
Datum: 26.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 230/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0326.7U230.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 4 O 463/18

Tenor:

Auf die Berufungen beider Parteien und unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen wird das Urteil der Einzelrichterin der 4. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 09.08.2019, Az: 4 O 463/18, abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 12.540,86 EUR Schadensersatz nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.10.2018 Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs VW A Comfortline mit der FIN B sowie weitere Zinsen in Höhe von 3.129,60 EUR zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs VW A Comfortline mit der FIN B in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, den Kläger gegenüber seinem Prozessbevollmächtigten, Rechtsanwalt C, D 215, E, von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 526,57 EUR freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Beklagte zu 88% und der Kläger zu 12%; die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte zu 87% und der Kläger zu 13%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Schuldner darf die Vollstreckung durch den jeweiligen Gläubiger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Streitwert wird für die erste Instanz auf 15.629,47 EUR, für die zweite Instanz auf 17.905,86 EUR festgesetzt.

Die Revision wird für die Beklagte in dem in den Entscheidungsgründen näher dargelegten Umfang zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht gegen die Beklagte als Herstellerin des von ihm am 02.08.2014 zum Kaufpreis von 16.800,00 EUR als Gebrauchtfahrzeug erworbenen VW A Comfortline deliktische Schadensersatzansprüche, gerichtet auf Rückgabe des Fahrzeugs gegen Rückzahlung des Kaufpreises geltend und stützt sich dabei maßgeblich darauf, dass in dem Fahrzeug ein Motor des Fabrikats EA189 verbaut ist, der von dem so genannten „Abgasskandal“ betroffen ist. Der Kläger zahlte den Kaufpreis an die Verkäuferin am 08.08.2014 und rüstete noch im selben Jahr das Fahrzeug mit einer Standheizung nach, wofür er am 12.12.2014 2011,10 EUR zahlte. Das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger eine Fahrleistung von 94.760 km, zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen Kilometerstand von 152.700 km auf.

Wegen des näheren Sach- und Streitstandes bis zur Entscheidung in erster Instanz und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen (Bl. 87 ff. GA).

Das Landgericht hat der auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs gerichteten Klage nur teilweise, nämlich in Höhe von 13.056,00 EUR, stattgegeben sowie den Annahmeverzug der Beklagten festgestellt. U.a. bezüglich der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung deliktischer Zinsen in Höhe von 4% aus dem Kaufpreis hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Gegen dieses Urteil richten sich die Berufungen der Parteien.

Die Beklagte erstrebt mit der Berufung die vollständige Klageabweisung.

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend: Einem Anspruch des Klägers stehe bereits entgegen, dass dieser keinen ersatzfähigen Schaden erlitten habe. Der Vertragsschluss sei wirtschaftlich nicht nachteilig gewesen, weil das streitgegenständliche Fahrzeug keinen Wertverlust erlitten habe und zudem das unstreitig durchgeführte Software-Update dazu führe, dass jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt ein Schaden nicht mehr anzunehmen sei. Der Kläger habe eine Kausalität zwischen der behaupteten Täuschung durch die Beklagte und dem Kaufvertragsabschluss nicht hinreichend dargelegt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 13.11.2019 (Bl. 126 ff GA) Bezug genommen. Die

Beklagte vertritt ferner die Auffassung, dem Kläger stünde kein Anspruch gemäß § 849 BGB auf Zahlung von Deliktzinsen i.H.v. 4 % aus dem Kaufpreis zu.

