt, weil sie ein Fahrzeug hergestellt und in Verkehr gebracht hat, dessen Motor mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist.

(a)

Bei der im Fahrzeug der Klägerin installierten, von der Beklagten zu 1. so genannten „schnellen Motoraufwärmfunktion“ handelt es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Repa-

ratur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171 vom 29. Juni 2007; nachfolgend: VO 715/2007/EG).

Nach Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG hat der Hersteller von ihm gefertigte Fahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die vorgegebenen Emissionsgrenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO 715/2007/EG) und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche erhebliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen erreicht wird (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO 715/2007/EG). Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollen verringern, strikt als unzulässig an, sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG) greifen. Eine „Abschaltvorrichtung“ ist nach Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingeleiteten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu ändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

Ausweislich des Rückrufs durch das KBA vom 23.01.2018 (Anlage K 4), der auch das streitgegenständliche Fahrzeug Audi 3.0 I Euro 6, Modell SQ5 betrifft, ist das Auto der Klägerin – auch wenn sich die technischen Strategien von Fahrzeugtyp zu Fahrzeugtyp leicht unterscheiden – im Ergebnis mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet, weil die schadstoffmindernde „schnelle Motoraufwärmfunktion“ bei diesem Fahrzeug nahezu nur im Prüfzyklus anspringt, während diese NO_x-Schadstoffminderung im realen Verkehr unterbleibt. Auch in dem Schreiben des KBA an die Klägerin vom 22.04.2020 (Anlage BB 6) wird als Grund für die Rückrufaktion angegeben, dass in der Motorsteuergerät-Software des streitgegenständlichen Fahrzeugs eine unzulässige Abschaltvorrichtung installiert sei, die zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs entfernt werden müsse. Gleichzeitig wird auf die Möglichkeit der Untersagung des weiteren Betriebs des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen gemäß § 5 Abs. 1 FZV hingewiesen.

Vor diesem Hintergrund ist Behauptung der Beklagten zu 1., es handele sich nicht um eine unzu-

lässige Abschaltvorrichtung widerlegt. Insoweit sieht der Senat es als unerheblich an, ob der Anwendungsbereich einer bereits im Fahrzeug vorhandenen Funktion ausgeweitet oder eine neue Funktion geschaffen wird, da diese Differenzierung nach den vorzitierten Vorschriften der VO 715/2007/EG nicht relevant ist, sondern es nur auf das Ergebnis einer Funktion (Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bei normalem Fahrzeugbetrieb) ankommt.

Wenn ein Pkw mit einer Software ausgerüstet ist, die einen speziellen Modus für den Prüfstandlauf sowie einen hiervon abweichenden Modus für den Realbetrieb vorsieht und hierdurch im Prüfzyklus verbesserte Stickoxidwerte generiert, und sich hierdurch das Fahrzeug als nicht vorschriftsmäßig nach der Fahrzeug-Zulassungsverordnung erweist, kann die zuständige Zulassungsbehörde dem Eigentümer oder Halter nach § 5 Abs. 1 FZV eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind Fahrzeuge, die mit einer nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen sind, auch dann "nicht vorschriftsmäßig" im Sinne von § 5 Abs. 1 FZV, wenn der Halter einer Aufforderung zur Entfernung der Abschaltvorrichtung mittels eines von der zuständigen Typgenehmigungsbehörde zugelassenen Software-Updates nicht Folge leistet, da ein solches Fahrzeug entgegen den in § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV normierten Zulassungsvoraussetzungen keinem genehmigten Typ (mehr) entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 08.01.2019 - VIII ZR 225/17 - juris). Diese Gefahr besteht für die Klägerin auch ganz konkret, wie der Bescheid des KBA vom 23.01.2018 und das Schreiben des KBA an die Klägerin vom 22.04.2020 belegen.

Soweit Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschaltvorrichtungen gestattet, liegen die hierfür erforderlichen (engen) Voraussetzungen nicht vor. Die vorgesehenen Ausnahmen kommen – nicht zuletzt aufgrund des in Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG ausdrücklich benannten Regelungszwecks dieser Vorschrift – von vornherein nicht in Betracht, wenn die betreffende Abschaltvorrichtung wie hier gerade dazu dient, bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen, um auf diese Weise die Einhaltung der (anderenfalls nicht erreichten) Emissionsgrenzwerte sicherzustellen. Aufgrund der beschriebenen Wirkungsweise der Software handelt es sich weder um eine Abschaltvorrichtung, die notwendig ist, um den Motor vor einer Beschädigung oder einem Unfall zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO 715/2007/EG), noch um eine Abschaltvorrichtung, die nicht länger arbeitet, als dies zum Anlassen des Motors erforderlich ist (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 b VO 715/2007/EG).

Das Inverkehrbringen eines Motors mit der streitgegenständlichen „schnellen Motoraufwärmfunktion“ unter bewusstem Verschweigen der (gesetzwidrigen) Softwareprogrammierung stellt, ebenso wie das Inverkehrbringen des hiermit ausgestatteten Fahrzeugs, eine konkludente Täuschung dar, da der Hersteller mit dem Inverkehrbringen durch schlüssiges Verhalten erklärt, der Einsatz des Fahrzeugs sei im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall, weil die „schnelle Motoraufwärmfunktion“ als verbotene Abschaltvorrichtung zu qualifizieren ist mit der Folge, dass der Widerruf der Typgenehmigung droht.

Ein Hersteller, der ein Kraftfahrzeug in Verkehr bringt, bringt jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck nicht nur im Straßenverkehr eingesetzt werden kann, sondern auch eingesetzt werden darf, das heißt über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei der Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typgenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen Kraftfahrtbundesamts erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht.

(b)

Das täuschende Vorgehen der Beklagten zu 1. zielte in verschiedene Richtungen:

Zum einen richtete sich die Täuschung gegen die Genehmigungsbehörde. Dieser wurde vorge spiegelt, das mit dem von ihr hergestellten Motor ausgestattete Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen. Deren Interessen vermag die Klägerin aber nicht wahrzunehmen.

Zum anderen resultiert aus den Täuschungen ein Eingriff in den freien Wettbewerb. Die Beklagte zu 1. verschaffte sich eine Stellung am Markt, die sie ohne das planmäßige Vorgehen nicht oder nur mit einem erheblichen Aufwand und nur zu anderen Preisen hätte erreichen können. Auch wenn die Klägerin kein Wettbewerber ist, so ist aber doch zu sehen, dass die Beklagte zu 1. damit nicht nur auf die Position von Wettbewerbern am Markt Einfluss genommen hat, sondern durch Einflussnahme auf den Wettbewerb, nämlich das Angebot eines Fahrzeugs, das sonst nicht oder nur zu einem erheblich höheren Preis zur Verfügung gestanden hätte, auch auf die Kaufentscheidung des Endverbrauchers.

Letztlich wurden also zwangsläufig auch die Endkunden getäuscht, die keinerlei Möglichkeit hatten, die Täuschung zu erkennen. Nach Auffassung des Senats ist es nicht erforderlich, dass sich der Kunde bewusst mit der Frage auseinandersetzt hat, welche genauen Kriterien für die Erteilung der Typgenehmigung erfüllt sein müssen. Wer ein Fahrzeug erwirbt, um dieses im Straßenverkehr zu verwenden, vertraut darauf, dass die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden, wovon die erteilte Typgenehmigung zeugt. Der Fahrzeugkäufer weiß, dass der Konstrukteur bzw. Hersteller eines Fahrzeugs bzw. des darin verbauten Motors kraft seiner Fachkenntnis ihm gegenüber zwangsläufig über einen Wissensvorsprung verfügt. Da der Endkunde einen Einblick in die technischen Vorgänge nicht haben kann, bringt er denjenigen, die für die Entwicklung und Zulassung der Fahrzeuge verantwortlich sind, ein besonderes Vertrauen entgegen, das sich auch in der Markenauswahl beim Erwerb eines Fahrzeugs niederschlägt. Dies hat die Beklagte zu 1. zu ihrem wirtschaftlichen Vorteil ausgenutzt.

