

- Beglaubigte Abschrift -

# OBERLANDESGERICHT OLDENBURG



**Im Namen des Volkes**

## **Urteil**

**5 U 230/19**  
1 O 3265/18 Landgericht Osnabrück

Verkündet am 8. Januar 2020

Hochartz Justizangestellte  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit



Kläger, Berufungskläger und -beklagter,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Gunkel & Partner, Detmolder Straße 120a,  
33604 Bielefeld,  
Geschäftszeichen: 1002/18AB13/ee

gegen

Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstands vorsitzenden Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg,

Beklagte, Berufungsbeklagte und -klägerin,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Dr. Seegers & Partner, Kaiser-Wilhelm-  
Straße 40, 20355 Hamburg,  
Geschäftszeichen: VT1921635

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Oehlers, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Bartsch und den Richter am Landgericht Dr. Stolz auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2019 für Recht erkannt:

**Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 29.05.2019 geändert und insgesamt wie folgt gefasst:**

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger 14.711,17€ nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.01.2019 aus 13.264,15 € zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs VW Sharan 2,0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] mit dem amtlichen Kennzeichen [REDACTED] und Übergabe und Übereignung der Zulassungsbescheinigung Teil I und Teil II sowie der zugehörigen Fahrzeugschlüssel.**
- 2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des zu 1) benannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.**
- 3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle weiteren Schäden, welche ursächlich mit dem Kaufvertrag über das im Antrag zu 1. genannte Fahrzeug zusammenhängen, zu ersetzen.**

**Im Übrigen werden die Berufung des Klägers und jene der Beklagten zurückgewiesen.**

**Die Kosten des ersten Rechtszuges hat die Beklagte zu 83 % und der Kläger zu 17 % zu tragen, jene des zweiten Rechtszuges die Beklagte zu 68 % und der Kläger zu 32 %.**

**Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Gegenseite durch Sicherheits-**

**leistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages geleistet hat.**

**Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 25.232,98 €.**

**Die Revision wird zugelassen.**

#### **I.**

Die Parteien streiten um die Rückgängigmachung eines PKW-Kaufvertrages. Der Kläger erwarb mit Vertrag vom 03.06.2015 zu einem Preis von 18.500 € einen PKW Sharan 2,0 TDI mit einer Laufleistung von 87.936 km von der nicht prozessbeteiligten [REDACTED] 13.000 € brachte der Kläger aus eigenen Mitteln auf. 5.500 € finanzierte er. Die Kosten der Finanzierung haben sich insgesamt auf 341 € belaufen.

Die Beklagte ist die Herstellerin des Fahrzeugs. In dem Pkw ist ein Dieselmotor des Typs EA189 verbaut, dessen Motorsteuerungssoftware zu einer Optimierung der Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren führte. Die Software bewirkte, dass eine Prüfungssituation, in der der Abgasausstoß gemessen wird, erkannt und die Abgasaufbereitung für deren Dauer optimiert wurde (Fahrmodus 1). Im normalen Betrieb außerhalb des Prüfstands (Fahrmodus 0) war die genannte Abgasaufbereitung abgeschaltet. Das Kraftfahrt-Bundesamt beanstandete die Programmierung als unzulässige Abschaltvorrichtung und verpflichtete den Herstellerkonzern, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorschriftsmäßigkeit der betroffenen Fahrzeuge herzustellen. Das daraufhin entwickelte Softwareupdate ließ der Kläger im Februar 2017 aufspielen.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises (18.500 €), der Finanzierungskosten (341,33 €), Erstattung angefallener Reparaturkosten (634,22 €), Verzinsung des Kaufpreises von Vertragsschluss bis Rechtshängigkeit nach § 849 BGB (2.255,92€) Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung. Er hat sich im