Die Beklagte beantragt,	9
unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage abzuweisen	10
sowie	11
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	12
Der Kläger beantragt sinngemäß,	13
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen sowie das angefochtene Urteil des Landgerichts Köln teilweise abzuändern und	14
1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 18.237,40 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.10.2018 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Personenkraftwagens VW A Comfortline mit der FIN B, Modelljahr 2011, zu zahlen.	15
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von Forderungen seiner Prozessbevollmächtigten auf Zahlung nicht anrechenbarer Anwaltskosten i.H.v. 562,15 EUR freizustellen.	16
Der Kläger verteidigt zunächst im Umfang der Berufung der Beklagten das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens.	17
Zu seiner eigenen Berufung behauptet er, die Gesamtfahrleistung des streitgegenständlichen PKW sei nicht, wie vom Landgericht angenommen, mit 250.000 km, sondern mit 300.000 km zu bemessen. Zudem ist er der Auffassung, ihm stünde ein Anspruch auf Zahlung deliktischer Zinsen gemäß § 849 BGB aus dem Kaufpreis zu.	18
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen Parteien gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Urkunden verwiesen.	19
II.	20
Die Berufungen der Parteien sind jeweils zulässig, erzielen aber in der Sache nur den jeweiligen aus dem Tenor ersichtliche Teilerfolg.	21
Im Einzelnen:	22
• 1. Zur Berufung der Beklagten:	23 24
Die Berufung der Beklagten hat nur Erfolg im Hinblick auf die seit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gestiegene Anzahl der gefahrenen Kilometer, die sich auf den von dem Kläger geschuldeten Nutzungsersatz auswirkt.	25
Zu Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat insoweit vollumfänglich anschließt und auf die vorab zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, hat das Landgericht im Übrigen der Klage im tenorierten Umfang stattgegeben.	26
	27

Mit ihren gegen das angefochtene Urteil in der Berufung erhobenen Einwänden vermag die Beklagte nicht durchzudringen, wie der Senat bereits in einem vergleichbaren Verfahren (Urteil vom 30.01.2020, 7 U 141/19, BeckRS 2020, 1312, nicht rechtskräftig) entschieden hat:	
a. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung hat der Kläger auch nach Auffassung des Senats bereits durch den Abschluss des Kaufvertrages eine Vermögenseinbuße und damit einen Schaden im Sinne der §§ 826, 249 BGB erlitten.	28
Dem Kläger wurde ein Fahrzeug veräußert, dem infolge der unzulässigen Abschaltanlage ohne Durchführung des Software-Updates die Stilllegung drohte.	29
Hierdurch hat er einen Vermögensschaden erlitten, der nach allgemeiner Auffassung in dem Abschluss des Kaufvertrags zu sehen ist. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein Schaden nicht nur dann gegeben, wenn sich die tatsächliche Vermögenslage gegenüber derjenigen, die ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre, verschlechtert hat, sich also ein rechnerisches Minus ergibt. Vielmehr muss die Differenzhypothese in jedem Einzelfall einer normativen Kontrolle unterzogen werden, wobei die auf der inkriminierten Handlung beruhende Vermögensminderung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände sowie der Verkehrsauffassung in die Betrachtung einzubeziehen und eine wertende Überprüfung unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Haftung und der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes vorzunehmen ist. Da der Schadensersatz dazu dient, den konkreten Nachteil des Geschädigten auszugleichen, kann auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensschaden darin bestehen, dass der Betroffene durch das inkriminierte Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte. In diesem Fall muss sich der Betroffene von der Belastung mit der „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können. Die ungewollte vertragliche Verpflichtung stellt in diesem Fall einen gemäß § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar (ständ. Rspr. des Senats, zuletzt Urteil vom 19.03.2020, 7 U 199/19, n.v.; Urteil vom 30.01.2020, 7 U 141/19, BeckRS 2020, 1312, so auch OLG Celle Urteil vom 20.11.2019 - 7 U 244/18, BeckRS 2019, 29589; vgl. auch BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, 153 m. w. N. und ebenfalls Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 217/03 -, juris; Staudinger/Oechsler, BGB, Neubearb. 2014, § 826, Rn. 118, 149; Soergel/Hönn, BGB, 13. Aufl., § 826 Rn. 58).	30
Hieran hat sich auch durch die zwischenzeitliche Einspielung des Software-Updates nichts geändert, obwohl der Kläger nunmehr über ein zumindest hinsichtlich der Einhaltung der Schadstoffgrenzwerte uneingeschränkt nutzbares Fahrzeug verfügt.	31
Nach allgemeinen Grundsätzen richtet sich der Anspruch des sittenwidrig Geschädigten auf den Ersatz des negativen Interesses. Wenn der Schaden in der sittenwidrigen Herbeiführung eines Vertrages liegt, kann der Geschädigte Rückgängigmachung des Vertrags verlangen (Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 826 Rn. 14). Die Anwendung dieser Grundsätze führt vorliegend dazu, dass die spätere Einspielung des Software-Updates den bereits durch den Abschluss des Vertrages eingetretenen Schaden des Klägers entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung gerade nicht entfallen lässt bzw. nicht kompensiert.	32
Für die Fälle der falschen Anlageberatung hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Schaden bereits im Erwerb der Wertpapiere und nicht erst im späteren Kursverlust liegt (BGH NJW 2005, 1579, 1580 m.w.N.). Diese Rechtsprechung ist nach Auffassung des Senats – obwohl kein Beratungsvertrag zugrunde liegt – auf die vorliegende Fallgestaltung übertragbar (vgl. auch Palandt/Grüneberg, aaO, vor § 249 Rn. 20). Denn der Bundesgerichtshof hat in der vorstehend zitierten Entscheidung den allgemeineren und nicht auf Beratungsverträge	33

