

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 2020 durch den Vorsitzenden Richter Seiders, die Richterin von Pentz, den Richter Offenloch, die Richterin Dr. Roloff und den Richter Dr. Allgayer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 20. August 2019 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger erwarb am 7. Mai 2014 zu einem Preis von 23.750 € von einer dritten Person einen Gebrauchtwagen VW Passat 2.0 TDI, der mit einem Dieselmotor des Typs EA189 ausgestattet ist. Die Beklagte ist die Herstellerin des Fahrzeugs. Die Fahrleistung beim Erwerb betrug 56.739 km.
- 2 Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Die Einhaltung des dafür maßgeblichen Grenzwerts für Stickoxidemissionen hängt davon ab, in welchem Ausmaß Abgase über ein Abgasrückführungsventil in den Ansaugtrakt des Motors zurückgeleitet werden. Unter den Bedingungen des zur Erlangung der Typgenehmigung durchgeführten, gesetzlich vorgeschriebenen Testlaufs

bewirkt die Motorsteuerungssoftware eine Abgasrückführung im zur Einhaltung der Grenzwerte nötigen Ausmaß. Bewegt sich das Fahrzeug nicht in diesem eng vorgegebenen Geschwindigkeitsmuster, erkennt die Software dies und verringert die Abgasrückführung im Verhältnis zum Prüfstandtest, wodurch sich die Stickoxidemissionen erhöhen.

3 Das Kraftfahrt-Bundesamt erkannte in der genannten Software eine unzulässige Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und ordnete einen Rückruf an. Ein daraufhin von der Beklagten angebotenes Software-Update ließ der Kläger bislang nicht durchführen. Der Landrat des Kreises Höxter untersagte deshalb mit Bescheid vom 21. Juni 2018 den Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr. Die sofortige Vollziehung ordnete er nicht an. Der Kläger erhob gegen den Bescheid Klage und nutzte das Fahrzeug weiter. Zur Zeit der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht betrug die Laufleistung 254.658 km.

4 Mit seiner Klage verlangt der Kläger von der Beklagten die Zahlung von 23.750 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. Mai 2014 Zug um Zug gegen "Rückgabe" des Fahrzeugs, die Erstattung von Aufwendungen (Inspektionskosten etc.) in Höhe von insgesamt 2.119,48 € nebst Zinsen sowie die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.564,26 €.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren vollumfänglich weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

6 Das Berufungsgericht, dessen Urteil bei juris und unter BeckRS 2019, 40569 veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

7 Unabhängig davon, ob die sonstigen Voraussetzungen eines Kaufpreiserstattungsanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV oder aus § 826 BGB erfüllt seien, fehle es angesichts der mit dem Fahrzeug erreichten Laufleistung jedenfalls inzwischen an einem Schaden des Klägers. Gemäß dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung müsse sich der Kläger den aus der Nutzung des Fahrzeugs gezogenen Vorteil anrechnen lassen, was den gezahlten Kaufpreis letztlich vollständig aufzehre. Zur Berechnung des Nutzungsvorteils sei der Kaufpreis zu der voraussichtlichen Restlaufleistung im Kaufzeitpunkt ins Verhältnis zu setzen und mit der tatsächlichen Fahrleistung des Käufers zu multiplizieren. Hinsichtlich des vom Kläger gekauften VW Passats gehe der Senat von einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km aus, die das Fahrzeug zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mit 254.658 km bereits überschritten habe. Das Vorbringen des Klägers, dass das Fahrzeug wegen der Softwaresteuerung der Abgasrückführung nicht zulassungsfähig sei und keinen Marktwert habe, sei unerheblich, da es für den Vorteilsausgleich auf die tatsächliche Nutzung ankomme; insoweit habe der Kläger keine Beeinträchtigung vorgetragen.

8 Der Kläger könne auch keinen Aufwendungsersatz beanspruchen. Da schon kein Kaufpreiserstattungsanspruch Zug um Zug gegen Übereignung des

Fahrzeugs bestehe, seien die geltend gemachten Aufwendungen nicht vergeblich erbracht worden.

