OLG München, Endurteil v. 25.03.2022 – 20 U 6178/20

Titel:

Schadensersatz wegen Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in Gestalt der sogenannten Aufheizstrategie

Normenkette:

BGB § 823 Abs. 2, § 826

Leitsätze:

1. Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Aktivierung der sogenannten "Aufheizstrategie" ist gezielt auf den Prüfstandbetrieb zugeschnitten. Die Abgasreinigung funktioniert damit gerade nicht im Prüfstand wie im Straßenverkehr im Grundsatz in gleicher Weise. Die Schaltbedingungen sind dabei so eng bedatet, dass die Aufheizstrategie nahezu ausschließlich im Prüfstand unter den dort geltenden gesetzlich definierten Sonderbedingungen wirkt. Dies ist mit der „Umschaltlogik“ der Volkswagenmotoren EA 189 vergleichbar und indiziert eine bewusste Täuschung der Genehmigungsbehörde und damit die Sittenwidrigkeit des Handelns der für den Hersteller handelnden Personen. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

A6 Avant 3.0 TDI, Kraftfahrt-Bundesamt, Abschalteinrichtung, Sittenwidrigkeit, Aufheizstrategie

Vorinstanz:

LG Landshut, Urteil vom 18.09.2020 – 44 O 41/20

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 18.09.2020, Az. 44 O 41/20, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.459,22 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.11.2019 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs der Marke Audi A6 Avant 3.0 TDI, FIN …07.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt der Kläger 66%, die Beklagte 34%. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 52%, die Beklagte 48%.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch die andere Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 42.632,41 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1
Gegenstand des Rechtsstreits sind Ansprüche, die der Kläger gegen die Beklagte wegen des Erwerbs eines Diesel-Pkw geltend macht.

2
Der zum Vorsteuerabzug berechtigte Kläger erwarb am 12.12.2017 zu einem Preis von 56.300 € brutto - 47.310,92 € netto - von einem Dritten einen Gebrauchtwagen Audi A6 Avant 3.0 TDI, 240 kw, Erstzulassung 02.09.2016, Schadstoffklasse Euro 6 (vgl. Anlagen K 1, K 2). Die Beklagte ist die Herstellerin des Wagens und des Motors. Der Kilometerstand betrug zum Zeitpunkt des Erwerbs 9.126 km, zum Zeitpunkt des Termins der mündlichen Verhandlung vor dem Senat 145.836 km.

3
Das Fahrzeug ist von einem verbindlichen Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt mit der Begründung „unzulässige Abschalteinrichtung“ betroffen. Beanstandet wurde nach den Angaben des Klägers u.a. eine Aufheizstrategie, die nahezu ausschließlich unter Prüfbedingungen genutzt wird. Die Beklagte hat hierzu ein Softwareupdate entwickelt, das vom Kraftfahrtbundesamt geprüft und freigegeben wurde.

4
Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.07.2019 forderte der Kläger die Beklagte zur Zahlung des Bruttokaufpreises gegen Herausgabe des Fahrzeugs auf (vgl. Anlage K 3).

5
Mit der am 14.11.2019 zugestellten Klage verlangte der Kläger Zahlung von 56.300,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4% seit dem 02.01.2018 bis zum 23.08.2019 sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.08.2019 Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs, ferner Feststellung des Annahmeverzugs und Erstattung vorgerichtlicher Kosten.

6
Ergänzend wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.

7
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt es im Wesentlichen aus, das Inverkehrbringen eines mit einem sog. Thermofenster ausgestatteten Fahrzeugs begründe nicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit. Ob sich der Rückruf auf das Thermofenster beziehe, sei unklar; näherer Vortrag des Klägers fehle. Auf die Gründe des angefochtenen Urteils wird Bezug genommen.

8
Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung. Er rügt insbesondere, dass er bereits in erster Instanz vorgetragen habe, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug komme eine Aufheizstrategie zum Einsatz, die wegen der engen Bedatung nur auf dem Prüfstand, nicht aber auf der Straße eingreife. Das werde belegt durch das Schreiben des KBA vom 09.11.2017, das den streitgegenständlichen Typ betreffe (Anl. BK1). Das Landgericht deshalb sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass in dem Fahrzeug „nur“ ein Thermofenster zum Einsatz kommen. Nicht berücksichtigt habe das Landgericht auch den Vortrag zur Reduzierung der AdBlue-Einspritzung im Fahrbetrieb. Der Kläger verlangt in der Berufungsinstanz keine deliktischen Zinsen mehr und bringt eine Nutzungsentschädigung auf der Basis einer Gesamtlaufleistung von 400.000 km in Abzug. Er vertritt die Auffassung, dass auch bei Berechtigung zum Vorsteuerabzug der Bruttokaufpreis in Ansatz zu bringen sei, da andernfalls der Unternehmer benachteiligt werde, denn die Rückgabe des Fahrzeugs löse eine Umsatzsteuerpflicht aus. Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird die Berufungsbegründung sowie die weiteren Schriftsätze Bezug genommen.

