



Oberlandesgericht Braunschweig

Im Namen des Volkes

Urteil

7 U 5/18
11 O 603/17 (185) Landgericht Braunschweig

Verkündet am 20. August 2019

P., Justizsekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

des Herrn A. O.,,

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

S...,,

Geschäftszeichen:

gegen

die V. AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden
M. M.,,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

W... Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,,

Geschäftszeichen:

hat der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig durch die Vizepräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. X, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Y und die Richterin am Oberlandesgericht Z auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 2019 für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 27.11.2017, Az. 11 O 603/17, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 27.11.2017, Az. 11 O 603/17, sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf die Wertstufe bis 30.000,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz im Hinblick auf einen von ihm als Gebrauchtwagen gekauften PKW V. P., in dem ein Motor der Beklagten eingebaut ist, in Anspruch. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes einschließlich der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Zu ergänzen ist: Das Fahrzeug wird vom Kläger weiter genutzt und wies zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen Kilometerstand von 254.658 km auf. Der Kläger hat das Software-Update bisher nicht durchführen

lassen. Deshalb hat der Landrat des Kreises H. unter dem 21.06.2018 gegen ihn eine Betriebsuntersagung erlassen, hinsichtlich deren Inhalt auf die Anlage zum Protokoll vom 02.07.2019 verwiesen wird. Gegen diesen Bescheid hat der Kläger Klage erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Klageantrag zu Ziffer 1 habe schon dem Grunde nach keinen Erfolg.

Ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB bestehe nicht. Eine aktive Täuschung sei nicht hinreichend vereinzelt dargelegt. Die Typengenehmigung sei nicht gemäß §§ 19 Abs. 7, Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StVZO erloschen. Nach den Gesetzesmaterialien und systematischen Betrachtungen, auch im Hinblick auf den später in Kraft getretenen § 25 Abs. 3 Nr. 2 EG-FGV, gelte die Vorschrift nur für Änderungen von bereits im Verkehr befindlichen Fahrzeugen und sei auch nicht analog anwendbar. Auch die Zulassung nach Euro 5 bestehe fort. Konkret falsche Angaben der Beklagten zum Stickstoffausstoß des Fahrzeugs habe die Klägerseite nicht dargelegt. Konkludente Angaben, das Fahrzeug sei voll funktionsfähig und entspreche den gesetzlichen Vorgaben, seien nicht dargelegt. Dem Angebot und der Lieferung der Sache könne eine Erklärung, diese weise keine Mängel auf, nicht entnommen werden. Auch eine Täuschung über die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung sei, da die Forderung eines Preises keine Aussage über dessen Angemessenheit enthalte, nicht dargelegt.

Für eine Täuschung durch Unterlassen fehle es an einer Garantenstellung der Beklagten gegenüber dem Kläger aus einem besonderen Vertrauensverhältnis oder aus vorhergehendem pflichtwidrigem Verhalten. Selbst bei einem Kaufvertrag bestehe keine allgemeine Offenbarungspflicht des Verkäufers, sondern nur bzgl. wertbildender Faktoren von erheblichem Gewicht oder bei Beeinträchtigung der Verwendbarkeit der Kaufsache. Die Steuerungssoftware stelle keinen solchen wertbildenden Faktor dar. Die bloße Behauptung des Wertverlustes stelle keine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung dar, eine Beweiserhebung wäre eine unzulässige Ausforschung. Die Transparenz des Gebrauchtwagenmarktes ermögliche den Vortrag konkreter Anknüpfungstatsachen. Es bestehe auch keine eingeschränkte Verwendbarkeit. Die Typgenehmigung sei nicht erloschen. Es drohe auch nicht deren Widerruf, weil das Kraftfahrtbundesamt (im Folgenden

„KBA“) sein Ermessen zugunsten § 25 Abs. 2 EG-FGV ausgeübt habe. Wenn aber schon ein Verkäufer gegenüber dem Käufer keine Offenbarungspflicht gehabt hätte, gelte dies erst recht für die Beklagte als Herstellerin ohne vertragliche Bindung gegenüber dem Kläger.

Auch aus pflichtwidrigem Vorverhalten folge keine Garantenstellung, da die vom Kläger allein geltend gemachten Vermögensinteressen nicht in den Schutzbereich der nur gesamtgesellschaftlichen Zielen dienenden EU-Vorschriften Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 (im Folgenden „VO (EG) Nr. 715/2007“), EU-Richtlinie 2007/46/EG (im Folgenden „Richtlinie 2007/46/EG“) (Harmonisierung des Binnenmarktes; Sicherstellung eines hohen Umweltschutzniveaus; Schutz gegen unbefugte Benutzung) fielen. Interessen des einzelnen Fahrzeugkäufers könnten hierdurch allenfalls in Bezug auf die Zulassungsfähigkeit des erworbenen Fahrzeugs geschützt sein. Diesbezüglich mache der Kläger aber keinen Schaden geltend.

Auch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Artt. 12, 18 der Richtlinie 2007/46 EG und §§ 4, 6, 25 EG-FGV folge kein Schadensersatzanspruch, weil die Vorschriften nicht dem Schutz des Vermögens von Käufern dienen. Die Richtlinie, die von der EG-FGV nur umgesetzt werde, diene der Harmonisierung des Binnenmarktes.

Ein Anspruch folge auch nicht aus § 826 BGB. Auch in § 826 BGB sei die Ersatzpflicht auf in den Schutzbereich der verletzten Norm fallende Schäden beschränkt. Das Verbot unzulässiger Abschaltvorrichtungen aus Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Ziffer 10 VO (EG) Nr. 715/2007 diene ebenso wie die Richtlinie 2007/46/EG der Harmonisierung des Binnenmarktes. Interessen der Fahrzeugkäufer könnten allenfalls in Bezug auf die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs geschützt sein. Solche Schäden mache die Klägerseite aber nicht geltend. Eine arglistige Täuschung über die Schadstoffemissionen sei zu verneinen, weil sich Aussagen im Zusammenhang mit Typgenehmigung/Übereinstimmungsbescheinigung immer auf die Emissionen im NEFZ bezögen. Nur diesbezüglich seien Wertangaben in etwaigen Prospekten miteinander vergleichbar. Schließlich führe das Verschweigen der Motorsteuerungssoftware nicht zu Ansprüchen, weil im Privatrechtsverkehr keine allgemeine Offenbarungspflicht bestehe, sondern nur bzgl. erheblich wertbildender Faktoren oder der Verwendbarkeit des Kaufgegenstandes.

Mangels Anspruchs des Klägers gegen die Beklagte aus unerlaubter Handlung ver helfe auch der Verweis auf § 831 BGB dem Klageantrag zu 1. nicht zum Erfolg und seien auch die anderen Klageanträge unbegründet.

Gegen das dem Kläger am 06.12.2017 zugestellte Urteil hat dieser am 04.01.2018 Berufung eingelegt und diese durch einen am 06.02.2018 eingereichten Schriftsatz begründet.

Er beanstandet mit der Berufung eine Verletzung formellen und materiellen Rechts. Durch die Nichtdurchführung einer Beweisaufnahme zu den Ausführungen des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2017 habe das Landgericht gegen seine aus § 286 ZPO folgenden Verpflichtungen verstoßen. Auch habe das Landgericht in Verkennung der materiellen Rechtslage Ansprüche gemäß §§ 826, 823 BGB unter Zugrundelegung abwegiger Argumente und Außerachtlassung des Willens des Gesetzgebers verneint.

Das Landgericht lasse eine genaue Prüfung der Voraussetzungen des § 263 StGB nicht erkennen. Für eine Täuschungshandlung sei lediglich notwendig, dass der Betrügende auf das Vorstellungsbild des Opfers einwirke und es deshalb zu einer Vermögensverfügung zum Nachteil des Opfers komme, die dieses bei Kenntnis von der Täuschung nicht durchgeführt hätte.

Es liege eine Täuschung über Tatsachen vor. Nach Darstellung der Voraussetzungen für den Begriff „Tatsachen“ führt der Kläger aus, die Beklagte habe unstreitig ein Fahrzeug der Schadstoffklasse EU5 produziert, hergestellt und dessen Zulassung ermöglicht. Die Schadstoffklasse EU5 sei eine Tatsache, und die Nachprüfung durch die Behörden, insbesondere das KBA, habe ergeben, dass es sich um eine Falschangabe handle. Eine illegale Abschalt einrichtung sei behördlich gesichert. Der Kläger sei in seinen Rechten verletzt, weil das Landgericht diese Tatsache sowie die Tatsache negiere, dass der Hersteller den gesamten Prozess der Betriebszulassung förmlich in den Händen halte. Das Landgericht meine irrig, den Sachverhalt unter anderem in die Thematik eines Produktionsfehlers verorten zu können, weshalb dem Hersteller juristisch nicht beizukommen sei. Es verletze den Kläger auch in seinen Rechten, dass das

Landgericht lapidar feststelle, dass alle Genehmigungen vorlägen und nicht erloschen seien.

Aufgrund von Compliance-Verstößen sei eine Zurechnung von Täuschungshandlungen des Vorstandes gegeben. Neben einem Betrug durch aktives Tun im EG-Typgenehmigungsverfahren ergebe sich entgegen der Darstellung des Landgerichtes eine Täuschung auch durch Unterlassen. Eine Aufklärungspflicht müsse sich nicht zwingend aus einem Vertrag ergeben, sondern könne ggf. auch aus Treu und Glauben oder aus Ingerenz folgen. Hier liege eine pflichtwidrige Handlung der Beklagten auf der Hand. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei unter Einsatz der Manipulationssoftware konstruiert und gebaut worden, um maximalen Gewinn zu erzielen. In einem Parallelprozess vor dem Landgericht Paderborn habe die Beklagte auf Nachfrage erklärt, es sei darum gegangen, Gewinn zu erzielen. Die Beklagte habe unstreitig nach der Herstellung niemanden über die Manipulationssoftware aufgeklärt. Eine Täuschungshandlung folge aus der Inverkehrgabe unter dem Schein der EU5-Abgasnorm.

Die Zurechnung der Aufklärungspflichtverletzung erfolge „mindestens gegenüber der Beklagten selbst; und zwar unter Compliance-Gesichtspunkten mindestens im Rahmen des § 831 BGB“. Die Muttergesellschaft hafte für ihre Verrichtungsgehilfen, es werde auf den Klagevortrag verwiesen. Der gesamte Vortrag zur Zurechenbarkeit und zu Täuschungshandlungen der Beklagten werde vom Landgericht nicht berücksichtigt, was den Kläger in seinen Rechten verletze.