9 Schließlich könne der Kläger auch keine Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangen. Eine entsprechende Verbindlichkeit sei nicht substantiiert dargelegt, da es an jeglichem Sachvortrag des Klägers zu einer außergerichtlichen anwaltlichen Beratung vor der Klageerhebung fehle.

II.

10 Die Revision ist unbegründet. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Überprüfung stand.

11 1. Das Berufungsgericht hat frei von Rechtsfehlern angenommen, dass ein etwaiger Kaufpreiserstattungsanspruch des Klägers (vgl. zur Haftung dem Grunde nach Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 12-63) - unabhängig von der Rechtsgrundlage - im Wege der Vorteilsanrechnung um die vom Kläger gezogenen Nutzungsvorteile zu reduzieren ist, was unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles zu einem vollständigen Wegfall des Schadens des Klägers führt. Die insoweit von der Revision erhobenen Einwände, mit der Vorteilsanrechnung würden die Präventivwirkung des Deliktsrechts verfehlt, das Gebot unionsrechtskonformer Rechtsanwendung verletzt, die Beklagte unangemessen entlastet und gesetzliche Wertungen missachtet, greifen nicht durch (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 64-77 mwN).

12 2. Bei der gemäß § 287 ZPO vorzunehmenden Bemessung der anzurechnenden Vorteile ist das Berufungsgericht von folgender Berechnungsformel ausgegangen:

$$\text{Nutzungsvorteil} = \frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrne Strecke (seit Erwerb)}}{\text{erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt}}$$

- 13 Diese Berechnungsmethode ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Einwand der Revision, der errechnete Nutzungsvorteil sei zumindest erheblich herabzusetzen, weil die Fahrzeugnutzung rechtlich unzulässig sei, verfährt nicht, da es im Rahmen der Vorteilsausgleichung auf die tatsächlich gezogenen Vorteile ankommt (vgl. zum Ganzen: Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 78-82 mwN).
- 14 Entgegen der Ansicht der Revision ist die Vorteilsanrechnung auch nicht auf den Zeitraum bis zu einem etwaigen Eintritt des Schuldner- oder Annahmeverzugs der Beklagten beschränkt (zum Annahmeverzug vgl. bereits BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 - VIII ZR 12/61, NJW 1962, 1909 f., juris Rn. 6). Die Vorteilsanrechnung basiert darauf, dass der Kläger mit der fortgesetzten Nutzung des Fahrzeugs einen geldwerten Vorteil erzielt. Ein etwaiger Verzug der Beklagten änderte hieran nichts (vgl. auch Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 68).
- 15 3. Die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte Gesamtlauflistungserwartung von 250.000 km wird von der Revision nicht angegriffen und ist schon deshalb revisionsrechtlich hinzunehmen. Es ist auch nicht aus sonstigen Rechtsgründen zu beanstanden, dass der etwaige Kaufpreiserstattungsanspruch des Klägers durch die Vorteilsanrechnung vollständig aufgezehrt wird und somit entfällt. Die Vorteilsanrechnung ist dem Geschädigten auch mit dieser Konsequenz zumutbar und entlastet die Schädigerin nicht unangemessen, entspricht also auch mit dieser Konsequenz dem Zweck des Ersatzanspruchs.

Sie verhindert damit zwar eine Loslösung vom ungewollten Kaufvertrag im Wege des Schadensersatzes (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 47 mwN). Maßgeblich ist aber, dass der mit dem Kaufpreiserstattungsanspruch geltend gemachte finanzielle Schaden durch die geldwerte Fahrzeugnutzung bereits vollständig ausgeglichen wurde. Eine Begrenzung der Vorteilsanrechnung - etwa auf den Wertverlust des Fahrzeugs - ist nicht angezeigt (vgl. für den Nutzungersatz nach Rücktritt auch BGH, Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 215/13, NJW 2014, 2435 Rn. 11 f., 17). Soweit der Kaufpreiserstattungsanspruch von den Nutzungsvorteilen erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit aufgezehrt wird, verbleibt dem Geschädigten die Möglichkeit, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären.