ersten Rechtszug einen Abzug wegen der Nutzung des Fahrzeugs als Vorteilsausgleichung gefallen lassen (3.816,56 €). Im ersten Rechtszug hat er in diesem Zusammenhang behauptet, die Gesamtleistung des Fahrzeugs betrage 350.000 km. Zudem hat der Kläger festgestellt wissen wollen, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befunden habe und sie verpflichtet sei, ihm jeden weitergehenden Schaden aus dem Abschluss des Vertrages zu erstatten. Das Landgericht hat die Beklagte mit dem wegen der Begründung, der weiteren tatsächlichen Feststellungen und der erstinstanzlichen Anträge in Bezug genommenen Urteil zur Zahlung verurteilt. Es hat allerdings den Nutzungsersatz auf der Grundlage einer Laufleistung von 300.000 km errechnet und einen entsprechend erhöhten Abzug vorgenommen. Es hat zudem die Ansicht vertreten, der Kläger könne keine Verzinsung des Kaufpreises aus § 849 BGB verlangen. Aus diesem Grund hat es zudem das vorprozessuale Leistungsverlangen des Klägers als überhöht betrachtet und deswegen einen Annahmeverzug der Beklagten verneint und den entsprechenden Feststellungsantrag abgewiesen. Auch den Feststellungsantrag mit Blick auf eine etwaige zukünftige Schadensersatzverpflichtung hat das Landgericht abgewiesen. Es hat dem Kläger zudem die beantragten Kosten vorprozessualer anwaltlicher Vertretung abgesprochen und Zinsen auf die Klageforderung erst ab dem 23. Januar 2019 (ein Tag nach Rechtshängigkeit) zugesprochen und nicht, wie beantragt, ab dem 21. Dezember 2018.

Dagegen wenden sich beide Parteien mit der Berufung.

Der Kläger ist weiterhin der Ansicht, er könne aus § 849 Verzinsung des Kaufpreises ab Vertragsschluss beanspruchen. Klagerweiternd beansprucht er nunmehr Erstattung des gesamten Kaufpreises ohne jegliche Anrechnung eines Nutzungsvorteils.

Er beantragt,

1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 6.6.2019 zum Aktenzeichen 1 O 3265/18 teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen;  
an ihn einen weiteren Betrag in Höhe von 7.512,51 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des jeweils gültigen Basiszinssatzes seit dem 21.12.2018 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums an dem Fahrzeug VW



für zulässig und begründet. Im Übrigen erweisen sich beide Berufungen als unbegründet.

Im Einzelnen:

Die Beklagte haftet dem Kläger gemäß § 826 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des gekauften Fahrzeugs. Die Beklagte hat den Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt, indem sie den mit einer verbotenen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Motor EA189 entwickelt und in den Verkehr gebracht hat. Wie der Senat bereits an anderer Stelle ausgeführt hat (vgl. Senat, Urteil vom 2.10.2019, Aktenzeichen 5 U 47/19 BeckRS 2019, 23205), stellt diese Handlung eine sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB dar. Die unstreitigen Indizien lassen auch den Schluss auf Vorsatz der Handelnden zu. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die organschaftlichen Vertreter der Beklagten von diesen Umständen keine Kenntnis hatten, obliegt der Beklagten. Der Senat verweist insoweit vollumfänglich auf seine Ausführungen im angesprochenen Urteil, das der Beklagten als Beteiligte des entsprechenden Verfahrens bereits hinreichend bekannt ist.

Der Kaufvertrag stellt sich auch als Schädigung für den Kläger im Sinne eines ungewollten Vertrages dar. Der Senat hat den Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung angehört. Er hat für den Senat plausibel und letztlich überzeugend ausgeführt, dass er das Fahrzeug nicht erworben hätte, wenn man ihn zum Zeitpunkt des Erwerbs – wahrheitsgemäß – darüber aufgeklärt hätte, dass in dem Auto ein Motor mit einer Abschaltautomatik verbaut ist, der das Risiko in sich birgt, dass die Typengenehmigung widerrufen und damit die Verkehrszulassung erlöschen würde. Auch insoweit nimmt der Senat im Übrigen, was die allgemeinen Einwände der Beklagten zur Kausalität angeht, auf das angesprochene Urteil vom 2.10.2019 wegen der weiteren Einzelheiten Bezug.