(c)

Die Entscheidung der Beklagten zu 1., den streitgegenständlichen Pkw unter Verwendung der oben genannten unzulässigen Abschaltvorrichtung mit der für die betreffenden Fahrzeuge erschlachten Typgenehmigung in den Verkehr zu bringen, stellt eine sittenwidrige Handlung im Sinne des § 826 BGB dar.

Objektiv sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach Inhalt oder Gesamtcharakter, der durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, das heißt mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar ist. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen 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 es auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15 -, juris Rn. 16 m.w.N.). Bezüglich des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden kommt es wesentlich auf die berechtigten Verhaltenserwartungen im Verkehr an (Staudinger/Oechsler, BGB, 2018, § 826 Rn. 31).

Hieran gemessen erweist sich das Handeln der Beklagten zu 1. als objektiv sittenwidrig.

Der Beweggrund für die Verwendung der Software ist (auch) in einer von der Beklagten zu 1. angestrebten Profitmaximierung zu sehen. Zwar ist ein Handeln aus Gewinnstreben allein nicht als verwerflich zu beurteilen. Hinzu kommt jedoch die verwerfliche Art und Weise der Täuschung. Die Beklagte zu 1. hat in großem Umfang und mit erheblichem technischen Aufwand zentrale Zulassungsvorschriften umgangen und zugleich die Fahrzeugkäufer konkludent getäuscht. Sie hat dabei nicht nur einfach vorgeschriebene Abgaswerte außer Acht gelassen, sondern mit der vorgenommenen Manipulation an diesem Motortyp für alle davon betroffenen Fahrzeuge zugleich ein System der planmäßigen Verschleierung ihres Vorgehens gegenüber den Aufsichtsbehörden sowie – nach dem Inverkehrbringen der Fahrzeuge – gegenüber den Verbrauchern geschaffen. Es lag also eine bewusste Täuschung sowohl der Aufsichtsbehörden als auch der Verbraucher vor, um die entsprechenden Typgenehmigungen für die mit den Motoren ausgestatteten Fahrzeuge und damit deren Inverkehrbringen zu sichern, um dadurch entsprechende Vertragsschlüsse der Händler mit den Kunden herbeiführen zu können.

Die Verwerflichkeit des Handelns ergibt sich aber auch aus den resultierenden Folgen: Den Fahrzeugkäufern droht ein erheblicher Schaden in Form der Stilllegung des erworbenen Fahrzeugs. Das von der Beklagten zu 1. angebotene Software-Update stellt allein ein Angebot der Schadenswiedergutmachung dar (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 - 12 U 61/19 -, juris Rn. 59; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 -, juris Rn. 35). Überdies hat die Beklagte zu 1. durch die Ausstattung der Motoren in einer sehr hohen Zahl von Fahrzeugen mit dieser Abschaltvorrichtung eine erhebliche Beeinträchtigung der Umwelt über die zugelassenen Emissionen hinaus in Kauf genommen.

Es liegt mithin ein rechtlich nicht erlaubtes, in großem Stil angelegtes Vorgehen der Beklagten zu 1. aus reinem Gewinnstreben vor. Die Verwerflichkeit wird durch das systematische Vorgehen und den großen Kreis der betroffenen Personen vertieft. Dass die Beklagte zu 1. bis heute den Schaden für die Umwelt und die hierauf bezogene Individualbetroffenheit bagatellisiert, verstärkt die Sittenwidrigkeit. Gleiches gilt für die erheblichen Auswirkungen in der Aufarbeitung der Manipulation für den einzelnen Endkunden.

Im Rahmen einer zusammenfassenden Würdigung kommt der Senat deshalb zu dem Ergebnis, dass das Inverkehrbringen der manipulierten Motoren und das Verschweigen der Softwaremanipulation gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Als Teil der abstrakt betroffenen Gruppe der Verbraucher kann der Senat dies aufgrund eigener tatrichterlicher

Würdigung feststellen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18 -, juris Rn. 68).

Das objektiv sittenwidrige Verhalten der Beklagten zu 1. hatte noch Auswirkungen zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages und des Eigentumserwerbs an dem streitgegenständlichen Fahrzeug durch die Klägerin im Jahr 2016 auch noch an, obwohl der Dieselskandal der VW-Gruppe, zu der auch die Beklagte zu 1. gehört, in der Öffentlichkeit schon seit Herbst 2015 diskutiert wurde und bekannt war. Zum einen ist der Senat ebenso wie das OLG Hamm (Urteil vom 10.09.2019 - 13 U 149/18 -, juris) und das OLG Oldenburg (Urteil vom 16.01.2020 - 14 U 166/19 -) der Auffassung, dass für die Frage der Sittenwidrigkeit auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs als Zeitpunkt der Tathandlung abzustellen ist. Zum anderen hat Beklagte zu 1. im vorliegenden Verfahren stets betont, dass die streitgegenständliche „schnelle Mototaufwärmfunktion“ nicht gleichzusetzen sei mit den unzulässigen Abschaltvorrichtungen des Motors EA 189, der Gegenstand der Ad-hoc-Mitteilung vom September 2015 war. Vielmehr hat die Beklagte zu 1. betont nach wie vor, dass sie gar keine unerlaubte Abschaltvorrichtung eingebaut habe und dass die der Zulassung zugrunde zu legenden Schadstoffwerte richtigerweise unter Laborbedingungen hätte ermittelt werden dürfen.

(d)

Die subjektiven Voraussetzungen für den Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte zu 1. sind zu bejahen.

(aa)

Die Verwendung der Software erfolgte vorsätzlich. In subjektiver Hinsicht setzt der Schädigungsvorsatz gemäß § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei jener nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss (BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02 -, juris, Rn. 38 m.w.N.). Für den Vorsatz genügen das Bewusstsein, dass die Schädigung im Bereich des Möglichen liegt, sowie die billigende Inkaufnahme des Schädigungsrisikos. Nicht erforderlich ist, dass der Handelnde die Schädigung eines anderen anstrebt oder als sichere Folge des eigenen Handelns akzeptiert (MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB, § 826 Rn. 27 m.w.N.).

Die Software wurde bewusst benutzt, um die Abgasrückführung beeinflussen zu können und so die Typgenehmigung zu erhalten. Einen anderen Zweck hatte ihre Verwendung nach Überzeugung des Senats (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO) nicht. Dabei wurde bewusst in Kauf genommen,

dass eine Entdeckung der verwendeten Software dazu führen würde, dass die Betriebserlaubnis der betroffenen Fahrzeuge würde erlöschen können. Die Beklagte zu 1. hat dabei das Risiko der darin liegenden Schädigung der Endkunden als möglich erkannt und dennoch billigend in Kauf genommen. Das ergibt sich auch aus dem Umstand, dass der feststellende Bescheid des KBA hingegen angenommen wurde.

Die Beklagte zu 1. hat auch die Folgen ihres Handelns jedenfalls billigend in Kauf genommen. Da die Behörden bei der Erteilung der Typgenehmigung getäuscht worden waren, konnte die Käuferin davon ausgehen, ein Fahrzeug mit einem Motor zu erhalten, der den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Dass im Fall der Entdeckung der Täuschung seitens des KBA Maßnahmen ergriffen werden mussten, musste der Beklagten zu 1. klar sein. Das KBA als zuständige Behörde konnte ein gegen die gesetzlichen Regelungen verstoßendes Verhalten, das noch dazu einen Kernbereich seiner Aufgabe betrifft, nicht einfach hinnehmen. Die Beklagte zu 1. musste davon ausgehen, dass das KBA in diesem Falle entweder die Typgenehmigung widerrufen oder aber Maßnahmen anordnen würde, um einen gesetzmäßigen Zustand der Fahrzeuge zu erreichen. Damit musste sie zwangsläufig davon ausgehen, dass dem Fahrzeug eine Betriebsuntersagung drohte, wenn dem nicht nachgekommen werden würde, so dass auch diese Schädigungsfolgen vom Vorsatz der Beklagten zu 1. erfasst waren (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18 -, juris).

(bb)

Die Beklagte zu 1. muss sich dabei das Handeln ihrer Mitarbeiter gemäß § 31 BGB analog zu-rechnen lassen.

