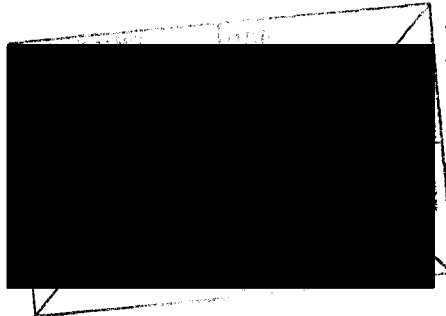


# Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht



Schl.-Holst. Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]



für Rückfragen:

Telefon: 04621 86-2332

Telefax: 04621 86-1372

Ihr Zeichen  
VW-39/18-FW

Bitte bei Antwort angeben  
Akten- / Geschäftszeichen  
16 U 96/19

Datum  
23.01.2020

./ Volkswagen AG  
wg. Schadensersatz

Sehr geehrte Damen und Herren Rechtsanwälte,

Der Senat weist in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung darauf hin, dass er der Berufung des Klägers nur in recht überschaubarem Umfang Aussicht auf Erfolg beizumisst, § 513 Abs. 1 ZPO.

## 1. Schadensersatz dem Grunde nach

a)

Der Senat folgt insoweit der unterdes ganz herrschenden obergerichtlichen Meinung (OLG Oldenburg, Beschluss vom 5. Dezember 2018, 14 U 60/18, MDR 2019, 548; OLG Köln, Beschluss vom 3. Januar 2019, 18 U 70/18, MDR 2019, 222; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019, 13 U 142/18, ZIP 2019, 863; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, WM 2019, 1229); die Gegenmeinung (OLG Braunschweig, Urteil vom 19. Februar 2019, 7 U 134/17, ZIP 2019, 815, Rn. 179ff.; wohl auch die unveröffent-

Dienstgebäude:  
Gottorfstraße 2  
24837 Schleswig

Telefon: 04621 86-0  
Telefax: 04621 86-1372  
Internet: <https://schleswig-holstein.de/olg>

Kontoverbindung:  
Bundesbank Hamburg  
IBAN: DE82 2000 0000 0020 2015 77  
BIC: MARKDEF1200

Montag - Freitag von 9:00 - 12:00 Uhr sowie nach Vereinbarung

Hinweise zur Verarbeitung personenbezogener Daten finden Sie auf der Internetseite des Gerichts. Auf Wunsch werden sie kostenfrei per Post übersandt.

lichte, von der Beklagten zitierte frühe Entscheidung OLG München, Beschluss vom 25 Juli 2017, 13 U 566/17) hält er für nicht überzeugend.

b)

Der Senat vermag – wie die o. g. Oberlandesgerichte – auch nicht der vom Landgericht und neuerdings auch 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.

c) Nutzungsvorteile

Auf seinen Schadensersatzanspruch hat sich der Kläger entgegen seiner im Laufe des Prozesses vertretenen Auffassung Nutzungsvorteile anrechnen zu 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, 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.

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 €.

d)

Ebenfalls gegenrechnen lassen muss sich der Kläger 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. Zinsen

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 K4, S. 29) zuzuging; denn darin hatte die Beklagte ernsthaft und endgültig die mit Anwaltsschreiben vom 13. April 2018 (Anlage K3, 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 BGB.

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 Nutzungsschädigung 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 gut (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 (115.000/250.000tel des Kaufpreises) auf 15.571,92 €, woraus aus dem Kaufpreis von 33.852,01 € der hier genannte Betrag verbleibt.

### 3. vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten

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 einfach einseitige Schreiben vom 13. April 2018 (Anlage K3, Bl. 28) nicht mehr als eine 1,3-Mittelgebühr nach Nr. 2300 KV-RVG abgerechnet werden. 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.

Insgesamt führt das zu einem Anspruch auf Zahlung von 4.167,18 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 18.280,09 € vom 9. Mai 2018 bis zum 21. Januar 2019 (bei dem angenommenen Zeitpunkt der Zahlung des Versicherers) und auf 6.480,09 € seit dem 22. Januar 2019 sowie vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten von 1.100,51 €.

Das wiederum führt – mit Rücksicht darauf, dass der Kläger nicht nur überwiegend in der Hauptsache, sondern auch wegen der verhältnismäßig beträchtlichen Zinsen seit Kaufpreiszahlung unterliegt – zu einer Kostenquote in zweiter Instanz von 20 : 80 auf ei-

nen Streitwert von 22.052,01 €.

Für die erste Instanz (für die die Gerichtskosten und die Rechtsanwaltsgebühren auf einen Wert bis 35.000,- € und die Terminsgebühren auf einen Wert bis 25.000,- € zu berechnen sind und ebenfalls unter Berücksichtigung des Unterliegens mit erheblichen Zinsforderungen ergibt sich eine Quote von 36 : 64.

5.

In Anbetracht der letztlich überschaubaren Beträge regt der Senat an, dass die Parteien sich vor dem Termin auf Grundlage der bestehenden Ausführungen verständigen.

---

Mit freundlichen Grüßen

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Beglaubigt

■ JAng