beschränkten Rechtssatz aufgestellt:

„Wer durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags verleitet wird, den er ohne dieses Verhalten nicht geschlossen hätte, kann sogar bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung einen Vermögensschaden dadurch erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist.“ 34

Nach diesen Maßstäben lag, wie vorstehend bereits ausgeführt, eine für den Kläger nicht voll brauchbare Leistung hier darin, dass das Fahrzeug bei Erwerb aufgrund der unzulässigen Abschaltvorrichtung von Stilllegung bedroht war. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, dass das streitgegenständliche Fahrzeug durch eine deutlich nach Vertragsschluss liegende Einwirkung der Beklagten von zumindest einem maßgeblichen Mangel befreit wurde, sondern allein auf die bereits im Zeitpunkt des Ankaufs des Fahrzeugs durch den Kläger bestehende Mangelhaftigkeit. Dem entspricht es, dass § 826 BGB auch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Geschädigten schützt, ohne dass es darauf ankäme, dass sich der Wertverlust realisiert hat (vgl. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 43; siehe auch Spindler, in: Gsell u.a., BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2018, § 826 Rn. 168). 35

b.Die Beklagte vermag sich auch nicht mit Erfolg darauf zu berufen, der Kläger habe erstinstanzlich weder dargelegt noch bewiesen, dass die Beklagte ihn zur Eingehung der angeblich „ungewollten“ Verbindlichkeit veranlasst habe, weswegen es an der notwendigen Kausalität zwischen dem Handeln der Beklagten und dem bei dem Kläger eingetretenen Schaden fehle. 36

Zunächst hat die Beklagte den nach den vorstehenden Ausführungen eingetretenen Vermögensschaden im Sinne einer „condicio sine qua non“ (vgl. dazu Palandt/Grüneberg, aaO, Vorb. v. § 249 Rn. 25 m. w. N.) verursacht. Hätte sie nämlich die Motoren des Typs EA189 EU5 nicht mit der manipulativ wirkenden Software zur Motorsteuerung ausgerüstet und die so ausgestatteten Motoren nicht zwecks Weiterverwendung an den Fahrzeughersteller veräußert, hätte der Kläger den hier streitgegenständlichen Pkw nicht erwerben können. 37

Es kommt in Bezug auf ein für den Schaden des Klägers kausales Handeln der Beklagten auch nicht auf eine fehlende Aufklärung über das Abgasverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeugs an, sondern allein auf die Vorstellungen des Klägers als Käufer. Maßgebend für das Vorhandensein eines kausal auf der Täuschungshandlung der Beklagten beruhenden Schadens ist daher die allgemeine Vorstellung des Käufers eines für die Nutzung im Straßenverkehr bestimmten Pkw, dass die dafür notwendige Typengenehmigung und die Betriebszulassung ohne gegenüber den zuständigen öffentlichen Stellen verheimlichte Manipulation erwirkt wurden und dass es deshalb keine rechtlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Typengenehmigung und der Betriebszulassung und ausgehend von einer heimlichen Manipulation gibt und geben wird (so auch schon OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18, NZV 2019, 249, beck-online). 38

Der Senat ist aufgrund des feststehenden Erwerbs des Fahrzeugs seitens des Klägers im Jahr 2014 (also weit vor Bekanntwerden der Dieselproblematik) zum Zwecke der Nutzung im Straßenverkehr im Sinne des § 286 Abs. 1 ZPO davon überzeugt, dass der Kläger die nach den vorstehenden Ausführungen hinreichende Vorstellung hatte und nicht etwa ein Fahrzeug zu erwerben glaubte, dessen Typengenehmigung und Betriebszulassung durch eine den Genehmigungs- und Zulassungsbehörden verheimlichte Manipulation der zur Motorsteuerung eingesetzten Software in Frage gestellt war. Insofern ist entgegen der Auffassung der 39

Beklagten auch unerheblich, dass der Kläger ein Gebrauchtfahrzeug erwarb.