Nach Darlegung der Voraussetzungen eines kausalen Irrtums vertritt der Kläger die Ansicht, die Grundsätze der konkludenten Täuschungshandlung seien ähnlich wie bei Täuschung eines Tankenden über seine Zahlungsbereitschaft anwendbar. Spätestens mit Bezahlen / Übergabe sei der Kläger konkludent über die Zulassungsvoraussetzungen des streitgegenständlichen Fahrzeugs getäuscht worden. Ein Verbraucher vertraue dem Hersteller, Vertrauen müsse der Marke nicht gesondert ausgesprochen werden.

Der Kläger müsse keine Angaben zur EU5-Emissionsklasse dergestalt machen, dass er die Höhe der Überschreitung der Stickoxidwerte, deren Ermittlung durch Nachmessung ihm nicht möglich sei, angeben müsse, wenn sicher feststehe, dass

das Fahrzeug mit der alten Software wegen Nichteinhaltung der Emissionsklasse seine Betriebszulassung verlieren werde. Das Landgericht messe mit zweierlei Maß, indem es dem Kläger die Aufgabe erteilt habe, konkrete Grenzwertüberschreitungen zu bestimmen, während die Beklagte über das Hintergrundwissen verfüge. Dass die Stickoxidwerte sämtliche Grenzen sprengten, sei unstreitig. „Vor dem Hintergrund des neuerlichen Bekanntwerdens des Abgastests an Mensch und Tier und der Nichtveröffentlichung der Daten durch die Beklagte“ sei eine Beweislastverschiebung „wie ausgeurteilt mehr als obsolet“.

Letztlich sei beim Kläger ein Irrtum, dass er die Einhaltung der Schadstoffklasse EU5 laut Zulassungsbescheinigung Teil 1 zumindest für möglich gehalten habe, erregt oder unterhalten worden, und das Landgericht habe durch die Annahme, eine Täuschung sei nicht dargelegt, den Sachvortrag auf Seite 11 der Klage unberücksichtigt gelassen.

Die bei Kenntnis der Täuschung nicht vorgenommene Vermögensverfügung des Klägers liege in der Kaufpreisentrichtung. Ein Vermögensschaden sei dadurch, durch die Abnutzung des Fahrzeugs sowie nunmehr auch zusätzlich durch die Aufdeckung des Skandals entstanden. Dieselfahrzeuge wie das des Klägers seien, wie erstinstanzlich dargelegt und in den Urteilsgründen nicht erörtert, praktisch unverkäuflich und mangels Zulassungsfähigkeit objektiv wertlos. Der Wertverzehr sei vom Vorsatz der Beklagten erfasst gewesen.

Das Landgericht habe Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB mit anderen Schutzgesetzen, z.B. §§ 223, 224 StGB wegen einer konkreten Gesundheitsschädigung dadurch, dass der Kläger deutlich über dem Grenzbereich liegenden Stickoxiden ausgesetzt werde, nicht geprüft. Unabhängig davon sei der Schutzzweck der Artt. 12, 18 der Richtlinie Nr. 2007/46 EG und §§ 4, 6, 25 EG-FGV entgegen dem Urteil eröffnet. Allein richtig sei, dass die Vorschrift Vermögensinteressen des Klägers nicht schütze. Der Schutzbereich sei aber hinsichtlich der Umwelt eröffnet, zu der auch der Kläger zähle. Die Verkehrssicherheit sei durch das Nichteinhalten der gesetzlichen Emissionen beeinträchtigt, und die Verkehrssicherheit beziehe sich ausschließlich auf den Kläger. Entgegen der oberflächlichen Aufzählung des Landgerichtes seien es ausschließlich Individualinteressen, deren Schutz die Richtlinie gewährleisten solle.

Der Individualschutz sei dann eröffnet, wenn der einzelne von dem Schutz tatsächlich erfasst sei und von einem Verstoß geschädigt werde. Eine andere Sicht sei unsinnig. Das Urteil verhalte sich auch nicht zu einem wörtlich zitierten Absatz auf Seite 10 der Klageschrift zu Fällen von Glykol im Wein und Pferdefleisch in Lasagne und verletze den Kläger dadurch in seinen Rechten.

Im Hinblick auf § 826 BGB finde der gesamte Vortrag zur Sittenwidrigkeit auf Seite 3-10 der Klageschrift keine Berücksichtigung. Insbesondere setze sich das Landgericht nicht mit dem Vortrag zu einem zielgerichteten Herstellungsprozess auseinander und prüfe auch nicht, dass eine unzulässige Abschaltanlage verbaut worden sei. Es liege auch falsch, eine Offenbarungspflicht zu verneinen. Denke man dies zu Ende, so wolle das Landgericht jedweden Hersteller für Verstöße und Schäden am Endkunden nicht bestrafen. Dann könne aber auf Reglementierungen des Wettbewerbs / des Produktionsprozesses verzichtet werden, was nicht zu Rechtsfrieden führen würde. Die Beklagte habe sich europäischen und deutschen Gesetzen und Verordnungen unterworfen, um am Binnenmarkt Wettbewerb betreiben zu können. Durch heimliche Umgehung Letzterer werde der Gewinn maximiert. Deshalb sei das Verhalten gegenüber dem Kläger als sittenwidrig einzustufen. Wörtlich zitierten Ausführungen zur Sittenwidrigkeit in Urteilen von Landgerichten sei nichts hinzuzufügen.

Ergänzend bezieht sich der Kläger auf das erstinstanzliche Vorbringen nebst Beweisanträgen.

In nach einem am 14.02.2019 erlassenen Hinweisbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO eingereichten Schriftsätzen trägt der Kläger wie folgt ergänzend vor:

Er rügt erneut die Nichterhebung erstinstanzlich angebotener Beweise. Maßgeblich sei nicht die Tatsache, ob Typgenehmigung und Zulassung formell beim Kauf vorgelegen hätten, sondern „die Ursache des Erhaltens“ der Genehmigungen. Es sei falsch, bzgl. des Vorwurfs sittenwidrigen und betrügerischen Verhaltens nur auf formelle Gegebenheiten abzustellen statt auf die „Entstehung derselben“. Die Wirkung der Abschaltanlage, die vom Landgericht auch zugrunde gelegt werde, lege den Grundstein der juristischen Bewertung. Der Kläger habe die Sittenwidrigkeit der Herstellung und Inverkehrgabe des Fahrzeugs durch seine

informativische Befragung, Inaugenscheinnahme des Fahrzeugs sowie Unterlagen und Bezugnahme auf Urteile unter Beweis gestellt.

Die Hinweise des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 08.01.2019 zur Mangelhaftigkeit von Fahrzeugen mit der auch im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Softwaresteuerung ergäben einen erheblichen Sachmangel und nach Auffassung des Klägers auch Rechtsmangel, weshalb das formale Bestehen der Typgenehmigung oder Zulassung obsolet sei. Ein Rechtsmangel folge dabei auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Gefahr einer Stilllegung wegen Eintrags eines Fahrzeugs in das Schengener Informationssystem SIS, wobei vorliegend eine Betriebsstilllegung aus einem verwaltungsrechtlichen Vorgang für den Fall folge, dass nicht umgerüstet werde. Daraus folge – mit OLG Köln, 18 U 70/18, Beschluss vom 03.01.2019 - eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, eine Täuschung und ein Vermögensschaden durch die Kaufpreiszahlung.

Der Kläger zitiert weiter aus dem Beschluss des OLG Köln sowie aus einer Entscheidung des OLG Karlsruhe, 13 U 142/18, die dem vorliegenden Fall vergleichbar seien. Maßgeblich sei danach ausschließlich, ob der Kläger bei Gefahrübergang von einer Zulassungsfähigkeit habe ausgehen können, auf Ausführungen zur Höhe der Emissionen komme es nicht an.

Ergänzend verweist der Kläger auf Ausführungen bei Bruns, NJW 2019, 801ff und vertritt die Ansicht, dass uneingeschränkt, aber zumindest für den Zeitraum des Annahmeverzugs kein Nutzungersatz in Abzug zu bringen sei sowie zusätzlich Deliktzinsen nach § 849 BGB geschuldet seien.

Weiter vertritt der Kläger die Ansicht, auch eine Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB sei unter Heranziehung von BGH, Urteil vom 07. Dezember 1993, VI ZR 74/93 gegeben, weil der Kläger nicht uneingeschränkt sein Eigentum an dem Fahrzeug ausüben könne.

Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision seien gegeben.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Braunschweig, Az. 11 O 603/17 (185), verkündet am 27.11.2017:

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 23.750,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.05.2014 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs V. P. 2,0 TDI 125 KW, Fahrzeugidentifikationsnummer:;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger nutzlose Aufwendungen im Zusammenhang mit dem unter 1. genannten Fahrzeug in Höhe von insgesamt 1.604,48 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten; darüber hinaus die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger nutzlose Aufwendungen im Zusammenhang mit dem unter 1. genannten Fahrzeug in Höhe von weiteren 515,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.10.2017 zu erstatten.
3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.564,26 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Berufung sei bereits unzulässig, da sie nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO genüge. Sie sei auch unbegründet. Das Landgericht habe die Klage rechtsfehlerfrei abgewiesen.

Zu §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB habe das Landgericht zutreffend schon die Hervorrufung einer Fehlvorstellung des Klägers über Eigenschaften des Fahrzeuges durch aktives Tun verneint. Eine Täuschung des Klägers durch die Beklagte scheidet schon mangels Kontaktes zwischen den Parteien vor und bei Abschluss des Kaufvertrages aus. Das Landgericht gehe zu Recht davon aus, dass die EG-Typgenehmigung nicht gemäß dem lediglich nachträgliche Änderungen betreffenden, nicht analog anwendbaren § 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StVZO erloschen sei. Das streitgegenständliche Fahrzeug unterfalle auch der EG-Typgenehmigung des KBA und sei bestandskräftig in die Schadstoffklasse EU5 eingestuft. Dies ergebe sich aus dem unterbliebenen Entzug der Typgenehmigung und der Auflage

des KBA, die Umschaltlogik zu entfernen. Nichts anderes folge aus § 25 Abs. 2 EG-FGV, der voraussetze, dass im Verkehr befindliche Fahrzeuge nicht vorschriftsmäßig seien. Der Kläger nutze das Fahrzeug seit Erwerb ohne Beeinträchtigung. Er sei auch nicht über Abweichungen zwischen den im NEFZ gemessenen Werten und den unerheblichen Werten im realen Fahrbetrieb getäuscht worden. Zutreffend stelle das Landgericht auch fest, dass der Kläger eine Täuschung über die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nicht dargelegt habe. Die von ihm weiter behauptete objektive Wertlosigkeit des Fahrzeuges widerspreche den Gegebenheiten des Gebrauchtwagenmarktes. Unabhängig vom Fehlen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10, 5 VO EG 715/2007 verkenne der Kläger, dass selbst ein Verstoß gegen das Verbot einer Abschaltvorrichtung keine Sittenwidrigkeit im Verhältnis zu ihm begründe. Den Erwägungsgründen der nur Messungen auf dem Prüfstand verlangenden Verordnung, die der Verbesserung der Luftqualität diene, lasse sich ein Gebot der guten Sitten gerade im Verhältnis zum Kläger nicht entnehmen. Auf die Ausführungen des Landgerichts zum Schutzbereich der Verordnung gehe der Kläger nicht ein, sondern beschränke sich auf Vortrag zu angeblich gesundheitsschädlichen Wirkungen. Ergänzend werde auf einen Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts München vom 22.02.2018 (27 U 2827/17) verwiesen, aus dem wörtlich zitiert wird.