Die Repräsentantenhaftung erstreckt sich für die juristischen Personen über den Vorstand, die Vorstandsmitglieder und die verfassungsmäßig berufenen besonderen Vertreter hinaus auf alle sonstigen Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (BGH, Urteil vom 30.10.1967 - VII ZR 82/65 Rn. 11 m.w.N.; MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, BGB § 31 Rn. 14 m.w.N.). 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. Hierzu gehört auch der Personenkreis der leitenden Angestellten (BGH, Urteil vom 03.05.2007 - IX ZR 218/05 -,

juris Rn. 16 m.w.N.).

Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz erfordert ein kognitives Element – das Bewusstsein, dass der Eintritt des Schadens im Bereich des Möglichen liegt – und ein voluntatives Element – das Zueigenmachen des Schadenseintritts im Sinne billigenden Inkaufnehmens. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben (dolus eventualis). Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen (BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15 -, juris Rn. 25 m.w.N.).

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass der Leiter der Entwicklungsabteilung der Beklagten zu 1. von der Entwicklung und Verwendung der Software zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis hatte und dies gebilligt und, wenn nicht angeordnet, so zumindest nicht unterbunden hat. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO verlangt zur Überzeugungsbildung des Gerichts ein Maß an persönlicher Gewissheit, das Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl. 2019, § 286 Rn. 19 m.w.N.).

Die Programmierung der Software setzt denotwendig eine aktive, im Hinblick auf dieses Ergebnis gewollte präzise Programmierung der Motorsteuerungssoftware voraus und schließt die Annahme einer fahrlässigen Herbeiführung dieses Zustands aus. Angesichts der Dimension der manipulierten Fahrzeuge in Zahl und Qualität hält es der Senat für ausgeschlossen, dass der Leiter der Entwicklungsabteilung keine Kenntnis von den Manipulationen hatte.

In der Sache handelten es sich um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern und auch massiven persönlichen arbeits- und strafrechtlichen Risiken für die entscheidenden Personen, denen bei den untergeordneten Konstrukteuren kein annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenüber stand. Angesichts dessen erscheint es dem Senat mehr als fernliegend, dass die Entscheidung für eine greifbar rechtswidrige Software ohne Einbindung des Vorstands erfolgt sein soll und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte.

Unabhängig von der Überzeugung des Senats ergibt sich aber auch kein anderes Ergebnis aus Darlegungs- und Beweislastgesichtspunkten. Grundsätzlich hat jede Partei die ihr günstigen Tatsachen vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen. Zugunsten des Käufers, also auch der

Klägerin, greift jedoch eine Erleichterung der Darlegungslast. Steht nämlich ein (primär) darlegungspflichtiger Anspruchsteller außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs und kennt der Anspruchsgegner alle wesentlichen Tatsachen, so genügt nach den höchstrichterlichen Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast das einfache Bestreiten seitens des Anspruchsgegners nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (BGH, Urteil vom 17.01.2008 - III ZR 239/06 -, juris Rn. 16 m.w.N.).

Soll aber für diese höchstrichterliche Rechtsprechung überhaupt ein Anwendungsbereich eröffnet sein, müssen schon die Anforderungen an die primären Darlegungen seitens des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der nach dem maßgebenden Tatbestandsmerkmal erforderlichen Tatsache beschränkt werden, denn zur Frage des Umfangs einer sekundären Darlegungslast kann man stets nur dann gelangen, wenn der Anspruchsteller die Voraussetzungen der ihn treffenden primären Darlegungslast zu erfüllen vermag. Das aber kann mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Anspruchsteller in den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung erörterten Fällen jedenfalls außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihm entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen, nur dann geschehen, wenn man allgemeine Behauptungen ausreichen lässt und von weiterer Substantiierung absieht.

Vor diesem Hintergrund reicht einerseits die Behauptung der Klägerin aus, dass dem Vorstand der Beklagten zu 1. sämtliche oben erörterten Umstände bekannt gewesen seien, während andererseits das Vorbringen der Beklagten zu 1. zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, der Bezahlung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der oben erwähnten Motorsteuerungssoftware nicht einmal ansatzweise ausreicht. Da die Beklagte zu 1. auch nicht konkret darlegt, dass und wie einzelne Mitarbeiter unter Ausschluss des Vorstandes die mangelhafte Software pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden ließen, kann sie sich auch hierauf nicht berufen. Damit muss es sowohl bei der Annahme umfassender Kenntnisse des Vorstandes der Beklagten zu 1. als auch bei der Anwendung des § 31 BGB im Sinne einer Zurechnung bleiben (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 - 12 U 61/19 -, juris Rn. 66; OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 - 18 U 70/18 -, juris Rn. 35).

(e)

Die Beklagte zu 1. hat der Klägerin vorsätzlich einen Schaden im Sinne von § 826 BGB zugefügt, der nicht durch die Entwicklung und die Möglichkeit des Aufspielens des Updates beseitigt worden ist.

(aa)

Der Klägerin hat ein Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form der „schnellen Motoraufwärmfunktion“ erworben, die einen speziellen Modus für den Prüflaufstandlauf sowie einen hiervon abweichenden Modus für den Alltagsbetrieb vorsieht und hierdurch im Prüfzyklus verbesserte Stickoxidwerte generiert. Damit weist das Fahrzeug einen Sachmangel auf (vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 - VIII ZR 225/17 -, juris Rn. 17 m.w.N.). Das Fahrzeug genügt zwar primär dem Erfordernis, am Straßenverkehr teilzunehmen; aufgrund der rechtswidrig verbauten Abgaseinrichtung drohte aber die Stilllegung des Fahrzeugs. Da sich dieser Umstand zwangsläufig auf den Wert des Fahrzeugs auswirkt, liegt ein Schaden für die Klägerin vor. Ein für die Nutzung im Straßenverkehr bestimmtes Fahrzeug, das hinsichtlich der Frage der Typgenehmigung und der Betriebszulassung mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten belegt ist, ist offenkundig weniger wert als ein vergleichbares Fahrzeug, das sämtliche technischen und gesetzlichen Anforderungen erfüllt.

(bb)

Ein Schaden für die Klägerin liegt auch in dem auf der Täuschung durch die Beklagte zu 1. beruhenden Abschluss des Kaufvertrags.

Der Senat geht davon aus, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses hinter den Vorstellungen der Klägerin von der allgemein ordnungsgemäßen Ausrüstung des Kaufobjekts zurückblieb und dass die Klägerin bei Kenntnis der Manipulation den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte. Der Umstand, dass die erforderlichen Genehmigungen und Zulassungen für das Fahrzeug durch Täuschung erlangt worden sind, gefährdet aus der Sicht eines vernünftigen Durchschnittskäufers die für die Nutzung im Straßenverkehr erforderliche Zulassung und hat zudem unabsehbare Folgen für den Verkehrs- und Wiederverkaufswert des Fahrzeugs.

(cc)

Diese Schäden sind der Klägerin durch vorsätzliches Verhalten der Beklagten zu 1. entstanden.

Der Beklagten zu 1. waren die Mangelhaftigkeit des Motors, des damit ausgerüsteten Fahrzeugs und aufgrund der gesetzlich unzulässigen Software die zu Unrecht erteilte Typgenehmigung bekannt. Zwar ist davon auszugehen, dass die Schädigung der Käufer nicht der Beweggrund der Beklagten zu 1. für den Einsatz der Abschaltvorrichtung gewesen ist; dies ist indes auch nicht erforderlich. Der Vorsatz im Sinne des § 826 BGB setzt keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Ziels voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen

tenen Schadensfolgen, wobei jener nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss (BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02 -, juris Rn. 38 m.w.N.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Schaden im Sinne des § 826 BGB nicht nur in der Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter liegt, sondern dass jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage sowie jede Beeinträchtigung des rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung genügt (BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02 -, juris Rn. 41 m.w.N.).

