

Titel:

Herausgabe des erzielten Gewinns durch VW nach Verjährung des ursprünglich bestehenden deliktischen Anspruchs

Normenkette:

BGB § 31, § 199 Abs. 1, § 826, § 831 Abs. 1 S. 1, § 852 S. 1

Leitsätze:

1. Beginnend mit der ersten Ad-hoc-Mitteilung von VW am 22.9.2015 setzte ein wahrer Sturm in den Medien mit Berichten über den Dieselskandal ein, sodass nicht nachvollziehbar ist, wenn ein Käufer eines betroffenen Fahrzeugs nicht wenigstens 2016 einer möglichen eigenen Betroffenheit nachgegangen ist, weil dies geradezu auf der Hand lag. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)
2. Ein Neuanlauf der Verjährungsfrist aufgrund Aufspielen des Softwareupdates als Anerkenntnis nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt nicht in Betracht, weil VW dieses Update nicht aus allein eigenem Antrieb, sondern ganz wesentlich aufgrund entsprechenden Bescheides des Kraftfahrtbundesamtes veranlasst hat. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)
3. Der Käufer eines vom Diesel-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs kann nach § 852 BGB von VW lediglich den erzielten Gewinn, bezogen auf sein Fahrzeug, herausverlangen, ohne dass Nutzungersatz hiervon abzuziehen ist, wobei der durchschnittliche Gewinn für ein Neufahrzeug bei 5,5% des Nettopreises liegt. (Rn. 34 und 40) (redaktioneller Leitsatz)
4. Zum Anspruch aus § 852 BGB bei verjährten "Diesel-Fällen" vgl. auch OLG Stuttgart BeckRS 2021, 5075; OLG München BeckRS 2021, 28126; LG Regensburg BeckRS 2021, 24604; LG Landshut BeckRS 2021, 3479; LG Hildesheim BeckRS 2020, 35828; BeckRS 2021, 4473; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2021, 4493; BeckRS 2021, 10581; OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 10558; LG München II BeckRS 2021, 30618; aA LG München I BeckRS 2021, 1049 zum Gebrauchtwagenkauf; LG Osnabrück BeckRS 2021, 4305; offen gelassen von BGH BeckRS 2020, 37753. (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Verjährung Schadensersatzanspruch, Herausgabeanspruch trotz Verjährung, Diesel-Abgasskandal, EA 189, Berichterstattung in den Medien, Ad-hoc-Mitteilung, Neuanlauf der Verjährungsfrist, Softwareupdate, Gewinn, Nettopreis

Vorinstanz:

LG Landshut, Endurteil vom 21.04.2021 – 42 O 3854/20

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des LG Landshut vom 21.04.2021 (Aktenzeichen: 42 O 3854/20) abgeändert und unter teilweiser Aufhebung wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 1.536,30 nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit 14.01.2021 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs VW Tiguan mit der Fahrgestellnummer ...
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 95% und die Beklagte 5%.
4. Das Urteil ist jeweils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages vorläufig vollstreckbar.

II. Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Berufungsrechtsstreits tragen der Kläger 95% und die Beklagte 5%.

IV. Das in Ziffer I. genannte Urteil des Landgerichts Landshut und dieses Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung der jeweiligen

Gegenpartei jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

V. Die Revision wird (beidseits) bezüglich der Höhe des von der Beklagten zu zahlenden Betrages zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

1

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche des Klägers im Rahmen des sogenannten Dieselskandals, wobei es hier um den Erwerb eines Neufahrzeugs (VW Tiguan CUP BM Techn. 2.0 I mit Motor EA 189) durch den Kläger aufgrund Bestellung am 26.03.2014 geht.

2

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die Feststellungen im Endurteil des LG Landshut vom 21.04.2021 (Bl. 210/220 d. A.) mit nachfolgenden Änderungen und Ergänzungen verwiesen.