Auch eine Täuschung durch Unterlassen habe das Landgericht zu Recht abgelehnt. Die Beklagte habe nur den Motor des Fahrzeugs hergestellt, sei von den Vertragsverhandlungen bei Erwerb des Gebrauchtwagens denkbar weit entfernt und habe deshalb auf das Vorstellungsbild des Klägers nicht einwirken können. Es fehle an Vortrag dazu, aus welchen Umständen die Beklagte hätte erkennen können, dass für den Kläger die Funktionsweise der Software von ausschlaggebender Bedeutung sei. Bis 9/2015 sei Fahrzeugkäufern die Thematik der Stickoxid-Emissionen unbekannt gewesen. Vortrag zu einem Interesse des Klägers an den auf dem Prüfstand gemessenen Werten fehle, das Fahrzeug sei uneingeschränkt nutzbar, auch wegen einer fortbestehenden EG-Typgenehmigung. Es fehle auch an substantiiertem Vortrag zu einem eventuellen Wertverlust des Fahrzeugs durch den Einsatz der Software. Die zuständige Behörde habe anerkannt, dass die Fahrzeuge voll fahrtauglich und ohne Einschränkung

verwendbar seien. Der Kläger nenne kein Beispiel, dass er sein Fahrzeug nicht wie jedes andere habe nutzen können. Das Fahrzeug sei wegen der bestandskräftigen EG-Typgenehmigung nach Euro 5 auch vor der technischen Überarbeitung in sämtlichen Umweltzonen nutzbar gewesen.

Schließlich liege kein Schaden vor; ein softwarebedingter Wertverlust oder ein Minderwert seien nicht substantiiert vorgetragen. Die Verkaufswerte für Fahrzeuge mit dem Motor des Typs EA189 seien seit Bekanntwerden der Umschaltlogik über knapp zwei Jahre stabil geblieben. Eine Verschiebung der Nachfrage zu Benzinfahrzeugen sei Folge der Debatte über ein Verbot für Dieselfahrzeuge in deutschen Innenstädten und betreffe alle Dieselfahrzeuge. Es folgt weiterer Vortrag zu Marktentwicklungen unter Zeugen- sowie Sachverständigenbeweis. Der fehlende Eintritt eines softwarebedingten Wertverlustes sei auch nachvollziehbar. Die technische Überarbeitung führe zu keinen negativen Auswirkungen auf Kraftstoffverbrauch, Motorleistung, CO₂-Emissionen und Geräuschemissionen. Eine Vergleichbarkeit mit Fällen merkantilen Minderwertes liege nicht vor. Spätfolgen wie bei einem Unfall seien aufgrund der intensiven Abstimmung mit der zuständigen Behörde nicht zu befürchten. Der erforderliche Aufwand der technischen Maßnahme liege bei ca. 35 €, mithin im einen merkantilen Minderwert nicht rechtfertigenden Bagatellbereich, sei nicht mit aufwändigen Eingriffen wie beispielsweise dem Austausch eines Motors vergleichbar und führe auch nicht zu unkontrollierbaren Krafteinwirkungen auf das Fahrzeug.

Bzgl. der Kausalität und des subjektiven Tatbestandes des § 263 StGB verweist die Beklagte auf die Schriftsätze 1. Instanz und auf die fehlende Stoffgleichheit. Der Kläger habe nicht hinreichend dargelegt, dass der angebliche Vorteil der Beklagten die unmittelbare Folge der irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Klägers sei, der Kaufpreiszahlung, die nicht an die Beklagte erfolgt sei.

Auch Ansprüche gemäß § 826 BGB habe das Landgericht zu Recht verneint und zutreffend ausgeführt, dass im Rahmen der Prüfung des § 826 BGB ein Verstoß gegen die Vermögensinteressen des Klägers schützende Normen erforderlich sei. Die VO (EG) Nr. 715/2007 solle nicht dem Schutz des klägerischen Vermögens dienen. Die Beklagte verweist insoweit auf die vorherigen Ausführungen.

Der Kläger habe auch zu einer sittenwidrigen Handlung keinen hinreichenden Sachvortrag geliefert. Die Nichterfüllung einer allgemeinen Rechtspflicht reiche nicht aus. Es fehle auch an zusätzlich erforderlichen, besonderen Umständen, die das schädigende Verhalten nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als „anständig“ Geltenden verwerflich machten. Mit dem Inverkehrbringen habe die Beklagte den Kläger nicht konkludent getäuscht, auch könne der Kläger der Beklagten als nicht am Vertrag beteiligte Partei keine sittenwidrige Schädigung durch Unterlassen anlasten. Die Vermutungen zu einer angeblichen Gewinnmaximierung seien, unterstellt, in einer sozialen Marktwirtschaft nicht geeignet, die Handlung der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren. Dies gelte insbesondere wegen der vollständigen Nutzbarkeit des Fahrzeugs und deshalb, weil es nicht an Marktwert verloren habe. Die Software führe nicht zu Emissionswerten, die von den Fahrzeugen anderer Hersteller abwichen. Der Kläger habe nicht von einer Einhaltung der Schadstoffwerte auch unter Realbedingungen ausgehen können. Die Ausführungen zur Umweltfreundlichkeit des Kläger-Fahrzeugs seien nicht nachvollziehbar. Es sei nach Testergebnissen des sog. „Equa-Index“ verglichen mit vergleichbaren Modellen anderer Hersteller emissionsarm und kraftstoffsparend, und zwar auch vor dem Update. Unabhängig davon sei es dem Kläger wie jedem durchschnittlichen Fahrzeugkäufer lediglich auf die für die Befahrbarkeit der Umweltzonen und für die Erhebung der Kfz-Steuer maßgebliche Einstufung in die Abgasnorm, nicht auf die Abgaswerte selbst angekommen.

In keinem Fall ausreichend sei jedenfalls ein Verhalten, das sich als bloßer Verstoß gegen vertragliche Leistungspflichten darstellen würde. Wenn schon kaufrechtlich keine Rückabwicklung entlang der Leistungskette möglich sei, müsse dies erst recht für den Fall fehlender vertraglicher Beziehungen und einen auf § 826 BGB gestützten Schadensersatz gelten.

Der Kläger habe unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens auch keinen Vermögensschaden erlitten. Nachteilige Auswirkungen der technischen Überarbeitung habe er nicht dargelegt. Sie seien wegen der Überprüfung der Maßnahme durch die zuständige Behörde auch nicht zu fürchten. Eine drohende Stilllegung des Fahrzeugs wegen Nichtdurchführung der Maßnahme beruhe auf

dem Entschluss des Klägers und begründe eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. Im Vertragsschluss sei auch kein Schaden zu sehen, da das Fahrzeug durch die Software keinen Wertverlust erlitten und nach der Bestätigung des KBA das Software-Update keine negativen Folgen habe. Auch bei normativer Korrektur der Differenzhypothese sei dem Kläger kein Schaden entstanden, weil die Tauglichkeit zum Gebrauch des Fahrzeuges durch die Software nicht negativ beeinträchtigt sei und es dem Zweck (Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr) vollumfänglich entsprochen habe.

Auch scheitere ein Anspruch an einem fehlenden Schädigungsvorsatz der Beklagten. Es fehle an Vortrag zur Kenntnis eines Vorstandsmitgliedes der Beklagten im Mai 2014 von der Software und zu einer billigenden Inkaufnahme eines Vermögensschadens des Klägers. Eine Wissenszurechnung sei ausgeschlossen. Nach derzeitigem Ermittlungsstand habe der Vorstand der Beklagten im relevanten Zeitpunkt keine Kenntnisse von der Entwicklung und dem Einsatz der Software gehabt. Die Beklagte treffe auch keine sekundäre Darlegungslast. Die internen Ermittlungen seien noch nicht abgeschlossen, ein Abschlussbericht der Kanzlei Jones Day liege noch nicht vor. Die nicht näher bezeichneten Compliance-Gesichtspunkte änderten daran nichts, diese bestünden allein im Innenverhältnis der AG und dienten nicht dem Schutz außerhalb der AG stehender Verbraucher. Unzureichender Vortrag führe auch nicht über § 138 Abs. 3 ZPO zu einer Fiktion vorsätzlichen Vorstandshandelns, weil die Vorschrift keinen Rückschluss auf einen Rechtssatz oder eine rechtliche Beurteilung, hier den Schädigungsvorsatz, zulasse.

Auch fehle es an der Kausalität der angeblichen Täuschung der Beklagten für die Kaufentscheidung des Klägers. Er trage nichts zu konkreten Vorstellungen über den Stickoxydausstoß auf dem Prüfstand vor. Im Rahmen deliktischer Schadensersatzansprüche griffen keine Beweiserleichterungen oder Vermutungen zur Kausalität.

Auch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Artt. 12, 18 der Richtlinie 2007/46/EG und §§ 4, 6, 25 EG-FGV habe das Landgericht zutreffend einen Schadensersatzanspruch mangels drittschützender Wirkung abgelehnt. Der Kläger begründe vermeintliche entsprechende Ansprüche nicht, sondern nenne nur die Vorschriften.

Das Landgericht habe auch Ansprüche aus § 831 BGB zutreffend verneint. Der Kläger habe nicht vorgetragen, dass Verrichtungsgehilfen der Beklagten in Ausführung der Verrichtung sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung erfüllt hätten. Der allgemeine Verweis auf nicht näher bezeichnete Personen sei unsubstantiiert.

Vorsorglich verweise die Beklagte hinsichtlich des Aufwendungsersatzes und der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, bezüglich derer es an Berufungsangriffen fehle, auf Ausführungen in der Klageerwiderung und der Duplik. Bei fehlender Zahlung des Klägers auf eine Kostenrechnung bestehe allenfalls ein Freistellungsanspruch, bei Zahlung der Rechtsschutzversicherung sei der Kläger nicht aktivlegitimiert.