Der Senat ist überzeugt, dass die Beklagte zu 1. vorsätzlich gehandelt hat. Sie hat es zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass die Abschaltvorrichtung im Falle des Entdecktwerdens Auswirkungen auf die Betriebserlaubnis der betreffenden Fahrzeuge haben würde und die Erwartungen des Fahrzeugkäufers enttäuscht werden. Etwas Anderes folgt auch nicht daraus, dass der Klägerin das Fahrzeug nicht von der Beklagten zu 1., sondern von der Beklagten zu 2. erworben hat. Die Ursache für den Schaden der Klägerin hat die Beklagte zu 1. gesetzt. Auch wenn ein Verkäufer seinem Kunden aus dem Kaufvertrag verschuldensunabhängig auf Gewährleistung haftet, kann dies eine Haftung der Beklagten zu 1. für ihr systemisch-sittenwidriges Verhalten gegenüber Letzterwerbenden – darunter auch der Klägerin – nicht entfallen lassen (Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22.11.2019 - 17 U 44/19 -, juris Rn. 55).

(dd)

Das Verhalten der Beklagten zu 1. war kausal für die Entstehung des Schadens der Klägerin.

Für die Annahme eines Zusammenhangs zwischen Täuschung und Abgabe einer Willenserklärung genügt es, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entscheidung hat (BGH, Urteil vom 12.05.1995 - V ZR 34/94 -, juris Rn. 17 m.w.N.). Der getäuschte Käufer darf keine Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen und Umständen haben und seine Verfügung – der Abschluss des Kaufvertrags – muss auf dieser Unkenntnis beruhen.

Diese Voraussetzungen liegen zur Überzeugung des Senats vor. Da es sich um innere Tatsachen handelt, kann der Nachweis nur auf der Grundlage von Indizien geführt werden, die hier hinreichend und nachvollziehbar dargelegt sind.

Nach der Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäfts ist auszuschließen, dass

ein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsuntersagung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem überhaupt behoben werden kann. Diese Einwirkung auf die EntschlieÙung des Fahrzeugkufers genügt für den Kausalzusammenhang zwischen dem Irrtum und der Kaufentscheidung (BGH, Urteil vom 12.05.1995 - V ZR 34/94 -, juris Rn. 18). Daneben sind die Aspekte der Umweltverträglichkeit und mit einem erhöheten NOx-AusstoÙ einhergehender Gesundheitsgefahren oder auch Nutzungseinschränkungen im Sinne einer uneingeschränkten Mobilität (Fahrverbote in Gegenwart und Zukunft) Argumente, die bei einem Kaufschluss für ein Fahrzeug plausibel eine Rolle spielen und so Einfluss auf die Dispositionsfreiheit eines Kunden haben können.

Der Senat ist auch davon überzeugt, dass die Klägerin zum Zeitpunkt des Erwerbs keine hinreichende Kenntnis davon hatte, dass das von ihr erworbene Fahrzeug schadhaft ist. Es fehlt daher weder an dem Eintritt eines infolge des sittenwidrigen Verhaltens kausal eingetretenen Schadens noch ist der Anspruch etwa wegen fehlender Rechtswidrigkeit (*volenti non fit iniuria*) oder anderen Gründen ausgeschlossen.

Die Klägerin hatte auch bezüglich des von ihm erworbenen Fahrzeugs *in concreto* keine Kenntnis davon, dass dieses Fahrzeug von der Abschaltautomatik betroffen ist. Der entsprechenden Einlassung der Klägerin ist die Beklagte zu 1. jedenfalls nicht substantiiert entgegengetreten, indem sie etwa dargelegt hätte, dass der Verkäufer des Fahrzeugs die Klägerin vor Erwerb des Fahrzeugs über die Betroffenheit des Fahrzeugs und die entsprechenden Konsequenzen informiert hätte.

Zudem kann die Beklagte zu 1. auch nicht darauf verweisen, dass mit der Ad-hoc-Mitteilung, die ohnehin nur die Fahrzeuge der Marke Volkswagen mit einem anderen Motor (EA 189) betraf, oder durch die Berichterstattung in der Folgezeit den Kauern von Audi-Modellen bewusst gewesen sei, dass die Fahrzeuge in der oben dargelegten Art schadhaft sind. Insoweit wird auf die Ausfüh- rungen unter II. 1. c) am Ende Bezug genommen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Klägerin um diese Frage überhaupt keine bewussten Gedanken gemacht hat. Ein Kufer unterstellt aufgrund der erteilten Typgenehmigung bestimmte Eigenschaften und setzt diese als selbstverständlich voraus. Hätte die Beklagte zu 1. das Fahrzeug weder in Verkehr gebracht noch die unzulässige Abgasschalteinrichtung verschwiegen, wäre es zu einer reflektierten Entscheidung über diese Faktoren gekommen und – sachgerechtes Verhalten unterstellend – die Klägerin hätte das Fahrzeug nicht gekauft.

Der Beweis der Ursächlichkeit ist somit zumindest dem Anschein nach erbracht. Die Beklagte zu 1. hat keine Umstände aufgezeigt, die zu einer anderen Bewertung führen würden.

Dass die Beklagte zu 1. „nur“ Herstellerin des Fahrzeugs einschließlich des Motors ist und die Klägerin das Fahrzeug nicht unmittelbar von der Beklagten zu 1., sondern von der Beklagten zu 2. erworben hat, stellt den Kausalzusammenhang zwischen konkludenter Täuschung und Fahrzeugwerb nicht in Frage. Denn durch das Inverkehrbringen des Motors in dem Wissen und mit dem Ziel, dass dieser Motor vom Fahrzeughersteller (auch) in das von der Klägerin erworbene Fahrzeugmodell eingebaut werden würde, hat die Beklagte zu 1. den Kausalverlauf bewusst in Gang gesetzt. Die hiermit verbundene konkludente Täuschung seitens der Beklagten zu 1. als Herstellerin des Fahrzeugs über das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die EG-Typgenehmigung wirkt bei allen weiteren Verkäufen in der Käuferkette vor Aufdeckung der Abschalt-einrichtung fort, weil die allgemeinen Herstellerangaben und die Typgenehmigung die Grundlage des Erwerbsgeschäftes bilden (OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 - 5 U 1318/18 -, juris Rn. 44; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 -, juris Rn. 28; LG München, Urteil vom 29.03.2019 - 13 O 5153/18 -, juris Rn. 31).

(ee)

Der von der Klägerin geltend gemachte Schaden ist vom Schutzzweck des § 826 BGB erfasst.

Durch den Einsatz der Umschaltsoftware hat die Beklagte zu 1. nicht nur Gemeinschaftsinteressen dienendes EU-Typgenehmigungsrecht verletzt, sondern auch eine Gefahrenlage geschaffen, aufgrund derer die betroffenen Fahrzeuge – bei Entdeckung der Problematik – die Zulassung verlieren und insgesamt nicht mehr als werthaltig angesehen werden; die Fahrzeugkäufer sind somit auch individuell betroffen. Genau diese Gefahrenlage hat sich dann tatsächlich realisiert, und der Klägerin ist der oben dargestellte Schaden entstanden.

(ff)

Der Schaden der Klägerin würde nicht durch die Installation eines Software-Update entfallen.

Die Frage, ob das Fahrzeug nach dem Update nicht mehr von einer Stilllegung bedroht ist, kann dahinstehen. Denn der darüber hinausgehende Schaden der Klägerin, der sich daraus ergibt, dass sie sich an einem Vertrag festhalten lassen muss, den sie in Kenntnis des sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten zu 1. so nicht abgeschlossen hätte, ist weiterhin vorhanden (Schleswig-Holsteinisches OLG a.a.O. Rn. 59 m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 - 13 U 149/18

-, juris Rn. 52; OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18 -, juris Rn. 108).

Hinzu kommt, dass unklar ist, ob und welche Auswirkungen das Software-Update hat. Zu Recht führt das Schleswig-Holsteinische OLG (a.a.O. Rn. 60) dazu aus, dass die Langzeittauglichkeit des Updates bis heute jedenfalls nicht unstreitig feststehe und dem Erwerber eines derart nachgerüsteten Fahrzeugs auf diese Weise Risiken aufgebürdet würden, die er nach seiner berechtigten Erwerbserwartung nicht tragen müsse. Auch würde eine abweichende rechtliche Sicht der Dinge letztendlich zu einem Nachbesserungsrecht zugunsten des vorsätzlich sittenwidrig handelnden Schädigers führen, das dem deliktischen Schadensersatzrecht unbekannt sei. Dem schließt sich der erkennende Senat an.

