
Datum: 29.05.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 184/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0529.19U184.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 36 O 309/18

Tenor:

Unter teilweiser Verwerfung der Berufung der Klägerin wird auf die Berufungen der Parteien das Urteil des Landgerichts Köln vom 11.07.2019 (36 O 309/18) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 6.478,23 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2019 Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKWs VW A, FIN: B zu zahlen.
2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin Zinsen in Höhe von vier Prozentpunkten aus 12.400,00 € seit dem 20.01.2015 bis zum 31.01.2019 zu zahlen.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs seit dem 19.03.2019 in Annahmeverzug befindet.
4. Die Beklagte wird weiter verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung ihrer Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 958,19 € freizustellen.
5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen der Klägerin und der Beklagten werden zurückgewiesen.

Hinsichtlich der Kosten erster Instanz verbleibt es bei der Kostenentscheidung des Landgerichts. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 45 % und die Beklagte zu 55 %.

Dieses Urteil ist für beide Parteien gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 849 BGB zugelassen.

G r ü n d e:

- A. 1
- Die Parteien streiten um Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte nach einem Pkw-Kauf im Zusammenhang mit dem sogenannten „Abgasskandal“. 2
- Die Klägerin macht Ansprüche gegen die Beklagte wegen eines Fahrzeugkaufs vom 20.01.2015 betreffend eines gebrauchten Pkw VW A zum Kaufpreis von 12.400,00 € bei einer Laufleistung von 64.500 km geltend. Der Kaufvertrag wurde durch ihren Vater geschlossen. Das Fahrzeug, welches am 07.04.2015 auf die Klägerin zugelassen wurde, ist mit dem EURO 5-zertifizierten Motortyp EA189 ausgestattet. Nachdem die Beklagte die Klägerin per Anschreiben über die mögliche Installation eines Software-Updates informierte, ließ sie dieses am 20.01.2017 durchführen. Mit Anwaltsschreiben vom 11.12.2018 unter Fristsetzung bis zum 21.12.2018 hat die Klägerin die Beklagte zur Kaufpreistrückzahlung abzüglich der „gezogenen Nutzungen Zug-um-Zug gegen Herausgabe“ des Fahrzeugs, welches die Beklagte bei der Klägerin abzuholen habe, aufgefordert. 3
- Mit der der Beklagten am 31.01.2019 zugestellten Klage hat die Klägerin 4
- erstinstanzlich beantragt, 5
- 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 13.238,41 € abzgl. einer im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.12.2018 Zug um Zug gegen Übergabe und Rückübereignung des Fahrzeugs VW A (FIN B) zu zahlen; 67
 - 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs VW A (FIN B) seit dem 22.12.2018 im Annahmeverzug befindet; 89
 - 101

3. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.570,80 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.12.2018 freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen 13

Das Landgericht hat der auf vorsätzlich sittenwidrige Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB gestützten Klage gegen die Beklagte als Herstellerin des im Fahrzeug verbauten Motors im Wesentlichen stattgegeben. Es hat die Beklagte in der Hauptsache zur Rückzahlung des Kaufpreises von 12.400,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.12.2018 Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs abzüglich eines auf Basis einer unstreitigen Laufleistung von 154.025 km zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz sowie einer Gesamtlaufleistung von 300.000 km berechneten Nutzungsvorteils in Höhe von 3.700,37 € verurteilt, im Übrigen festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs seit dem 22.12.2018 in Annahmeverzug befinde und die Freistellungsverpflichtung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 958,19 € ausgesprochen. 14

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) Bezug genommen. 15

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit jeweils eigenen Rechtsmitteln. 16

Die Klägerin erstrebt mit ihrer Berufung unter Erweiterung ihrer erstinstanzlichen Klageanträge bzgl. eines Anspruchs auf Deliktzinsen aus § 849 BGB (neuer Klageantrag zu 2.) eine Änderung des erstinstanzlichen Urteils u.a. dahin, dass die Nutzungsentschädigung nicht in Abzug gebracht wird und im Übrigen, soweit ihr die erstinstanzlichen geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen nicht zugesprochen worden sind. Die erstinstanzlich geltend gemachten und vom Landgericht abgewiesenen Reparaturkosten für die Einspritzdüsen in Höhe von 838,41 € sind nicht Gegenstand der Berufung. 17

Die Klägerin beantragt zuletzt sinngemäß, 18

unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts 19

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 12.400,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.12.2018 Zug um Zug gegen Übergabe und Rückübereignung des Fahrzeugs VW A (FIN B) zu zahlen; 201
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin Deliktzinsen aus einem Betrag in Höhe von 12.400,00 € in Höhe von vier Prozentpunkten seit dem 20.01.2015 bis zur Rechtshängigkeit; 223
- 3. für den Fall, dass der Antrag zu 1. Erfolg hat, festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs VW A (FIN B) seit dem 22.12.2018 im Annahmeverzug befindet; 225