9
Im Berufungsverfahren beantragt der Kläger:

10
Unter Abänderung des am 18.09.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Landshut, Az. 44 O 41/20, wird die Beklagte kostenpflichtig verurteilt,

1. an den Kläger 42.632,41 € nebst jährlichen Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.08.2019 Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs der Marke Audi A 6 Avant 3.0 TDI, FIN …07 zu zahlen.

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorbezeichneten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet,

3. an den Kläger weitere 2.251,48 € nebst jährlichen Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

11
Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

12
Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und verweist insbesondere darauf, dass das Fahrzeug jederzeit über eine wirksame Typgenehmigung verfügt habe; es habe keinerlei softwarebedingte Einschränkungen im Gebrauch gegeben. Eine endkundenbezogene Schädigungsabsicht eines Vorstandsmitglieds der Beklagten sei nicht dargelegt. Das sog. „Thermofenster“ sei keine unzulässige Abschalteinrichtung, insbesondere nicht auf eine „Überlistung“ der Prüfsituation angelegt. Der Vortrag des Klägers zu weiteren angeblich unzulässigen Abschalteinrichtungen gehe fehl und erfolge „ins Blaue hinein“. Zu den subjektiven Voraussetzungen der geltend gemachten Ansprüche liefere die Klagepartei keinen hinreichend konkreten und einlassungsfähigen Sachvortrag. Es fehle an der Kausalität, denn das Fahrzeug sei erst nach Bekanntwerden der sog. „Diesel-Thematik“ im September 2015 erworben worden. Angesichts des Leergewichts von ca. zwei Tonnen und einer Motorleistung von 326 PS sei es nicht glaubhaft, dass der Kauf von der Einhaltung von Stickoxidwerten abhängig gemacht worden sei. Es fehle auch an einem Schaden. Jedenfalls sei die Vorsteuerabzugsberechtigung zu berücksichtigen, wobei der Nutzungsersatz dennoch aus dem Bruttokaufpreis zu berechnen sei. Ferner sei eine degressive Berechnung vorzunehmen. Annahmeverzug sei nicht gegeben, die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht erstattungsfähig. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung und das weitere schriftsätzliche Vorbringen Bezug genommen.

13
Der Senat hat am 16.03.2022 mündlich verhandelt. Insoweit wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.

II.

14
Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache teilweise Erfolg.

15
1. Die Beklagte haftet auf Schadensersatz gem. §§ 826, 31 BGB. Sie hat den Kläger vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt mit der Inverkehrgabe eines Fahrzeugs mit einem von ihr hergestellten und entwickelten Motor, bei dem eine unzulässige Abschalteinrichtung in Form einer Aufheizstrategie (Strategie A) in Verbindung mit weiteren Strategien zum Einsatz kam.

16
a) Unstreitig hat das Kraftfahrt-Bundesamt in Bezug auf den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp einen verpflichtenden Rückruf wegen festgestellter unzulässiger Abschalteinrichtung angeordnet. Das ergibt sich auch aus der gerichtsbekannten, im Internet veröffentlichten, Liste des KBA der betroffenen Fahrzeugvarianten; Zeile 5 dieser Liste weist den hier streitgegenständlichen Audi A 6 mit 240 kW, Euro 6, Motorkennbuchstabe CVU auf. Darauf hat der Senat in der Terminsverfügung hingewiesen. Der Kläger hat bereits erstinstanzlich dargelegt, welche Aspekte das KBA beanstandet hat, nämlich u.a. die sog. Aufheizstrategie (vgl. Schriftsatz vom 16.12.2019, Bd. I Bl. 106 d.A.). Der Vortrag dazu ist deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten nicht verspätet. Aus dem Schreiben des KBA vom 09.11.2017 (BK 1) ergibt sich, dass die Schaltbedingungen so eng bedatet sind, dass die Aufheizstrategie nahezu ausschließlich im NEFZ und den dort definierten Prüfbedingen wirkt, während schon kleine Abweichungen in Fahrprofil und Umgebungsbedingungen zur Abschaltung der Aufheizstrategie führen. Durch die Nutzung dieser Strategie