Der Kläger kann infolgedessen von der Beklagten die Erstattung seines Kaufpreises verlangen, wobei er sich allerdings Nutzungsersatz anrechnen lassen muss. Mit dem Kläger und den übrigen Senaten im Haus bemisst der Senat im Wege der Schätzung (§ 287 ZPO) die Gesamtleistung des zu beurteilenden Fahrzeugs mit 300.000 km. Den Kilometerstand zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung hat der Kläger durch die zu Protokoll genommene Fotografie mit 159.133 km zur

Überzeugung des Senats nachgewiesen. Damit ergibt sich die nachfolgende Berechnung:

**Nutzungsentschädigung**

Gefahrene  
Kilometer x  
Bruttokauf-  
preis / zu er-  
wartende  
Gesamtlau-  
leistung

Kaufpreis incl. USt.:	18.500,00
Zu erwartende Gesamtlauflleistung:	300.000,00
<u>Lauflleistung beim Kauf:</u>	<u>87.936,00</u>
Restliche Gesamtlauflleistung beim Kauf:	212.064,00
Lauflleistung im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung OLG:	159.133,00
<u>Lauflleistung beim Kauf:</u>	<u>87.936,00</u>
Lauflleistung vom Kauf bis zur mündlichen Verhandlung:	71.197,00
Nutzungsentschädigung pro Kilometer:	0,087
<b>Nutzungsentschädigung bis zur mündlichen Verhandlung:</b>	<b>6.211,07</b>
<b>Kaufpreis abzüglich Nutzungsentschädigung:</b>	<b>12.288,93</b>

Der Kläger muss sich einen Abzug für die Nutzung des Fahrzeugs gefallen lassen. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 02.10.2019 (5 U 47/19) dazu ausgeführt:

*„Soweit schließlich in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten wird, die Anrechnung von Nutzungsvorteilen habe grundsätzlich zu unterbleiben (Heese NZV 2019 a.a.O. S.278), vermag sich der Senat dieser Ansicht nicht anzuschließen. Das Bereicherungsverbot ist ein anerkanntes Grundprinzip des Schadensrecht; der Senat sieht nicht die Notwendigkeit, dieses Fundamentalprinzip in Fällen der vorliegenden Art aufzugeben, um der Präventivfunktion des Deliktsrechts weitere Geltung zu verschaffen. Heese ist zuzugeben, dass bei Abzug einer Nutzungsent-*

schädigung, die sich nach dem Kaufpreis errechnet, der Schädiger einen Teil seines Gewinnes auf diese Weise realisieren kann. Indessen dient der Schadensersatzanspruch primär der Schadensbeseitigung beim Geschädigten und nicht der Bestrafung des Schädigers. Im Übrigen dürfte angesichts der Verfahrenskosten und des Rufschadens, die mit der Verurteilung der Beklagten nach § 826 BGB einhergehen, immer noch eine hinreichend präventive Wirkung von der Verurteilung ausgehen, ohne dass es tatsächlich gleichsam noch eines Strafschadensersatzes im Sinne eines „punitive damage“ bedürfte, um steuernd präventiv auf die Beklagte einzuwirken. Der Gedanke, der VW-Konzern würde in vergleichbarer Weise wieder am Markt agieren, wenn er nicht die ungeschmälerte Kaufpreisrückzahlung, also ohne Anrechnung eines Nutzungsersatzes auf Käuferseite, zu fürchten hätte, erscheint dem Senat doch eher theoretisch. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes derjenige, dem Geld deliktisch entzogen worden ist, bekanntermaßen analog § 849 BGB Verzinsung des Betrages ab dem Zeitpunkt verlangen kann, zu dem ihm der Betrag entzogen worden ist (BGH, Versäumnisurteil vom 26.11. 2007 – II ZR 167/06 –, juris Rn.3 ff). Diese Pflicht, den Kaufpreis nachträglich für die Zeit ab Vertragsschluss zu verzinsen, dürfte das Geschäft für den Schädiger in der Gesamtbilanz –auch bei Anrechnung eines Nutzungsvorteils auf Geschädigtenseite- hinreichend unattraktiv machen.