• 4. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.570,80 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.12.2018 freizustellen.	267
Die Beklagte beantragt,	28
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	29
Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung und beantragt,	30
das am 11.07.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (Az.: 36 O 309/18) im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.	31
Sie wendet sich gegen ihre Verurteilung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie macht insbesondere geltend, dass die Voraussetzungen für eine deliktische Haftung dem Grunde nach nicht gegeben seien, insbesondere weil es an einem Schaden - u.a. wegen des durchgeführten Updates - fehle. Weiter wendet sie sich gegen die lineare Berechnung des Nutzungsvorteils, die Feststellung des Annahmeverzugs und die Zuerkennung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.	32
Die Klägerin beantragt,	33
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	34
Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen aktuellen Kilometerstand in Höhe von 176.727 unstreitig gestellt. Insoweit sowie hinsichtlich der Beweiserhebung des Senats zur Frage der Aktivlegitimation der Klägerin durch Vernehmung des Zeugen C wird auf das Sitzungsprotokoll vom 08.05.2020 (Bl. 454 f GA) verwiesen.	35
B.	36
Die Berufungen sind, soweit sie zulässig sind, nur teilweise begründet.	37
I. Die Berufung der Klägerin ist hinsichtlich des Klageantrags zu 4. (weitere außergerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen) unzulässig, da es an jedweden Ausführungen in der Berufungsbegründung fehlt, so dass insoweit die formellen Anforderungen des § 520 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1-4 ZPO nicht gewahrt sind und die Berufung insoweit zu verwerfen war, § 522 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO.	38
II. Im Übrigen ist die Berufung der Klägerin zulässig, jedoch nur teilweise begründet, nämlich in Bezug auf die in zweiter Instanz erstmals geltend gemachten Deliktzinsen in Höhe von vier Prozentpunkten nach § 849 BGB (Klageantrag zu 2.); hinsichtlich der im Berufungsrechtszug geltend gemachten Klageanträge zu 1. und 3. ist sie unbegründet.	39
Die zulässige Berufung der Beklagten ist im Wesentlichen unbegründet, sie hat nur insoweit Erfolg, als die Klägerin die Nutzung des Fahrzeugs fortgesetzt hat und sich deshalb der ihr zustehende Schadenersatzanspruch durch den Abzug weiterer Nutzungsvorteile reduziert.	40
Im Einzelnen:	41
1. Zunächst steht nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen C fest, dass die geltend gemachten	42

Schadenersatzansprüche, die aus dem Kauf des Fahrzeugs resultieren, der Klägerin zustehen, sie also aktivlegitimiert ist. Der Zeuge C hat den Vortrag der Klägerin, es sei von Anfang an vereinbart gewesen und auch so umgesetzt worden, dass er das Fahrzeug lediglich für die Klägerin erwerbe, indes unmittelbar im Anschluss daran das Eigentum an dem Fahrzeug nebst allen Rechten und Pflichten auch aus dem zugrundeliegenden Kaufvertrag auf die Klägerin übergehen sollten, bestätigt. So hat der Zeuge detailliert den Grund für dieses Vorgehen - nämlich die bessere Sachkunde und zeitliche Verfügbarkeit des Zeugen - als auch die Abwicklung des Kaufs geschildert. Danach hat die Klägerin den von ihren Eltern zwecks Erwerbs des Fahrzeugs vorverauslagten Kaufpreis in Höhe von 12.400,00 € zurückerstattet und das Fahrzeug nach dessen tatsächlichem Erhalt auf sich selbst als Versicherungsnehmerin und Halterin zugelassen. Dahin stehen kann, ob dieser Fahrzeugkauf unter den vorgenannten Umständen als in mittelbarer Stellvertretung vorgenommenes Geschäft für den, den es angeht, eingestuft werden kann (vgl. zum Autokauf OLG Hamm, Urteil vom 30.10.2014 – I – 28 U 199/13, juris, Rn. 46; OLG Celle, Urteil vom 01.11.2006, 7 U 55/06, juris, Rn. 22f.; LG Berlin, Urteil vom 16.10.2003 – 30 O 340/03, juris, Rn. 15 f.). Denn jedenfalls ist die Klägerin - deren tatsächliche alleinige Verfügungsgewalt über das Fahrzeug mindestens seit ihrem Auszug aus dem elterlichen Wohnhaus besteht - nicht nur Eigentümerin des Fahrzeugs durch Einigung und Übergabe (§ 929 BGB) geworden, sondern sie hat auch die Rechte und Pflichten aus dem zugrundeliegenden Kaufvertrag über das Fahrzeug jedenfalls durch Abtretung (§§ 398, 401 BGB) erworben.

2. Weiter hat das Landgericht die Beklagte in der Hauptsache zu Recht zur Leistung von Schadenersatz gemäß § 826 BGB Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKW verurteilt. 43

Zur Begründung kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen werden. Die Ausführungen in der Berufungsbegründung der Beklagten führen nicht zu einer anderen Beurteilung. 44

a) Hinsichtlich des Vorliegens einer Täuschungshandlung der Beklagten, eines Schadens der Klägerin und eines dazwischen bestehenden Kausalzusammenhangs sowie der weiteren Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten gemäß §§ 826, 31 BGB wegen des Inverkehrbringens von Fahrzeugen, die vom sogenannten Abgasskandal betroffen sind, nimmt der Senat auf die Ausführungen in dem Urteil des Senats vom 6.09.2019 (19 U 51/19) und in dem Hinweisbeschluss vom 27.09.2019 (19 U 150/19) Bezug, die jeweils unter www.NRWE.de abrufbar sind und an denen der Senat auch in der für die vorliegende Entscheidung zuständigen Besetzung und unter Berücksichtigung der mit der Berufungsbegründung vorgelegten Rechtsgutachten weiterhin festhält. 45

