

Abschrift

1. Berufungseintrag notiert
2. Ber. Berufungseintrag A.Z. 12.4.20

Termin notiert

16 U 96/19

10 O 93/18 Landgericht Lübeck

Verkündet am 09.03.2020



307

als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Wietbrok**, Eißendorfer Pferdeweg 36, 21075 Hamburg,

Gz.: VW-39/18-FW

gegen

Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat der 16. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht , den Richter am Oberlandesgericht und den Richter am Oberlandesgericht , auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 02.03.2020 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung der Berufung im

Übrigen das Urteil des Einzelrichters der 10. Zivilkammer des Landgerichts Lübeck vom 29. Juli 2019 angefochtene Urteil teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.168,18 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 18.280,09 € vom 9. Mai 2018 bis zum 21. Januar 2019 und auf 6.480,09 € seit dem 22. Januar 2019 zu zahlen und ihn von der Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten von 1.100,51 € freizustellen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen der Kläger 64% und die Beklagte 36%; von den Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz tragen der Kläger 80% und die Beklagte 20%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Zwangsvollstreckung des jeweiligen Gegners durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird umfassend zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger erwarb im April 2013 zum Preis von 33.852,01 € einen neuen VW Tiguan Sport & Style, in dem ein Motor des Typs EA 189 verbaut war. Mit anwaltlichem Schreiben vom 13. April 2018 (Anlage K 3, Bl. 28) ließ er die Beklagte auffordern, ihm den Kaufpreis gegen Rückgabe des Autos zu erstatten; die Beklagte verweigerte das (Schreiben vom 3. Mai 2018, Anlage K 4, Bl. 29).

Mit der im Mai 2018 eingereichten Klage hat der Kläger (unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung von 7.007,37 €) die Rückzahlung von 26.844,64 € Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs, Feststellung des Annahmeverzuges und Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 2.077,74 € verlangt. Nachdem das Fahrzeug im Januar 2019 total beschädigt worden war, worauf er eine Versicherungsleistung von 11.800,- € erhalten hat, hat er die Zahlung von 22.052,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. April 2013 auf 33.852,01 € und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten von 2.256,24 € begehrt. Er hat geltend gemacht, die Beklagte habe ihn sittenwidrig geschädigt, indem sie ein manipuliertes Fahrzeug in Verkehr gebracht habe. Er könne deswegen ohne Anrechnung einer Nutzungsentschädigung den vollen Kaufpreis (abzüglich der von dem Versicherer erlangten 11.800,- €) sowie Zinsen ab dem Erwerb verlangen.

Die Beklagte hat sich dem entgegengestellt. Es liege keine unzulässige Abschalteneinrichtung vor, sondern eine hiervon zu trennende innermotorische Maßnahme, die auch nicht zu einem höheren Schadstoffausstoß als angegeben führe. Aufgrund des Einsatzes der später entwickelten Software habe das Fahrzeug auch keinen Wertverlust erlitten und bestehe auch keine Gefahr des Entzugs der Typengenehmigung. Auch fehle es an einer als sittenwidrig zu qualifizierenden Handlung. Insbesondere habe sie nicht über Abgaswerte getäuscht. Das Fahrzeug, das auf dem Prüfstand die vorgegebenen Werte einhalte, sei unabhängig vom Betriebsmodus vergleichsweise emissionsarm und kraftstoffsparend. Ohnehin sei weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass Personen, deren Kenntnisse ihr zuzurechnen wären, mit irgendeinem Vorsatz gehandelt hätten; nach dem derzeitigen Stand ihrer Ermittlungen habe ihr Vorstand weder von der Programmierung noch von der Verwendung der Software Kenntnis erlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zwar teile das Gericht die Rechtsauffassung des Klägers, dass sein Fahrzeug zum Zeitpunkt des Erwerbs den gesetzlichen Vorgaben nicht entsprochen habe. Das begründe indes (noch) keinen Schaden beim Kläger. Unterdes sei die öffentlich-rechtliche Normkonformität des Fahrzeugs wiederhergestellt. Zu möglichen Defiziten an dem streitgegenständlichen Fahrzeug habe der Kläger nicht hinreichend vorgetragen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