(f)

Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 249 ff. BGB richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses (Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 826 Rn. 15). Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses stünde.

(aa)

Ohne die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung hätte die Klägerin – wie bereits dargelegt – den Vertrag nicht geschlossen. In diesem Fall hätte sie das Fahrzeug nicht erhalten und den Kaufpreis nicht gezahlt. Die Beklagte zu 1. hat der Klägerin daher den Kaufpreis Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs zurückzuerstatten.

(bb)

Es entspricht ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben dürfen, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12.03.2009 - VII ZR 26/06 -, juris Rn. 16; Palandt/Grüneberg a.a.O., Vorb v § 249 Rn. 71 m.w.N.). Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an. Insbesondere bedarf es – anders als in den Fällen der §§ 320, 322, 348 BGB – keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23.06.2015 - XI ZR 536/14 -, juris Rn. 23 f.).

Dies führt auch nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers. Es ist nicht Aufgabe des Schadensrechts, das Verhalten des Schädigers in einer über die faktische Rückabwicklung des

Vertrags hinausgehenden Weise zu sanktionieren. Das deutsche Zivilrecht sieht als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB) vor, nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten. Die Bestrafung und eine – im Rahmen des Schuldrechts angemessene – Abschreckung sind im deutschen Recht mögliche Ziele des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts mit den dafür eingeführten besonderen Verfahrensgarantien, nicht hingegen des Zivilrechts (OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 - 12 U 61/19 -, juris Rn. 70 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 -, juris Rn. 117 m.w.N.;). Es besteht auch kein Anlass, den Nutzungersatz im Hinblick auf den der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen. Die Berücksichtigung des mit dem Mangel verbundenen Minderwerts kommt nur in Betracht, wenn der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich einschränkt (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl. 2020, Rn. 1173).

Im vorliegenden Fall war die fortdauernde Nutzbarkeit des Fahrzeugs allein aus Rechtsgründen nicht sichergestellt, auf den tatsächlichen Gebrauch hatte dies aber keinerlei Auswirkungen. Insofern kommt auch unter diesem Gesichtspunkt eine Herabsetzung des Nutzungersatzes nicht in Betracht (OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 - 12 U 61/19 -, juris Rn. 77; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 -, juris Rn. 125).

(cc)

Den Wert der durch den Gebrauch des Kraftfahrzeugs gezogene Nutzungen der Klägerin schätzt der Senat nach der anwendbaren Methode der zeitanteiligen linearen Wertminderung (BGH, Beschluss vom 09.12.2014 - VIII ZR 196/14 -, juris Rn. 3 m.w.N.; Urteile vom 09.04.2014 - VIII ZR 215/13 -, juris Rn. 11 ff. m.w.N.; vom 17.05.1995 - VIII ZR 70/94 -, juris Rn. 23 m.w.N.). Die zeitanteilige lineare Wertminderung ist im Vergleich zwischen tatsächlichem Gebrauch und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer, ausgehend vom Bruttokaufpreis, im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1, 2 ZPO zu ermitteln. Dabei ist Anknüpfungspunkt der gezahlte Bruttokaufpreis, der den Nutzungswert des Fahrzeugs verkörpert. Die im Einzelfall unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtfahrleistung stellt den Gesamtgebrauchswert dar. Zu vergüten sind die Gebrauchsvorteile bis zur Rückgabe des Fahrzeugs (Reinking/Eggert a.a.O. Rn. 1186).

Der Senat schätzt die bei dem streitgegenständlichen Pkw zu erwartende Gesamtlauflistung auf 300.000 km (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18 -, juris m.w.N.).

Die im Rahmen der Vorteilsausgleichung zugunsten der Beklagten zu 1. zu berücksichtigende Nutzungsentschädigung (Gebrauchsvorteil) errechnet sich nach der Formel:

Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer
erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt

Der Bruttokaufpreis betrug 66.000 €. Die gefahrenen Kilometer ergeben sich aus der Differenz zwischen dem Kilometerstand im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat (85.564 km) und dem Kilometerstand im Erwerbszeitpunkt (9.900 km) und belaufen sich auf 75.664 km. Die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt beträgt 290.100 km (300.000 km abzüglich 9.900 km). Dies ergibt eine zu berücksichtigende Nutzungsentschädigung von 17.214,14 €.

Der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen auf die zuerkannte Hauptforderung ist aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Zeit ab Rechtshängigkeit der Klage (14.01.2019) begründet, wobei die Pflicht zur Zinszahlung in entsprechender Anwendung von § 187 Abs. 1 BGB ab dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag (hier: 15.01.2019) besteht (BGH, Urteil vom 10.10.2017 - XI ZR 555/16 -, juris).

2.

Die Klage gegen die Beklagte zu 2. ist unbegründet (**Klageantrag zu 2.**).

(a)

Kaufvertragliche Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 2. als die Verkäuferin des streitgegenständlichen Wagens gemäß §§ 346 Abs. 1, 349, 437 Nr. 2, 434, 323 BGB bestehen nicht.

(aa)

Zwar war das bei der Beklagten zu 2. erworbene Fahrzeug sowohl zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs als auch zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung mit einem Sachmangel behaftet, da der Motor des Fahrzeugs mit einer nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet war, so dass es sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB eignete (vgl. BGH, Beschluss vom 08.01.2019, juris Rn. 6 ff.; OLG Braunschweig, Urteil vom 13.06.2019 - 7 U 289/18 -, juris Rn. 80 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 -, juris Rn. 14; OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 - 18 U 70/18, juris Rn. 24).

(bb)

Die Rücktrittserklärung ist aber nicht wirksam geworden, weil die Klägerin der Beklagten zu 2. zuvor entgegen § 323 Abs. 1 BGB keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und eine solche Fristsetzung auch nicht entbehrlich war.

Eine Nacherfüllungsfrist hat die Klägerin der Beklagten zu 2. unstreitig nicht gesetzt. Die Fristsetzung war entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht entbehrlich, weil keiner der hier in Betracht kommenden Ausnahmetatbestände erfüllt war. Auf die Ausführungen des Landgerichts wird Bezug genommen.

Die Nacherfüllung war möglich, da das KBA die technische Überarbeitung durch ein Software-Update der Beklagten zu 1. für die Fahrzeuge des streitgegenständlichen Typs mit Bestätigung vom 26.11.2018 freigegeben und bestätigt hat, dass die technische Maßnahme keinen Einfluss auf den Kraftstoffverbrauch, die Co₂-Emissionswerte, die Motorleistung, das maximale Drehmoment, Geräuschemissionen sowie die Dauerhaltbarkeit der emissionsmindernden Einrichtungen hat. Folglich ist das Software-Update geeignet, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen und den Mangel gem. § 439 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu beseitigen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 21.06.2016 - 28 W 14/16 -, juris Rn. 37).

Die bloße Möglichkeit oder Befürchtung, dass nach der (ersten) Nachbesserung Mängel verbleiben oder neue Mängel entstehen, begründet nicht die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung zur Mangelbeseitigung. Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber vielmehr in § 440 S. 2 BGB ausdrücklich berücksichtigt. Danach gilt eine Nachbesserung jedenfalls grundsätzlich erst nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen. Der Käufer hat das beschriebene Risiko also zunächst hinzunehmen. Die Rechte aus § 437 Nr. 2 BGB bleiben ihm für den Fall, dass die durchgeführte Nachbesserung fehlschlagen sollte, unbenommen.

(cc)

Daneben hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, dass sich die Beklagte zu 2. auf den Ausschluss der Sachmängelgewährleistungsansprüche berufen kann.

Der mit Schreiben vom 19.06.2018 erklärte Rücktritt ist gemäß §§ 438 Abs. 4 Satz 1, 218 BGB unwirksam, weil der klägerische Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB bereits im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung verjährt war.

Die Parteien haben in den Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen unter VI. 1. (Bl. 79 LG-GA) ver-

einbart, dass Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln in einem Jahr ab Ablieferung des Kaufgegenstands an den Kunden verjähren.

Nach § 476 Abs. 2 BGB kann die Verjährung der in § 437 BGB bezeichneten Ansprüche vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt.