16 4. Dass das Berufungsgericht dem Kläger in Bezug auf einen möglichen Kaufpreiserstattungsanspruch keine Zinsen zugesprochen hat, ist im Ergebnis ebenfalls nicht zu beanstanden. Für den Zeitraum, in dem der Kaufpreis noch nicht vollständig durch die anzurechnenden Nutzungsvorteile aufgezehrt war, kommt die Verzinsung eines (restlichen) Erstattungsanspruchs zwar grundsätzlich in Betracht. Die Voraussetzungen eines Zinsanspruchs sind vorliegend aber nicht erfüllt.

17 a) Entgegen der Auffassung der Revision steht dem Kläger kein Zinsanspruch gemäß § 849 BGB zu.

18 Der Zinsanspruch nach § 849 BGB soll mit einem pauschalierten Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer entzogenen oder beschädigten Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (Senatsurteil vom 24. Februar 1983 - VI ZR 191/81, BGHZ 87, 38, 41, juris Rn. 10 mwN; BGH, Versäumnisur-

teil vom 26. November 2007 - II ZR 167/06, NJW 2008, 1084 Rn. 5). Die Vorschrift erfasst grundsätzlich jeden Sachverlust durch Delikt, auch wenn dieser mit dem Willen des Geschädigten durch Weggabe erfolgt. "Sache" im Sinne von § 849 BGB ist dabei auch Geld in jeder Form (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 - II ZR 167/06, aaO Rn. 4 ff. mwN). Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahin, deliktische Schadensersatzansprüche seien stets von ihrer Entstehung an zu verzinsen, ist § 849 BGB aber nicht zu entnehmen (BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 56/16, NJW 2018, 2479 Rn. 45).

19

Vorliegend steht einer Anwendung des § 849 BGB schon der Umstand entgegen, dass der Kläger als Gegenleistung für die Hingabe des Kaufpreises ein in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbares Fahrzeug erhielt (vgl. etwa OLG Koblenz, Urteil vom 28. August 2019 - 5 U 1218/18, juris Rn. 136; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019 - 13 U 149/18, juris Rn. 97; OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 U 445/18, juris Rn. 72 f. mwN). Zwar hat der Kläger durch den ungewollten Vertragsschluss einen Schaden erlitten, weil dem Fahrzeug eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohte und im Zeitpunkt des Erwerbs nicht absehbar war, ob überhaupt, wenn ja zu welchem Zeitpunkt und wie - vor allem ohne Nachteil für den Käufer - der Mangel behoben werden kann (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 48 ff.). Gleichwohl war das Fahrzeug im Streitfall aber tatsächlich nutzbar, weil sich die bestehende Gefahr nicht realisierte. Die tatsächliche Möglichkeit, das Fahrzeug zu nutzen, kompensierte damit den Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Geldes. Die Betriebsuntersagung vom 21. Juni 2018 spielt insoweit schon deshalb keine Rolle, weil der Kläger das Fahrzeug weaternutzte und aufgrund der aufschiebenden Wirkung seiner gegen die Betriebsuntersagung gerichteten Klage auch weaternutzen durfte. Eine Verzinsung gemäß § 849 BGB entspräche nach dem Gesagten nicht dem Normzweck, sondern käme einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Überkompensation

sation gleich. Anders liegt es etwa in Kapitalanlagefällen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 - II ZR 167/06, NJW 2008, 1084; Urteil vom 15. November 2011 - XI ZR 54/09, BKR 2012, 78 Rn. 65), weil dort die Weggabe des Geldes nicht im Hinblick auf eine tatsächliche Nutzung der Gegenleistung erfolgt, sondern typischerweise zur Erzielung einer Rendite, sodass es für den Anspruch aus § 849 BGB nicht auf die Gegenleistung ankommt.