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung kann sie auch nichts daraus herleiten, dass der Kläger erst im Jahr 2018 und damit erst etwa 3 Jahre nach Bekanntwerden des Diesellabgasskandals seine Rechte gegenüber der Beklagten auf Schadensersatz geltend gemacht hat. Hieraus kann nicht, wie die Beklagte meint, darauf geschlossen werden, dass die Täuschung der Beklagten für den Kaufentschluss des Klägers nicht kausal war. Dem Kläger stand vielmehr das Recht zu, mit der Geltendmachung seines Anspruchs bis zum Ende der durch die Rechtsinstitute der Verjährung und Verwirkung vorgegebenen Zeitspannen zu warten. Deren Voraussetzungen liegen nicht vor. Insbesondere ist es auch nicht zu beanstanden, wenn der Kläger (in den vorstehenden Zeitgrenzen) zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung abwartete, bevor er sich zur Forderung von Schadensersatz gegenüber der Beklagten entschloss.

40

c. Die Höhe des von der Beklagten geschuldeten Schadensersatzes ergibt sich unter Einbeziehung der zweitinstanzlich höheren Kilometerzahl in die vom Landgericht zutreffend für die Berechnung der geschuldeten Nutzungsentschädigung herangezogene Formel (ohne Berücksichtigung des für den Erwerb der Standheizung aufgewendeten Betrages). Der Senat legt dabei ebenfalls eine Gesamtfahrleistung von 250.000 km zu Grunde, insoweit wird zur Begründung auf die nachstehenden Ausführungen unter II. 2. b. verwiesen. Es errechnet sich hiernach ein Nutzungsersatz von 6.270,24 EUR [(16.800,00 EUR Bruttokaufpreis X 57.940 vom Kläger gefahrene Km) ./ 155.240 km Gesamtrestfahrleistung], der von den vom Kläger für das Fahrzeug insgesamt aufgewendeten Kosten in Höhe von 18.811,10 EUR abzuziehen ist. Es verbleibt danach ein Schadensersatzanspruch des Klägers gemäß § 826 BGB in Höhe von **12.540,86 EUR**.

41

Die von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung unter Berufung auf BGH NJW 1962, 1909 und BGH NJW 2006, 1582 favorisierte alternative Berechnungsmethode, bei der auf einen Wertvergleich zwischen einem hypothetisch erworbenen mangelfreien Fahrzeug und dem streitgegenständlichen abgestellt werden soll, hält der Senat nicht für überzeugend, sondern folgt den Erwägungen des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln, der unlängst (Urteil vom 13.02.2020, 18 U 147/19, BeckRS 2020, 2332) zu dieser Problematik ausgeführt hat:

42

„Der - regelmäßig niedrigere - hypothetische Veräußerungswert eines mangelfreien Fahrzeugs im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung wäre nur dann ein sachgerechter Maßstab für die Bewertung der gezogenen Nutzungsvorteile, wenn auch von einer zeitnahen Veräußerung ausgegangen werden könnte. Bestände dagegen bei einem hypothetischen mangelfreien Fahrzeug ein Fortnutzungsinteresse, käme es auf diesen hypothetischen Veräußerungswert nicht an, sondern maßgeblich wäre - vergleichbar der Bewertung von Betriebsvermögen nach Liquidations- bzw. Fortführungswerten - der Fortnutzungswert, der sich durch die vom Senat praktizierte lineare Abschreibung des Kaufpreises auf die Nutzungsdauer sachgerecht erfassen lässt. Im Hinblick darauf, dass Erkenntnisse über Veräußerungsabsichten bezüglich eines hypothetischen mangelfreien Fahrzeugs weder vorgetragen noch dem Senat sonst bekannt geworden sind, kann er von diesen nicht ausgehen.“

43

d.

44

Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte mit der Berufung schließlich gegen die Feststellungen des Landgerichts zu ihrem bestehenden Annahmeverzug sowie ihre Verurteilung zur Freistellung des Klägers von den Gebührenforderungen seines Prozessbevollmächtigten.