Er macht geltend, der Schaden aus § 826 BGB sei bereits mit Abschluss des Kaufvertrages entstanden und könne daher durch das Update nicht entfallen (Bl. 319ff.). Außerdem sei auch das Getriebe manipuliert, gebe es ein verbotenes Zeitfenster und täusche die Beklagte mittels Zykluserkennung/Thermofenster (Bl. 314ff.). Bei der Rückabwicklung müsse er sich aus unionsrechtlichen Gründen in Nutzungsvorteile nicht anrechnen lassen (Bl. 343ff.), jedenfalls (einem Hinweisbeschlusses des OLG Hamburg vom 13. Januar 2020, 15 U 190/19, Bl. 391, zufolge) nicht mehr nach Ablehnung der Beklagten. Dagegen könne er Deliktzinsen verlangen und Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach Maßgabe einer 2,0-Gebühr.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 22.052,01 € mit Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. April 2013 auf einen Betrag von 33.852,01 € zu bezahlen und ihn von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 2.256,24 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Tatsächlich bestehe beim Kläger kein Schaden. Es sei zunächst kein rechnerisches Minus im Sinne der Differenzhypothese feststellbar. Weder durch die Verwendung der Umschaltlogik noch durch die technische Überarbeitung (sondern allenfalls Zuge der politischen Diskussion um Fahrverbote von Dieselfahrzeugen in deutschen Innenstädten) habe das Fahrzeug einen Wertverlust erlitten. Es sei zu jeder Zeit sicher, fahrbereit und „gültig“ zugelassen gewesen; es bestehe auch kein auf die - technisch bedenkenfreie - Software zurückzuführendes Stilllegungsrisiko, das zum Zeitpunkt des Kaufes auch alleine eine unbeachtliche bloße Vermögensgefährdung habe bedeuten können, ebenso wenig der Verdacht einer negativen Wertentwicklung in der Zukunft. Es liege auch kein Schaden – ohne rechnerisches Minus – im Sinne einer subjektiven Zweckverfehlung vor; das Fahrzeug sei jederzeit voll brauchbar gewesen, be-

sondere weitergehende Zwecke des Klägers seien nicht ersichtlich. Jedenfalls nach dem Update bestehe kein Schaden mehr.

II.

Die Berufung hat teilweise Erfolg, § 513 Abs. 1 ZPO.

Der Kläger kann die Zahlung von 4.167,18 € nebst einem Teil der begehrten Zinsen und Kosten verlangen.

1.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Erstattung des für den Erwerb des Fahrzeugs entstandenen Aufwendungen zu, auf den er sich allerdings Nutzungsvorteile und die erhaltene Versicherungsleistung anrechnen lassen muss.

a)

Die Beklagte hat den Kläger durch das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit manipulierter Motorsteuerungs-Software schlüssig getäuscht.

Mit dem Inverkehrbringen gibt ein Hersteller schlüssig die Erklärung ab, dass der Einsatz des Fahrzeugs im Verkehr uneingeschränkt zulässig ist, es namentlich über eine unbedenkliche Betriebserlaubnis verfügt (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019, 13 U 142/18, Rn. 11; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, Rn. 22; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019, 13 U 149/18, Rn. 45). Das war bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug mit dem darin verbauten EA189-Motor nicht der Fall. Es verfügte über eine Steuerungssoftware, die als eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist, die gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der VO verboten ist (vgl. ebd. sowie BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019, VIII ZR 225/17, Rn. 6ff.). Der Käufer des Kraftfahrzeuges eines namhaften Herstellers wie der Beklagten darf davon ausgehen (und geht auch selbstverständlich davon aus), dass das Fahrzeug über eine materiell gerechtfertigte, dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis verfügt und deren Bestand nicht davon abhängt, dass – worüber er nichts wissen kann und nichts wissen musste – der Hersteller irgendwann in der Lage ist, später deswegen erteilter Ne-

benbestimmungen des Kraftfahrt-Bundesamtes vollumfänglich zu entsprechen, andernfalls eine Stilllegung des Fahrzeugs in Betracht kommt.

b)

Durch die Täuschung hat der Kläger auch einen Vermögensschaden erlitten. Dieser liegt im Abschluss des Kaufvertrages.