Höchst vorsorglich sei auf den vom Kläger zu leistenden Nutzungersatz hinzuweisen, der auf Basis einer Gesamtleistung von 200.000 - 250.000 km zu ermitteln sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Terminsprotokoll vom 02.07.2019 nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht gemäß § 517 ZPO eingelegt und innerhalb der Frist des § 520 Abs. 2 ZPO begründet worden. Sie ist auch im Hinblick auf die Erfordernisse des § 520 Abs. 3 Nr. 2, 3 ZPO zulässig, obwohl die Berufungsbegründung an vielen Stellen den erforderlichen Bezug zum angefochtenen Urteil nicht erkennen lässt, indem erkennbar Textbausteine aus anderen Verfahren verwendet sowie in weiten Passagen Ausführungen aus erstinstanzlichen Schriftsätzen ohne Auseinandersetzung mit der Argumentation des Landgerichts wiederholt werden. Jedenfalls folgt die Zulässigkeit der Berufung daraus, dass der Kläger §§ 823 Abs. 2 BGB, 223, 224 StGB als weitere Anspruchsgrundlage geltend macht und die Schutzzweckerwägungen des angefochtenen Urteils mit dem Argument angreift, der Schutzzweck der europarechtlichen Normen erfasse unter Berücksichtigung

des Schutzzwecks „Umweltschutz“ ihn, den Kläger, als Teil der Umwelt. Die Berufung hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

1. Soweit der Kläger einen Verstoß gegen § 286 ZPO geltend macht, weil Beweisantritten nicht nachgegangen worden ist, kann dieser Einwand allein der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Unabhängig davon, dass die Beweisantritte in der Berufungsbegründung nicht konkret benannt werden, setzt ein Verstoß gegen § 286 ZPO voraus, dass der unter Beweis gestellte Sachvortrag beweisbedürftig war. Dies ist nach den nachstehenden Ausführungen wegen Unschlüssigkeit der Klage nicht der Fall. Insoweit hilft auch der Verweis des Klägers auf Beweisantritte zur Sittenwidrigkeit nichts; Sittenwidrigkeit ist ein Rechtsbegriff, und wenn es für dessen Feststellung auf die behaupteten Tatsachen nicht ankommt, bedarf es keiner Beweisaufnahme.

2. Das Landgericht hat den Klageantrag zu 1. im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

a) Richtiger Weise hat das Landgericht Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. §§ 831, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB verneint. Soweit sich der Kläger mit der Berufung gegen die Argumentation wendet, mit der das Landgericht eine aktive Täuschung sowie eine Täuschung durch Unterlassen verneint hat, und des Weiteren Ausführungen zu einem Irrtum des Klägers und einer irrumsbedingten, einen Schaden auslösenden Vermögensverfügung macht, hat die Berufung schon deshalb keinen Erfolg, weil das Urteil auf vom Kläger gerügten Fehlern des Landgerichts bei der Prüfung dieser Anspruchsgrundlagen nicht i.S.d. § 513 ZPO beruhen kann. Unabhängig von diesen Ausführungen des Klägers scheitert ein deliktischer Anspruch wegen eines Betruges zulasten des Klägers nämlich bereits aus folgenden Gründen:

aa) Im vorliegenden Fall eines Gebrauchtwagenkaufs fehlt es für eine als Haftungsgrund geltend gemachte Erfüllung des Betrugstatbestandes jedenfalls an einer Absicht einer stoffgleichen Bereicherung.

Grundsätzlich ist bei der Prüfung des § 263 StGB zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte als juristische Person gemäß § 14 StGB nicht selbst strafbar gemacht

haben kann. Dies kann nur eine natürliche Person. Die Beklagte könnte deshalb allenfalls gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB i.V.m. § 31 BGB haften, wenn man auf eine Handlung des Vorstandes oder anderer Personen in leitender, unter § 31 BGB fallender Stellung abstellen würde, oder gemäß §§ 831, 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, wenn man auf Handlungen von in der Entwicklung bei der Beklagten eingesetzten Mitarbeitern abstellen würde (zur Möglichkeit einer Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB für eine unerlaubte Handlung durch Erfüllung des Betrugstatbestandes durch einen Verrichtungsgehilfen vgl. BGH, Urteil vom 23. März 2010 – VI ZR 57/09 –, R. 38, zitiert nach juris).

(1) Der Kläger nennt schon kein(en) als Täter in Betracht kommenden Mitarbeiter / Organ der Beklagten, dessen Strafbarkeit nach § 263 StGB geprüft werden könnte. Entsprechender Vortrag ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagte im Hinblick auf die im Zusammenhang mit der Entwicklung und Ausstattung der Fahrzeuge mit der Softwaresteuerung verantwortlichen Mitarbeiter oder Organe eine sie treffende sekundäre Darlegungslast verletzt hätte. Dabei kann offen bleiben, ob im vorliegenden Fall entsprechend den vom Kläger zitierten Ausführungen in OLG Köln, Beschluss vom 03. Januar 2019 – 18 U 70/18 –, R. 31, zitiert nach juris eine Verletzung der sekundären Darlegungslast überhaupt dazu führen könnte, von einer Kenntnis von Organen der Beklagten i.S.d. § 31 BGB ausgehen zu können; denn die Grundsätze der sekundären Darlegungslast finden keine Anwendung.

Eine sekundäre Darlegungslast kann den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei treffen, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hat, während dem Prozessgegner nähere Angaben dazu ohne weiteres möglich und zumutbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 2018 – I ZR 150/15 –, R. 30, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 08. Januar 2014 – I ZR 169/12 –, BGHZ 200, 76-86, R. 17, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 19. Oktober 2011 - I ZR 140/10, GRUR 2012, 602 Rn. 23 = WRP 2012, 721 - Vorschäblicher II, m.w.N.). Bei der Frage der Zumutbarkeit ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen; ggf. können dem Prozessgegner auch Nachforschungen zumutbar sein (vgl. BGH, Urteil vom 08. Januar 2014 – I ZR 169/12 –, BGHZ 200, 76-86, R.

17, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 13. Juni 2012 – I ZR 87/11 –, R. 18, zitiert nach juris). Allerdings ist zu beachten, dass die Bejahung einer sekundären Darlegungslast weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast nach § 138 Abs. 1, 2 ZPO hinausgehenden Verpflichtung der nicht beweispflichtigen Partei führen darf, dem Beweispflichtigen die für seinen Prozess Erfolg benötigten Informationen zu verschaffen (BGH, Urteil vom 08. Januar 2014 – I ZR 169/12 –, BGHZ 200, 76-86, R. 18, zitiert nach juris; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Juni 1990 – II ZR 159/89 –, R. 9, zitiert nach juris zur Verneinung einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht). Nicht von einer sekundären Darlegungslast erfasst ist außerdem die Benennung von Zeugen, weil dies der Beweisaufnahme zuzurechnen ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 – III ZR 239/06 –, R. 18, zitiert nach juris).

Nach diesen Grundsätzen wird eine sekundäre Darlegungslast in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bejaht, wenn es um den Nachweis negativer Tatsachen geht (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2012 – XII ZR 72/10 –, R. 40ff, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 14. Juli 2003 – II ZR 335/00 –, juris; für ehebedingte Nachteile nach § 1578b BGB; Urteil vom 14. Juli 2003 – II ZR 335/00 –, R. 8f, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 18. Mai 1999 – X ZR 158/97 –, R. 15f, zitiert nach juris für den Rechtsgrund bei § 812 BGB BGH; BGH, Urteil vom 17. Februar 2004 – X ZR 108/02 –, R. 15f, zitiert nach juris für ersparte Aufwendungen nach § 324 BGB a.F.). Eine sekundäre Darlegungslast wird aufgrund des Wechselspiels der Parteien bei der Darlegung von Tatsachen (vgl. BGH, Urteil vom 04. April 2014 – V ZR 275/12 –, BGHZ 200, 350-362, R. 11, zitiert nach juris) weiter angenommen, wenn der Darlegungspflichtige zu der Anspruchsvoraussetzung schon substantiiert vorgetragen hat, der nicht Darlegungspflichtige aber den Tatbestand ausschließende Sachverhaltsvarianten vorträgt oder diesen Vortrag bei eigener Kenntnis der tatsächlichen Vorgänge bestreiten will (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 18. Januar 2018 – I ZR 150/15 –, R. 28ff, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 16. April 2015 – I ZR 27/14 –, R. 29ff, zitiert nach juris; vgl. auch ; BGH, Urteil vom 19. Februar 2016 – V ZR 216/14 –, R. 21ff, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 08. Januar 2014 – I ZR 169/12 –, BGHZ 200, 76-86, R. 17ff, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 19. November 2013 – II ZR 229/11 –, R. 18, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 12. Mai 2010 – I ZR 121/08 –, BGHZ 185, 330-341, R. 12, zitiert nach juris; BGH,

Beschluss vom 07. November 2007 – IV ZR 103/06 –, R. 1, zitiert nach juris). Ähnlich wird auch dann eine sekundäre Darlegungslast des Frachtführers für Umstände der Schädigung des Frachtgutes bejaht, wenn der Beweispflichtige eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ein qualifiziertes Verschulden dargelegt hat (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2012 – I ZR 87/11 –, R. 17, zitiert nach juris).

Diese Grundsätze führen nicht zu einer sekundären Darlegungslast der Beklagten dahingehend, dass sie Angaben zu der Kenntnis von Vorstandsmitgliedern von der Entwicklung und Installation der Softwaresteuerung machen müsste, ohne dass ein irgendwie substantiierter Vortrag der Klägerseite vorliegt. Die Fallgruppe der Darlegung negativer Tatsachen ist nicht einschlägig. Bei der Kenntnis der Vorstandsmitglieder von den Vorgängen handelt es sich nicht um negative Tatsachen, sondern der Kläger behauptet umgekehrt eine positive Kenntnis und will mit der Berufung auf die sekundäre Darlegungslast letztlich die Beklagte zu Sachvortrag zwingen, der ihm die weitere Substantiierung dieser Behauptung ermöglicht. Auch die Fallgruppe des Wechselspiels von Vortrag und Gegenvortrag ist nicht gegeben. In den dargelegten Fallgruppen sind jeweils Fallkonstellationen gegeben, in denen ein grundsätzlich als haftungsbegründend einzustufender Sachverhalt vorliegt und es darum geht, die Umstände dieses Sachverhaltes zur Klärung einzelner Anspruchsvoraussetzungen weiter aufzuklären. Eine solche Fallkonstellation ist hier gerade nicht gegeben, weil der Kläger keinerlei Vortrag zu den aufseiten der Beklagten in Betracht kommenden handelnden Personen leistet. Was der Kläger an Informationen möchte, ist letztlich nichts anderes als die entscheidende Anspruchsvoraussetzung, um überhaupt erst zu einem haftungsbegründenden Verhalten zu gelangen. Dass er von diesen Vorgängen naturgemäß keine Kenntnis haben kann, reicht zur Begründung einer sekundären Darlegungslast gerade nicht aus. Eine solche Fallkonstellation den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zu unterwerfen, würde letztlich zu der vom Bundesgerichtshof ausdrücklich verneinten prozessualen Aufklärungspflicht führen. Hier kommt hinzu, dass die Verwirklichung eines Straftatbestandes besonderen, auch an die innere Tatseite geknüpften Bedingungen unterliegt, für die eine sekundäre Behauptungslast in dem vom Kläger beanspruchten Umfang nicht gelten kann, und zudem die zugunsten der vermeintlich Handelnden geltende Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 MRK eingreift.