Entgegen dem von der Beklagten verfochtenen Standpunkt lässt auch die Durchführung des Software-Updates einen Schaden der Klägerin nicht entfallen. Insoweit wird uneingeschränkt auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 27.09.2019 (19 U 150/19, abrufbar unter www.NRWE.de verwiesen). 46

Diese Grundsätze gelten auch für den vorliegend streitgegenständlichen von der Klägerin über ihren Vater am 20.01.2015 erworbenen VW A, der mit einem Motor mit der Bezeichnung EA189 EU5 ausgestattet ist, wobei insbesondere keine abweichende Betrachtungsweise im Hinblick darauf geboten ist, dass es sich um einen Gebrauchtwagenkauf handelte (vgl. Senatsurteil vom 06.03.2020 – 19 U 155/19, abrufbar unter juris). Denn die Täuschungshandlung der Beklagten, nämlich das Inverkehrbringen des mit einer Manipulationssoftware ausgestatteten Fahrzeugs und/oder Motors, wirkt sich auch auf Käufer wie die Klägerin aus, die einen betroffenen Gebrauchtwagen vor Bekanntwerden des sog. 47

Abgasskandals und damit gutgläubig erworben haben. Soweit hiergegen – teilweise ohne nähere Begründung – eingewandt wird, diese Täuschung sei nicht gegenüber dem Gebrauchtwagenkäufer erfolgt, weil er den PKW nicht von dem Hersteller und/oder als Neufahrzeug, sondern von einem Gebrauchtwagenhändler bzw. privaten Voreigentümer erworben habe (etwa LG Braunschweig, Urteil vom 14.02.2018 – 3 O 1915/17, abrufbar bei juris), überzeugt dies nicht. Denn auch der Gebrauchtwagenkäufer geht davon aus, dass das Fahrzeug die technischen und rechtlichen Voraussetzungen der Zulassung (nach wie vor) erfüllt und dass die erforderlichen Erlaubnisse und Genehmigungen nicht durch eine Täuschung erwirkt worden sind. Der Beklagten ist darüber hinaus bewusst, dass ihre Fahrzeuge nach dem Erstverkauf regelmäßig als Gebrauchtwagen weiterverkauft werden, zumal sie sich gerade auf die besondere Langlebigkeit und Wertbeständigkeit der von ihr hergestellten Kraftfahrzeuge bzw. Motoren beruft. Die Täuschungshandlung der Beklagten setzt sich in solchen Fällen fort. Es handelt sich vorliegend mithin um einen Fall einer sog. Kettenveräußerung, bei der jedenfalls dann, wenn der Erstverkäufer – wie regelmäßig im Falle von Automobilherstellern – eine Weiterveräußerung des verkauften Fahrzeugs durch den Ersterwerber und ggf. weitere Käufer ernsthaft in Betracht gezogen und dies sowie die damit verbundenen Vermögensnachteile bei den nachfolgenden Erwerbern billigend in Kauf genommen hat, auch eine Täuschungshandlung des Herstellers mit Blick auf die nachfolgenden Erwerber vorliegt (so auch OLG Braunschweig, Urteil vom 13.04.2006 – 8 U 29/05 m.w.N., abrufbar bei juris).

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist über die klägerischen Behauptungen zu einem Kausalzusammenhang zwischen dem Verschweigen der Umschaltlogik bei Kaufvertragsschluss und der Kaufentscheidung auch kein Beweis im Wege der Parteivernehmung zu erheben. Es bedurfte und bedarf hierzu auch keiner Parteianhörung. Denn bei täuschendem oder manipulativem Verhalten ist es für die Darlegung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Täuschung und Abgabe der Willenserklärung ausreichend, dass der Getäuschte Umstände dartut, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten und nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entschließung gehabt haben können. Davon ist vorliegend ungeachtet der Einwände der Beklagten auszugehen. Denn es entspricht der Lebenserfahrung, dass der Kläger das Fahrzeug nicht gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass es für die erforderliche Prüfung der Abgaswerte auf dem Prüfstand in einem anderen Modus betrieben wird als im Realbetrieb. Die Einhaltung von Emissionswerten ist für einen Käufer in mehrfacher Hinsicht bedeutsam, z.B. in Bezug auf Betriebserlaubnis, Kfz-Steuer, etwaige Fahrverbote bei Nichteinhaltung der Grenzwerte, Umweltfragen. Vor diesem Hintergrund widerspricht es der Lebenswirklichkeit, dass ein Käufer sich auf einen solchen Kauf und das damit verbundene unkalkulierbare Risiko einlässt. Unabhängig davon, in welchen Einzelheiten er sich über die Umweltfreundlichkeit seines Fahrzeugs beim Kauf Gedanken macht, hat der Käufer zumindest die berechnete Erwartung, dass das gekaufte Fahrzeug die mit den Abgasnormen im Zusammenhang stehenden erforderlichen Prüfungen gemäß den gesetzlichen Bestimmungen bestanden hat und keine Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Typengenehmigung und der Betriebszulassung aufgrund einer verheimlichten Manipulation bestehen. Hierüber muss er sich auch keine ausdrücklichen Gedanken machen, weil dies jeder Kaufentscheidung immanent ist, sofern nicht auf den – nicht gesetzeskonformen – Aspekt hingewiesen wird, was selbst von der Beklagten nicht geltend gemacht wird. Insofern ist bei dem vorliegend in Rede stehenden Kaufvertrag, der vor öffentlichem Bekanntwerden des sog. Abgasskandals abgeschlossen wurde, von einem Kausalzusammenhang auszugehen, ohne dass es weitergehenden Vortrags oder einer Anhörung des Klägers oder einer sonstigen Beweisaufnahme bedurfte oder bedarf (vgl. Senat, Urteil vom 06.03.2020 – 19 U 214/19, abrufbar unter [www. NRWE.de](http://www.NRWE.de)).