3

Bei dem vom Kläger im März 2014 bestellten Fahrzeug handelt es sich in Übereinstimmung mit dem Tatbestand des Ersturteils um ein Neufahrzeug für € 33.239,90 brutto, für das der Kläger Nachlässe in Höhe von € 3.669,00 und € 3.570,00 erhielt.

4

Der Km-Stand beträgt jetzt 56.043 km.

5

Die Klage wurde am 04.12.2020 beim LG Landshut anhängig, die Zustellung der Klage an die Beklagte erfolgte am 13.01.2021.

6

Gegen die Abweisung der Klage mit Endurteil des LG Landshut vom 21.04.2021 richtet sich die Berufung des Klägers.

7

Er beantragt jetzt,

I. Unter Abänderung des am 21.04.2021 verkündeten Urteils des LG Landshut, Az.: 42 O 3854/20 die Beklagte zu verurteilen, Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs VW Tiguan mit der Fahrgestellnummer ... an den Kläger 33.239,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 25.11.2020 abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 5.082,38 Euro zu zahlen.

II. Unter Abänderung des am 21.04.2021 verkündeten Urteils des LG Landshut, Az.: 42 O 3854/20 die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten seines Rechtsanwaltes H. in Höhe von 1.825,14 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.

8

Die Beklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

9

Hinsichtlich des im Berufungsrechtsstreit gehaltenen Vortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien verwiesen. Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme des Klägers als Partei. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll verwiesen.

B.

10

Die zulässige Berufung (§§ 511, 517, 520 ZPO) hat nur zum geringen Teil Erfolg:

I.

11

Der Kläger hat keinen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB gegen die Beklagte (mehr):

12

1. Vertragliche Ansprüche sind mangels Kaufvertrags zwischen den Parteien nicht gegeben.

13

2. Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Verordnungen zur Regelung des Abgasverhaltens (EG-FGV, VÖEG 715/07) entfallen mangels Schutzgesetzzeigenschaft (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798, 2799f., Randziffern 11, 13 und 15; Urteil vom 08.12.2020, VI ZR 244/20, WM 2021, 50, 52, Randziffer 20; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, WM 2021, 652, 653, Randziffer 10 - nach juris; Urteil vom 08.03.2021, VI ZR 505/19, Randziffer 37 - nach juris; s.a. Urteil vom 21.03.2021, VI ZR 1180/20, WM 2021, 986, 988, Randziffer 19).

14

3. Es kann dahinstehen, ob Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB bestehen (was im Hinblick auf die Stoffgleichheit auch bei einem Neufahrzeug zweifelhaft sein könnte: vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798, 2801f., Randziffern 24 bis 26; Urteil vom 08.12.2020, VI ZR 244/20, WM 2021, 50, 52, Randziffer 20; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, WM 2021, 652, 653, Randziffer 10; s.a. Urteil vom 21.03.2021, VI ZR 1180/20, WM 2021, 986, 988, Randziffer 19).

15

5. Jedenfalls hat der Kläger zunächst einmal grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, WM 2020, 1078) einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. Die dort für den BGH bindenden Feststellungen der vorausgegangenen Tatsacheninstanz gelten im vorliegenden Fall ebenfalls.