45

Insoweit schließt sich der Senat den auch im Hinblick auf die mit der Berufung erhobenen Einwände zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts im angefochtenen Urteil an, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Auch nach Auffassung des Senats begegnet es keinen Zweifeln, dass die Einschaltung eines Rechtsanwalts erfolgversprechend und zweckmäßig war. Sie war auch nicht von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg. Gerichtsbekannt schließt die Beklagte gerade in Fällen wie dem vorliegenden in vielen Fällen letztlich doch Vergleiche mit den Geschädigten ab. Dass dies hier von vornherein außerprozessual nicht in Betracht kam, ist nicht ersichtlich.	46
• 2. Zur Berufung des Klägers:	478
Die Berufung des Klägers ist ebenfalls nur teilweise, und zwar nur im Hinblick auf den von ihm geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Deliktzinsen gemäß § 849 BGB begründet.	49
a.	50
Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 849 BGB ein Anspruch auf Zahlung von 4 % Zinsen aus 16.800,00 EUR für die Zeit vom 08.08.2014 bis 11.12.2014, mithin 247,64 EUR, und aus 18.811,10 EUR für die Zeit vom 12.12.2014 bis 10.10.2018, mithin 2.881,96 EUR, insgesamt somit ein Zinsanspruch in Höhe von 3.129,60 EUR zu.	51
Dies entspricht der bereits angeführten Rechtsprechung des Senats, der im Urteil vom 30.01.2020 (7 U 141/19) in einer gleichen Konstellation hierzu ausgeführt hat:	52
„Nach § 849 BGB kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrages von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zu Grunde gelegt wird, wenn wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist. Sache im Sinne des § 849 BGB ist auch jede Form von Geld (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 79. Auflage 2020, § 849 Rn. 1).	53
Auch stünde es der Anwendbarkeit der Vorschrift nicht entgegen, wenn die Klägerin den Kaufpreis nicht in bar hingegeben, sondern überwiesen hätte. Denn auch wenn der Schädiger den Geschädigten durch eine unerlaubte Handlung wie bei Betrug oder Erpressung dazu bestimmt, eine Sache wegzugeben oder darüber zu verfügen, entzieht er sie ihm. § 849 BGB ist nach seinem Wortlaut nicht auf die Wegnahme beschränkt und verlangt nicht, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen wird. Der Geschädigte muss auch nicht im Besitz der Sache gewesen sein. Aus diesem Grunde kann auch derjenige, der durch eine unerlaubte Handlung dazu bestimmt wird, Geld zu überweisen, vom Schädiger eine Verzinsung nach § 849 BGB beanspruchen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 26.11.2007, II ZR 167/06, NJW 2008, 1084, beck-online Rn. 4).	54
Die Anwendung des § 849 BGB scheitert vorliegend auch nicht daran, dass die Klägerin im Rahmen des Kaufvertrags eine Gegenleistung in Form des Eigentums und Besitzes des streitgegenständlichen PKW erhalten hat. Bereits in den Kapitalanlagefällen, in denen eine Zinspflicht gemäß § 849 BGB vom Bundesgerichtshof angenommen wurde, handelte es sich um einen gegenseitigen Leistungsaustausch (vgl. BGH, Urteil vom 26.11.2007, II ZR 167/06, beck-online). Auch mit Urteil vom 12.06.2018 – KZR 56/16 = NJW 2018, 2479 (Grauzementkartell II, beck-online), hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Situation desjenigen, der einen Schaden dadurch erleide, dass er aufgrund kartellrechtswidriger	55

Absprachen überhöhte Preise zu zahlen habe, Ähnlichkeiten mit der Sachlage bei Entziehung von Geld aufweise, weshalb die Schadensersatzleistung nach § 849 BGB zu verzinsen sei. Im dortigen Fall erhielten die Käufer für das von ihnen hingegebene Geld ebenfalls eine Gegenleistung, diese in Form des von ihnen erworbenen Grauzements.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Zweck der Norm:

56

Der Zinsanspruch soll mit einem pauschalierten Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (BGHZ 87, 38 [41] = NJW 1983, 1614; BGH, Urteil vom 26. 11. 2007, II ZR 167/06, NJW 2008, 1084, beck-online). Da die durch den Entzug der Nutzungsmöglichkeit eingetretenen Nachteile häufig nur schwer bezifferbar und nachweisbar sind, kommt § 849 insoweit dem Betroffenen entgegen und gewährt de facto eine pauschale Nutzungsausfallentschädigung durch Verzinsung des Wertersatzanspruchs (MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 849 Rn. 2).