Der Schadensersatzanspruch nach § 826 dient nicht nur dem Ausgleich jeder nachteiligen Einwirkung auf die objektive Vermögenslage des Geschädigten (im Sinne der Differenzhypothese). Vielmehr muss dieser sich auch von einer ungewollten eingegangenen Verpflichtung wieder befreien können. Schon eine solche Verpflichtung kann einen gemäß § 826 BGB zu ersetzenden Schaden darstellen (vgl. nur BGH, Urteil vom 19. November 2013, VI ZR 336/12, Rn. 28 m.w.N.). Dementsprechend gehen die von der Beklagten im Berufungsrechtszug gegen das Vorliegen eines Schadens vorgebrachten Erwägungen, die diesen Gesichtspunkt übersehen, schon im Ansatz fehl.

Tatsächlich liegt ohne weiteres auf der Hand (und bedarf entgegen der Rügen der Beklagten keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen), dass der Kläger, hätte er um das Vorhandensein der verbotenen Abschaltautomatik und deren Problematik (zu der die Beklagte - sonst hätte sie diese nicht beibehalten - damals noch keine technisch gangbare Lösung gefunden hatte) gewusst, von dem Erwerb des Fahrzeugs mit dem EA 189-Motor Abstand genommen hätte. Es ist, ungeachtet der Motive für den Fahrzeugkauf im Übrigen, offensichtlich, dass sich kein vernünftiger Käufer ohne Not – und schon gar nicht ohne weiteres und zu dem ohne Rücksicht darauf vereinbarten Preis – ein Fahrzeug mit einer solchen ungelösten Problematik „ans Bein bindet“, und der Markt bot seinerzeit in dem in Rede stehenden Segment eine Vielzahl von äquivalenten Fahrzeugtypen, auf die er hätte ausweichen können und vernünftigerweise ausgewichen wäre.

d)

Die von der Beklagten verübte Täuschungshandlung ist als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB einzuordnen.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstands-

gefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt regelmäßig nicht, dass eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorgerufen wird. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Zweck, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Nach solchen Umständen muss das schädigende Verhalten nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als "anständig" Gelten- den verwerflich erscheinen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juli 2016, VI ZR 536/15, Rn. 16 m.w.N.). Diese Verwerflichkeit kann sich etwa auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, ebd.; BGH, Urteil vom 21. Dezember 2004, VI ZR 306/03, Rn. 13 m.w.N.).

Der Beweggrund für den Einsatz der Software ist in einer von der Beklagten angestrebten Profitmaximierung zu sehen. Ihr Ziel war es offenkundig, mittels der unerlaubten Abschaltvorrichtung scheinbar die Höchstgrenzen des NOx-Ausstoßes einzuhalten und so die Genehmigung zu erhalten. Ohne die Steuerungssoftware war zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Veräußerung die Einhaltung der Werte entweder gar nicht möglich oder aber mit großen Kosten und nicht befriedigend lösbaren Schwierigkeiten verbunden. Ein anderer Grund für das Vorgehen ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich oder auch nur vernünftig vorstellbar. Kurz: Die Beklagte, die das alles wusste und wollte, hat über ihre insoweit ahnungslosen Händler deren Kunden in nicht zuletzt ihrem eigenen Absatzinteresse Fahrzeuge verkaufen lassen, die sachlich an sich nicht absatzreif und nicht marktfähig gewesen sind. Das ist fraglos unanständig und anstößig (im Ergebnis ebenso etwa OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019, 13 U 149/18, Rn. 63ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, Rn. 47ff; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019, 13 U 142/18, Rn. 29ff.).

e)

Auch die subjektiven Voraussetzungen einer Haftung nach den §§ 826, 31 BGB – Schädigungsvorsatz sowie die Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen – sind erfüllt.