Diese Vorschrift ist allerdings richtlinienwidrig, weil Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) den Mitgliedstaaten nur die Befugnis verleiht, im Falle gebrauchter Güter vorzusehen, dass die Parteien die Haftungsdauer des Verkäufers auf ein Jahr ab Lieferung begrenzen dürfen, ihnen dagegen nicht die Möglichkeit einräumt, zu bestimmen, dass die Parteien die Dauer der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie genannten Verjährungsfrist begrenzen dürfen (EuGH, Urteil vom 13.07.2017 - C-133/16 -, juris; s. auch BGH, Urteil vom 09.10.2019 - VIII ZR 240/18 -, juris Rn. 22). Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stehen einer Regelung eines Mitgliedsstaats entgegen, die beim Verbrauchsgüterkauf eine Abkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre ab Lieferung zulässt. Die Richtlinie unterscheidet – anders als das deutsche Recht – zwischen der Haftungsdauer (oder Haftungsfrist), innerhalb derer der Mangel in Erscheinung getreten sein muss, und der Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers. Art. 7 der Richtlinie erlaubt nur eine Abkürzung der Haftungsdauer (Haftungsfrist) auf bis zu einem Jahr ab Lieferung, nicht dagegen (auch) der Verjährungsfrist, die nach Art. 5 der Richtlinie auch für gebrauchte Sachen mindestens zwei Jahre betragen muss.

Folglich kann sich der Unternehmer (Verkäufer) auf die beim Handel mit gebrauchten Sachen, insbesondere beim Gebrauchtwagenhandel, üblichen Vertragsklauseln oder Individualvereinbarungen, nach denen die Verjährungsfrist nur ein Jahr beträgt, gemäß § 476 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht mehr berufen (Ball in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 01.02.2020, § 476 BGB Rn. 28).

Diese Lösung führt allerdings zu einer Verschärfung der Mängelhaftung des Verkäufers, durch die die Risikoverteilung und damit die vertragliche Äquivalenz empfindlich zum Nachteil des Verkäufers verschoben wird. Denn mit der Verjährungsfrist verlängert sich zugleich die – im deutschen

Recht nicht gesondert geregelte – Haftungsdauer (Haftungsfrist) des Verkäufers auf zwei Jahre. Dies widerspricht dem übereinstimmenden Willen der Kaufvertragsparteien, die Mängelhaftung des Verkäufers auf solche Mängel zu beschränken, die sich vor Ablauf eines Jahres ab Lieferung zeigen. Diesem übereinstimmenden Parteiwillen kann im Wege ergänzender Vertragsauslegung zur Geltung verholfen werden (Ball in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, juris-PK-BGB a.a.O. Rn. 29): Wenn den Vertragsparteien beim Vertragsschluss bewusst gewesen wäre, dass die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Käufers nicht wirksam auf ein Jahr abgekürzt werden kann, hätten sie als redliche Vertragspartner ihren Regelungsplan, die Haftung des Verkäufers auf Mängel zu beschränken, die innerhalb eines Jahres ab Lieferung in Erscheinung treten, durch eine einvernehmliche Abkürzung der Haftungsdauer (Haftungsfrist) auf ein Jahr verwirklicht. Für bestehende Verträge führt dies zu dem interessengerechten und mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Einklang stehenden Ergebnis, dass der Verkäufer – nach wie vor – nur für solche Mängel einstehen muss, die sich binnen eines Jahres ab Lieferung zeigen, und dass Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen solcher Mängel mit Ablauf von zwei Jahren ab Lieferung verjähren.

Der vorliegende Mangel hat sich jedenfalls erst im Jahre 2018 gezeigt, weil die Klägerin sich erst dann an die Beklagten gewandt hatte. Damit muss die Beklagte zu 2. als Verkäuferin nicht für diesen Mangel einstehen, da der Senat davon ausgeht, dass die Parteien ihren Regelungsplan, die Haftung des Verkäufers auf Mängel zu beschränken, die innerhalb eines Jahres ab Lieferung in Erscheinung treten, durch eine einvernehmliche Abkürzung der Haftungsdauer (Haftungsfrist) auf ein Jahr verwirklicht hätten.

Da die einjährige Haftungsfrist gemäß § 438 Abs. 2 BGB mit der Übergabe des Fahrzeuges am 11.07.2016 begann, endete sie mit Ablauf des 11.06.2017 und somit sowohl vor dem mit Schreiben vom 19.06.2018 erklärten Rücktritt.

Die Verkürzung der Haftungsfrist auf ein Jahr ab Ablieferung des Kaufgegenstandes verstößt nicht gegen die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 BGB (BGH, Urteil vom 09.10.2019 - VIII ZR 240/18 -, juris Rn. 52). Denn die genannte Allgemeine Geschäftsbedingung nimmt die Fallgestaltungen des § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB (unzulässige Haftungsausschlüsse bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden) ausdrücklich von der abgekürzten Verjährung aus. Insoweit liegt auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vor (BGH a.a.O. Rn. 53), weil die Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen die Schadensersatz- und Gewährleistungsansprüche sämtlich denselben Regeln unterstellen, indem sie entwe-

der für alle Ansprüche die Verjährungsfrist verkürzen oder - in den Fallgestaltungen des § 309 Nr. 7 BGB - der gesetzlichen Verjährung unterwerfen und damit keine Unklarheiten aufkommen lassen.

(dd)

Die Voraussetzungen des § 438 Abs. 3 Satz 1 BGB liegen mangels arglistigen Verschweigens des geltend gemachten Mangels durch die Beklagte zu 2. und – weil der Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers ist (vgl. BGH, Urteil vom 02.04.2014 - VIII ZR 46/13 -, juris Rn. 31 m.w.N.) – mangels Zurechnung eines arglistigen Verschweigens durch die Beklagte zu 1. nicht vor (vgl. die Ausführungen unter 2. (c)).

(b)

Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 2. auch keinen Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB i.V.m. § 134 BGB, da der Kaufvertrag nicht nichtig ist.

Es kann dahin stehen, ob in dem Abschluss des Kaufvertrages ein Verstoß gegen das Verbot des § 27 Abs. 1 EG-FGV zu sehen ist, wonach neue Fahrzeuge im Inland zur Verwendung im Straßenverkehr nur dann angeboten, veräußert oder in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn die für sie nach der Richtlinie 2007/46 vorgeschriebene Übereinstimmungsbescheinigung vorhanden ist. Für die nach § 134 BGB gebotene Abwägung ist wesentlich, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Rechtsgeschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob es nur eine Partei bindet. Richtet sich das Verbot allein gegen eine Partei, kann in der Regel angenommen werden, dass das verbotswidrige Geschäft Wirkungen entfalten soll. Etwas anderes kommt nur in Betracht, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert (BGH, Urteil vom 14.12.1999 - X ZR 34/98 -, juris Rn. 18).

Die Vorschrift des § 27 Abs. 1 EG-FGV richtet sich in allen Varianten des Feilbietens, Veräußerns und Inverkehrbringens einseitig an den Verkäufer. Der Verstoß hiergegen erfordert nicht die Unwirksamkeit des Kaufvertrages über das betreffende Fahrzeug. Um den Zweck des § 27 EG-FGV zu erreichen, hat der Verordnungsgeber den Verstoß bereits als Ordnungswidrigkeit sanktioniert (§ 37 Abs. 1 EG-FGV) und dem Kraftfahrtbundesamt in § 25 EG-FGV diverse Möglichkeiten zur Sicherstellung einer dem genehmigten Typ entsprechenden Produktion bereitgestellt. Deshalb bedarf es keiner zusätzlichen zivilrechtlichen Sanktionswirkung in Form der Nichtigkeit des Kaufvertrags. Eine solche stünde auch einem effektiv ausgerichteten Käuferschutz entgegen, weil sie dem Fahrzeugkäufer die kaufvertraglichen Gewährleistungsrechte nehmen und ihn stattdessen

auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften verweisen würde. Eine solche Schlechterstellung des Fahrzeugkäufers ist nach dem Schutzzweck des § 27 EG-FGV nicht geboten (OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.07.2019 - 17 U 160/18 -, juris; OLG Hamburg, Urteil vom 21.12.2018 - 11 U 55/18 -, juris Rn. 69 f. m.w.N.).