57

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung wird die fehlende Nutzungsmöglichkeit des hingegebenen (Buch-)Geldes für den Käufer nicht durch das als Gegenleistung erhaltene Eigentum und den Besitz des Fahrzeugs ausgeglichen. Für die Nutzung von Eigentum und Besitz des Fahrzeugs hat sich die Klägerin vorliegend im Rahmen der Schadensberechnung im Wege des Vorteilsausgleichs eine Nutzungsentschädigung anrechnen zu lassen. Die Nutzung des Geldes hingegen kann durch die Klägerin für die Vergangenheit nicht nachgeholt werden und entspricht auch nicht der Nutzung eines Kraftfahrzeuges. Die ihr damit endgültig entgangene Nutzungsmöglichkeit des ihr durch die unerlaubte Handlung der Beklagten ab Kaufpreiszahlung entzogenen Geldes wird deshalb nicht durch die Nutzung des Kraftfahrzeuges, sondern vorliegend durch die Verzinsung nach § 849 BGB kompensiert, die zudem pauschaliert ist und dem Gläubiger den Nachweis nicht abverlangt, ob und wie er den Betrag ohne die unerlaubte Handlung genutzt hätte.

58

Aus diesem Grunde kann sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf berufen, bei lebensnaher Betrachtung hätte die Klägerin die Zahlung des Kaufpreises in einem ähnlichen Preissegment zu Gunsten eines anderen Kfz getätigt, mithin eine gleichwertige Investitionsentscheidung getroffen und den für den Kaufpreis aufgewendete Geldbetrag auch dann nicht behalten. Zum einen handelt es sich um eine bloße Behauptung der Beklagten, für die in Anbetracht der vielfältigen denkbaren menschlichen Verhaltensweisen kein Anscheinsbeweis streitet. Zum anderen verlangt § 849 BGB, wie vorstehend bereits ausgeführt, zu Gunsten des von einer unerlaubten Handlung Geschädigten gerade nicht den Nachweis einer konkreten Nutzungsmöglichkeit der entzogenen Sache, sondern gewährt eine pauschale Nutzungsentschädigung. Ob und inwiefern der Geschädigte die entzogene Sache daher tatsächlich hätte nutzen können oder genutzt hätte, ist demnach im Rahmen der Zinsverpflichtung nach § 849 BGB gerade nicht von Bedeutung.

59

Anders als die Beklagte meint, folgt auch aus der Entscheidung des BGH vom 12.06.2018 (– KZR 56/16 = NJW 2018, 2479 - Grauzementkartell II, beck-online) nicht, dass zumindest nicht der vollständige Wertersatzanspruch für den Entzug des Kaufpreises, sondern nur ein Differenzbetrag (der „überhöhte“ Teil) zu verzinsen wäre (so OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 – 12 U 61/19, r+s 2019, 657, beck-online). Verzinsungspflichtig sind die Beträge, die als Ersatz des Wertes oder der Wertminderung der Sache geschuldet werden (vergleiche NK-BGB/Christian Katzenmeier, 3. Aufl. 2016, BGB § 849 Rn. 2). Im Grauzementkartell II - Fall lag der Schaden aufgrund des Delikts schon nur in der Zahlung gerade aufgrund von Kartellabsprachen überhöhter Kaufpreise. Demgegenüber liegt der Schaden hier im Entzug

60

des Buchgeldes; sonach ist vorliegend Schadensersatz in Höhe des Wertes der entzogenen Sache und damit in Höhe von 16.685,00 EUR geschuldet.

Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten steht der Klägerin auch nicht nur ein Zinsanspruch aus dem Wert des Kaufpreises abzüglich einer fortlaufend berechneten (so OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019 – 5 U 47/19, BeckRS 2019, 23205) oder der bei Rückgabe des streitgegenständlichen PKW geschuldeten Nutzungsentschädigung zu:

Maßgebend für die Berechnung der Höhe des Wertersatzes ist der Zeitpunkt des Eingriffs oder des Schadensereignisses (Palandt-Sprau, BGB, § 849 Rn. 2). Danach ist maßgeblich der volle Wert des vorliegend entzogenen Buchgeldes.