aa)

Der Schädigungsvorsatz liegt wiederum auf der Hand. Die auf Seiten der Beklagten

Handelnden war bewusst, dass sie mit den Fahrzeugen mit EA 189-Motor an sich nicht marktgängige Produkte vertreiben ließen, und das heimliche Vorgehen diene offensichtlich dem Zweck, unter Verschweigen der Abgasproblematik einen Verkauf zu erreichen, der andernfalls nicht möglich gewesen wäre, mithin eine an sich und vernünftigerweise ungewollt eingegangene Verpflichtung der Kunden herbeizuführen.

bb)

Es ist auch davon auszugehen, dass der Vorstand der Beklagten, dessen Kenntnis sie sich nach § 31 BGB zurechnen lassen muss, von dem Vorgehen wusste.

Gegenüber dem substantiierten Vorbringen des Klägers zu diesem Punkt kann die Beklagte die Zurechnung nicht lediglich mit dem Hinweis in Abrede stellen, ihre diesbezüglichen Ermittlungen seien noch nicht abgeschlossen. Sie trifft vielmehr eine sekundäre Darlegungslast dahin, dass sie nachvollziehbar zu erklären hat, wie es ohne die bestrittene Kenntnis zu dem flächendeckenden Einbau der Motorsteuerung hätte gekommen sein können. Dem hat sie nicht ansatzweise genügt. Nur der Vollständigkeit halber weist der Senat ergänzend darauf hin, dass er es – ebenso wie etwa das OLG Hamm (Urteil vom 10. September 2019, 13 U 149/18, Rn. 73; das OLG Karlsruhe (Urteil vom 5. März 2019, 13 U 142/18, Rn. 56) oder das OLG Koblenz (Urteil vom 12. Juli 2019, 5 U 1318/18, Rn. 69, s. auch dort Rn. 72ff. zu den Compliance-Grundsätzen der Beklagten) - für nicht vorstellbar hält, dass ein derart großflächiges Manipulationsmanöver unter Einbeziehung von *Bosch* ohne Kenntnis der zuständigen Vorstandsmitglieder allein aus dem Antrieb ausschließlich der Mitarbeiter auf der Ebene der Entwicklungsabteilung ins Werk gesetzt worden sein könnte.

f)

Der Senat vermag – wie die o. g. Oberlandesgerichte – auch nicht der neuerdings von der Beklagten verstärkt verfolgten Argumentation zu folgen, es sei ein Schaden des Klägers aufgrund des Software-Updates entfallen bzw. sei danach seine Geltendmachung treuwidrig.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage des deliktisch verursachten Schadens ist der Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs. Dem Deliktsrecht ist ein Nacherfüllungsrecht, wie es

das Kaufrecht vorsieht, fremd. Das Update hat der Kläger auch nicht zur Kompensation durchführen lassen, sondern deshalb, weil das Fahrzeug sonst die Betriebserlaubnis hätte verlieren können.

Das Beharren auf einem Schadensersatzanspruch ist auch nicht treuwidrig, § 242 BGB. Ob die Motoren nach dem Update einwandfrei sind oder nicht doch zu einem höheren Verbrauch, schlechterer Laufleistung und insbesondere einer kürzeren Motorlebensdauer führen, ist umstritten und – insbesondere, was die denkbare Langzeitfolgen angeht, völlig offen; an der Zuverlässigkeit der Update-Lösung wird man schon deshalb zweifeln können, weil man sich fragen muss, warum die Beklagte, die bekanntermaßen die Abschaltvorrichtung eingebaut hat, weil sie meinte, die Langlebigkeit des Motors anders nicht gewährleisten zu können, sich zu der Umstellung u.a. der Einspritzung erst unter dem Druck der Rückrufaktion des Kraftfahrtbundesamtes verstanden und nicht schon vordem die Motoren anders eingestellt hat. Ohnehin lässt sich die Frage, ob durch das Update „die Schädigung völlig ungeschehen gemacht“ (Riehm) worden ist oder nicht, nur mit erheblichem sachverständigem Aufwand klären. Allemal verbleibt senatsbekannt ein merkantiler Minderwert. Unter diesen Umständen – namentlich in Anbetracht der aus Sicht des Klägers bestehenden Unsicherheiten und Risiken – ist das Rückabwicklungsbegehren keinesfalls treuwidrig; die Beklagte kann nicht verlangen, dass der Kläger so behandelt werde, als stünden alle diese offenen Fragen jetzt schon in ihrem Sinne fest.