Der Senat ist in diesem Zusammenhang auch nicht der Ansicht, dass Vergleichbares aus § 475 Abs.3 BGB zu folgern wäre. § 475 Abs.3 BGB ist nicht Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, sondern eine nicht analogiefähige Ausnahmegesetzvorschrift des Verbrauchsgüterkaufs (so auch MünchKomm-Lorenz, 8. Aufl., § 475 BGB Rn.18). Grundsätzlich sieht das BGB den Nutzungsersatz für zeitweilig gezogene Nutzung bei Rückgabe von Sachen vor (vgl. § 346 Abs.1, § 818 Abs.1, § 993 BGB). Es besteht keine Veranlassung diese Ausnahmegesetzvorschrift auf die vorliegende Konstellation analog anzuwenden; mit dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot wäre dies nicht vereinbar. Hinzukommt, dass die Interessenlage auch auf Schuldnerseite nicht vergleichbar ist. Während der Verkäufer eines Verbrauchsgutes regelmäßig nur für zwei Jahre ab Gefahrübergang haftet (§ 438 Abs. 1 Ziff.3 BGB), also maximal eine Nutzung über ca. zwei Jahre entschädigungslos hinzunehmen hat, verjährt der deliktische Anspruch nach § 826 BGB ab Kenntnis (§ 199 Abs.1 Ziff.2 BGB); hier sind mithin ganz anders dimensionierte



*Zeiträume denkbar, in denen der Schädiger den Verbrauch seiner Leistung entschädigungslos hinzunehmen hätte, wollte man § 475 Abs.3 BGB analog anwenden.“*

An dieser Einschätzung hält der Senat fest.

Allerdings kann der Kläger, anders als das Landgericht meint, Verzinsung des Kaufpreises gemäß § 849 BGB verlangen.

Der Senat hat dazu im bereits genannten Urteil ausgeführt: *„Auf die Berufung war indessen das Urteil des Landgerichts insoweit zu ändern, als die Verzinsung des entzogenen Kaufpreises für die Zeit ab Weggabe des Geldes bis Rechtshängigkeit des Rückzahlungsanspruchs nach § 849 BGB auszusprechen war (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 26.11. 2007 – II ZR 167/06 –, juris Rn.3-6). Dem Senat scheint bei Anwendung der in der vorgenannten Entscheidung aufgezeigten Grundsätze die Anwendung des § 849 BGB in Fällen der vorliegenden Art unausweichlich. Das Argument, der vorliegend zu beurteilende Fall unterscheide sich insoweit, als der Geschädigte sich des Geldes nicht ersatzlos begeben, weil er das Auto zur Nutzung erhalte ( so OLG Hamm a.a.O. Rn.99 ), scheint dem Senat nicht überzeugend, denn der Geschädigte „bezahlt“ diese Nutzung bereits durch den Nutzungsersatz, der vom Kaufpreis abgezogen wird (und der bekanntermaßen sogar die Gewinnmarge des Verkäufers umfasst, weil die Nutzungsentschädigung gemeinhin aus dem Kaufpreis ermittelt wird). Würde man das vorgenannte Argument gelten lassen, bezahlte der Geschädigte die Nutzung des Autos gleichsam zweimal: Einmal durch Abzug des Nutzungsvorteils vom Kaufpreis und ein zweites Mal durch den Verzicht auf die (eigentlich) geschuldete Verzinsung des Rückzahlungsanspruchs. Deswegen überzeugt das Argument der Beklagten auch nicht, die Anwendung des § 849 BGB in einem Austauschverhältnis verstieße gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot, weil der Geschädigte einen Nutzungsersatz erhalte, obgleich ihm keine Nutzung entzogen sei; denn die Nutzung des Geldes ist ihm entzogen; dass die Nutzung des Autos dem nicht entgegengehalten werden kann, ist bereits dargelegt.*

*Aus Sicht des Senats ist auch kein plausibler Grund dafür ersichtlich, warum die Verzinsung nach § 849 BGB bei der deliktischen Entziehung von Buchgeld (vgl. BGH a.a.O.) ausgerechnet davon abhängen sollte, ob der Geschädigte seinerseits*