(c)

Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 2. keinen Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB nach erklärter Anfechtung des Kaufvertrags.

Die Anfechtung der Klägerin wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB, die sie mit Schreiben vom 19.06.2018 (Anlage K3) erklärt hat, ist unwirksam. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 2. als Verkäuferin und Vertragshändlerin von der Täuschung der Beklagten zu 1. wusste oder hätte wissen müssen. Eine Zurechnung über § 278 BGB kommt nicht in Betracht, da der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des selbständigen Vertragshändlers (§ 278 BGB) ist (BGH, Urteil vom 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 -, juris Rn. 97). Auch die Voraussetzungen für eine Zurechnung der Kenntnis des Herstellers nach § 166 BGB liegen nicht vor (OLG Köln, Urteil vom 06.06.2019 - 24 U 5/19 -, juris Rn. 31).

3.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 1. ein Anspruch zu auf Ersatz ihrer Finanzierungskosten in Form der ratenweise gezahlten Zinsen in Höhe von 2.056,56 € (**Klageantrag zu 3.**).

Im Rahmen der geschuldeten Naturalrestitution ist die Klägerin auch bei den Finanzierungskosten so zu stellen, als ob der Darlehensvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Ohne Abschluss des Kaufvertrages hätte die Klägerin keinen diesen finanzierenden Darlehensvertrag abgeschlossen und es wären keine Zinszahlungen angefallen.

Die für die Finanzierung eines Fahrzeuges aufgewandten Beträge sind Teil der Kosten für die Beschaffung des Fahrzeuges, mithin der für den Vertrag getätigten Aufwendungen, und daher grundsätzlich auch von dem nach §§ 249 ff. BGB im Wege der Naturalrestitution zu leistenden Schadensersatz umfasst, der hier darauf zielt, die Klägerin so zu stellen, wie sie stünde, wenn sie das streitbefangene Fahrzeug nicht erworben hätte (ebenso: Brandenburgisches OLG, Urteil vom 24.03.2020 - 2 U 37/19 -, juris Rn. 43 ; OLG Hamm, Urteil vom 05.03.2020 - 13 U 326/18 -, juris Rn. 78; OLG Stuttgart, Urteil vom 26.11.2019 - 10 U 154/19 -, juris Rn. 83; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 106; KG Berlin, Urteil vom 26.09.2019 - 4 U 77/18 -

juris Rn. 174 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 284 Rn. 5; Reinking/Eggert a.a.O. Rn. 3841).

Darauf, dass der Klägerin Finanzierungskosten möglicherweise auch anlässlich des Erwerbs eines anderen Fahrzeuges entstanden wären ("Sowieso-Kosten") kann sich die Beklagte zu 1. nicht mit Erfolg berufen, zumal nicht unterstellt werden kann, dass derartige Kosten bei jedem Ersatzgeschäft in der nämlichen Höhe angefallen wären.

4.

Die Beklagte zu 1. schuldet die Freistellung der Klägerin von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus § 826 BGB (**Klageantrag zu 4.**). Auszugehen ist hierbei von einem Streitwert von 48.785,85 €, da die weiteren Klageforderungen (weitere Aufwendungen, Feststellungsanträge) nicht Gegenstand der vorgerichtlichen Auseinandersetzung waren.

Der Senat erachtet die Schwellengebühr zu Nr. 2300 VV-RVG als angemessen. Eine Gebühr von mehr als 1,3 kann nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war. Diese Voraussetzungen sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Sache ist weder mit besonderen Schwierigkeiten versehen noch – trotz der umfangreichen Schriftsätze – besonders umfangreich. Die Problematik ist in Rechtsprechung und Lehre intensiv thematisiert worden und der Sachverhalt ist überschaubar.

In der Höhe belaufen sich die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten auf 1.822,96 € (1,3 Geschäftsgebühr: 1.511,90 € zzgl. Auslagen: 20,00 € und 19 % Umsatzsteuer: 291,06 €).

5.

Antragsgemäß ist auch der Annahmeverzug der Beklagten zu 1. festzustellen (**Klageantrag zu 5.**). Die Klägerin hat unter Vollstreckungsgesichtspunkten ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Annahmeverzugs, weil es ihr hierdurch möglich wird, das Urteil hinsichtlich der von der Beklagten zu 1. zu leistenden Zahlung des Kaufpreises zu vollstrecken, ohne ihre eigene Leistung tatsächlich anbieten zu müssen (§§ 256, 756 ZPO; BGH, Urteil vom 28.10.1987 - VIII ZR 206/86 -, juris).

Hierzu ist ein Angebot notwendig, das Annahmeverzug nach §§ 293, 294 BGB zu begründen vermag. Voraussetzung dafür ist nach § 294 BGB, dass die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird, der Gläubiger also nur noch zuzugreifen braucht (BGH, Urteil vom

29.11.1995 - VIII ZR 32/95, juris Rn. 9). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Nach § 295 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, er werde – wie vorliegend – die Leistung nicht annehmen oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere er die geschuldete Sache abzuholen hat. Hat der Zug um Zug leistungspflichtige Gläubiger (§ 298 BGB) erklärt, er werde die Gegenleistung nicht erbringen, genügt ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB. Voraussetzung hierfür ist, dass der Schuldner seine Leistung ordnungsgemäß anbietet und die ihm gebührende Gegenleistung verlangt.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs liegen vor. Die Klägerin hat mit anwaltlichem Schreiben vom 19.06.2018 der Beklagten zu 1. unter Fristsetzung bis zum 11.07.2018 die Verschaffung des Eigentums des streitgegenständlichen Fahrzeuges in einer den Annahmeverzug (§§ 293, 295 BGB) begründenden Art und Weise angeboten. Die Beklagte zu 1. hat bereits vorgerichtlich zum Ausdruck gebracht, das Anliegen der Klägerin auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages im Wege des Schadensersatzes schon dem Grunde nach nicht entsprechen zu wollen.

6.

Die Klage ist auch begründet, soweit die Klägerin die Feststellung begehrt hat, dass die Beklagte zu 1. verpflichtet ist, ihr Schadensersatz für weitere Schäden zu leisten, die aus der Ausstattung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren (**Klageantrag zu 6.**).

Auch Sicht des Senats ist der Eintritt sonstiger weiterer Schäden infolge der unzulässigen Abschaltvorrichtung und/oder des Entfernens derselben mittels Software oder Umrüstung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mittels Hardware nicht sicher auszuschließen (ebenso: OLG Celle, Urteil vom 20.11.2019 - 7 U 244/18 -, juris Rn. 41). Für solche Schäden wäre die Beklagte zu 1. nach §§ 826, 31 BGB ebenso einstandspflichtig wäre wie für die Kaufpreiserstattung.

7.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Ersatz des für eine Neuwagengarantie nutzlos aufgewendeten Geldbetrages in Höhe von 1.293 € zu (**Klageantrag zu 7.**).

Unter einem Schaden im Sinne des § 826 BGB ist nicht nur die negative Einwirkung auf die Vermögenslage zu verstehen, sondern die nachteilige Beeinträchtigung jedes rechtlich anerkannten

Interesses. Der Schaden kann deshalb auch in der Eingehung einer „ungewollten“ Verbindlichkeit bestehen, selbst wenn dieser eine Forderung auf eine objektiv gleichwertige (äquivalente) Gegenleistung gegenübersteht (BGH, Urteile vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14 -, juris Rn. 16, 19; vom 19.07.2004 - II ZR 402/02 -, juris; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 - 13 U 149/18 -, juris Rn. 50 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 -, juris Rn. 17 f.). Dies ist der Fall, wenn die Leistung für die Zwecke des Erwerbers unbrauchbar (BGH, Urteile vom 21.12.2004 - VI ZR 306/03 -, juris; vom 26.09.1997 - V ZR 29/96 -, juris) oder nicht voll brauchbar ist (OLG Karlsruhe a.a.O. Rn. 19). Der Gläubiger einer Schadensersatzforderung, die sich auf unerlaubte Handlung stützt, muss aber bei der Errechnung seines Schadens dann eine Vorteilsausgleichung hinnehmen, wenn er bleibende Vorteile durch die unerlaubte Handlung erlangt hat (BGH, Urteil vom 02.07.1962 - VIII ZR 12/61 -, juris Rn. 5).