g)

Der Schadensersatzanspruch scheidet weiter auch nicht daran, dass der Schutzzweck des § 826 BGB nicht berührt wäre. Die von der Beklagten durch ihre arglistige Täuschung intendierte anstößige Schädigung letztlich der Käuferkunden betrifft den Kernbereich des deliktsrechtlichen Schutzes. Ob die verletzten technische Normen drittschützenden Charakter haben oder nicht, ist dafür unmaßgeblich; denn Drittschutz ist (anders als im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB) nicht Voraussetzung für die Geltendmachung von Schäden im Rahmen des § 826 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2014, II ZR 402/02, Rn. 43).

h)

Entsprechend kann der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn er

das streitgegenständliche Fahrzeug nicht erworben hätte. Er kann die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen und muss sich auf seinen Anspruch allerdings - entgegen seiner im Laufe des Prozesses vertretenen Auffassung - die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen.

Diesbezüglich folgt der Senat der soweit ersichtlich einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung.

Die Anrechnung der Nutzungsvorteile liegt in den Grundsätzen über die schadensersatzrechtliche Vorteilsausgleichung begründet. Diese findet statt, wenn zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil ein adäquater Kausalzusammenhang besteht und der Zweck des Schadensersatzes der Anrechnung des Vorteils nicht entgegensteht, also insbesondere der Geschädigte nicht unzumutbar belastet und der Schädiger nicht unbillig begünstigt wird. Die Anrechnung ist keine Aufrechnung und findet auch dann statt, wenn Aufrechnungsverbote bestehen (vgl. nur Palandt/*Grüneberg*, BGB, Kommentar, 79. Auflage, vor § 249 Rn. 67 ff., 71 m. zahlreichen w. N).

Hier besteht evident ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen Schädigung und Vorteil; denn die Täuschung der Beklagten hat dazu geführt, dass der Kläger deren Fahrzeug erworben und in der Folge dann auch genutzt hat. Es ist in der Sache auch nur billig, dass sich der Kläger den so erhaltenen Vorteil gegenrechnen lassen muss. Andernfalls würde er in Gestalt einer jahrelang abnutzungsfreien Fahrzeugnutzung (die er offensichtlich bei einem anderweitigen [„täuschungsfreien“] Kfz-Erwerb niemals hätte erlangen können) ohne einen vernünftigen Grund bevorteilt. Der Senat vermag entgegen einer verbreitet anzutreffenden Argumentation auch nicht zu erkennen, dass die Anrechnung dem Gebot der effektiven Durchsetzung des Unionsrechtes zuwiderliefe. Der Kläger wird, wie sogleich noch (auch rechnerisch) darzustellen sein wird, durch die Gewährung von angemessenen Zinsen auf den Kaufpreis hinreichend geschützt.

Die Auffassung des OLG Hamburg, dass eine Nutzungsentschädigung jedenfalls nur bis zu dem Zeitpunkt geschuldet sei, bis zu dem der Kläger die Beklagte zur Rückabwicklung des Kaufvertrags aufgefordert und damit ggf. in Annahmeverzug gesetzt habe, erscheint nicht richtig. Die Auffassung ließe sich nur auf Billigkeitserwägungen stützen, die

indes dem Grundsatz des Schadensersatzrechts widersprechen, dass nur der tatsächlich entstandene Schaden auszugleichen ist. Das Maß des Verschuldens des Schädigers hat auf die Schadenshöhe aber keinen Einfluss. Es erscheint auch nicht richtig, auf dem Weg über Billigkeitserwägungen in die Anwendung des Gesetzes einen Strafcharakter einzuführen, der im Gesetz nicht vorgesehen ist. Unabhängig davon aber liegen die Voraussetzungen für eine zeitliche Begrenzung des Vorteilsausgleichs nicht vor. Der Kläger hat die Beklagte nie in Annahmeverzug gesetzt, weil er ihr kein taugliches Angebot der Rückgewähr des Fahrzeugs gemacht hat.