16

6. Dieser ist jedoch verjährt (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB):

17

a) Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schwerwiegenden und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus (BGH, Urteil vom 04.07.2019, III ZR 202/18, WM 2019, 1441, 1442, Randziffer 15). Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt nur vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt und nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung („Verschulden gegen sich selbst“) vorgeworfen werden können, weil sich ihm die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben, er davor aber letztlich die Augen verschlossen (BGH, Urteil vom 28.02.2012, VI ZR 9/11, NJW 2012, 1789, 1791, Randziffer 17; s.a. BGH, Urteil vom 25.10.2018, III ZR 122/17, WM 2018, 2271, 2272, Randziffer 14), und er leicht zugängliche Informationen nicht genutzt hat (BGH, Urteil vom 03.11.2016, III ZR 84/15, WM 2016, 2342, 2343, Randziffer 23). Sein Verhalten muss schlechthin unverständlich beziehungsweise unentschuldigbar sein. Hierbei unterliegt die Feststellung, ob die Unkenntnis des Gläubigers von verjährungsauslösenden Umständen auf grober Fahrlässigkeit beruht, als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung einer Überprüfung durch das Revisionsgericht dahingehend, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften gewürdigt worden ist, und ob der Tatrichter den Begriff der groben Fahrlässigkeit verkannt oder bei der Beurteilung des Grads des Verschuldens wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat (BGH, Urteil vom 23.03.2017, III ZR 93/16, WM 2017, 799, 799f., Randziffer 8; Urteil vom 20.07.2017, III ZR 296/15, WM 2017, 1702, 1705, Randziffer 24; Urteil vom 04.07.2019, III ZR 202/18, WM 2019, 1441, 1442, Randziffer 15; s.a. BGH, Urteil vom 25.10.2018, III ZR 122/17, WM 2018, 2271, 2272, Randziffer 13). Hierbei trifft den Gläubiger generell keine Obliegenheit, im Interesse des Schuldners an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist Nachforschungen zu betreiben; vielmehr muss das Unterlassen von Ermittlungen nach Lage des Falles als geradezu unverständlich erscheinen, um ein grob fahrlässiges Verschulden des Gläubigers bejahen zu können (BGH, Urteil vom 28.02.2012, VI ZR

9/11, NJW 2012, 1789, 1791, Randziffer 17; s.a. BGH, Urteil vom 25.04.2012, GRUR 2012, 1279, 1284, Randziffer 55; Urteil vom 08.05.2014, WM 2014, 1284, 1288, Randziffer 39 s.a. Urteil vom 11.09.2014, III ZR 217/13, WM 2015, 445, 447, Randziffer 16; Urteil vom 02.07.2015, III ZR 149/14, WM 2015, 1413, 1414, Randziffer 11; Urteil vom 17.03.2016, VI ZR 47/15, WM 2016, 732, 733, Randziffer 11). Ein objektiv grober Pflichtenverstoß rechtfertigt dabei für sich allein noch nicht den Schluss auf ein entsprechend gesteigertes persönliches Verschulden, nur weil ein solches häufig damit einhergeht. Vielmehr ist ein solcher Vorwurf nur dann gerechtfertigt, wenn eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung vorliegt, die das in § 276 Abs. 2 BGB bestimmte Maß erheblich überschreitet (BGH, Urteil vom 25.10.2018, III ZR 122/17, WM 2018, 2271, 2273, Randziffer 14).

18

b) Beginnend mit der ersten Ad-hoc-Mitteilung der Beklagten am 22.09.2015 setzte ein wahrer Sturm in den Medien mit Berichten über den Dieselskandal ein, wie der Kläger in seiner Berufungsbegründung selbst vorträgt, der zur Überzeugung des Senats auch dem Kläger nicht entgangen sein kann. Dann wäre es aber für den Kläger innerhalb weniger Minuten mühelos feststellbar gewesen, ob sein Fahrzeug hiervon betroffen war. Dass dem der Kläger nicht wenigstens 2016 nachgegangen ist, erscheint dem Senat schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar, weil es geradezu auf der Hand lag.

19

c) Die Einwände des Klägers hiergegen helfen ihm nicht weiter:

20

Durchsetzbar waren die Ansprüche des Klägers nicht erst mit dem Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, WM 2020, 1078). Gerade das dieser Entscheidung zugrunde liegende Verfahren beweist das Gegenteil. Die Hinweise in den Medien waren nach Ansicht des Senats so eindeutig, dass Klageerhebung spätestens 2016 zumutbar war. Im Übrigen liefe die Vorschrift des § 199 Abs. 1 BGB faktisch leer, wenn immer erst auf eine Grundsatzentscheidung des BGH gewartet werden könnte.