- c) Entgegen dem von der Beklagten verfochtenen Standpunkt lässt die Durchführung des Software-Updates einen Schaden der Klägerin nicht entfallen, weil dadurch der im Abschluss des Kaufvertrags liegende Schaden in Form der ungewollten Belastung mit einer Verbindlichkeit nicht in Wegfall gerät. Im Übrigen nimmt der Senat hinsichtlich dieses nicht greifenden Einwands auf seinen Hinweisbeschluss vom 27.09.2019 (Az.: 19 U 150/19, abrufbar unter www.NRWE.de) sowie die zwischenzeitlich dazu ergangene weitere Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Köln (Urteil vom 13.02.2020 - 18 U 147/19, abrufbar bei juris, Rdn. 16-23) Bezug. 49
- d) Der Klägerin steht mithin ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 249 ff. BGB gerichtet auf Ersatz des negativen Interesses zu. Sie kann verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stehen würde, wenn sie das Fahrzeug nicht erworben hätte. Auf den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises muss sie sich die von ihr gezogenen Nutzungen durch den Gebrauch des Fahrzeugs nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen, wobei aufgrund der Gleichartigkeit der Ansprüche - anders als vom Landgericht vorgenommen - eine Saldierung stattzufinden hat. Die Klägerin kann daher den Kaufpreis abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs an die Beklagte verlangen. 50
- aa) Soweit die Klägerin sich nunmehr zweitinstanzlich gegen den Abzug eines Nutzungsvorteils (Klageantrag zu 1.) wendet, ist die Berufung unbegründet. Das von der Klägerin in Übereinstimmung mit einem Teil der Rechtsprechung herangezogene Aufrechnungsverbot des § 393 BGB erfasst den hiesigen Sachverhalt nicht, denn es handelt sich bei dem Vorteilsausgleich um eine von seitens des Anspruchstellers von vornherein zu berücksichtigende Gegenforderung, die im Wege der Saldierung zu einer Anspruchskürzung führt, ohne dass es einer Aufrechnung bedarf. Für diese Verrechnungen gilt das Verbot des § 393 BGB nicht (vgl. Eрман, BGB, 15. Aufl. 2017, § 393 BGB Rn. 1b und Vor § 387, Rn. 6). 51
- Der Bundesgerichtshof hat (mit Urteil vom 20.06.1967 – VI ZR 201/65 –, juris, Rn. 13) zu einer solchen Verrechnungssituation ausgeführt: 52
- „Die mit § 393 BGB gewollte Besserstellung des Gläubigers der aus Delikt hergeleiteten Forderung besteht darin, dass dem Schuldner das sonst mögliche Entgegenhalten von Ansprüchen aus anderen Sachverhalten verwehrt wird. Um eine solche Hereinnahme weiterer Rechtsbeziehungen handelt es sich freilich nicht, wenn der Schuldner verlangt, dass die aus seiner unerlaubten Handlung selbst hervorgegangenen Vor- und Nachteile gegenübergestellt werden. Deren Abgleichung ist zur Ermittlung des verbleibenden Schadens erforderlich und stellt keine Aufrechnung dar (BGB-RGRK 11. Aufl., § 393 Anm. 4). So liegt es zumal bei der Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen auf Grund eines wegen arglistiger Täuschung angefochtenen Vertrages (vgl. RGZ 54, 137, 139; RG LZ 1909, 310 Nr.9; RG SeuffA 82 Nr. 47). Die Besserstellung des Gläubigers geht nicht so weit, dass er seinen Aktivposten unbeschränkt geltend machen und dem Schuldner im übrigen das Aufrechnungsverbot entgegenhalten könnte.“ 53
- Auch das OLG Hamm (Urteil vom 08.07.1970 – 20 U 43/70 –, juris, Rn. 28) verneint bei Rückabwicklung eines aufgrund arglistiger Täuschung geschlossenen Kaufvertrags das Eingreifen des Aufrechnungsverbots: 54
- „Der Kläger muss sich allerdings eine Nutzungsvergütung anrechnen lassen. Entgegen der Ansicht des Landesgerichts stellt dieser Anrechnung, auch soweit der Anspruch des Klägers auf unerlaubte Handlung gestützt ist, § 393 BGB nicht entgegen. Denn es handelt sich nicht um die Aufrechnung mit einem Gegenanspruch, sondern um die Anrechnung von Vorteilen 55