Der Senat geht mit der wohl ganz überwiegenden (landgerichtlichen) Rechtsprechung von einer Gesamtlaufzeit von 250.000 km aus. Daraus ergibt sich bei einer Fahrleistung von 132.081 km bis zum Eintritt des Totalschadens des Fahrzeugs auf den Kaufpreis von 33.852,01 € (aus $132.081/250.000$ tel) ein geldwerter Nutzungsvorteil von 17.884,83 €.

i)

Ebenfalls gegenrechnen lassen muss sich der Kläger - der diese Position auch einstellt - die Beträge, die er für das im Januar 2019 total beschädigte Fahrzeug bereits zurückerhalten hat.

Das sind die 11.800,- € Wiederbeschaffungswert (vgl. das Gutachten vom 7. Januar 2019, Anlage K7, Bl. 236), die er (woraus das vollständige Verschulden des Unfallgegners folgt) nach seinen Angaben (Schriftsatz vom 5. Juli 2019, S. 2, Bl. 235) von dem Versicherer des Unfallgegners erhalten hat,

Es verbleiben mithin aus	33.852,01 € Kaufpreis
	./. 17.883,83 € Nutzungsvorteile
	./. <u>11.800,00 €</u> Versicherungsleistung
	4.168,18 €

2.

Gesetzliche Zinsen kann der Kläger aus Verzug, §§ 286, 288 BGB ab dem 9. Mai 2018 verlangen, dem Zeitpunkt, da seinen Anwälten das Schreiben der Beklagten vom 3. Mai 2018 (Anlage K 4, S. 29) zuging; denn darin hatte die Beklagte ernsthaft und endgültig

die mit Anwaltsschreiben vom 13. April 2018 (Anlage K 3, Bl. 28) verlangte Rückabwicklung abgelehnt, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

a)

Dagegen stehen dem Kläger nicht noch Zinsen in Höhe von 4 % aus dem Kaufpreis für die Zeit ab dem 23. April 2013 (dem Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung) zu, §§ 849, 246 BGB (und, wie zu ergänzen ist, schon gar nicht in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz).

Gemäß § 849 BGB kann der Verletzte, wenn wegen Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zu Grunde gelegt wird.

Die Vorschrift gewährt zur Vermeidung von Nachweisschwierigkeiten ohne Schadensnachweis eine pauschale Nutzungsentschädigung in Gestalt der gesetzlichen Verzinsung des deliktischen Schadensersatzanspruches nach § 246 BGB (vgl. Palandt/Sprau, BGB, Kommentar, 79. Auflage, § 849 Rn. 1). Sie erfasst jeden Sachverlust durch Delikt und dabei – über den unmittelbaren Wortlaut hinaus – auch Schäden aus der (wie hier) deliktisch veranlassten Hergabe von Geld in Form einer Überweisung; das folgt aus dem Sinn und Zweck der Norm, den später nicht nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007, II ZR 167/06, NJW 2008, 1084, Rn. 5f.). Dieser Gedanke passt auch auf die „erschlichene“ Weggabe von Geld, das für eine andere Nutzung oder Fruchtziehung dann nicht mehr zur Verfügung steht. Die Vorschrift eröffnet dem Geschädigten die Möglichkeit, den ihm durch die Entziehung der Sache entstandenen Nutzungsausfallschaden, den er nach den §§ 249 ff. BGB konkret geltend machen könnte, auch abstrakt zu berechnen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1983, BGHZ 87, 38, Rn. 11). Sie nimmt dem Geschädigten die Beweislast dafür ab, welchen Schaden er für die Einbuße an Substanz und Nutzbarkeit der entzogenen oder beschädigten Sache erlitten hat (vgl. Staudinger-Vieweg, BGB, Kommentar, Bearbeitung November 2014, § 849 Rn. 1).