*etwas erlangt hat. In der Sache stellt § 849 BGB einen pauschalieren Schadensersatz dar; er bewirkt, dass die nach §§ 286 Abs.1, 288 BGB geschuldete Verzinsung der geschuldeten Geldsumme vor den Zeitpunkt der Mahnung oder Rechtshängigkeit vorverlegt wird, mehr nicht. Warum diese zeitliche Vorverlegung davon abhängen soll, ob der Geschädigte eine Gegenleistung erhalten haben soll, leuchtet nicht ein. Die Verzinsung ab Rechtshängigkeit hängt bekanntermaßen auch nicht davon ab, ob der Gläubiger seinerseits etwas erhalten hat oder nicht; generell macht das BGB die Verpflichtung zur Verzinsung einer Geldschuld nicht davon abhängig, ob eine Gegenleistung geflossen ist. Vielmehr sind Verzinsung, Wertersatz etc. im Rückabwicklungsverhältnis grundsätzlich für jede Leistung gesondert zu bestimmen (vgl. § 346 BGB). Der Senat kann keinen vernünftigen Grund erkennen, dieses Prinzip ausgerechnet im Deliktsrecht aufzugeben.*

*Dem Senat scheint dieses Ergebnis auch nicht gänzlich unbillig, führt doch die Anwendung des § 849 BGB dazu, dass der Nachteil des getäuschten Käufers, der infolge der Täuschung um seinen Anspruch anfangs nicht weiß und demgemäß seine Rechte aus § 286 BGB nicht wahrnehmen und damit eine Verzinsung nicht herbeiführen kann, ausgeglichen wird und der Gewinn aus der zeitweiligen Nutzung des Geldes nicht bei demjenigen verbleibt, der sich das Geld durch Täuschung verschafft hat.“*

Auch an dieser Einschätzung hält der Senat fest.

Die danach anzustellende Berechnung ergibt den Betrag von 1.447,02 €.

<u>2015</u>		
August	13.000,00	43,33
September	12.879,40	42,93
Oktober	12.758,79	42,53
November	12.638,19	42,13
Dezember	12.517,59	41,73
<u>2016</u>		
Januar	12.396,98	41,32
Februar	12.276,38	40,92
März	12.155,78	40,52
April	12.035,17	40,12
Mai	11.914,57	39,72
Juni	11.793,97	39,31
Juli	11.673,36	38,91
August	11.552,76	38,51
September	11.432,16	38,11

Oktober	11.311,55	37,71
November	11.190,95	37,30
Dezember	11.070,35	36,90

2017

Januar	10.949,74	36,50
Februar	10.829,14	36,10
März	10.708,54	35,70
April	10.587,93	35,29
Mai	10.467,33	34,89
Juni	10.346,73	34,49
Juli	10.226,12	34,09
August	10.105,52	33,69
September	9.984,92	33,28
Oktober	9.864,31	32,88
November	9.743,71	32,48
Dezember	9.623,11	32,08

2018

Januar	9.502,50	31,68
Februar	9.381,90	31,27
März	9.261,30	30,87
April	9.140,69	30,47
Mai	9.020,09	30,07
Juni	8.899,49	29,66
Juli	8.778,88	29,26
August	8.658,28	28,86
September	8.537,68	28,46
Oktober	8.417,07	28,06
November	8.296,47	27,65
Dezember	8.175,87	27,25

**Summe: 1.447,02**

Da der Kläger den Kaufpreis zum 1. August 2015 bewirkt hat (S. 3 der Klage) war nach § 849 BGB die Verzinsung ab diesem Zeitpunkt auszusprechen. Da der Kläger nur 13.000 € aus eigenen Mitteln verauslagt hat, war nur dieser Betrag zu verzinsen. Soweit der Kläger weitere 5.500 € fremdfinanziert hat, ist ihm die Nutzung dieses Betrages nicht im Sinne des § 849 BGB entzogen worden. Der ihm insoweit entstandene Kreditierungsschaden ist durch die bereits im 1. Rechtszug zu erkannten Kreditkosten zur Höhe von 341 € abgegolten.