im Rahmen der Schadensberechnung nach § 249 BGB (Palandt-Heinrichs, 79. Aufl., Anm. 1 zu § 393 BGB und Vorb. 7 a vor § 249 BGB; RGZ 54/139; BGB in NGW 62/1909). Die Beklagten müssen, soweit sie aus unerlaubten Handlung bzw. Verschulden bei Vertragsabschluss halten, den Kläger so stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis heute stehen würde. Ohne die arglistige Täuschung hätte der Kläger den Kaufvertrag über den D nicht abgeschlossen. Er hätte entweder seinen alten Wagen weiter benutzt, oder sich für etwa den gleichen Preis (6.750,-- DM) einen anderen Gebrauchtwagen gekauft. Der Vorteil, den er sich anrechnen lassen muss, liegt nun nicht in erster Linie in der Benutzung des D, sondern in der ersparten Abnutzung des Wagens, den er sonst in der Zeit von April bis August 1969 gefahren hätte (siehe hierzu ausführlich BGB in NGW 62/1909 im Anschluss an NGW 60/237). Dieser fiktive Abnutzungswert kann nur geschätzt werden. Bei Kraftfahrzeugen mit einem Neuwert von etwa 10.000,-- DM und einer Lebensdauer von durchschnittlich 100.000 Km, wie es sowohl den E-Caravan des Klägers als auch das Fahrzeug ist, das sich der Kläger wahrscheinlich sonst gekauft hätte, kann von einem Abnutzungswert von 0.10 DM pro Km ausgegangen werden. Das entspricht für Kraftfahrzeuge dieser Preisklasse der ständigen Rechtsprechung der mit Rechtsstreitigkeiten dieser Art befassten Senate des Oberlandesgerichts Hamm. Der Kläger hat, wie sich aus seiner glaubhaften Aussage ergibt, in der Zeit von 16. April bis 14. August 1969 mit dem D 2.364 Km gefahren. Es kann davon ausgegangen werden, dass er ohne den Kauf des D mit seinem alten E-Caravan oder einem anderen Fahrzeug etwa ebenso viel gefahren wäre. Auf den zurückzuerstattenden Kaufpreis sind daher nur 236,40 DM anzurechnen. -- Es kann dahingestellt bleiben, ob mit dem fiktiven Wertverlust des in Zahlung gegebenen oder eines anderen Wagens, den der Kläger sonst gekauft hätte, der auszugleichende Vorteil erschöpfend erfasst ist. Möglicherweise hat der tatsächlich benutzte D einen größeren Gebrauchsvorteil, z. B. durch höherem Komfort, stärkere Motorleistung usw. Diesen erhöhten Vorteil braucht sich der Kläger nicht anrechnen zu lassen. Der Umstand allein, dass die unerlaubte Handlung ursächlich zu einem erhöhten Vorteil geführt hat, reicht nämlich nicht aus, um die Ersatzpflicht des Schädigers auch insoweit durch eine Vorteilsausgleichung zu mindern. Die Anrechnung des Vorteils muss vielmehr bei Berücksichtigung aller Umstände zumutbar sein und darf den Schädiger nicht unbillig entlasten (Palandt - Heinrichs a.a.O., Vorb. 7 a vor § 249 BGB; BGH Z 49/56). Der Kläger war nicht in der Lage, den gekauften D sogleich stillzulegen und einen anderen Wagen zu kaufen, da er seine verfügbaren Mittel in das Geschäft mit der Beklagten zu 1) eingesetzt hatte. Wegen der unberechtigten Ablehnung der Beklagten zu 1), den Kaufpreis zurückzuzahlen und den D zurückzunehmen, war es gezwungen, den gekauften Wagen, der möglicherweise größere Gebrauchsvorteil bot als sein alter Wagen, eine gewisse Zeit zu benutzen. Eine Anrechnung dieser "aufgedrängten" Vorteil wäre unbillig, weil dem Kläger insoweit nach Ende der Benutzung des D kein Vorteil geblieben ist (siehe BGH Z 30/29).“

bb) Soweit die Klägerin das Fehlen der Voraussetzung der Anrechnung beanstandet, weil es dafür der einredeweisen Geltendmachung durch die Beklagte bedürfe, kann hier dahin stehen, ob dies zutreffend ist, denn hier jedenfalls ist es der Klägerin verwehrt, sich darauf zu berufen, nachdem sie vorgerichtlich wie auch mit der Klage die Zahlung einer Nutzungsentschädigung - wenn auch damals jeweils noch unbeziffert - selbst in Abzug gebracht hat. Entsprechendes hat der Senat bereits mit Urteil im Verfahren 19 U 51/19 entschieden. 56

cc) Auf die weitere Argumentation der klägerischen Berufung, dass Landgericht habe diesbezüglich seine Hinweispflicht verletzt, kommt es nicht an, denn es bedarf nämlich keiner Einrede des Gegners, um die Nutzungsentschädigung in Ansatz bringen zu können. Denn beim Vorteilsausgleich im Rahmen des § 249 BGB handelt es sich nicht um eine 57

wechselseitige Zug um Zug Verpflichtung wie bei der vertraglichen Rückabwicklung nach § 348 BGB, sondern um einen Abzug bzw. die Saldierung unselbständiger Rechnungsposten bei der Feststellung der Höhe eines einheitlichen Anspruchs. Die Anrechnung ist daher im Prozess aufgrund entsprechenden Parteivortrags von Amts wegen vorzunehmen oder festzustellen; einer einredeweisen Geltendmachung bedarf es dafür nicht (vgl. Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, Vor § 387, Rn. 6, 7, 7a).