§ 849 BGB kann dementsprechend nach seinem Sinn und Zweck dann nicht greifen,

wenn ein Nutzungsausfallschaden tatsächlich gar nicht entstanden ist, und so liegt es offensichtlich hier.

Weil es, wie ausgeführt, auf den Verlust von Geld und die *damit* verbundenen Nutzungsmöglichkeiten ankommt, lässt sich allerdings zur Versagung des Zinsanspruches nicht (wie aber verbreitet) unmittelbar darauf abstellen, dass der Kläger eine wirtschaftlich sinnvolle Gegenleistung in Gestalt des Pkw erlangt hat. Indes ist auch mit Rücksicht auf die „erschlichene Weggabe“ von Geld ein Nutzungsausfall handgreiflich nicht gegeben. Lebensnah ist allein davon auszugehen, dass der Kläger, hätte er nicht den VW Tiguan gekauft, mit in etwa demselben Geldbetrag ein anderes Fahrzeug angeschafft hätte. Im einen wie im anderen Fall wäre der Geldbetrag aufgebraucht gewesen und stünde für irgendwelche andersartigen oder gar zusätzlichen Nutzungen nicht mehr zur Verfügung. Irgendeinen nicht mehr nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit der aufgewandten Geldsumme gibt es mithin offensichtlich nicht. Dann ist auch nichts zu pauschalieren.

b)

Die Zinsen sind auf einen Betrag von 18.280,89 € zu berechnen.

Maßgeblich ist dafür der Zeitpunkt des Eintritts des Verzuges; das ist hier, wie ausgeführt der 9. Mai 2018. In der Klagschrift vom 22. Mai 2018 (S. 20, Bl. 20) wird der Kilometerstand mit „aktuell etwa 115.000 km“ angegeben. Diesen Stand nimmt der Senat auch für den 9. Mai 2018 an. Entsprechend beläuft sich die wie oben zu berechnende Nutzungsentschädigung auf diesen Zeitpunkt ($115.000/250.000$ tel des Kaufpreises) auf 15.571,92 €, woraus aus dem Kaufpreis von 33.852,01 € der hier genannte Betrag verbleibt.

3.

Dem Grunde nach hat die Beklagte als Schuldnerin eines Anspruches aus unerlaubter Handlung dem Kläger auch die Kosten für die Durchsetzung dieses Anspruchs von der Hand zu halten, §§ 826, 249 BGB. Das umfasst auch die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

Der Höhe nach kann für das einfache einseitige Schreiben vom 13. April 2018 (Anlage K 3, Bl. 28) nicht mehr als eine 1,3-Mittelgebühr nach Nr. 2300 KV-RVG abgerechnet wer-

den. Das sind auf einen Gegenstandswert bis 19.000,- € (der berücksichtigt, dass Nutzungsvorteile abzusetzen sind, die auch schon zum Zeitpunkt des Schreibens zu einem unter dem genannten Betrag liegenden Hauptanspruch führen) nebst Auslagenpauschale und MWSt. 1.100,51 €.

4.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Bei der Bildung der Kostenquoten in beiden Instanzen hat der Senat berücksichtigt, dass der Kläger nicht nur überwiegend in der Hauptsache, sondern auch wegen der verhältnismäßig beträchtlichen Zinsen seit Kaufpreiszahlung unterlegen ist.

5.

Die Vollstreckbarkeitsentscheidung folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6.

Im Hinblick auf die - wenngleich soweit ersichtlich bislang einzige - divergierende obergerichtliche Beurteilung der Haftung aus §§ 829, 31 BGB durch das OLG Braunschweig (Urteil vom 19. Februar 2019, 7 U 134/17) lässt der Senat die Revision zu, § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO, dies auch bezüglich der kontrovers beurteilten Frage der Berechtigung des pauschalierten Nutzungsausfallschadens nach § 849 BGB.