21

Es handelt sich hier nicht um eine Konstellation, wie sie vielleicht gegenüber der Audi AG bei einem EA 189-Motor angenommen werden könnte: Hier war der Hersteller des Motors und des Fahrzeugs in einer (juristischen) Person vereint. Irgend jemand bei der Beklagten, sei es im Vorstand (§ 31 BGB), sei es unterhalb dieser Entscheidungsebene (§ 831 BGB), musste den Einbau dieses Motors angeordnet haben.

22

Der Kläger selbst, als Partei vernommen, hat eingeräumt, 2015 oder 2016 vom Dieselskandal erfahren und dann das Schreiben der Beklagten (von 2016) erhalten zu haben. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger diesbezüglich die Unwahrheit gesagt haben sollte.

23

Damit war eine Klage 2016 vielleicht nicht risikolos (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 17.12.2020, VI ZR 739/20, WM 2021, 135, 135f., Randziffer 8), aber eben ohne Weiteres für den Kläger möglich.

24

Ein Neuanlauf der Verjährungsfrist aufgrund Aufspielen des Softwareupdates als Anerkenntnis nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte dieses nicht aus allein eigenem Antrieb, sondern ganz wesentlich aufgrund entsprechenden Bescheides des Kraftfahrtbundesamtes veranlasst hat.

25

7. Keinen Schadensersatzanspruch hat der Kläger wegen vorsätzlicher und sittenwidriger Schädigung im Zusammenhang mit dem Aufspielen des Softwareupdates: Denn damit könnte, die Richtigkeit des klägerischen Vortrags einmal unterstellt, der Kläger allenfalls einen gesonderten Entschädigungsanspruch bzw. gegebenenfalls ein Entfernen des Softwareupdates erreichen, nicht aber, was sein Klageziel ist, so gestellt zu werden, wie er vor Kauf des Kraftfahrzeugs stünde. Denn das Aufspielen des Softwareupdates hat mit dem Kauf des Kraftfahrzeugs nichts zu tun und kann daher nicht zur „Quasirückabwicklung“ des Kaufs führen.

II.

26

Der Kläger hat jedoch einen Schadensersatzanspruch als Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte nach § 852 Satz 1 BGB n. F.:

27

1. Der Senat teilt nicht die Ansicht des Erstgerichts und der Beklagten, dass dieser Anspruch aufgrund restriktiver Auslegung hier nicht anwendbar sei. Das wiederum würde den § 852 BGB leer laufen lassen.

28

2. Nicht ganz verständlich ist die Einwendung der Beklagten, dem Kläger sei gar kein Schaden entstanden. Die ständige Rechtsprechung des BGH steht dem entgegen (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 575/20, ZIP 2021, 1922, 1923, Randziffer 17 mit weiteren Nachweisen). Warum dies bei § 852 BGB anders sein sollte, ist nicht recht einsichtig. Der Vermögensverlust findet sich hier in der Hingabe des Kaufpreises (weil der Wert des Kraftfahrzeugs hierbei gerade nicht gegengerechnet werden darf). Im Übrigen wäre, Richtigkeit des Vortrags der Beklagten hierzu unterstellt, das Urteil des BGH vom 17.12.2020 (VI ZR 739/20, WM 2021, 135, 139, dort insbesondere Randziffer 29) unverständlich.

29

3. Ziel des § 852 BGB ist es, dem Schädiger das nicht zu belassen, womit er aufgrund seiner vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung noch bereichert ist (Palandt-Sprau, 80. Auflage, § 852 Randziffer 2).

30

4. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfolgenverweisung, wobei Erlangtes als jedweder Zufluss materieller oder immaterieller Art zu verstehen ist (Beck-Online Großkommentar, Stand: 01.06.2021, § 852 BGB Randziffer 17).

31

5. Der Anspruch wird der Höhe nach durch den Ursprungsanspruch (vor Verjährung) nach §§ 826, 249 Abs. 2 Satz 1 BGB begrenzt.

32

6. Außerdem muss dabei berücksichtigt werden, dass eigener üblicher Wareneinsatz, Personalkosten usw. abzuziehen sind. Das hat nichts mit der Frage der Entreicherung zu tun, da diese Kosten gerade vor der sittenwidrigen Schädigung des Klägers angefallen sind.

33

7. Dem gegenüber unverständlich ist der Vortrag der Beklagten, sich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen zu können. Die Argumentation der Beklagten würde auf den sicherlich falschen Rechtssatz hinauslaufen: „Je schwerwiegender der vorsätzliche und sittenwidrige Verstoß des Schädigers, um so mehr kann er sich auf Gutgläubigkeit im Sinne des § 819 Abs. 1 BGB berufen.“ Deshalb kann die Beklagte auch keinerlei Aufwendungen zur Schadensminimierung gegenrechnen.

34

8. Damit kann der Kläger von der Beklagten lediglich den von ihr erzielten Gewinn, bezogen auf sein Fahrzeug, herausverlangen. Nutzungersatz ist hiervon nicht noch einmal abzuziehen, da dieser bereits in die Bestimmung der „Kappungsgrenze“ (siehe oben Ziffer B II 5) für den Anspruch nach §§ 826, 249 Abs. 2 Satz 1 BGB eingeflossen ist.

35

9. Eine Klageänderung zum Ausgangsrechtsstreit wegen sittenwidriger Schädigung liegt in der Geltendmachung des Anspruchs nach § 852 Satz 1 BGB ebenfalls nicht (vgl. BGH, Urteil vom 16.01.1961, III ZR 204/59, VersR 1961, 326, 328 Ziffer II a; nach juris Randziffer 32).

36

10. Die Ursächlichkeit der sittenwidrigen Täuschung des Klägers über das Abgasverhalten seines erworbenen Fahrzeugs für den Kaufentschluss ist schon deshalb anzunehmen, weil ansonsten der Widerruf der Zulassung gedroht hätte. Dass er sich in dieser Kenntnis nicht auf einen entsprechenden Kauf eingelassen hätte, wie der Kläger als Partei bekundete, hält der Senat für nachvollziehbar und glaubhaft.

37

11. Unterstellt man fehlende Verjährung des Schadensersatzanspruchs nach § 826 BGB, hätte der Kläger einen solchen in Höhe von € 20.171,53, wobei der Senat die Nutzungsentschädigung durch lineare

Abschreibung nach Kilometern bei einer durchschnittlichen Laufleistung von 250.000 km schätzt (§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1088, Randziffern 79f.; s.a. Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, WM 2020, 1642, 1646, Randziffer 35f.; Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 533/20, WM 2021, 1817, 1820, Randziffer 32; Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 575/20, ZIP 2021, 1922, 1925, Randziffer 33):

Bruttoneupreis: € 26.000,00 (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 20.09.2021, Seite 2 = Bl. 118 d. A.).

Kilometerstand am Schluss der mündlichen Verhandlung: 56.043.

Durchschnittliche Laufleistung: 250.000 km (auch wenn dem Senat bewusst ist, dass viele Fahrzeuge wesentlich mehr Kilometer erbringen, darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass bereits weit vor Erreichen dieser Laufleistung Fahrzeuge durch Unfälle oder andere Schäden zu Totalschäden werden).

Nutzungsentschädigung: $56.043 / 250.000 \times € 26.000,00 = € 5.828,47$.

Schaden für den Kläger: $€ 26.000,00 - € 5.828,47 = € 20.171,53$.

38

12. Der Senat schätzt das von der Beklagte Erlangte auf € 1.536,30 (§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO):

39

Die absolute Obergrenze liegt bei € 20.171,53.

40

Die Beklagte hat das Rechtsgutachten von Prof. Dr. M. vom 22.10.2020 vorgelegt (vgl. Beklagtenanlageband), in dem auf Seite 62 eine Abschätzung des Instituts für Automobilwirtschaft abgedruckt ist, wonach der durchschnittliche Gewinn für ein Neufahrzeug bei 5,5% des Nettopreises liegt.

41

Der Senat geht davon aus, dass dieser Gewinn herauszugeben ist.

42

Da Rabatte sich im Allgemeinen negativ auf die Händlermarge auswirken, bleiben diese hier unberücksichtigt, sodass als Basis der Bruttoneukaufpreis von € 33.239,90 abzüglich 19% Umsatzsteuer, also € 27.932,69 zugrunde zu legen sind.

43

Der Kläger hat auf den Schriftsatz der Beklagten vom 11.02.2021, mit dem diese das Rechtsgutachten von Prof. Dr. M. vorlegte, hierzu konkret nichts vorgetragen. Auch wenn das Institut für Automobilwirtschaft als Teil der Hochschule für Wirtschaft und Umwelt Nürtingen-Geislingen möglicherweise der kraftfahrzeugherstellenden Industrie nahe stehen könnte (dem Senat ist hierzu allerdings nichts bekannt), erscheint die Gewinnabschätzung doch im Hinblick auf diese konkrete prozessuale Situation im vorliegenden Rechtsstreit nicht von Beklagtenseite interessengeleitet, zumal die Gewinnschätzung nicht für die Fragen des § 852 BGB angefertigt worden sein dürfte, so dass der Senat der Überzeugung ist, dass die Aufstellung als Schätzgrundlage tauglich ist.

44

Der herauszugebende Gewinn der Beklagten beläuft sich daher auf geschätzt 5,5% von € 27.932,69, ergibt € 1.536,30.

II.

45

Keinen Anspruch hat der Kläger hinsichtlich der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Klägervertreterin:

46

1. Bei Beauftragung der Klägervertreterin bestand noch kein Verzug (vgl. Schreiben Klägervertreterin vom 10.11.2020, Anlage K 2). Speziell bei verjährten Ansprüchen im Rahmen des sogenannten Dieselskandals war von vorneherein klar, dass sich die Beklagte auf keinerlei vorgerichtliche Regulierungen oder

vergleichsweise Einigungen einlassen würde, weshalb das Schreiben der Klägervertreterin vom 10.11.2020 sinnlos war und damit deren vorgerichtliche Tätigkeit nicht ersatzfähig ist.

47

2. Zudem sind diese abhängig von der Hauptsacheforderung, also dem Schadensersatzanspruch wegen sittenwidriger Schädigung, der zunächst vom Kläger geltend gemacht wurde. Da dieser aber verjährt ist, muss dies auch für den Nebenanspruch vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten gelten.

48

C Da die Forderung im Schreiben der Klägervertreterin vom 10.11.2020 (Anlage K 2) viel zu hoch war, ist nach Auffassung des Senats dadurch kein Verzug eingetreten (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.2005, X ZR 276/02, NJW 2006, 769, 771, Randziffer 24), sodass lediglich Rechtshängigkeitszinsen geschuldet sind.

49

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

50

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen und dieses Urteils erfolgte gemäß § 708 Nr. 10, § 708 Nr. 10 analog, § 711 ZPO.

51

Da es, soweit ersichtlich, bisher keine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der Höhe der nach § 852 Satz 1 BGB zu zahlenden Entschädigung im Rahmen des sogenannten Dieselskandals gibt, war insoweit die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen.

52

Die Beschränkung auf die Höhe des Verurteilungsbetrags ist wirksam (vgl. BGH, Urteil vom 26.10.2017, VII ZR 16/17, WM 2018, 195, 196, Randziffer 15).