Soweit der Kläger im Zusammenhang mit dem Zinsanspruch aus § 849 BGB den Gesamtkaufpreis durchgehend bis zur Rechtshängigkeit mit 4 Prozent pro Jahr

hat verzinst sehen wollen, übersieht er, dass sich infolge der fortwährenden Nutzung des Fahrzeuges der Zahlungsanspruch über die Zeit verringert hat. Insoweit kann der Kläger nicht Verzinsung eines Betrages verlangen, dessen Erstattung er nicht verlangen kann. Diesem Umstand hat der Senat im Wege der Schätzung Rechnung getragen, indem er die vom Kläger gezogene Nutzungsvorteile linear über den Verzinsungszeitraum verteilt und vom zu verzinsenden Kaufpreis abgezogen hat (s.o.).

Damit ergibt sich folgender Gesamtbetrag:

Kaufpreis abzüglich Nutzungersatz	12.288,93
Zzgl. Verzinsung § 849 BGB	1.447,02
Zzgl. Kreditkosten	341
Zzgl. Reparaturkosten	634,22
Summe	14.711,17

Bereinigt um die Zinsen aus § 849 BGB ergibt dies einen ab Rechtshängigkeit zu verzinsenden Betrag von 13.264,15 €.

Grundsätzlich wäre die Verzinsung bereits ab dem 21.12.2018 auszusprechen gewesen, weil der Kläger die Beklagte gemahnt hatte und die Zuvielforderung mit Blick auf § 849 BGB nicht erheblich war. Indessen hat der Kläger die Klagabweisung des Landgerichts insoweit nicht angegriffen, so dass es bei der Verzinsung ab Rechtshängigkeit zu bleiben hatte.

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang die Verzinsung der mit der Berufung geforderten Beträge ab dem 21.12.2018 begehrt, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Soweit er sich keinen Nutzungersatz hat anrechnen lassen wollen, fehlt es an einer verzinslichen Hauptforderung; soweit er seinen Anspruch aus § 849 BGB weiterverfolgt, scheidet eine Verzinsung nach § 291 BGB am Zinseszinsverbot.

Da die Zuvielforderung des Klägers mit Blick auf seinen Anspruch aus § 849 BGB nicht erheblich war, ist die Beklagte in Annahmeverzug gekommen, so dass auf die Berufung des Klägers das Urteil des Landgerichts zu ändern war.

Auch mit Blick auf den Feststellungsantrag des Klägers hält der Senat es nicht für gänzlich ausgeschlossen, dass sich der Kläger möglicherweise noch mit Folgekosten des Vertrages konfrontiert sieht.

Demgegenüber war die Berufung zurückzuweisen, soweit der Kläger die Kosten seiner vorprozessualen Vertretung verlangt. Wie der Senat an anderer Stelle bereits ausgeführt hat (Urteil vom 02.10.2019 5 U 47/2019) war im Jahre 2018 allgemein bekannt, dass die Beklagte ihre Haftung in Abrede nahm und vorprozessual zu keinerlei Konzessionen bereit war.

Der Streitwert für die zweite Instanz war zu erhöhen um die Klagerweiterung des Klägers mit Blick auf den Nutzungersatz (3.816,56 €) sowie die Kosten der vorprozessualen Vertretung (1001,51 €) und den isoliert mit der Berufung weiterverfolgten Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges (geschätzte Kosten des tatsächlichen Angebotes: 1.500 €).

Auf dieser Grundlage errechnen sich die Kostenquoten der Parteien, wobei der Senat den Kläger mit Blick auf den Nutzungersatz an seinen Zahlungsanträgen gemessen hat, die dem tatsächlich jeweils zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung anzuzurechnenden Nutzungersatz in beiden Instanzen nicht angepasst waren.

Grundlage der Nebenentscheidungen waren die §§ 97, 92, 708 Nr.10, 711 ZPO. Die Revision war mit Blick auf divergierende Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte (z.B. Braunschweig) zuzulassen.

RiLG Dr. Stolz hat an der Beratung mitgewirkt, ist aber wegen des Endes seiner Erprobung an der Unterschrift gehindert.

Dr. Oehlers

Dr. Bartsch

Dr. Oehlers

**Vorstehende Abschrift stimmt mit  
der Urschrift wörtlich überein.**

**Graul, Justizangestellte**

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dieses Schriftstück wurde elektronisch erstellt.

Es ist nur mit Unterschrift und Gerichtssiegel oder mit qualifizierter elektronischer Signatur gültig.