Etwas anderes folgt vorliegend auch nicht aus dem (einen Fall einer Beteiligung des Anspruchsgegners an einer Untreue zu Lasten des Anspruchstellers durch Schmiergeldabsprachen betreffenden) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Januar 2018 – I ZR 150/15 –, zitiert nach juris. Dort hat der Bundesgerichtshof nach einem das konkrete Muster der behaupteten wiederholten Untreuehandlungen beschreibenden Sachvortrag des Klägers eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten bejaht, diesem Vortrag durch einen Gegenvortrag und nicht nur durch Bestreiten entgegenzutreten. Dies ist dem vorliegenden Fall mangels Vortrags des Klägers nicht vergleichbar.

Soweit der Klägervorteiler in der mündlichen Verhandlung vom 02.07.2019 die Ansicht vertreten hat, der Senat könne im Wege der Amtshilfe Einsicht in die Strafakten nehmen und müsse den Vorstand der Beklagten befragen, ergibt sich auch daraus nichts anderes. Im Zivilprozess gilt der Beibringungsgrundsatz, nach dem erforderlicher Sachvortrag zur Substantiierung des eigenen prozessualen Begehrens von den Parteien zu leisten ist und eine Amtsaufklärung einen Verstoß des Gerichts gegen die Neutralitätspflicht darstellen würde (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. R. 10, 10a vor § 128, § 273 R. 3). Dieser Grundsatz steht der Ermittlung des vom Kläger nicht geleisteten Vortrags durch Beiziehung der Ermittlungsakte und Befragung des Vorstands der Beklagten i.S. einer persönlichen Anhörung nach § 141 ZPO entgegen.

Ausprägung des Beibringungsgrundsatzes ist im Zusammenhang mit der Beiziehung von Akten, dass diese eine hinreichend konkrete Bezugnahme der darlegungspflichtigen Partei auf die Akte und insbesondere konkrete Akteninhalte verlangt und eine über die konkrete Bezugnahme hinausgehende Verwertung der Akte eine unzulässige Amtsermittlung darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 04. April 2014 – V ZR 110/13 –, R. 15, zitiert nach juris; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. § 273 R. 7a). Insbesondere ist ein Gericht nicht verpflichtet, von sich aus Beiakten daraufhin zu überprüfen, ob sie Tatsachen enthalten, die einer Partei günstig sind (vgl. BGH, Urteil vom 04. April 2014 – V ZR 110/13 –, R. 15, zitiert nach juris).

Eine Beiziehung der Ermittlungsakte durch Verwertung der dortigen Erkenntnisse, um zu ermitteln, welches Vorstandsmitglied nach dem bisherigen Ergebnis der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen in welchem Umfang Kenntnis von den

Vorgängen um die Softwaresteuerung hatte, würde danach einen Verstoß gegen den Beibringungsgrundsatz darstellen; denn der Kläger leistet keinerlei Vortrag zu Inhalten der Akte, sondern wünscht eine Ermittlung des von ihm zu leistenden Vortrags durch den Senat.

Gleiches gilt für eine Ladung von Vorstandsmitgliedern zwecks persönlicher Anhörung. Diese in § 141 ZPO geregelte Möglichkeit der Prozessleitung dient der ergänzenden Aufklärung des Sachverhalts durch Befragung der Parteien zu Lücken oder Unklarheiten im Sachvortrag (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. § 141 R. 1), während die Befragung der Partei zu nicht unterbreitetem Sachverhalt einen Verstoß gegen den Beibringungsgrundsatz darstellt (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. § 141 R. 8). Vorliegend fehlt es wie ausgeführt an jeglichem Vortrag des Klägers zu einzelnen, für seinen Anspruch erforderlichen Sachverhaltselementen, und eine Befragung des Vorstands soll dazu dienen, erforderliche Sachverhaltselemente erst zu ermitteln.

(2) Unabhängig davon fehlt es jedoch in der vorliegenden Konstellation eines Gebrauchtwagenkäufers als Anspruchsteller für sämtliche potentiellen Täter, sei es in leitender Position gemäß § 31 BGB, sei es aus dem Mitarbeiterstab gemäß § 831 BGB, an einer Absicht einer stoffgleichen Bereicherung.

Bereicherungsabsicht ist der auf Erzielung eines Vermögensvorteils gerichtete Wille i.S. eines *dolus directus* 1. Grades, bei dem es dem Täter darauf ankommt, Umstände zu verwirklichen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören (vgl. Vogel in: Laufhütte u.a., StGB Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, § 15 StGB, R. 79), wobei zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschaden Stoffgleichheit bestehen muss (vgl. Schönke-Schröder- Cramer/Perron, StGB, 27. Auflage, § 263 R. 168). Letztere ist nur gegeben, wenn – nach dem Willen des Täters – Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen (vgl. BGH, Urteil vom 06. April 1954 – 5 StR 74/54 –, BGHSt 6, 115-117, R. 11, zitiert nach juris). Danach scheidet zwar in Fällen, in denen an den durch die Täuschung verursachten Rechtsgeschäften Dritte (z.B. vorliegend der Verkäufer des vom Kläger erworbenen Gebrauchtwagens) beteiligt sind, häufig ein eigennütziger Betrug aus, doch kann dennoch eine Bereicherungsabsicht bzgl. eines fremdnützigen Betrages, d.h. ein Betrug zugunsten des Dritten, zu bejahen sein. In den Fällen eines fremdnützigen

Betruges kommt dabei neben der Stoffgleichheit der Voraussetzung der „Absicht“ besondere Bedeutung zu. In diesen Fällen setzt eine Absicht, einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen („Bereicherungsabsicht“), zwar nicht voraus, dass dessen Vermögensvorteil das in erster Linie verfolgte Ziel sein muss, doch muss dieser jedenfalls notwendiges Mittel eines dahinter liegenden Zieles des Täters sein (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 1965 – 1 StR 175/65 –, R.9, zitiert nach juris; Schönke-Schröder- Cramer/Perron, StGB, 27. Auflage, § 263 R. 176). Daran fehlt es für beide eingangs aufgeführten potentiellen Tätergruppen (§ 31 BGB / § 831 BGB) generell in Fällen wie dem vorliegenden, in denen es um einen Gebrauchtwagenkauf eines mit der Softwaresteuerung ausgestatteten Fahrzeugs geht.

(a) Stellt man auf eine Haftung gemäß §§ 831, 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB wegen Betruges von Mitarbeitern in nicht verantwortlicher Stellung, die an der Entwicklung der Software gearbeitet haben, ab, kommt diese nur in Betracht, wenn unterstellt wird, dass diese ohne Kenntnis des Vorstandes die Softwaresteuerung entwickelten, um Verpflichtungen aus ihren Arbeitsverträgen zu erfüllen. Dann käme zulasten des Klägers als Autokäufer allenfalls ein fremdnütziger, zugunsten der Beklagten, eines etwaigen, das streitgegenständliche Fahrzeug auf den Markt bringenden Autohauses oder des Gebrauchtwagenverkäufers begangener Betrug in Betracht, wobei eine Täuschung des Klägers nur in mittelbarer Täterschaft begangen worden sein könnte, indem die Mitarbeiter den Vorstand der Beklagten und / oder Mitarbeiter von Autohäusern i.S.d § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB als absichtslos-dolose Werkzeuge (vgl. Schönke-Schröder- Cramer/Heine, StGB, 27. Auflage, R. 76, 77/78 vor §§ 25ff) zur Täuschung des Klägers einsetzten. Ein eigennütziger Betrug der die Software entwickelnden Mitarbeiter der Beklagten zulasten des Klägers würde dagegen ausscheiden, da die durch die Entwicklung und den Einbau der Software erlangten Vorteile der Mitarbeiter im Rahmen ihrer Arbeitsverhältnisse nicht direkt zu einem etwaigen Schaden des Klägers durch Erwerb des mit der Softwaresteuerung ausgestatteten Fahrzeugs geführt hätten, sondern es vieler weiterer dazwischen liegender Vermögensverfügungen bedurft hätte.

Derselbe Gesichtspunkt des mehrmaligen Verkaufs des Fahrzeugs steht im vorliegenden Fall des Gebrauchtwagenkaufs auf objektiver Ebene auch einer Stoffgleichheit zwischen Vorteil und etwaigem Schaden entgegen, soweit

fremdnütziger Betrug zugunsten der Beklagten oder eines etwaigen, das streitgegenständliche Fahrzeug als Neuwagen auf den Markt bringenden Autohauses in Rede steht. Denn der Umstand, dass der Kläger das Fahrzeug nicht von diesen, sondern von einem dritten Gebrauchtwagenverkäufer erwarb, führte dazu, dass ein etwaiger Schaden des Klägers durch Erwerb des Fahrzeugs nicht unmittelbar auf den Vorteil der Absatzsteigerung durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs begründenden Vermögensverfügung beruhte.

Unabhängig davon sowie in den Fällen eines fremdnützigen Betrugs der Mitarbeiter zugunsten des Gebrauchtwagenverkäufers fehlt es an einer Absicht der Drittbereicherung i.S. eines *dolus directus* 1. Grades: Der vom Gebrauchtwagenkäufer durch den Verkauf des Fahrzeugs erlangte Vermögensvorteil ist kein Vorteil, auf dessen Verwirklichung es den die Software entwickelnden Mitarbeitern in 1. Linie ankommen könnte. Er ist aber auch nicht so mit dem eigentlich angestrebten Zweck der Mitarbeiter, nämlich der Erfüllung ihrer Aufgaben aus ihren Arbeitsverträgen, verknüpft, dass er – i.S. der oben dargelegten Voraussetzungen einer Bereicherungsabsicht - notwendiges Mittel zur Erreichung dieses Zwecks gewesen wäre. Vielmehr ist der Vermögensvorteil des Gebrauchtwagenverkäufers eine zwar mögliche, aber eben nicht angestrebte und notwendige Folge des Verhaltens der Mitarbeiter. Deshalb sowie wegen der bis zum Gebrauchtwagenverkauf erforderlichen mehreren Zwischenschritte unterscheidet sich der vorliegende Fall von den Fällen des Provisionsbetrugs als typische Fälle des fremdnützigen Betruges, bei denen der Vorteil des Unternehmens durch den Vertragsschluss notwendige Voraussetzung für den angestrebten eigenen Provisionsanspruch ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 1965 – 1 StR 175/65 –, R.9, zitiert nach juris).