sowie der Strategie B - „Alternatives Aufheizen“ während der Vorkonditionierung des Fahrzeugs - wird die Überschreitung des NOx-Grenzwerts bei der Prüfung sicher vermieden. Mit der Abschaltung der Aufheizstrategie verschlechtert sich das Stickoxid-Emissionsverhalten. Dass die Emissionsgrenzwerte auch mit abgeschalteter Aufheizstrategie eingehalten würden, konnte das KBA nicht feststellen (vgl. Anlage BK 1, S. 3) Die Beklagte ist dem Vortrag zur Aufheizstrategie nicht substantiiert entgegengetreten und hat eingeräumt, dass sie auf Anordnung des KBA eine Aktualisierung der Motorsoftware mit einer Aufweitung der Bedatung vornimmt.

17
b) Die Beklagte hat sittenwidrig gehandelt i.S.v. § 826 BGB, indem sie Fahrzeuge wie das streitgegenständliche in den Verkehr gebracht hat. Denn diese Fahrzeuge sind/waren - unstreitig - von einem Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung betroffen, wobei die Arglist des Vorgehens bereits aufgrund der Machart der beanstandeten Abschalteinrichtung indiziert wird.

18
(1) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher 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. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (grundlegend BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19). Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleich (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 16 ff.).

19
(2) Zwar genügt für eine Haftung nach § 826 BGB, und zwar bereits in Bezug auf die Frage nach der objektiven Sittenwidrigkeit, nicht die bloße Feststellung einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne der europarechtlichen Vorgaben. Der darin liegende Gesetzesverstoß ist für sich allein nicht ohne Weiteres geeignet, den Einsatz der beanstandeten Technologie durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich anzusehen. Maßgeblich ist, ob entweder die beanstandete Technik darüber hinaus bereits aufgrund ihrer Machart als evident unzulässige, auf der Basis einer strategischen Grundentscheidung eingesetzte und durch Arglist geprägte Abschalteinrichtung dem Handeln ein sittenwidriges Gepräge gibt oder ob darüber hinaus weitere Umstände dazu treten, die den Einsatz der beanstandeten Technologie durch Verantwortliche der Beklagten als besonders verwerflich erscheinen lassen, die indem sie ein auf die arglistige Täuschung der Typengenehmigungsbehörde abzielendes Verhalten nahelegen. Auf die mittlerweile ständige Rechtsprechung des BGH zu „Thermofenstern“ (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19) wird Bezug genommen.

20
(3) Vorliegend indiziert aber bereits die Machart der beanstandeten Technologie eine bewusste Täuschung der Genehmigungsbehörde und damit die Sittenwidrigkeit des Handelns der für die Beklagte handelnden Personen. Zwar mag die hier inmitten stehende Technologie anders konstruiert sein als die sog. „Umschaltlogik“ der Volkswagenmotoren EA 189, die für den Prüfstand und den realen Fahrbetrieb zwei verschiedene Betriebsmodi aktivierte und auf diese Weise die Einhaltung der Grenzwerte allein im

Testbetrieb sicherstellte, und mag eine Behebung der Beanstandung hier durch ein bloßes Aufweiten der Daten möglich sein. Mit der streitgegenständlichen Technologie wird aber der gleiche Effekt wie bei der „Umschaltlogik“ lediglich auf andere Weise erzielt. Die Aktivierung der Aufheizstrategie, bei deren Verwendung die erforderlichen NOx-Abgaswerte jedenfalls zusammen mit der Strategie B sicher eingehalten werden, ist an eine Vielzahl von Initialisierungsparametern geknüpft, die außerdem sämtlich kumulativ vorliegen müssen. Die Schaltbedingungen sind dabei so eng bedatet, dass die Aufheizstrategie nahezu ausschließlich im Prüfstand unter den dort geltenden gesetzlich definierten Sonderbedingungen wirkt. Kleine Abweichungen führen zur Abschaltung der Aufheizstrategie. Die Aktivierung der Aufheizstrategie ist mithin zur Überzeugung des Senats gezielt auf den Prüfstandbetrieb zugeschnitten. Die Abgasreinigung funktioniert damit eben gerade nicht im Prüfstand wie im Straßenverkehr im Grundsatz in gleicher Weise.