Die Zinspflicht endet (erst) dann, wenn der Klägerin die Nutzungsmöglichkeit der ihr entzogenen Sache oder einer Ersatzsache wieder eingeräumt wird, also mit der Beschaffung einer Ersatzsache durch den Schädiger oder der Zahlung des geschuldeten Schadensersatzes, mithin, wenn die Folgen des deliktischen Sachentzugs ausgeglichen sind (vgl. MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 849 Rn. 8). Dieses Ereignis ist vorliegend somit erst dann eingetreten, wenn der Schadensersatzanspruch der Klägerin [...] durch die Beklagte erfüllt worden ist.

Auch in diesem Zusammenhang liegt auf der Hand, dass mit der „Beschaffung einer Ersatzsache“ nur eine artgleiche Sache gemeint sein kann und die Beklagte ihre titulierte Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz nicht dadurch erfüllen könnte, dass sie der Klägerin einen PKW übereignet oder zur Nutzung zur Verfügung stellt.

Anders als die Beklagte meint, scheitert vorliegend eine Anwendung des § 849 BGB auch nicht daran, dass die Klägerin das Fahrzeug nicht von der Beklagten, sondern von einem Dritten erworben hat. Die von der Beklagten zur Begründung ihrer Rechtsauffassung herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 28.09.1993, III ZR 91/92, beck-online) ist nicht einschlägig und trägt die Rechtsauffassung der Beklagten nicht. Der Bundesgerichtshof verneinte im dortigen Fall die Anwendbarkeit des § 849 BGB deshalb, weil Gegenstand des Schadensersatzanspruchs des dortigen Klägers nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht der Wert der dort entzogenen Sache, eines Grundstücks, sondern lediglich der entgangene Veräußerungsgewinn des letztlich nicht im Wege der freien Veräußerung, sondern im Wege der Zwangsversteigerung einem Ersteher zugeschlagenen Grundstücks war (BGH, Urteil vom 28.09.1993, III ZR 91/92 = NVwZ 1994, 409, beck-online). Dementsprechend hatte der dortige Schädiger auch nicht wegen der „Entziehung einer Sache“ deren Wert zu ersetzen. So liegt der Fall hier jedoch nicht. Gegenstand des hiesigen Schadensersatzanspruches der Klägerin ist der Wert des ihr entzogenen (Buch-) Geldes. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Geschädigte vom Schädiger durch die unerlaubte Handlung zur Verfügung der Sache an ihn oder einen Dritten veranlasst wird. Maßgeblich ist allein, dass dem Geschädigten die Sache entzogen wird, § 849 BGB.“

Hieran ist festzuhalten.

Bei der Bemessung des Zinsanspruchs war zum einen zu berücksichtigen, dass der Kläger die Kosten für Erwerb und Einbau der Standheizung erst am 12.12.2014 aufwendete, zum anderen, dass der Kläger den Zinsanspruch aus § 849 BGB in der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2020 vor dem Senat auf den Zeitraum bis zum 10.10.2018 (Tag vor Verzugseintritt) beschränkt hat.

b.

Unbegründet ist die Berufung des Klägers, soweit er einwendet, das Landgericht habe die Gesamtfahrleistung des erworbenen Kraftfahrzeugs mit 250.000 km zu niedrig angesetzt, im Rahmen der Berechnung des Nutzungsersatzes sei von einer Gesamtfahrleistung von jedenfalls 300.000 km auszugehen.	69
Die zukünftig zu erwartende Gesamtfahrleistung hat das Landgericht gemäß § 287 ZPO geschätzt. Sowohl die Schadensschätzung wie auch die Anwendung des richterlichen Ermessens beim Beweisverfahren unterliegen in der Berufungsinstanz zwar der vollständigen Nachprüfung. Das bedeutet, dass das Berufungsgericht – anders als das Revisionsgericht – seine eigene Überzeugung und seine eigene Ermessensentscheidung an die Stelle der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts setzen darf (vgl. MüKoZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, ZPO § 287 Rn. 35). Der Senat geht jedoch selbst in ständiger Rechtsprechung von einer Gesamtfahrleistung betroffener Dieselfahrzeuge zwischen 250.000 km und 300.000 km aus. In diesem Rahmen hält sich die vorliegende Schätzung des Erstgerichts. Der Senat sieht daher insoweit für eine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung keine Veranlassung.	70
c.	71
Unbegründet ist die Berufung des Klägers des weiteren, soweit er auch im Hinblick auf die geschuldeten Deliktzinsen aus § 849 BGB Verzugszinsen begehrt. Ein gesetzlicher Zinsanspruch auf Zinsen wegen Verzuges ist ausgeschlossen, § 289 S.1 BGB; dass dem Kläger ein konkreter Verzugsschaden gemäß der Ausnahmegvorschrift des § 289 S.2 BGB entstanden wäre, ist nicht ersichtlich.	72
d.	73
Soweit der Kläger unverändert den erstinstanzlichen Antrag gestellt hat, die Beklagte zu verurteilen, den Kläger gegenüber seinem Prozessbevollmächtigten von Anwaltskosten i.H.v. 562,15 EUR freizustellen, lässt die Berufungsbegründung des Klägers hierzu entgegen den Anforderungen des § 520 ZPO nicht erkennen, weshalb die Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts zu der nur teilweisen Begründetheit des eingeklagten Nebenanspruches (Bl. 90 ff., Seite 8 UA) unrichtig sein sollten. Aus den dortigen Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts ergab sich eindeutig, dass es sich bei der Angabe von 562,15 EUR im Tenor um eine offenbare Unrichtigkeit gemäß § 319 ZPO handelte.	74
3.	75
Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren folgt aus § 92 Abs.1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.	76
4. Der Streitwert war für die erste Instanz auf 15.629,47 EUR festzusetzen. Die kapitalisierten Zinsen gemäß § 849 BGB erhöhten gemäß § 4 ZPO den Streitwert nicht, soweit sie als bloße Nebenforderungen geltend gemacht wurden.	77
Die Hauptforderung erster Instanz betrug 14.957,59 EUR (18.811,10 EUR – 3.853,51 zugestandener Nutzungsersatz). Die auf den nicht eingeklagten Differenzbetrag von 3.853,51 EUR entfallenden mit der Klage geltend gemachten Zinsen gemäß § 849 BGB waren somit in dieser Höhe nicht nur Neben-, sondern Hauptforderung. Der Streitwert der Klage erster Instanz erhöhte sich mithin um den Zinsanspruch in Höhe von 4 % aus 3.853,51 EUR für den Zeitraum vom 08.08.2014 bis 16.12.2018, mithin um 671,88 EUR.	78

Der Streitwert zweiter Instanz war auf insgesamt **17.905,86 EUR** festzusetzen. 79

Der Streitwert der Berufung der Beklagten betrug 13.056,00 EUR. 80

Der Streitwert der Berufung des Klägers belief sich ausweislich der von ihm mit der Berufung weiterhin in vollem Umfang aufrechterhaltenen erstinstanzlichen Klageanträge auf 1.901,59 EUR (14.957,59 EUR – 13.056,00 EUR) zuzüglich der nicht (mehr) als bloße Nebenforderungen geltend gemachten Zinsen in Höhe von 4 % aus 16.909,51 EUR (3.853,51 EUR + 13.056,00 EUR) für den Zeitraum vom 08.08.2014 bis 16.12.2018, d.h. von 2.948,27 EUR. Der Streitwert der Berufung des Klägers belief sich mithin insgesamt auf 4.849,86 EUR. 81

IV. 82

Der Senat lässt die Revision für die Beklagte zu, weil angesichts der divergierenden Rechtsprechung zumindest eines Oberlandesgerichts zum Anspruchsgrund (OLG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019, 7 U 134/17 - juris) und der in der obergerichtlichen Rechtsprechung kontrovers erörterten Frage der Zinspflicht aus § 849 BGB (zustimmend: OLG Köln, Urteil vom 10.03.2020 4 U 219/19, n.v.; abweichend von den vorstehenden Ausführungen insoweit u.a. die Oberlandesgerichte Schleswig, Urteil vom 22.11.2019, 17 U 44/19, BeckRS 2019, 29874, Oldenburg, Urteil vom 02.10.2019, 5 U 47719 und Koblenz, Urteil vom 16.09.2019 – 12 U 61/19, r+s 2019, 657) insoweit die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO vorliegen. Denn die damit angesprochenen Fragen stellen sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen, weshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt ist und zudem die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine höchstrichterliche Entscheidung erfordern. 83