Der mit der klägerischen Berufung hilfsweise für den Fall des Erfolgs des Klageantrags zu 1. weiter gestellte Klageantrag zu 3. ist damit ungeachtet seiner Zulässigkeit ebenfalls unbegründet. 58

Die Parteien haben – auf den klägerischen Vortrag hin, sie habe das Fahrzeug nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz weitergenutzt – den aktuellen Kilometerstand in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig gestellt. 59

Aufgrund dieser fortgesetzten Nutzung des Fahrzeugs berechnet sich der zu leistende Nutzungsvorteil hier wie folgt: 60

Kaufpreis (12.400,00 €) x Fahrleistung der Klägerin (176.727 km – 64.500 km) 61

Gesamtaufleistung (300.000 km) – Fahrleistung vor Erwerb der Klägerin (64.500 km) 62

= 5.921,77 €. 63

Mithin ergibt sich ein Schadenersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 6.478,23 € (12.400,00 € - 5.921,77 €). 64

Der Einwand der Beklagten gegen diese lineare Ermittlung der Nutzungsentschädigung, bei der die tatsächliche Fahrleistung der Käuferin ins Verhältnis zur durchschnittlich möglichen Gesamtfahrleistung ab dem Erwerb gesetzt wird, greift nicht durch. Daher besteht kein Anlass, den konkreten Wertverlust – gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen – zu ermitteln. Bei der vom Landgericht und dem Senat angewendeten Methode handelt es sich um das allgemein übliche und vom Bundesgerichtshof (vgl. etwa: Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14) gebilligte Verfahren zur Schätzung des im Falle der Rückabwicklung des Kaufs eines (gebrauchten) Kraftfahrzeuges gemäß § 287 ZPO vom Kaufpreis in Abzug zu bringenden Nutzungsvorteils, die nach – soweit ersichtlich – einhelliger Rechtsprechung auch auf deliktische Schadenersatzansprüche angewendet wird. Hieran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Argumente in der Berufungsbegründung und der dort in Bezug genommenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main (Beschluss vom 25.09.2019 – 17 U 45/19) fest, wobei er nicht verkennt, dass ein (relativ neuer) PKW gerade in der Anfangszeit stark an Wert verliert. Die angewandte – auf Durchschnittswerten beruhende – Schätzungsmethode lässt sich für eine Vielzahl von Fällen nutzen, so dass Abweichungen zu den konkreten Wertverlusten der Einzelfälle im Sinne der Praktikabilität hinnehmbar erscheinen. Diese Vorgehensweise beschwert die Beklagte nicht unverhältnismäßig, weil sich die in Rede stehende Schätzungsmethode regelmäßig auch zu ihren Gunsten auswirkt. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Fahrzeuge mit einer besonders hohen Laufleistung handelt. 65

2. Schließlich hat das Landgericht in der Sache zutreffend auch das Vorliegen des Annahmeverzugs zu Lasten der Beklagten festgestellt. Der diesbezügliche erstinstanzliche Klageantrag zu 4. ist zulässig, denn das schützenswerte Interesse im Sinne des § 256 ZPO an der begehrten Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten ergibt sich aus den 66

§§ 756, 765 ZPO. Indes ist der Annahmeverzug nicht - wie das Landgericht angenommen hat - bereits aufgrund Fristablaufs der vorgerichtlichen Aufforderung am 22.12.2018 eingetreten, weil die Klägerin vorgerichtlich die Rückübereignung und Übergabe des Fahrzeuges nur an ihrem Wohnort angeboten hat. Da es sich bei der Rücknahme des Fahrzeugs im Rahmen des hier geltend Schadenersatzanspruchs nicht um eine Holschuld (§ 269 Abs. 1 BGB) handelt und darüber hinaus auch keine Annahmeverweigerung der Beklagten ersichtlich ist, ist Annahmeverzug erst mit Zugang des erstinstanzlichen Klageabweisungsantrags der Beklagten am 19.03.2019 (Zustellung an die Klägerin, Bl. 113 GA) eingetreten.

3. Die Berufung der Klägerin ist in Bezug auf die in zweiter Instanz erstmals geltend gemachten Deliktzinsen in Höhe von vier Prozentpunkten nach § 849 BGB (Klageantrag zu 2.), deren Umfang die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 24.01.2020 (Bl. 408 f. GA) klargestellt hat, begründet. 67

a) Nach § 849 BGB kann der Verletzte, sofern wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, Zinsen des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird. § 849 BGB erfasst dabei jeden Sachverlust durch ein Delikt. 68

§ 849 BGB ist auch auf den Fall der Entziehung eines nicht in Gestalt von Bargeld verkörperten Geldbetrages anwendbar (so für den Fall der Veranlassung einer Überweisung: BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007 – II ZR 167/06, Rn. 4, juris). Ferner ist auch dann eine Entziehung anzunehmen, wenn der Schädiger den Geschädigten durch eine unerlaubte Handlung wie beim Betrug oder der Erpressung dazu bestimmt, eine Sache wegzugeben oder darüber zu verfügen (BGH, a. a. O. sowie: Urteil vom 24.01.2017 – KZR 47/14, juris, Rn. 54; Urteil vom 12.06.2018 – KZR 56/16, juris, Rn. 45). 69

b) Soweit in Zusammenhang mit deliktischer Haftung eines Autoherstellers wegen Abgaswertmanipulationen ein Anspruch aus § 849 BGB abgelehnt wird, wird vorwiegend mit dem Gesichtspunkt der Kompensation/Überkompensation argumentiert; der Käufer habe einen Gegenwert in Gestalt eines nutzbaren Fahrzeuges erhalten (OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2019 – 17 U 44/19, juris, Rn. 77; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.10.2019 – 13 U 73/19, juris, Rn. 24; OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 – 12 U 61/19, juris, Rn. 84). Zum Gesichtspunkt der doppelten Berücksichtigung der Nutzbarkeit wird vertreten, der Nutzungsersatz erfasse nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen, während hierbei eine darüber hinaus eingeräumte weitere allgemeine Nutzungsmöglichkeit unbeachtet bleibe (OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris, Rn. 138). 70

Dies überzeugt jedoch aus zwei Gründen nicht. 71

Zum einen widerspricht diese Ansicht dem gesetzgeberischen Regelungskonzept. Dieses sieht mit § 849 BGB für den Fall deliktischer Sachentziehung ohne Nachweis eines konkreten Schadens einen pauschalierten Mindestbetrag für den Ersatz des Nutzungsentganges vor und will dem Geschädigten insoweit die Darlegungs- und Beweislast dafür abnehmen, welchen Schaden er durch die Einbuße an Nutzbarkeit der Sache erlitten hat (BGH, Urteil vom 24.02.1983 – VI ZR 191/81, BGHZ 87, 38-42, juris, Rn. 8; Vieweg in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2015, § 849 BGB, Rn. 1; Wagner in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, § 849 BGB, Rn. 2). Diesem in der Befreiung von Darlegung und Prüfung einzelfallbezogener Umstände liegenden Wesen der Pauschalierung würde es widersprechen, die Gewährung des Anspruchs davon abhängig zu machen, welche anderweitigen Vorteile dem Geschädigten in Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sein mögen (so auch OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 – 5 U 47/19, juris, 72

Zum anderen ist der konkrete Vorteil der Nutzbarkeit - zwar nicht des Geldbetrages, so doch des hierfür erhaltenen Kraftfahrzeuges - bereits bei der Bemessung der Hauptforderung vollständig als Abzugsposition berücksichtigt worden, so dass eine Berücksichtigung im Rahmen der Anwendung von § 849 BGB dazu führen würde, dass dem Geschädigten der ihm nur einmal entstandene Nutzungsvorteil zweifach angerechnet würde. Dies kann auch nicht mit einer Unterscheidung von abstrakter und konkreter, bzw. tatsächlicher und allgemeiner Nutzung gerechtfertigt werden, da die lineare Teilwertabschreibung eine anerkannte Methode zur Berechnung des gesamten Nutzungsersatzes darstellt, innerhalb derer besonderen Umständen des Einzelfalles durch Zu- und Abschläge Rechnung getragen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.2017 – V ZR 134/16, BGHZ 215, 157-170, juris, Rn. 26; Urteil vom 31.03.2006 – V ZR 51/05, BGHZ 167, 108-118, juris, Rn. 12 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 31.01.2020 – 17 U 95/19, juris, Rn. 42; Kaiser in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 346 BGB, Rn. 256), so dass jedenfalls dann, wenn man sich dieser Methode bedient, sich der Ansatz darüberhinausgehender Nutzungsvorteile grundsätzlich verbietet, sei es zur Begründung weiterer Ansprüche oder als Rechtfertigung für eine Kürzung oder Aberkennung eines Anspruchs aus § 849 BGB.

c) Die Beklagte hat die Klägerin durch eine unerlaubte Handlung i.S.v. § 826 BGB zur Bezahlung des Kaufpreises des streitgegenständlichen Fahrzeuges bestimmt. Dadurch wurde der Klägerin die Möglichkeit der Nutzung des gezahlten Geldbetrages entzogen, was zur Begründung des Zinsanspruchs aus § 849 BGB ausreicht. Ob die Klägerin bei Kenntnis der Abschalteneinrichtung ein anderes Fahrzeug erworben und dafür den in Rede stehenden Betrag oder einen Teil davon aufgewendet hätte, kann als hypothetische Überlegung für die Frage der Verzinsung nicht entscheidend sein, da es der gesetzgeberische Entscheidung für eine pauschale Abgeltung der durch die Entziehung der Sache entgangenen Nutzungen widerspräche (für Anwendung von § 849 BGB daher auch: OLG Köln, Urteil vom 17.07.2019 – 16 U 199/18, juris, Rn. 29, juris; OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019 – 27 U 14/19, juris, Rn. 35; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 – 5 U 47/19, juris, Rn. 48; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.11.2019 – 17 U 146/19, juris, Rn. 117; OLG Koblenz, Urteil vom 25.10.2019 – 3 U 819/19, juris, Rn. 128).

d) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 28.09.1993 – III ZR 91/92, juris, Rn. 10) steht der Anwendung von § 849 BGB im vorliegenden Fall nicht entgegen, da sie einen der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbaren Sachverhalt betrifft. Im Rahmen der Überprüfung eines Anspruchs aus Amtspflichtverletzung nach Zwangsversteigerung eines Grundstücks hat der BGH ausgeführt, dass die Versagung einer gemäß § 15 StBauFG erforderlichen Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages nicht zurechenbar zum Wegfall der Nutzungsmöglichkeit an dem Grundstück führt, wenn die Zwangsversteigerung unabhängig von der Genehmigungserteilung ohnehin gedroht hat. Vorliegend könnte demgegenüber zur Zurechenbarkeit allenfalls eingewandt werden, dass die Beklagte insoweit mittelbar entzog, als sie den Kläger zu einer Vermögensverfügung veranlasst hat – dass auch diese Konstellation unter § 849 BGB fällt, ist allerdings höchststrichterlich abgesichert (s. o. unter 3. a)) und wird von der Entscheidung vom 28.09.1993, Az. III ZR 91/92 nicht thematisiert.

Danach steht der Klägerin der in der Berufungsinstanz geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Deliktzinsen gemäß § 849 BGB in der Zeit vom 20.01.2015 bis zur Rechtshängigkeit des Klageantrags auf Schadenersatz Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs zu, mithin bis zum 31.01.2019.

4. Der mit Klageantrag zu 1. beantragte Zinsanspruch auf den Schadenersatzanspruch in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit (31.01.2019) ergibt sich aus §§ 291, ZPO, 288, 286 BGB. Dagegen besteht kein Anspruch auf weitergehende (Verzugs-)Zinsen ab dem 22.12.2018, denn dadurch, dass die Klägerin im vorgerichtlichen Aufforderungsschreiben keine Bemessungsgrundlagen für den konkret in Abzug zu bringenden Nutzungsersatz mitgeteilt und zudem die Abholung des Fahrzeugs nur an ihrem Wohnort angeboten hat, hat sie weder die ihr tatsächlich zustehende Leistung gefordert noch die ihr obliegende Gegenleistung (vgl. 298 BGB) in zutreffender Weise angeboten, so dass die Beklagte dadurch nicht in (Annahme-)Verzug geraten ist. 77
5. Entgegen der Ansicht der Beklagten sind auch die außergerichtlichen Kosten - soweit vom Landgericht zuerkannt - zu Recht zugesprochen worden, denn der Klägerin steht nach §§ 280, 249 BGB ein Anspruch auf Erstattung der zur Durchsetzung ihrer Rechte notwendigen vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren zu. Auch insofern nimmt der Senat auf die Ausführungen in dem o.g. Hinweisbeschluss vom 27.09.2019 (19 U 150/19) Bezug, die für den vorliegenden Fall gleichermaßen gelten. 78
6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 79
7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 80
8. Die Revision ist zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO in Bezug auf die hier in der obergerichtlichen Rechtsprechung strittige Anwendbarkeit des § 849 BGB vorliegen. Die Rechtssache hat insoweit grundsätzliche Bedeutung und erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Im Übrigen besteht kein Anlass zur Zulassung der Revision, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Bislang nicht höchstrichterlich geklärte Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den vorliegenden Fall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. 81
9. Der Berufungsstreitwert beträgt bis 9.000,00 €. Dieser auf die Berufung der Beklagten bezogene Wert ist der maßgebliche, obgleich beide Parteien Berufung eingelegt haben und der Wert der Berufung der Klägerin für sich genommen insgesamt 5.700,00 € (3.700,37 € Nutzungsersatz I. Instanz sowie 2.000,00 € an Deliktzinsen 4 % auf 12.400,00 € = 41,33 €/Monat x 48 Monate) beträgt. Indes ist gemäß § 45 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 3 GKG bei wechselseitig eingelegten Rechtsmitteln, die in einem Prozess verhandelt werden, nur der Wert des höheren Anspruchs maßgebend, sofern sie denselben Gegenstand betreffen. Die Berechnung des Streitwertes erfolgt nur nach dem höheren Wert, wenn sich die Ansprüche gegenseitig ausschließen (Hartmann, Kostengesetze, 43. Aufl. § 45 GKG Rn. 37), was hier der Fall ist. Dementsprechend bestimmt sich der Wert des Streitgegenstandes allein nach dem höheren Wert der Berufung der Beklagten, denn beide Rechtsmittel beziehen sich auf den identischen Streitgegenstand, nämlich auf die Frage des Schadenersatzes aufgrund Haftung der Beklagten. Die Rechtsmittel schließen sich gegenseitig aus. Der Senat könnte nicht - auch nicht teilweise - beiden Berufungen stattgeben. Vielmehr würde sich aus dem (Teil-)Erfolg eines Rechtsmittels zwangsläufig die Unbegründetheit des anderen ergeben. 82
-