20 Dass sich der Kläger die tatsächliche Fahrzeugnutzung im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen muss, rechtfertigt entgegen einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht (etwa OLG Köln, Urteil vom 10. März 2020 - I-4 U 219/19, juris Rn. 157 f.; Klöhn ZIP 2020, 341, 350) keine andere Beurteilung. Der kompensierende Leistungsaustausch (Geld gegen Fahrzeug), der zur Unanwendbarkeit des § 849 BGB führt, fand unabhängig davon statt, ob und in welchem Ausmaß das Fahrzeug später tatsächlich genutzt wurde; maßgebend ist hier die Möglichkeit der Nutzung. Der Kläger war bereit, für das Fahrzeug nicht nur den Kaufpreis hinzugeben, sondern auch auf dessen rentierliche Nutzung während des Fahrzeugbesitzes zu verzichten.

21 Vor dem Hintergrund der uneingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit des erlangten Fahrzeugs kommt entgegen der Ansicht der Revision schließlich auch keine Verzinsung eines Teils des Kaufpreises in Betracht.

22 b) Es besteht auch kein Zinsanspruch des Klägers unter dem Gesichtspunkt des Verzugs (§ 288 Abs. 1 BGB). Eine verzugsbegründende Mahnung gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB ist weder festgestellt noch wird sie von der Revision geltend gemacht. Entgegen der Ansicht der Revision liegen auch keine besonderen Gründe vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien den sofortigen Verzugseintritt ohne Mahnung rechtfertigen würden,

§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB. Insbesondere ist der Streitfall mit den unter der Bezeichnung "fur semper in mora" erörterten Sachverhaltskonstellationen nicht vergleichbar.

23 c) Schließlich besteht auch kein Anspruch auf Prozesszinsen aus § 291 BGB. Die Revision hat keinen von den Vorinstanzen übergebenen Tatsachenvortrag dazu aufgezeigt, ob und in welcher Höhe unter Berücksichtigung der anzurechnenden Nutzungsvorteile bei Eintritt der Rechtshängigkeit eine verzinsliche Hauptforderung bestand und wie sich diese im Laufe des Verfahrens angesichts der fortlaufenden Nutzung des Fahrzeugs gegebenenfalls entwickelte.

24 5. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch den vom Kläger erhobenen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen in Höhe von insgesamt 2.119,48 € verneint. Der Kläger macht, soweit anhand der eingereichten Rechnungen nachvollziehbar, Inspektions- und Wartungskosten einschließlich Verbrauchsmaterialien (Schmierstoffe, Filter etc.) sowie Kleinreparaturen geltend, wobei die letzten dieser Aufwendungen bei einem Kilometerstand von 179.450 getätigt wurden. Aufwendungen der hier fraglichen Art, die zu den gewöhnlichen Unterhaltungskosten zählen, sind unter den im Streitfall gegebenen Umständen nicht ersatzfähig. Da der Kläger das Fahrzeug wie vorgesehen genutzt hat, handelt es sich insoweit nicht um vergebliche Aufwendungen.

25 6. Schließlich hält das Berufungsurteil der revisionsgerichtlichen Kontrolle auch insoweit stand, als ein Anspruch des Klägers auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten verneint wurde. Die Rüge der Revision, dass der Kläger auf Seite 14 der Klageschrift und mit der Anlage K3 eine außergerichtliche Anwaltstätigkeit dargelegt habe, greift nicht durch. Auf Seite 14 der Klageschrift ist - in anderem Zusammenhang - ohne Hinweis auf eine An-

waltstätigkeit lediglich von einem "Anspruchsschreiben des Klägers" die Rede. Die ebenfalls in anderem Zusammenhang vorgelegte Anlage K3 - ein vorgeordnetes Schreiben der Beklagten vom 23. September 2016 - lässt zwar erkennen, dass die erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers der Beklagten mitgeteilt hatten, ihr Mandant - offenbar der Kläger - wolle sein Fahrzeug an die Beklagte "zurückgeben". Darin liegt jedoch noch keine ausreichende Darlegung einer vorgerichtlichen Anwaltstätigkeit.

Seiters

von Pentz

Offenloch

Roloff

Allgayer

Vorinstanzen:

LG Braunschweig, Entscheidung vom 27.11.2017 - 11 O 603/17 (185) -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 20.08.2019 - 7 U 5/18 -