21
c) Der Vortrag der Klagepartei zur Kenntnis der Verantwortlichen bei der Beklagten und zur Entscheidung über den Einsatz der hier inmitten stehenden Technologie, gilt gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, weil die Beklagte aus vergleichbaren Gründen, wie vom BGH in der Entscheidung vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 29 ff., dargelegt, ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen ist. Die dortigen Grundsätze sind auf die vorliegende Konstellation zu übertragen. Zwar trägt im Grundsatz derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person hat der Anspruchsteller dementsprechend auch dazulegen und zu beweisen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat. Dieser Grundsatz erfährt aber eine Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis von den maßgeblichen Umständen und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. In diesem Fall trifft den Prozessgegner eine sekundäre Darlegungslast, im Rahmen derer es ihm auch obliegt, zumutbare Nachforschungen zu unternehmen. Genügt er seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchsstellers nach § 138 ZPO als zugestanden.

22
Nach diesen Grundsätzen traf die Beklagte die sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Frage, wer die Entscheidung über den Einsatz der unzulässigen Abschalteinrichtung bei ihr getroffen hat und ob ihr Vorstand hiervon Kenntnis hatte. Denn schon in der Klageschrift verweist der Kläger auf eingeleitete Ermittlungsverfahren und Anklageerhebung gegen Vorstandsmitglieder, insbesondere den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden R. S., und führt aus, diesem werde im Rahmen der Anklage vorgeworfen, spätestens ab September 2015 von den Manipulationen Kenntnis gehabt zu haben (Bd. I Bl. 18 d.A.). Er hat ferner im Schriftsatz vom 16.12.2019 vorgetragen, der Betrug sei erfolgt, um Wettbewerbsvorteile zu schaffen. Die Beklagte habe den Kostenaufwand für die Einhaltung der Grenzwerte gescheut. Sowohl den Mitarbeitern als auch dem Vorstand sei bekannt gewesen, dass die Methoden illegal seien und die Käufer der Fahrzeuge geschädigt würden (Bd. I Bl. 117 d.A.).

23
Die Beklagte ist dieser sekundären Darlegungslast aber nicht nachgekommen; sie hat sich im Wesentlichen auf Ausführungen zur mangelnden Substantiierung des Klagevortrags beschränkt (Bd. I Bl. 69 d.A.).

24
Vor diesem Hintergrund ist von Schädigungsvorsatz auszugehen. Der Schädigungsvorsatz enthält ein Wissens- und Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchsstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben und mindestens mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben. Vorstandsmitglieder oder Repräsentanten, die in Kenntnis der Funktionsweise der Software ihren serienmäßigen Einsatz in Motoren anordnen oder nicht unterbinden, billigen ihn auch und sind sich der Schädigung der späteren Fahrzeugerwerber bewusst.

25
d) Die Einwände gegen das Bestehen der haftungsbegründenden Kausalität greifen nicht durch. Schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist davon auszugehen ist, dass die Klagepartei den streitgegenständlichen Pkw nicht gekauft hätte, wenn sie um die unzulässige Software und die davon

ausgehende Gefahr der Betriebsuntersagung gewusst hätte; der Schaden liegt in der Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 47 ff.). Kein vernünftiger Käufer hätte in Kenntnis dieses Sachverhalts, insbesondere der Gefahr der Betriebsuntersagung, den Pkw erworben, zumal zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht die Möglichkeit bestand, mittels des erst später entwickelten Software-Updates die Manipulation am Motor zu beseitigen.

26
Auf den Einwand der Beklagten, die hohe Motorisierung des streitgegenständlichen Wagens spreche dafür, dass das Abgasverhalten des Wagens tatsächlich für den Kauf keine Rolle gespielt habe, kommt es damit nicht an. Selbst wenn für einen Käufer Umweltschutzaspekte vollkommen unerheblich sein sollten, so ändert dies nichts an seinem Interesse daran, ein Fahrzeug ohne Stilllegungsrisiko zu erwerben.

27
e) Zu ersetzen ist gem. §§ 826, 249 BGB der gezahlte Kaufpreis; im Wege der Vorteilsanrechnung ist das streitgegenständliche Fahrzeug zurückzugeben und das Eigentum zu übertragen sowie ein Ersatz der gezogenen Nutzungen vorzunehmen (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 65 ff.).

28
Der Senat wendet in ständiger Rechtsprechung die nach der Rechtsprechung des BGH gebilligte lineare Berechnung des Nutzungsersatzes an. Eine Ausweitung der Vorteilsanrechnung - etwa wegen des Wertverlusts des Fahrzeugs - ist nicht angezeigt (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 397/19, Rdnr. 36). Der Senat geht für das streitgegenständliche Fahrzeug von einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km aus. Das liegt in der Bandbreite der von den Obergerichten angenommenen Werte für vergleichbare Fahrzeuge. Die vom Kläger angenommene Gesamtlaufleistung von 400.000 km erscheint hingegen überhöht. Auf das konkrete Fahrzeug zugeschnittene Tatsachen, die eine höhere Prognose der Gesamtlaufleistung rechtfertigen könnten, wurden nicht vorgetragen.

29
Nachdem der Kläger zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, ist Ausgangspunkt für die Schadensberechnung der Nettokaufpreis, denn mit dem Umsatzsteuerbetrag war der Kläger wirtschaftlich nicht belastet. Die Zug-um-Zug gegen die Zahlung des zugesprochenen Schadensersatzbetrages vorzunehmende Rückgabe des Fahrzeugs unterliegt nicht der Umsatzsteuer, da es sich dabei nicht um eine unentgeltliche Wertabgabe (§ 3 Abs. 9a UStG) handelt. Selbst wenn dem so wäre, wäre der Kläger auch insoweit im Ergebnis wirtschaftlich nicht belastet, weil ihm ein Vorsteuerabzug möglich wäre (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 04.03.2021 - 14 U 185/20, NJW-RR 2021, 749 ff, Rn. 43).

30
Der Nettokaufpreis ist auch der Bemessung der Nutzungsentschädigung zugrunde zu legen, denn diesen Betrag hat die Klagepartei tatsächlich aufgewendet, um in den Genuss der Nutzung des Fahrzeugs zu kommen (aA OLG Oldenburg aaO Rn. 45). Danach errechnet sich bei einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 26.851,70 € (Nettokaufpreis x gefahrene Kilometer: Restlaufleistung) ein Erstattungsanspruch i.H.v. 20.459, 22 €.

31
2. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Verzinsung des Kaufpreises abzüglich der Nutzungsentschädigung seit Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) zu. Durch das vorgerichtliche Schreiben ist kein Schuldnerverzug der Beklagten eingetreten, weil der Kläger die ihm obliegende Gegenleistung - Rückgabe des Fahrzeugs - nicht ordnungsgemäß, sondern nur unter Berücksichtigung einer deutlich zu niedrigen Nutzungsentschädigung angeboten hat.

32
3. Aus dem gleichen Grund ist Annahmeverzug der Beklagten (§ 295 BGB) nicht eingetreten.

33
4. Ein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht nicht, denn es ist nicht dargetan, dass durch die vorprozessuale Tätigkeit der Klägervertreter eine Geschäftsgebühr (Nr. 2300 VV RVG) ausgelöst worden ist. Erteilt der Mandant den unbedingten Auftrag, im gerichtlichen Verfahren tätig zu werden (vgl. Vorbemerkung 3 Abs. 1 Satz 1 VV RVG), lösen bereits Vorbereitungshandlungen die Gebühren für das gerichtliche Verfahren aus, und zwar auch dann, wenn der Anwalt zunächst nur außergerichtlich tätig wird. Für das Entstehen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist dann kein

Raum mehr. Anders liegt es nur dann, wenn sich der Auftrag auf die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts beschränkt oder der Prozessauftrag jedenfalls unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben. Es obliegt der Klagepartei, darzulegen und ggfls. im Streitfall zu beweisen, dass sie ihrem Anwalt einen Auftrag zunächst zur vorgerichtlichen Vertretung bzw. mindestens einen entsprechend bedingten Klageauftrag erteilt hat (BGH, Urteil vom 22.06.2021, Az.: VI ZR 353/20, Rdnr. 5 ff.). An derartigem Vortrag des Klägers fehlt es. Zudem spricht der Wortlaut des anwaltlichen Mahnschreibens („Nach fruchtlosem Fristablauf werden wir für unseren rechtsschutzversicherten Mandanten ohne jede weitere Mahnung Klage gegen Sie erheben“) für eine Unbedingtheit des Klageauftrags.

III.

34
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

35
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

36
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die maßgeblichen Rechtsfragen zur Haftung in der Folge des Dieselabgasskandals, insbesondere im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit wie auch die Substantiierungsanforderungen sind mittlerweile höchstrichterlich geklärt.