(b) Entsprechende Erwägungen führen auch zu einer Verneinung eines Betruges zulasten des Klägers als Gebrauchtwagenkäufer, soweit im Hinblick auf eine Haftung gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, 31 BGB eine Betrugsstrafbarkeit von Vorstandsmitgliedern oder sonstigen Organen (im Folgenden „Vorstände“) in Rede steht und man deren Kenntnis von der Verwendung der Softwaresteuerung und zumindest deren Billigung unterstellt, um der Beklagten oder sich selbst finanzielle Vorteile aufgrund einer Verbesserung des Absatzes und des

Geschäftsergebnisses zu verschaffen.

Der insoweit in Betracht kommende eigennützige Betrug der Vorstände scheidet, ebenso wie ein fremdnütziger Betrug zugunsten der Beklagten selbst oder eines etwaigen, das Fahrzeug für sie auf den Markt bringenden Autohauses schon an einer objektiven Stoffgleichheit zwischen einem etwaigen Schaden des Klägers durch den Erwerb des Fahrzeugs und dem angestrebten Vermögensvorteil, der nur in der Umsatzsteigerung durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs bestehen kann; denn wie unter (a) ausgeführt, hat es bis zu einem etwaigen Schaden des Klägers weiterer Zwischenschritte bedurft.

Unabhängig davon sowie für einen ebenfalls in Betracht kommenden fremdnützigen Betrug zugunsten des Gebrauchtwagenverkäufers fehlt es bei den Vorständen, deren Kenntnis von der Softwaresteuerung unterstellt, an der Absicht einer stoffgleichen Bereicherung. Auch insoweit gilt entsprechend den Ausführungen unter (a), dass es den Vorständen nicht i.S. eines *dolus directus* 1. Grades darauf ankam, einem späteren Gebrauchtwagenverkäufer einen Vermögensvorteil durch den Verkauf eines Fahrzeugs zu verschaffen. Angestrebte eigene Vorteile der Vorstände oder der Beklagten waren demgegenüber entsprechend den Ausführungen unter (a) nicht so mit etwaigen Vermögensvorteilen eines späteren Gebrauchtwagenverkäufers verknüpft, dass diese notwendiges Mittel zur Erzielung dieser Vorteile gewesen wären und damit Anknüpfungspunkt für eine Bereicherungsabsicht sein könnten; denn späteren Gebrauchtwagenverkäufen nach Inverkehrbringen des Fahrzeugs fehlt es an jeglichen Auswirkungen auf den Umsatz der Beklagten und daraus eventuell folgenden Vorteile von Vorständen.

bb) Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen fehlt es angesichts der mit dem Fahrzeug erreichten Laufleistung jedenfalls inzwischen an einem Schaden des Klägers i.S.d. §§ 249 ff BGB durch die Zahlung des Kaufpreises, dessen Rückzahlung er mit seinem Klagebegehren verfolgt. Der Senat knüpft insoweit an den zivilrechtlichen, vom Kläger mit der hiesigen Klage geltend gemachten Schaden und nicht an die Frage an, ob dem Kläger im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrages (zunächst) ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB entstanden ist, weil das Fahrzeug wegen der aus der Ausstattung mit der Softwaresteuerung folgenden Gefahr der Nutzungseinschränkung

(kaufrechtlich) mangelbehaftet und damit weniger wert war als ein Fahrzeug ohne eine solche Softwaresteuerung (vgl. zur Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs BGH, Beschluss vom 08.01.2019, VIII ZR 225/18, zitiert nach Juris, Rn. 21 ff, sowie zu einem strafrechtlichen Schaden das Urteil des Senats vom 13.08.2019, 7 U 352/18, dort unter II. 2. b) bb) (1)), oder zumindest wegen einer nicht uneingeschränkten Brauchbarkeit unter normativen Gesichtspunkten die Belastung mit dem Kaufvertrag selbst zunächst als Schaden eingestuft werden konnte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02 –, BGHZ 160, 149-159 R. 39ff, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – VI ZR 15/14 –, R. 17ff, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 26. September 1997 – V ZR 29/96 –, R. 28, zitiert nach juris). Auf einen solchen Schaden kommt es nicht an, da prozessual maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines zivilrechtlichen Schadens i.S.d. §§ 249ff BGB derjenige der letzten mündlichen Verhandlung ist (Staudinger-Schiemann, BGB 2017, Rn. 79 vor § 249; MüKo-Oetker, BGB, 7. Aufl., § 249, Rn. 317), Veränderungen des Schadens bis zum Erlöschen des Schadensersatzanspruchs relevant sind (vgl. Staudinger-Schiemann, a.a.O., Rn. 81 vor §§ 249 ff.) und der im Schadensersatzrecht geltende Grundsatz der Vorteilsausgleichung vorliegend entgegen der Ansicht des Klägers dazu führt, dass er sich Nutzungsvorteile aus der eigenen Nutzung des Fahrzeugs anrechnen lassen muss, die den Kaufpreis letztlich vollständig aufzehren.

(1) Der Grundsatz der Vorteilsausgleichung besagt, dass der Geschädigte entsprechend dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot (BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, BGHZ 190, 145-172, R. 5628, zitiert nach juris) nicht besser gestellt werden darf, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Anzurechnen sind allerdings nur solche Vorteile des Geschädigten, deren Anrechnung dem Zweck des Ersatzanspruchs nicht widerspricht, d.h. die Anrechnung muss zumutbar sein und darf den Geschädigten nicht unangemessen benachteiligen. Maßgeblich ist, ob die Anrechnung von Vorteilen im Einzelfall nach Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten nach Treu und Glauben dem Geschädigten zugemutet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, BGHZ 190, 145-172, R. 58, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 14. September 2004 – VI ZR 97/04 –, R. 7, zitiert nach juris).

In Anwendung dieser Grundsätze hat vorliegend eine Anrechnung von Nutzungsvorteilen stattzufinden. Der Kläger beruft sich – was auch durch seine ausdrückliche Berufung auf den Hinweisbeschluss des Bundesgerichtshofs vom 08.01.2019 (BGH, Beschluss vom 08. Januar 2019 – VIII ZR 225/17 –, zitiert nach juris) nochmals bekräftigt wird - auf einen Schaden deshalb, weil er wegen einer betrügerischen Handlung ein Fahrzeug erhielt, das mit dem Risiko behaftet war, nicht bestimmungsgemäß im Verkehr genutzt werden zu können. Diesen Schaden soll der streitgegenständliche Anspruch gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB abwenden. Wenn der Kläger aber – trotz des Risikos – das Fahrzeug hat nutzen können, widerspricht es nicht dem Zweck der Schadensersatzhaftung, ihm daraus gezogene Vorteile anzurechnen.

Die anderslautenden Ausführungen von Bruns, NJW 2019, 801, 803f, auf die sich der Kläger beruft, überzeugen nicht. Letztlich ist Ansatzpunkt der dortigen Erwägungen, dass der Beklagten die Möglichkeit genommen werden müsse, die durch die Softwaremanipulationen angestrebten und erzielten wirtschaftlichen Vorteile und Gewinnvorteile gegenüber den Mitbewerbern zu behalten, indem sie nur zur Zahlung eines Teils der von den Kunden gezahlten Kaufpreise verurteilt wird (vgl. Bruns, NJW 2019, 801, 804). Diese Argumentation beruht auf Erwägungen, die nicht auf Schadenskompensation, sondern auf Sanktionierung, jedenfalls aber auf Prävention ausgerichtet sind. Der Gesichtspunkt der Prävention steht aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einer Anwendung des Vorteilsausgleichs gerade nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, BGHZ 190, 145-172, R. 62, zitiert nach juris). Es widerspricht auch nicht – eine Haftung dem Grunde nach aus Deliktsrecht wegen Täuschungen der Kunden unterstellt – dem Schutzzweck dieser Haftung, der Beklagten einen der Nutzung des Fahrzeugs entsprechenden Vorteil aus der Vermarktung des Fahrzeugs zu belassen; denn wie ausgeführt, soll der Kunde vor Nachteilen geschützt werden, die mit zunehmender Nutzung des Fahrzeugs geringer werden. Würde diese Nutzung nicht berücksichtigt, träte eine dem Schadensrecht fremde Bereicherung des Kunden ein. Auch der von Bruns, NJW 2019, 801, 804 (Fn. 57) angesprochene Gesichtspunkt der aufgedrängten Bereicherung greift vorliegend nicht ein. Anders als in dem dort in Bezug genommenen Fall eines nach Auszug des Ehepartners im gemeinsamen Haus verbleibenden Ehepartners hat sich der Kläger bewusst für die

Nutzung des Fahrzeugs entschieden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom Kläger in der mündlichen Verhandlung in Bezug genommenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Oktober 1971 – VII ZR 313/69 –, BGHZ 57, 137-153, zitiert nach juris. Der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Grundsatz, dass bei einem betrügerisch herbeigeführten Verkauf, bei dem der Schadensersatz aus einem auf §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB/ § 826 BGB gestützten Anspruch auf Rückübereignung der Kaufsache Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet ist, zumindest der verschuldensunabhängige Untergang der Kaufsache einem Anspruch auf vollständige Rückzahlung des Kaufpreises nicht entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971 – VII ZR 313/69 –, BGHZ 57, 137-153, R. 20-35, zitiert nach juris), ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Ansatzpunkt der Argumentation des Bundesgerichtshofs ist die Frage, ob der – über den ursprünglichen Schaden durch den Minderwert des Unfallfahrzeugs gegenüber einem unfallfreien Fahrzeug hinausgehende (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971 – VII ZR 313/69 –, BGHZ 57, 137-153, R. 21, 22, zitiert nach juris) – Schaden des Käufers durch den Untergang des Fahrzeugs der Schädigungshandlung des betrügenden Verkäufers zuzurechnen ist. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Vertiefung eines durch den Erwerb des Fahrzeugs erlittenen Schadens des Klägers, sondern darum, dass der Kläger das Fahrzeug seiner Bestimmung entsprechend genutzt und aus der Nutzung Gebrauchsvorteile gezogen hat. Genau dieser Aspekt unterfällt dem Bereicherungsverbot des Schadensersatzes. Würde der Kläger den vollen Kaufpreis zurückerhalten, obwohl er das Fahrzeug bestimmungsgemäß genutzt und damit Aufwendungen für ein anderes Fahrzeug erspart hat, wäre er um die gezogenen Nutzungsvorteile bereichert, was mit den Grundsätzen des Schadensrechts unvereinbar ist.

Aus diesem Grund kann auch der Umstand, dass die Abnutzung des Fahrzeugs durch dessen bestimmungsgemäße Benutzung vom Vorsatz etwaiger Täter (vgl. dazu aa) (2) (a) sowie (b), jeweils am Anfang) eines Betrugs zulasten des Klägers im Bereich der Beklagten erfasst war, zu keiner anderen Bewertung führen. Ansatzpunkt der vorstehenden Argumentation ist, wie wiederholt ausgeführt, der Grundsatz, dass ein Geschädigter durch den Schadensersatz nicht besser gestellt

werden darf, als er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte (vgl. dazu nochmals BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, BGHZ 190, 145-172, R. 5628, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 29. April 2003 – VI ZR 393/02 –, BGHZ 154, 395-400 R. 8f, zitiert nach juris). Dafür ist die Frage, ob die Nutzung des Fahrzeugs vom Vorsatz erfasst war, unbeachtlich. Eine Berücksichtigung dieses Umstandes würde stattdessen zu einer Beurteilung des Schadens anhand des nach den vorstehenden Ausführungen dem Schadensersatzrecht fremden Gedankens der Sanktionierung führen.

(2) Eine abweichende Beurteilung ergibt sich entgegen der Ansicht des Klägers auch weder aus dem Grundsatz „fur semper in mora“ noch für den Zeitraum des Annahmeverzugs.

Selbst wenn, eine Haftung der Beklagten gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB unterstellt, davon auszugehen sein sollte, dass die Beklagte mit der Rückzahlung des Kaufpreises gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB nach dem Grundsatz „fur semper in mora“ ohne Mahnung des Klägers in Verzug hätte kommen können, was angesichts der fehlenden vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kläger und der Beklagten fraglich erscheint, ist nicht ersichtlich, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt ein solcher Verzug einer auf dem Grundsatz des Bereicherungsverbots beruhenden Anrechnung von Vorteilen aus der Nutzung des Fahrzeugs entgegenstehen sollte.

Auch darauf, ob sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befunden haben kann, kommt es für die Anrechnung von Nutzungsvorteilen im Wege des Vorteilsausgleichs nicht an. Aus den in §§ 300ff BGB geregelten Folgen des Annahmeverzugs, Insbesondere §§ 300, 302 BGB, folgt keine Nichtanrechnung von Nutzungsvorteilen. § 300 BGB ist nicht einschlägig, da es bei der Anrechnung von Nutzungsvorteilen, wie schon die Abgrenzung des vorliegenden Falls von BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971 – VII ZR 313/69 –, BGHZ 57, 137-153, zitiert nach juris unter oben (1) zeigt, nicht darum geht, dass der Kläger i.S.d. § 300 BGB für eine Verschlechterung des Fahrzeugs einzustehen hätte, sondern das schadensrechtliche Bereicherungsverbot umgesetzt wird. § 302 BGB beschränkt demgegenüber während des Annahmeverzugs die Herausgabe von Nutzungen auf solche, die tatsächlich gezogen wurden. Unabhängig davon, dass

die Anrechnung von Nutzungsvorteilen auf den Schaden keine Herausgabe von Nutzungen, sondern ein Vorteilsausgleich sind, geht es hier in Übereinstimmung mit dem Rechtsgedanken des § 302 BGB ohnehin nur um eine Anrechnung tatsächlich gezogener Nutzungen.

(3) Hinsichtlich der Höhe der anzurechnenden Nutzungen geht der Senat von den bei Rückabwicklung von Gebrauchtwagenkaufverträgen gem. § 287 ZPO heranzuziehenden Schätzgrundlagen aus, die zur Bestimmung der Nutzungsvorteile an eine zeitanteilige lineare Wertminderung anknüpfen, indem der Kaufpreis des Gebrauchtwagens zu der voraussichtlichen Restlaufleistung ins Verhältnis gesetzt und mit der tatsächlichen Fahrleistung des Käufers multipliziert wird (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1995 – VIII ZR 70/94 –, Rn. 23, zitiert nach juris; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 3562, 3564). Die Gesamtlaufleistung ist dabei nach dem statistischen Mittelwert für ein Fahrzeug der fraglichen Marke/ des fraglichen Typs anzusetzen (Reinking/Eggert, a.a.O. Rn. 3569), wobei der Senat unter Heranziehung der bei Reinking/Eggert, a.a.O. Rn. 3574 aufgeführten Beispielsfälle für einem VW P. vergleichbare Fahrzeuge von 250.000 km Gesamtlaufleistung ausgeht. Daraus ergibt sich unter Zugrundelegung eines Kilometerstandes von 56.739 km bei Erwerb des Fahrzeugs durch den Kläger eine zu prognostizierende Restlaufleistung von noch 193.261 km. Diese hatte das Fahrzeug zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ausweislich eines Kilometerstandes von 254.658 km bereits überschritten, weshalb in Anwendung der zeitanteiligen linearen Wertminderung der Kaufpreis vollständig aufgezehrt ist.

Soweit der Kläger gegen die Anrechnung eines Nutzungsvorteils einwendet, dass das Fahrzeug wegen der Ausstattung mit der Softwaresteuerung und einer daraus folgenden fehlenden Zulassungsfähigkeit keinen Marktwert gehabt habe, steht dies der vorstehenden Berechnung ebenso wenig entgegen wie das in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Argument, dass das Fahrzeug wertlos sei, weil er es in dem derzeitigen, nicht nachgerüsteten Zustand nicht verkaufen könne. Bei der Anwendung der Grundsätze der zeitanteiligen linearen Wertminderung ist anerkannt, dass weder die Entwicklung des tatsächlichen Fahrzeugwertes bis zum Zeitpunkt der Rückabwicklung maßgeblich ist (vgl. Reinking/Eggert, a.a.O. Rn. 3561, 1165), noch von dem Kaufpreis des Fahrzeugs als Ausgangspunkt der

Nutzungsberechnung ein mangelbedingter Abschlag vorzunehmen ist (vgl. Reinking/Eggert, a.a.O. Rn. 3561, 1173), sondern der Nutzungsersatz rein rechnerisch anhand der vorstehend genannten Eckdaten, Insbesondere des tatsächlichen Kaufpreises, zu ermitteln ist.

Zwar wird z.T. vertreten, dass bei Mängeln, die die Nutzung spürbar wesentlich einschränken, von dem anhand der Formel ermittelten Nutzungsersatz ein angemessener prozentualer Abschlag vorzunehmen ist (vgl. Reinking/Eggert, a.a.O. Rn. 3561, 1176), doch fehlt es vorliegend an einer solchen spürbaren Nutzungsbeeinträchtigung. Der Kläger hat das Fahrzeug bis zur mündlichen Verhandlung nutzen können, tatsächliche Beeinträchtigungen der Nutzung durch die Softwaresteuerung hat er nicht vorgetragen. Bei der vom Kläger vorgetragene fehlenden Zulassungsfähigkeit handelt es sich um eine rein rechtliche Beschaffenheit des Fahrzeugs, die sich bis zum Erreichen der 250.000 km Laufleistung auf die tatsächliche Nutzung des Fahrzeugs nicht ausgewirkt hat. Eine solche rechtliche Beschaffenheit ist aber mit den bei Reinking/Eggert, a.a.O. Rn. 1176 für eine spürbare Beeinträchtigung der Nutzung durch funktionsbedingte Komforteinbußen aufgeführten Fällen nicht vergleichbar.

b) Auch Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. anderen Schutzgesetzen hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht verneint. Für diese Ansprüche gelten die Ausführungen unter a) bb), dass es zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung an einem Schaden des Klägers gefehlt hat, gleichermaßen. Unabhängig davon scheitern Ansprüche auch aus folgenden Erwägungen:

aa) Soweit sich der Kläger erstmals in der Berufungsbegründung auf einen Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 223, 224 StGB beruft, weil er selbst mit deutlich über dem Grenzbereich liegenden Stickoxiden belastet werde, ist eine Verletzung von § 223, 224 StGB zweitinstanzlich nicht substantiiert dargelegt. Auch wäre Rechtsfolge einer solchen Verletzung kein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises für das Fahrzeug.

bb) Der Kläger wendet sich auch nicht mit Erfolg gegen die Annahme des Landgerichts, einer Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Artt. 12, 18 der Richtlinie 2007/46/EG und §§ 4, 6, 25 EG-FGV stehe der Schutzzweck dieser Vorschriften

entgegen. Das Landgericht hat richtigerweise unter Verweis auf die Erwägungsgründe 2 und 3 der Richtlinie eine Schutzgesetzeigenschaft im Hinblick auf die geltend gemachten Vermögensinteressen des Klägers verneint. Entsprechend hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17 –, R. 137-160, zitiert nach juris entschieden. Der Senat macht die dortigen Ausführungen zum Gegenstand dieser Entscheidung.

Danach kann der Kläger nicht mit Erfolg einwenden, der Individualschutz sei bereits dann eröffnet, wenn der einzelne von dem Schutz der Norm tatsächlich erfasst sei und durch einen Verstoß geschädigt werde, und allein seine eigene Betroffenheit als Teil der Umwelt führe zu einer Eröffnung des Schutzbereichs. Diese Ausführungen stehen im Widerspruch zu den Grundsätzen, die der Bestimmung der Schutzgesetzeigenschaft zugrunde zu legen sind.

Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist jede Rechtsnorm, die zumindest auch dazu dienen soll, einen Einzelnen oder einen bestimmten Personenkreis gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsinteresses zu schützen (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 1963 – V ZR 201/61 –, BGHZ 40, 306-312, R. 1, zitiert nach juris; ; BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 218/03 –, BGHZ 160, 134-149 R. 21, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – I ZR 136/09 –, BGHZ 188, 326-351, R. 18, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 – XI ZR 51/10 –, BGHZ 192, 90-118, R.21, zitiert nach juris). Der Schutz eines Einzelnen ist dabei nicht bereits dann bezweckt, wenn er als Reflex einer Befolgung der Norm objektiv erreicht wird, sondern nur dann, wenn der Gesetzgeber dem Einzelnen selbst die Rechtsmacht in die Hand geben wollte, mit Mitteln des Privatrechts gegen denjenigen vorzugehen, der das Verbot übertritt und sein Rechtsinteresse beeinträchtigt (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 1963 – V ZR 201/61 –, BGHZ 40, 306-312, R. 2, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – I ZR 136/09 –, BGHZ 188, 326-351, R. 18, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 – XI ZR 51/10 –, BGHZ 192, 90-118, R.21, zitiert nach juris).

Die §§ 6, 27 Abs. 1 EG-FGV und auch das Verbot des Einbaus unzulässiger Abschaltvorrichtungen gem. § 5 Abs. 1 EG-FGV beruhen letztlich auf der VO (EG) Nr. 715/2007, diese wiederum auf der Richtlinie 2007/46/EG. Dass der Schutzzweck der genannten Vorschriften gerade nicht Vermögensinteressen oder

sonstige Individualinteressen des einzelnen Fahrzeugkäufers, die der Kläger in diesem Verfahren allein verfolgt, umfasst, sondern nach den einleitenden Bemerkungen (2), (4), (14), (17),(23) der Richtlinie 2007/46/EG sowie (1) bis (4), (7), (27) der VO (EG) 715/2007 der Harmonisierung / Vollendung des Binnenmarktes und nur im Interesse umwelt- und gesundheitspolitische Ziele einem hohen Umweltschutzniveau und einer Verbesserung der Luftqualität dient, hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 19. Februar 2019 – 7 U 134/17 –, R. 141-159, zitiert nach juris, entschieden. Der Senat macht die dortigen Ausführungen zur Verneinung des individualschützenden Charakters der genannten europarechtlichen Vorschriften zum Gegenstand dieser Entscheidung.

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass selbst die Vorschrift des § 27 Abs. 1 EGFV nur Anwendung auf neue Fahrzeuge, mithin auf den Erstverkauf von Fahrzeugen findet, während der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug als Gebrauchtfahrzeug und damit mindestens aus zweiter Hand erworben hat.

c) Auch ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß §§ 826, 31, 249ff BGB bzw. §§ 831, 826, 249ff BGB scheidet unabhängig davon, ob die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch ein Organ oder sonstige Mitarbeiter der Beklagten zulasten des Klägers als Gebrauchtwagenkäufer überhaupt schlüssig dargelegt sind, daran, dass der Kläger aufgrund seiner bisherigen Nutzung des Fahrzeugs keinen Schaden mehr hat. Entsprechend den Ausführungen unter a) bb) führt der Grundsatz der Vorteilsausgleichung dazu, dass ein etwaiger, aus der Ausstattung des Fahrzeugs mit der Softwaresteuerung folgender, sittenwidrig herbeigeführter Schaden des Klägers wegen der Gefahr einer Nutzungseinschränkung, ggf. auch unter normativen Gesichtspunkten wegen der Belastung mit einem nicht gewollten Vertrag, durch die uneingeschränkte Nutzung des Fahrzeugs über die zu erwartenden Fahrleistung vollständig entfallen ist.

d) Dieselben Erwägungen stehen auch einem vom Kläger erstmals in der Berufungsinstanz geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen einer Eigentumsverletzung gemäß § 823 Abs. 1 BGB entgegen.

Damit kommt es nicht einmal darauf an, dass es entgegen der Argumentation des Klägers bereits an einer Eigentumsverletzung des Klägers fehlt. Eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB setzt eine Beeinträchtigung des Integritätsinteresses des Anspruchstellers voraus (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2000 – VI ZR 242/99 –, BGHZ 146, 144-153, R. 11, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 – VI ZR 310/79 –, BGHZ 86, 256-264, R. 9f, zitiert nach juris). Diese ist i.d.R. zu verneinen, wenn der Anspruchsteller einen Schaden wegen des Erwerbs einer bereits mit einem Mangel behafteten Sache geltend macht und der Mangel sich mit dem vom Anspruchsteller geltend gemachten Schaden deckt bzw. es um einen Schaden geht, der dem aus der Mangelhaftigkeit resultierenden Unwert der Sache wegen einer mangelbedingten Beeinträchtigung des Nutzungs- oder Äquivalenzinteresses entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2000 – VI ZR 242/99 –, BGHZ 146, 144-153, R. 10ff, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 – VI ZR 310/79 –, BGHZ 86, 256-264, R. 10, zitiert nach juris). Etwas anderes gilt nur dann, wenn zumindest ein Teil der Sache unversehrt in das Eigentum des Anspruchstellers gelangt ist und der Anspruchsteller einen nachträglich daran entstandenen Schaden geltend macht (vgl. hierzu sowie zu dem diesem Ansatz zugrunde liegenden Begriff der „Stoffgleichheit“ BGH, Urteil vom 12. Dezember 2000 – VI ZR 242/99 –, BGHZ 146, 144-153, R. 13, 15, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 31. März 1998 – VI ZR 109/97 –, BGHZ 138, 230-239, R. 21, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 – VI ZR 310/79 –, BGHZ 86, 256-264, R. 10, zitiert nach juris).

In Anwendung dieser Grundsätze fehlt es an einer Eigentumsverletzung des Klägers. Wie schon unter a) bb) (1) ausgeführt, beruft sich der Kläger durch seine ausdrückliche Bezugnahme auf den Hinweisbeschluss des Bundesgerichtshofs vom 08.01.2019 (BGH, Beschluss vom 08. Januar 2019 – VIII ZR 225/17 –, zitiert nach juris) auf einen Schaden deshalb, weil er ein Fahrzeug erwarb, das mit dem Risiko behaftet war, nicht bestimmungsgemäß im Verkehr genutzt werden zu können. Dieses Risiko haftete dem gesamten Fahrzeug bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs an. Einen i.S.d. vorstehenden Ausführungen schadensfreien Teil des Fahrzeugs gab es nicht. Selbst wenn man mit dem Kläger auf die (wegen der gerichtlichen Anfechtung zur Zeit noch nicht vollziehbare) Betriebsuntersagung des Fahrzeugs durch den Bescheid des Landrates des Kreises Höxter vom 21.06.2018

abstellt, hat auch diese nicht zu einer über die anfängliche Mangelhaftigkeit hinausgehenden Verletzung des Integritätsinteresses des Klägers an dem Fahrzeug geführt. Genau wie in bereits höchstrichterlich entschiedenen Fällen einer der gesamten Sache anhaftenden Schadensanlage, die sich später in dessen nicht als Eigentumsverletzung einzustufender Zerstörung manifestiert (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 – VI ZR 310/79 –, BGHZ 86, 256-264, zitiert nach juris), hat sich in der Betriebsuntersagung ein dem Fahrzeug nach Vortrag des Klägers von Anfang an anhaftendes Risiko der Nutzungsbeeinträchtigung – wenn auch derzeit noch nicht vollziehbar – realisiert.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom Kläger zur Stützung seiner Rechtsansicht herangezogenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07. Dezember 1993 – VI ZR 74/93 –, zitiert nach juris. Zwar folgt aus dieser Entscheidung, dass eine Eigentumsverletzung keinen Eingriff in die Substanz der Sache voraussetzt und sogar die Belastung mit sich erst später realisierenden rechtlichen Verpflichtungen wegen einer negativen Einwirkung auf die im Eigentum des Antragstellers stehende Sache eine Eigentumsverletzung darstellen kann (BGH, Urteil vom 07. Dezember 1993 – VI ZR 74/93 –, R. 12f, zitiert nach juris; vgl. auch BGH, Urteil vom 31. März 1998 – VI ZR 109/97 –, BGHZ 138, 230-239, R. 17, zitiert nach juris, u.a. unter Verweis auf die vorstehend zitierte Entscheidung), doch betrifft diese Rechtsprechung lediglich die Frage, welche Beeinträchtigungen einer Sache als Eigentumsverletzung in Betracht kommen. Sie ändert nichts daran, dass die erforderliche Verletzung des Integritätsinteresses voraussetzt, dass zunächst Eigentum an einer nicht mit einem stoffgleichen Schaden behafteten Sache erworben wurde. So beruhte in dem dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07. Dezember 1993 – VI ZR 74/93 –, zitiert nach juris, zugrunde liegenden Fall der Schaden auf einer nachträglichen Einwirkung eines schädigenden Stoffs auf schon im Eigentum des dortigen Klägers stehende Baustoffe. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 31. März 1998 – VI ZR 109/97 –, BGHZ 138, 230-239, R. 18, zitiert nach juris trotz der vom Kläger herangezogenen Grundsätze eine Eigentumsverletzung verneint, weil die rechtlichen Auswirkungen auf die im Eigentum des Anspruchstellers stehenden Sachen bereits bei Eigentumserwerb angelegt waren.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 14.08.2019 zeigt keine neuen, nicht bereits berücksichtigten Argumente auf.

3. Die vorstehenden Erwägungen unter 2. stehen auch der Begründetheit des Berufungs-/Klageantrages zu 2. entgegen. Dabei kommt es nicht einmal darauf an, dass der Kläger zu der Art der getätigten Aufwendungen für das Fahrzeug keinen schriftsätzlichen Vortrag leistet, die mit der Klageschrift rechtshängig gemachten Aufwendungen sich auch aus den nur Stichworte / Abkürzungen nennenden Rechnungen des Anlagenkonvoluts K4 nicht erschließen und die in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2017 rechtshängig gemachten Kosten einer Inspektion gemäß Anlage K5 wegen der weiteren Nutzung des Fahrzeugs (Kilometerstand bei der Inspektion 179.450 km, jetziger Kilometerstand über 250.000 km) ohnehin nicht nutzlos waren. Jedenfalls sind die Aufwendungen für das Fahrzeug deshalb nicht vergeblich erbracht worden und können auch nicht im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden, weil schon kein Schadensersatzanspruch auf Erstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs besteht.

4. Auch den Klageantrag zu 3. auf Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Kläger trägt schon eine bereits erstinstanzlich von der Beklagten bestrittene Belastung mit einer entsprechenden Verbindlichkeit nicht substantiiert vor, weil es an jeglichem Sachvortrag zu einer der Klageerhebung vorgelagerten außergerichtlichen anwaltlichen Beratung fehlt.

Eines Hinweises hierauf gemäß § 139 Abs. 2 ZPO hat es nicht bedurft, da es sich insoweit um eine Nebenforderung handelt.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus den § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO.

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1, 2 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.

Anlass zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung aufgrund des nicht nachgelassenen Schriftsatzes des Klägers vom 14.08.2018 besteht nicht.

III.

Die Festsetzung des Streitwertes für die Berufungsinstanz folgt aus §§ 47, 48 GKG,
3 ZPO.

Vorstehende Abschrift
stimmt mit der Urschrift überein
und wird hiermit beglaubigt.
Braunschweig, 20.12.2019

P., Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts