
Datum: 14.07.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 293/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0714.4U293.19.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 1 O 173/19

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 07.11.2019 – 1 O 173/19 – teilweise abgeändert und die Beklagte unter gleichzeitiger Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels verurteilt,

1. an ihn 14.085,71 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.11.2018 und von 4 %, höchstens jedoch von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 23.600,00 € seit dem 07.02.2013 bis zum 10.11.2018 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw der Marke VW, Typ A, Fahrgestellnummer B, zu zahlen

2. und ihn von der Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.029,35 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.11.2018 freizustellen.

Die in beiden Rechtszügen entstandenen Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der durch die Anrufung des Landgerichts Dortmund (zum Az. 30 O 124/18) entstandenen Mehrkosten, die der Kläger allein trägt, werden dem Kläger zu 40 % und der Beklagten zu 60 % auferlegt.

Das angefochtene Urteil und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die die Vollstreckung

betreibende Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird im Hinblick auf die Entscheidung über das Bestehen eines Anspruchs aus § 849 BGB zugelassen.

<u>Gründe:</u>	1
A.	2
Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz im Anschluss an den Kauf eines Neufahrzeugs der Marke VW Typ A 2.0 L (81 kw) zum Preis von 23.600,00 € in Anspruch, in dem ein von der Beklagten entwickelter und hergestellter Dieselmotor des Typs EA 189 der Norm EU 5 eingebaut ist.	3
Die Parteien haben im Wesentlichen darüber gestritten, ob der in den gekauften Pkw eingebaute Motor entsprechend der Auffassung des Klägers eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vom 20. Juni 2007 aufweist, die Beklagte die Klägerin durch das Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Motors vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, und ob andererseits entsprechend der Auffassung der Beklagten die Annahme eines Schadens wegen des durchgeführten Software-Updates ausgeschlossen ist.	4
Der Kläger hat beantragt,	5
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 23.600,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.11.2018 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw A, Fahrgestellnummer B,	6
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw VW A, Fahrgestellnummer B, seit dem 11.11.2018 in Annahmeverzug befindet,	7
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.242,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.11.2018 freizustellen.	8
Die Beklagte hat beantragt,	9
die Klage abzuweisen.	10
Das Landgericht, auf dessen Urteil (Bl. 100 ff. GA) wegen der getroffenen Feststellungen, der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und der Begründung der Entscheidung im Einzelnen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, ein Schadensersatzanspruch bestehe nicht, weil ein durch den Verbau des Dieselmotors des Typs EA 189 zugefügter Schaden durch Aufspielen des Software-Updates am 29.01.2018 entfallen sei.	11
Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung des Klägers, mit der er unter Betonung seines Rechtsstandpunktes, dass das Aufspielen des Software-Updates keineswegs den Schaden beseitigen könne, und unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen im Übrigen sein erstinstanzliches Rechtsschutzziel unter	12

gleichzeitiger Erweiterung der Klage um die Forderung von Deliktzinsen weiterverfolgt.	
Der Kläger beantragt,	13
das Urteil des Landgerichts Aachen vom 07.11.2019 – 1 O 173/19 – abzuändern und	14
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 23.600,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.02.2013 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw VW A, Fahrgestellnummer B,	15
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag zu Ziffer 1 genannten Fahrzeuges seit dem 11.11.2018 in Annahmeverzug befindet,	16
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.242,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.11.2018 freizustellen.	17
Die Beklagte beantragt,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil als richtig, soweit durch dieses die Klage abgewiesen worden ist, unter gleichzeitiger Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	20
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteivertretern zur Akte eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen und auf den übrigen Inhalt der Akte verwiesen.	21
B.	22
I.	23
Die Berufung des Klägers ist zulässig.	24
1. Das gilt zunächst mit Blick auf die Klageerweiterung um die Forderung von Deliktzinsen, weil diese auf Tatsachen gestützt ist, die bereits erstinstanzlich vorgetragen gewesen sind und gegen deren Einbeziehung die Beklagte keine Einwände erhoben hat, §§ 533, 267 ZPO.	25
2. Das gilt ferner, soweit der Kläger seinen Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten mit der Rücknahme des betroffenen Pkw weiterverfolgt. Der Kläger hat an dieser Feststellung ein rechtliches Interesse, denn er wird dadurch in den Stand versetzt, das Urteil hinsichtlich des von der Beklagten geschuldeten Kaufpreises zu vollstrecken, ohne seine eigene Leistung anbieten zu müssen (§§ 256, 756 Abs. 1 ZPO).	26
II.	27
Die Berufung des Klägers hat auch in der Sache zum überwiegenden Teil Erfolg und ist im Übrigen unbegründet.	28
1. Dem Kläger steht gegen die Beklagte entgegen der Beurteilung durch das Landgericht gemäß § 826 (i. V. m. § 31) BGB ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des aufgewandten Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des von ihr erworbenen Pkw zu. Denn die Beklagte hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten	29

verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt.

a) Dies entspricht der nahezu einhelligen obergerichtlichen – inzwischen höchstrichterlich (30
BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 – WM 2020, 1078) bestätigten –
Rechtsprechung in Fällen, in denen der Käufer eines mit dem Motortyp EA 189
ausgestatteten Fahrzeugs die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch genommen hat.
Dieser hat sich der erkennende Senat angeschlossen (*vgl. etwa Senatsurteil vom 10.03.2020*
– 4 U 219/19 – juris). Auf diese Entscheidung, in der sich der Senat unter anderem mit den
auch im vorliegenden Verfahren vorgetragenen Einwänden der Beklagten befasst hat, wird
zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen. Die darin im Einzelnen ausgeführten
Anspruchsvoraussetzungen sind auch im vorliegenden Fall erfüllt. Unter anderem gilt das
tatsächliche Vorbringen zu den subjektiven Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 138 Abs. 3
ZPO im Sinne der Klage als zugestanden, weil die Beklagte insoweit auch hier ihrer
sekundären Darlegungslast nicht genügt hat (*vgl. Senatsurteil vom 10.03.2020, a. a. O.,*
Rn. 78 ff., insbes. Rn. 88 ff.; ferner BGH, Urteil vom 25.05.2020, a. a. O., Rn. 29 ff., 60 ff.). In
diesen Entscheidungen hat auch eine nicht ergänzungsbedürftige zurückweisende
Auseinandersetzung mit dem – von dem Landgericht rechtsirrig geteilten – Einwand der
Beklagten stattgefunden, der Schaden sei jedenfalls durch das Aufspielen des Software-
Updates entfallen (*vgl. Senatsurteil vom 10.03.2020, a. a. O., Rn. 50 ff.; BGH, Urteil vom*
25.05.2020, a. a. O., Rn. 58).

b) Als Rechtsfolge hat die Beklagte dem Kläger gemäß §§ 249 ff. BGB den aus der 31
vorsätzlich sittenwidrigen Schädigungshandlung folgenden Schaden zu ersetzen.
Dementsprechend kann der Kläger von der Beklagten die Erstattung des von ihm gezahlten
Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des betroffenen Fahrzeugs
verlangen. Auf den Kaufpreis muss sie sich entgegen der Auffassung des Klägers im Wege
der Vorteilsausgleichung Wertersatz für die von ihm durch Benutzung des Pkw gezogenen
Nutzungen anrechnen lassen. Zur Begründung wird zwecks Vermeidung von bloßen
Wiederholungen auf die vom erkennenden Senat inzwischen in mehreren seiner Urteile seit
dem 10.03.2020 gegebenen Ausführungen (*vgl. etwa Urteile vom 10.03.2020 – 4 U 219/19 –*
und 24.03.2020 – 4 U 235/19 –, jeweils a. a. O.) Bezug genommen, von denen abzuweichen
auch mit Blick auf die bestätigende höchstrichterliche Rechtsprechung (*BGH, Urteil vom*
25.05.2020, a. a. O., Rn. 64 ff.) keine Veranlassung besteht.

aa) Für die Berechnung des Nutzungswertersatzes geht der Senat mit der – soweit 32
ersichtlich – nahezu einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung (*vgl. Senatsurteil vom*
10.03.2020, a. a. O., Rn. 123 ff. m. w. N.) von folgender, vom Bundesgerichtshof in der oben
angeführten Entscheidung vom 25.05.2020 (*a. a. O., Rn. 80 ff.*) nicht beanstandeter Formel
aus:

Kaufpreis x Fahrleistung der Klägerin 33

Gesamtlaufleistung (abzgl. Fahrleistung vor Erwerb). 34

bb) Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist es nicht geboten, anstelle 35
einer linearen Abschreibung des Kaufpreises über die gesamte Nutzungsdauer eine
degressive Abschreibung entsprechend dem (Verkehrs-)Wertverlust eines
Alternativfahrzeuges vorzunehmen (*vgl. etwa Senatsurteil vom 10.03.2020, a. a. O., Rn. 128*
m. w. N., und nunmehr auch BGH, Urteil vom 25.05.2020, a. a. O., Rn. 82).

cc) Dabei geht der Senat in Anwendung des § 287 ZPO davon aus, dass Dieselfahrzeuge der 36
hier zu beurteilenden Art regelmäßig eine Gesamtlaufleistung von 250.000 km haben (*vgl.*

dd) Im vorliegenden Fall geht der Senat von einer Fahrleistung zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 23.06.2020 von 100.787 km aus. Diese Zahl ist der Entscheidung als zutreffend zugrunde zu legen, nachdem der Kläger den Tachostand mit dieser Fahrleistung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 13.09.2019 mitgeteilt hat, er ferner im Termin vor dem Senat erklärt hat, er benutze den Pkw seit einem Jahr nicht mehr, und die Beklagte diesem Vortrag nicht entgegengetreten ist. Auf der Grundlage dieser Fahrzeugnutzung ergibt sich nach der oben dargestellten Formel	37
<u>23.600 € x 100.787 km</u>	38
250.000 km	39
ein Nutzungsvorteil in Höhe von 9.514,29 €, der von dem Kaufpreis von 23.600,00 € abgesetzt zu einem Zahlungsanspruch in der Höhe von 14.085,71 € führt.	40
ee) Der für die ausgeurteilte Hauptforderung ab dem 11.11.2018 zugesprochene Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 288 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. m. dem anwaltlichen Zahlungsverlangen vom 29.10.2018 unter Fristsetzung bis zum 10.11.2018.	41
2. Die Berufung des Klägers hat ganz überwiegenden Erfolg, soweit er einen Anspruch auf Zahlung von Deliktzinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem Kaufpreis weiterverfolgt.	42
a) Dem sittenwidrig vorsätzlich geschädigten Käufer eines mit einer unzulässigen Abgasabschaltvorrichtung ausgestatteten Pkw steht gemäß § 849 i. V. m. § 246 BGB ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 4 % aus dem Kaufpreis vom Zeitpunkt der Zahlung an, hier – entsprechend dem unbestrittenen Vorbringen des Klägers – seit dem 07.02.2013, bis zu dem Tag des Eintritts des Verzuges, hier am 10.11.2018, zu. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senats seit dem 10.03.2020 (<i>Urteil vom 10.03.2020, a. a. O.</i>). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die nach wie vor für zutreffend erachteten Ausführungen in dieser Entscheidung (<i>Urteil vom 10.03.2020, a. a. O., Rn. 145 ff.</i>) verwiesen.	43
b) Sein Petitum von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz geht allerdings derzeit über den ihm zustehenden Zinssatz 4 % hinaus, weshalb sein Anspruch auf diesen Prozentsatz und gemäß § 308 Abs. 1 ZPO für den nicht auszuschließenden Fall, dass der Basiszinssatz bis zur Zahlung des titulierten Betrages auf weniger als einen Minus-Prozentpunkt festgesetzt werden sollte, wiederum auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz zu beschränken ist.	44
3. Die Berufung des Klägers bleibt ohne Erfolg, soweit er den Antrag auf Feststellung weiterverfolgt, dass die Beklagte sich mit der Rücknahme des ihr angebotenen Fahrzeugs im Annahmeverzug befindet. Insoweit ist die Klage unbegründet, denn die Beklagte befindet sich mit der Annahme des Pkw nicht im Verzug. Die Annahme des Annahmeverzuges gemäß §§ 293 ff. BGB setzt voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner die Leistung so, wie sie geschuldet wird, anbietet (vgl. <i>nur Grüneberg in Palandt, BGB, 79. Auflage, § 293 Rn. 9</i>). Dies ist hier nicht der Fall. Der Kläger hat die Übereignung des Pkw zunächst in dem vorgerichtlichen anwaltlichen Schreiben vom 29.10.2018 nur Zug um Zug gegen Zahlung des um eine auf der Basis einer erwartbaren Gesamtleistung von 300.000 km gekürzten Kaufpreises und sodann mit anwaltlichem Schreiben vom 26.11.2018 – in Korrektur des zuvor angeführten Schreibens – wie auch im Verlaufe des Prozesses durchgehend nur Zug um Zug gegen Zahlung des ungekürzten Kaufpreises angeboten und hat damit die von ihm	45

zu bewirkende Leistung von einer weitaus höheren Zahlung durch die Beklagte abhängig gemacht als von dieser geschuldet. Eine solche Zuvielforderung hindert den Eintritt des Annahmeverzugs (vgl. BGH, Urteil vom 20.07.2005 – VIII ZR 275/04 – juris Rn. 27, 30).

4. Die Berufung des Klägers hat wiederum zum überwiegenden Teil Erfolg, soweit er die Verurteilung der Beklagten zur Freistellung von der Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten begehrt. 46

a) Die Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung sind als Teil des aus § 826 BGB folgenden deliktischen Schadensersatzanspruches dem Grunde nach ohne Weiteres ersatzfähig, weil die Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation erforderlich und zweckmäßig war. Der Kläger durfte sich angesichts der Komplexität der Sach- und Rechtslage zur Geltendmachung seiner Schadensersatzansprüche vorgerichtlicher anwaltlicher Unterstützung bedienen. Die Auffassung der Beklagten, außergerichtliche Kosten seien nicht erforderlich und damit nicht erstattungsfähig, weil die Prozessbevollmächtigten des Klägers aufgrund einer großen Zahl gleichgelagerter Mandate gewusst hätten, dass die Beklagte sich auf das Zahlungsbegehren außergerichtlich nicht einlassen werde, teilt der Senat nicht. Zur Begründung wird zwecks Vermeidung bloßer Wiederholungen auf die bisherige Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. etwa Urteil vom 24.03.2020 – 4 U 235/19 – juris), von der abzuweichen keine Veranlassung besteht, Bezug genommen. 47

b) Der Erstattungsanspruch ist der Höhe nach auf der Grundlage eines Gegenstandswerts von bis zu 16.000 € und unter Zuerkennung einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr gemäß Nr. 2300 VV RVG zu berechnen und besteht in der Höhe von (845,00 € + 20,00 € + 19 % =) 1.029,35 €. Die Mehrforderung des Klägers beruht auf der irrigen Annahme, eine Schadensersatzpflicht bestehe auf der Grundlage eines Gegenstandswerts von über 16.000 €; maßgeblich für die Bestimmung des Gegenstandswerts im Sinne von § 22 RVG ist der berechnete Regulierungsbetrag, und zwar auf den Zeitpunkt der Mandatierung bezogen (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2015 – IX ZR 280/14 – NJW 2015, 3793 Rn. 13). Zu diesem Zeitpunkt belief sich die Nutzungsentschädigung unter Zugrundelegung einer Fahrleistung von 91.000 km (siehe Schreiben vom 29.10.2018) und einer erwartbaren Gesamtleistung des Pkw auf 8.590,40 € und damit der zu regulierende Schaden auf 15.009,60 €. 48

c) Entgegen dem Petitum des Klägers scheidet die Zuerkennung von Zinsen aus. Hierfür ist ein Rechtsgrund, aus dem die Beklagte dem Kläger auch zur Freistellung von Zinsen aus den zuzusprechenden Rechtsanwaltsgebühren schuldet, nicht ersichtlich. Der Freistellungsanspruch ist keine Geldschuld im Sinne des § 288 Abs. 1 S. 1 BGB, weshalb § 288 Abs. 1 S. 1 BGB weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung findet (BGH, Urteil vom 12.07.2017 – IX ZR 267/16 – WM 2017, 2324 Rn. 28). Ebenso verhält es sich für § 291 BGB (vgl. BAG, Beschluss vom 21.11.1978 – 6 ABR 10/77 – juris Rn. 33). 49

C. 50

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 281 Abs. 3 S. 2 ZPO, für den zweiten Rechtszug in Verbindung mit § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 51

Die Zulassung der Revision ist veranlasst, weil aufgrund der divergierenden obergerichtlichen Rechtsprechung zur Frage der Verzinsung des Anspruchs aus § 826 BGB gemäß § 849 BGB die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts im Sinne von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO erfordert. 52

D.		53
Der <u>Gebührenwert des Berufungsverfahrens</u> wird wie folgt festgesetzt:		54
1. Hauptforderungsbetrag nach Antrag zu 1.	23.600,00 €	55
2. Interesse des Klägers an Festlg AnnVerzug gemäß § 3 ZPO	500,00 €	56
3. 4 % Zinsen nur aus rechtshängiger Forderung (§ 43 Abs. 1 GKG)	0,00 €	57
4. Freistellungsanspruch wegen vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten	<u>0,00 €</u>	58
insgesamt	24.100,00 €.	59