Die Neuwagengarantie war für den bereits abgelaufenen Zeitraum nicht infolge der Schädigungshandlung der Beklagten zu 1. vergeblich im Sinne von nutzlos für die Klägerin. Vielmehr diente sie für den Zeitraum, für den sie gezahlt wurde, ihrer Absicherung gegen das wirtschaftliche Risiko eines Schadensfalls und dieser Zweck wurde erfüllt (ebenso: Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 20.11.2019 - 9 U 12/19 -, juris 53). Deshalb bewirkt sie auch keine nach Ablauf des betreffenden Zeitraums verbleibende Schädigung, die zu einem Ersatzanspruch nach § 826 BGB führen könnte.

8.

Ein Anspruch der Klägerin auf Verzinsung des von ihr geleisteten Kaufpreises für die Zeit von Zahlung des Kaufpreises bis zum Eintritt des Verzugs gemäß § 849 BGB besteht nicht (**Klageantrag zu 8.**).

Nach § 849 BGB kann der Verletzte, sofern wegen der Entziehung der Sache der Wert oder wegen der Beschädigung der Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werts zugrunde liegt. § 849 BGB erfasst jeden Sachverlust durch ein Delikt. Auch wenn der Schädiger den Geschädigten durch eine unerlaubte Handlung dazu bestimmt, eine Sache wegzugeben oder darüber zu verfügen, entzieht er sie ihm. Der Geschädigte verliert die Sachnutzung gleichermaßen, wenn ihm eine Sache ohne seinen Willen entzogen wird und wenn er durch eine unerlaubte Handlung dazu gebracht wird, sie wegzugeben oder darüber zu verfügen (BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007 - II ZR 167/06 -, juris Rn. 4 m.w.N.). § 849 BGB ist nach seinem Wortlaut nicht auf die Wegnahme beschränkt und verlangt nicht, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Ge-

schädigten entzogen wird.

Der Klägerin ist eine Sache entzogen worden. Sache im Sinne von § 849 BGB ist auch Geld (BGH, Urteile vom 12.06.2018 - KZR 56/16 -, juris Rn. 45; vom 24.01.2017 - KZR 47/14 -, juris Rn. 56 f.; Versäumnisurteil vom 26.11.2007 - II ZR 167/06 -, juris Rn. 6).

Der Regelung des § 849 BGB kann jedoch ein allgemeiner Rechtssatz dahin, deliktische Schadensersatzansprüche seien stets von ihrer Entstehung an zu verzinsen, nicht entnommen werden (BGH, Urteil vom 12.06.2018 - KZR 56/16 -, juris Rn. 45). Der Normzweck geht vielmehr dahin, den endgültig verbleibenden Verlust an Nutzbarkeit der weggegebenen Sache – als pauschalierten Mindestbetrag – auszugleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007 - II ZR 167/06, juris Rn. 5; Urteil vom 24.02.1983 - VI ZR 191/81 -, juris Rn. 10 m.w.N.).

Dieser Normzweck ist im vorliegenden Fall nicht betroffen, da zwar der Klägerin ein Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises für das Fahrzeug im Sinne des § 849 BGB „entzogen“ wurde, diese Entziehung aber nicht ersatzlos erfolgte, sondern dadurch kompensiert wurde, dass die Klägerin im Gegenzug für die Zahlung des Kaufpreises Eigentum und Besitz des Fahrzeugs mit der abstrakten Möglichkeit, dieses jederzeit nutzen zu können, erhalten hat. Dieser Besitz und die Möglichkeit, das Fahrzeug zu nutzen, stellen einen Vermögenswert an sich dar (BGH, Urteil vom 15.04.1966 - VI ZR 271/64 -, juris).

Wie oben dargelegt, ist der Klägerin zwar durch den Erwerb des Fahrzeugs mit der unzulässigen Abschaltanlage ein Schaden entstanden; dieser wirkte sich indes nicht auf die abstrakte Nutzungsmöglichkeit und Funktionsfähigkeit des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs aus. Allein diese aber stellen eine Kompensation für die Zahlung des Kaufpreises im Sinne des § 849 BGB dar. Die Klägerin hat zwar durch die Bezahlung des Kaufpreises die Nutzbarkeit des Geldbetrags verloren, hierfür aber im Sinne einer vollständigen Kompensation die Nutzbarkeit des Kraftfahrzeugs hinzugewonnen (OLG Frankfurt, Urteil vom 27.11.2019 - 17 U 290/18 -, juris Rn. 38 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22.11.2019 - 17 U 44/19 -, juris Rn. 71 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 135 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.10.2019 - 13 U 73/19 -, juris Rn. 24; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 - 13 U 149/18 -, juris Rn. 99; OLG Koblenz, Urteil vom 28.08.2019 - 5 U 1218/18 -, juris Rn. 136; einschränkend unter Abzug einer Wertminderung des Fahrzeugs: OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 - 12 U 61/19 -, juris Rn. 84; a.A.: OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 - 5 U 47/19 -, juris Rn. 41; OLG Köln, Urteil vom

17.07.2019 - 16 U 199/18 -, juris Rn. 29).

Die der Klägerin für die Weggabe des Geldes als Gegenleistung eingeräumte Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs ist auch nicht etwa deshalb unerheblich, weil dem Geschädigten Nutzungserersatz vom Kaufpreis abgezogen wird. Dieser Abzug erfolgt im Wege der Vorteilsausgleichung im Hinblick auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen. Von diesen tatsächlich gezogenen Nutzungen der Klägerin ist jedoch die allgemeine Nutzungsmöglichkeit des Kraftfahrzeugs zu trennen. Als Kompensation für die Hingabe des Kaufpreises hat die Klägerin die abstrakte Nutzungsmöglichkeit als volle Kompensation für das Geld erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 849 BGB einen pauschalierten Mindestbetrag, und zwar unabhängig von einer im Einzelfall tatsächlich gezogenen Nutzung, verfolgt und daher bereits nach Sinn und Zweck der Regelung von vornherein dann nicht eingreift, wenn der Geschädigte für die Weggabe des Geldbetrages die abstrakte Möglichkeit zur Nutzung des Fahrzeugs eingeräumt erhält.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt: Aus dem Vergleich der Tachostände im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung und im Zeitpunkt des Erwerbs schließt der Senat, dass die Klägerin auf ein Fahrzeug angewiesen war. Das bedeutet, dass sie – in Kenntnis der Problematik der „Umschaltlogik“ – den Geldbetrag zwar nicht in den Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs, sondern in den Kauf eines anderen Fahrzeugs investiert hätte; der Geldbetrag hätte ihr also auf jeden Fall nicht zur Verfügung gestanden und hätte nicht von ihr anderweitig genutzt werden können. Würde man die Verzinsungsregelung des § 849 BGB in diesem Fall gleichwohl anwenden, führte dies zu einer dem Schadensersatzrecht fremden Überkompensation, da die Klägerin durch das schädigende Ereignis dann wirtschaftlich besser stünde als ohne das schädigende Ereignis. Dies widerspräche dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot (BGH, Urteil vom 04.04.2014 - V ZR 275/12 -, juris Rn. 20 m.w.N., OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 - 13 U 37/19 -, juris Rn. 139).

9.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1 ZPO, 92 Abs. 1, 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1, 2 ZPO.

10.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf bis zu 65.000 € festgesetzt.

Die Feststellung des Annahmeverzugs hat keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert (BGH,

Beschluss vom 20.06.2017 - XI ZR 109/17 -, juris Rn. 4 m.w.N.). Gleiches gilt für die Zinsforderungen und den Freistellungsanspruch in Bezug auf die vorgerichtlichen Anwaltskosten, die als Nebenforderungen gemäß § 43 Abs. 1 GKG außer Ansatz bleiben.

11.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung wegen divergierender obergerichtlicher Rechtsprechung zugelassen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO).

Häger

Dr. Kranz

Dr. Mannweiler

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Richterin
am Oberlandesgericht

Verkündet am 05.06.2020

Alscheid, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt:

(Dienstsiegel)

(Alscheid), Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle