Titel:

Haftung der Audi AG für den von der VW AG hergestellten Motor EA 189

Normenkette:

BGB § 31, § 195, § 199, § 826

ZPO § 138 Abs. 3, § 286, § 287

Leitsätze:

1. Eine Haftung der Audi AG bejahend: BGH BeckRS 2021, 40781; BeckRS 2021, 40870; BeckRS 2021, 47558; BeckRS 2021, 40834; BeckRS 2021, 40868; BeckRS 2022, 7235; OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 47025; OLG München BeckRS 2021, 17910; BeckRS 2021, 47841; BeckRS 2022, 12928; BeckRS 2022, 19243; BeckRS 2022, 19242; mit gegenläufigem Ergebnis: OLG München BeckRS 2021, 47474; BeckRS 2021, 47473; BeckRS 2021, 45190; BeckRS 2021, 42728; BGH BeckRS 2021, 6243. (redaktioneller Leitsatz)
2. Bei einer sehr geringen Nutzung des Fahrzeugs durch den Käufer (hier: ca. 3.000 km pro Jahr) kann die mögliche Gesamtleistung auf 200.000 km geschätzt werden. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)
3. Wenigstens ein Repräsentant von Audi wusste bei der Entscheidung über den Einsatz von Motoren EA189 in Audi-Fahrzeugen von der - evident unzulässigen - Umschaltlogik, unabhängig von der Frage der ausdrücklichen Besprechung der Umschaltlogik innerhalb der Erörterungen des Produkt-Strategie-Komitees. (Rn. 32) (redaktioneller Leitsatz)
4. Angesichts des ausgeklügelten Systems von Kontroll- und Berichtspflichten bei der Herstellerin erscheint es nicht plausibel, dass diese sämtlich gerade bei der Kenntnis von der Umschaltlogik - einer Software, die die Zulassungsfähigkeit hinsichtlich einer maßgeblichen Eigenschaft des Motors, nämlich seiner Abgasemissionen zumal bei Kenntnis der Schwierigkeit zur Lösung des Problems, überhaupt erst ermöglichte - versagt haben sollen. (Rn. 37) (redaktioneller Leitsatz)
5. Für Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB kommt es in Dieselfällen darauf an, dass der Käufer Kenntnis erlangt hat vom „Dieselskandal“ allgemein, von der konkreten Betroffenheit seines Wagens hiervon sowie von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, EA 189, Audi AG, arglistige Täuschung, Sittenwidrigkeit, unzulässige Abschaltvorrichtung, Kenntnis eines Repräsentanten, Kontroll- und Berichtspflichten, Verjährung, Gesamtleistung bei geringer jährlicher Fahrleistung

Vorinstanz:

LG Ingolstadt, Urteil vom 22.06.2020 – 53 O 2888/19

Fundstelle:

BeckRS 2022, 21753

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 22.06.2020, Az. 53 O 2888/19, wird zurückgewiesen.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 22.06.2020, Az. 53 O 2888/19, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 42.916,32 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 43.320,96 € vom 15.01.2020 bis 17.05.2020, aus 43.047,12 € vom 18.05.2020 bis 03.04.2022 und aus 42.916,32 € seit dem 04.04.2022 Zug, um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs der Marke mit der Fahrgestellnummer ... zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.706,94 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.01.2020 zu bezahlen.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat die Klagepartei 22%, die Beklagte 78% zu tragen.

3. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

4. Von den Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger 23%, die Beklagte 77% zu tragen.

5. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts Ingolstadt - soweit es aufrechterhalten wurde - sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klagepartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Entscheidungsgründe

I.

1

Gegenstand des Rechtsstreits sind Ansprüche, die die Klagepartei gegen die Beklagte wegen des Erwerbs eines Diesel-Pkws geltend macht.

2

Die Klagepartei erwarb am 13.10.2014 zu einem Preis von 48.000 € brutto ein von der Beklagten hergestelltes Neufahrzeug Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor vom Typ ... ausgestattet. Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Der Kilometerstand bei Erwerb betrug 0 km, zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz am 18.05.2020 20.092 km und zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 04.04.2022 21.182 km.

3

Zur Abgasreinigung wird im streitgegenständlichen Fahrzeug die Abgasrückführung eingesetzt. Das Fahrzeug ist betroffen von einem Rückruf wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Die im Zusammenhang mit dem Motor verwendete Software erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wird und schaltet in diesem Fall in den Abgasrückführungsmodus 1, einen Stickoxid (NOx)-optimierten Modus. In diesem Modus findet eine Abgasrückführung mit niedrigem Stickoxidausstoß statt. Im normalen Fahrbetrieb außerhalb des Prüfstands schaltet der Motor dagegen in den Abgasrückführungsmodus 0, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer und der Stickoxidausstoß höher ist. Für die Erteilung der Typgenehmigung der Emissionsklasse Euro 5 maßgeblich war der Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand. Die Stickoxidgrenzwerte der Euro 5-Norm wurden nur im Abgasrückführungsmodus 1 eingehalten.

4

Vorgerichtlich forderte die Klagepartei mit anwaltlichem Schreiben vom 22.11.2019 die Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs abzüglich einer Nutzungsentschädigung unter Berücksichtigung des aktuellen Kilometerstandes von 19.000 km bei einer angenommenen Gesamtleistung von 350.000 km sowie die Zahlung der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung unter Fristsetzung bis zum 29.11.2019.

5

Mit Klage vom 03.12.2019, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag und der Beklagten zugestellt am 14.01.2020, forderte die Klagepartei zuletzt die Erstattung des vollständigen Kaufpreises nebst Delikts- bzw. Verzugszinsen abzüglich einer im Termin auf 2.755,47 € bezifferten Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs, die Feststellung von Annahmeverzug der Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs und die Verurteilung zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

6

Die Beklagte beruft sich auf Verjährung.

7

Ergänzend wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.

8

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 22.06.2020 teilweise zugesprochen, nämlich verurteilt zur Zahlung in Höhe von 44.785,28 € nebst Rechtshängigkeitszinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie zur Zahlung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.706,94 € bei einer Kostenverteilung von 7% zu Lasten der Klagepartei und 93% zu Lasten der Beklagten. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Beklagte dem Kläger nach § 826 BGB hafte, weil ihr durch die Beklagte in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich ein Schaden zugefügt worden sei. Im Rahmen der Rückgängigmachung des Kaufvertrages müsse sich die Klagepartei den Abzug einer Nutzungsentschädigung gefallen lassen, bei deren Berechnung das Landgericht eine Gesamtaufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 300.000 km zugrunde legte.

9

Hiergegen richten sich die von beiden Parteien eingelegten Berufungen.

10

Die Klagepartei hält den Abzug der vom Landgericht vorgenommenen Nutzungsentschädigung für zu hoch und begehrt mit der Berufung einen weiteren Betrag von 459,25 € bei Zugrundlegung einer Gesamtaufleistung von 350.000 km. Daneben begehrt die Klagepartei Deliktzinsen vom 14.10.2014 bis 02.12.2019 aus einem Betrag von 48.000 €, was den Betrag von ca. 10.000,00 € ergibt. Hinsichtlich des Berufungsvorbringens der Klagepartei wird ergänzend auf die Berufungsbegründung vom 25.08.2020, Bl. 438 ff. d.A., Bezug genommen.

11

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Ingolstadt, 53 O 2888/19, verkündet am 22.06.2020 und zugestellt am 25.06.2020, die Beklagte zu verurteilen,

1. an den Kläger weitere 459,25 Euro nebst Zinsen in Höhe von vier Prozent seit dem 14.10.2014 bis zum 02.12.2019 aus einem Betrag in Höhe von 48.000,00 Euro und seither in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 459,25 Euro zu zahlen.
2. Hilfsweise, das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Ingolstadt, 53 O 2888/19, verkündet am 22.06.2020 und zugestellt am 25.06.2020 aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurück zu verweisen.
3. Hilfsweise, die Revision zuzulassen.

12

Die Beklagte beantragt in der Berufung,

das am 22.06.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Ingolstadt, 53 O 2888/19, im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

13

Beide Parteien beantragten ferner,

die jeweilige Berufung der Gegenseite zurückzuweisen.

14

Zur Begründung ihrer eigenen Berufung trägt die Beklagte vor, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft eine Haftung der Beklagten nach § 826 BGB angenommen habe. Eine solche Haftung scheidet aus, weil die Beklagte den im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten EA 189-Motor nicht entwickelt habe. Die Klagepartei habe nicht substantiiert vorgetragen, dass die Beklagte von der Verwendung der als unzulässig gerügten Motorsoftware-Konfiguration Kenntnis gehabt habe und eine Schädigung der Klagepartei billigend

in Kauf genommen habe. Eine sekundäre Darlegungslast komme nicht in Betracht, im Übrigen sei die Beklagte dieser aber sogar nachgekommen. Durchgeführte Untersuchungen hätten ergeben, dass der damalige Vorstand der Beklagten weder von der Programmierung noch von der Verwendung der Umschaltlogik in europäischen Dieselfahrzeugen mit dem Motortyp EA 189 Kenntnis gehabt habe. Rechtsfehlerhaft unterstelle das Landgericht ferner einen Kausalzusammenhang zwischen dem angeblichen Verschweigen der Umschaltlogik bei Kaufvertragsschluss und der Kaufentscheidung der Klagepartei. Der Kausalitätsnachweis sei von der Klagepartei nicht erbracht worden. Darüber hinaus habe das Landgericht bei der Berechnung des von der Klagepartei geschuldeten Nutzungersatzes verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche Vorschriften verletzt. Die Berechnung halte der rechtlichen Überprüfung nicht stand und entlaste die Klagepartei unbillig. Der Nutzungersatz sei nicht linear, sondern degressiv zu berechnen. Insofern sei auch die Berufung der Klagepartei unbegründet. Zu Unrecht sei auch ein Anspruch auf Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zugesprochen worden. Diese Kosten seien zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im konkreten Fall nicht erforderlich und demnach nicht ersatzfähig gewesen. Im Übrigen erhebt die Beklagte erneut die Einrede der Verjährung.

15

Die Klagepartei hingegen verteidigt - abgesehen von der Berechnung der Nutzungsentschädigung auf der Grundlage einer Gesamtlauflistung von 350.000 km - die Entscheidung des Landgerichts. Der Kausalzusammenhang sei gegeben, was der BGH im Urteil vom 25. Mai 2020, Az. VI ZR 252/19, bestätigt habe. Eine Haftung der Beklagten sei gegeben. Diese könne mit ihrem Einwand, den im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor EA 189 nicht entwickelt zu haben, nicht durchdringen. Eine Haftung treffe neben dem Motorenhersteller auch den Fahrzeughersteller für das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen, auch wenn er an der Entwicklung oder Herstellung des Motors nicht beteiligt war. Die implementierte Abschaltvorrichtung in Form der Umschaltlogik sei ursprünglich von der Beklagten unter der Leitung von ... als sog. „Akustikfunktion“ entwickelt und von 2004 bis 2008 in Fahrzeuge der Beklagten mit V6 TDI-Motoren und Euro 4 Abgasnorm implementiert worden. Mit dem Wechsel von ... im Jahr 2007 in den Vorstand der ... AG sei der Entschluss gefasst worden, die zuvor unter seiner Leitung bei der Beklagten entwickelte „Akustikfunktion“ serienmäßig als „Umschaltlogik“ in alle Fahrzeuge des ...-Konzerns mit EA 189 Dieselmotor zu implementieren. Der Vorstand der beklagten Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs sowie Entwicklerin der darin implementierten unzulässigen Abschaltvorrichtung, insbesondere das Vorstandsmitglied ..., habe von der Funktionsweise und der Unzulässigkeit der auch in ihren Fahrzeugen implementierten Abschaltvorrichtung gewusst. Mit diesen Ausführungen sei die Klagepartei ihrer primären Darlegungslast nachgekommen.

16

Der Senat hat mit Beschluss vom 31.03.2022, Bl. 649 ff. d.A., Hinweise erteilt und über den Rechtsstreit am 04.04.2022 mündlich verhandelt. Insofern wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. Auf eine erneute Anhörung des Klägers und eine Parteieinvernahme hat die Beklagte verzichtet.

17

Im Übrigen wird zur Ergänzung des Sach- und Streitstands auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

18

Die Berufungen beider Parteien sind zulässig, teilweise begründet in Bezug auf die Höhe der abzuziehenden Nutzungsentschädigung ist die Berufung der Beklagten. Wie das Landgericht nimmt auch der Senat im Ergebnis eine Haftung der Beklagten vorliegend an.

19

A. Die Berufung der Klagepartei ist unbegründet.

20

1. Ein Anspruch auf Deliktzinsen besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht, vgl. u. Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 354/19, vom 21.12.2021, VI ZR 212/20. Ein solcher Anspruch scheidet aus Rechtsgründen aus, da der Kläger als Gegenleistung für die Kaufpreiszahlung ein in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbares Fahrzeug erhalten hat. Die Zuviehforderung bezüglich der Deliktzinsen, die nicht

zuzusprechen sind, war bei der Kostenentscheidung sowohl in erster als auch zweiter Instanz zu berücksichtigen.

21

2. Ein weitergehender Anspruch wegen der Berechnung der Nutzungsentschädigung besteht nicht. Im Gegenteil war auf die Berufung der Beklagten ein höherer Abzug vorzunehmen.

22

Die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs ist in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters. Der Senat schätzt in Anbetracht des festgestellten Fahrzeugtyps, des Datums seiner Erstzulassung sowie der konkreten, hier sehr geringen Nutzung des Fahrzeugs durch den Kläger die mögliche Gesamtleistung auf 200.000 km. Mit dieser Schätzung bewegt sich der Senat innerhalb der Bandbreite der von anderen Gerichten jeweils vorgenommenen Schätzung der gesamten Laufleistung (u.a. BGH, Urteil vom 27.07.2021, Az.: VI ZR 480/19, Rdnr. 26). Weitere aussagekräftige Umstände, welche die zu erwartende Gesamtleistung des Fahrzeugs beeinflussen, sind nicht dargetan (vgl. BGH, Urteil vom 29.09.2021, Az.: VIII ZR 111/20, Rdnr. 52 ff., 58). Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Ermittlung der Gesamtleistung war nicht geboten, vgl. BGH, Urteil vom 23.03.2021, VI ZR 3/20 sowie vom 18.05.2021, VI ZR 720/20.

23

B. Die Berufung der Beklagten hat nur geringfügig in Bezug auf die vom Kaufpreis abzuziehende Nutzungsentschädigung Erfolg. Im Übrigen war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

24

1. Die Beklagte haftet gem. §§ 826, 31 BGB aufgrund eigenen deliktischen Handelns.

25

Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass sie die - u.a. im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzten - Motoren EA189 samt Motorsteuerungssoftware nicht entwickelt bzw. nicht mitentwickelt hat. Sie handelte durch die ihr zuzurechnenden Repräsentanten i.S.v. § 31 BGB sittenwidrig i.S.v. § 826 BGB, indem sie entschied, Motoren EA189 in Kenntnis der dazu programmierten Umschaltlogik als Software zur Erschleichung der Typgenehmigung in die von ihr hergestellten Fahrzeuge serienweise einzubauen, um diese anschließend in den Verkehr zu bringen.

26

Mindestens ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten im Sinne von § 31 BGB hat die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht. Davon ist der Senat aufgrund der Gesamtwürdigung des Parteivorbringens gemäß § 286 ZPO überzeugt. Dies folgt aber auch aus § 138 Abs. 3 ZPO, weil die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht ausreichend nachgekommen ist.

27

Sittenwidrig ist nach der nunmehr auch speziell in Bezug auf Dieselfälle seitens des BGH gefestigten Rechtsprechung ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19, Rdnr. 14 f.).

28

Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die

ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerber in der Bewertung gleich (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19, Rdnr. 16 ff.).

29

Bereits die objektive Sittenwidrigkeit des Herstellens und des Inverkehrbringens von Kraftfahrzeugen mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Verhältnis zum Fahrzeugerber setzt voraus, dass es in Kenntnis der Abschaltvorrichtung und im Bewusstsein ihrer - billigend in Kauf genommenen - Unrechtmäßigkeit geschieht (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2021, Az. VI ZR 505/19, Rdnr. 21, Beschluss vom 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19, Rdnr. 19, vom 09.03.2021, Az. VI ZR 889/20, Rdnr. 28).

30

a) Ein derartiges Vorstellungsbild steht zur Überzeugung des Senats fest im Hinblick auf Personen, für deren Verhalten die Beklagte einzustehen hat. Der Senat ist überzeugt i.S.v. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, dass wenigstens ein Repräsentant der Beklagten i.S.v. § 31 BGB von der - evident unzulässigen - Umschaltlogik bei der Entscheidung über den Einsatz von Motoren EA189 in Fahrzeugen der Beklagten gewusst hat.

31

Soweit die Beklagte einwendet, eine Überzeugungsbildung i.S.v. § 286 ZPO verstoße gegen BGH, Urteil vom 26.04.1989, Az. IVb ZR 52/88, ist festzuhalten, dass sich der BGH in seiner Urteilsreihe vom 25.11.2021 u.a. explizit mit der Prüfung der Feststellungen auf der Grundlage einer Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO in den Ausgangsentscheidungen befasst und seine Beurteilung ausführlich begründet hat (Az. VII ZR 238/20, Rdnr. 29 ff., VII ZR 243/20, Rdnr. 28 ff., VII ZR 257/20, Rdnr. 30 ff. und VII ZR 38/21, Rdnr. 28 ff.; deutlich dazu: BGH, Beschluss vom 12.01.2022, Az. VII ZR 256/20, Rdnr. 18). Der BGH hat insbesondere auch klargestellt, dass die Tatsachenfeststellung in Dieselfällen nicht beschränkt ist auf Feststellungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 25.11.2021, Az. VII ZR 243/20, Rdnr. 35).

32

Die Beklagte führt aus, im Rahmen der grundsätzlichen Entscheidung über die Verwendung des Motors EA189 in Fahrzeugen ihrer Herstellung durch das Produkt-Strategie-Komitee im Jahr 2005/2006, das sich aus einzelnen Mitgliedern des Vorstands sowie einzelnen Mitgliedern aus den Fachabteilungen zusammensetzte, und der fortlaufenden nochmaligen Entscheidung zum Einsatz des Motors EA189 jeweils in Bezug auf das konkret entwickelte Modell, habe man lediglich den serienmäßigen Einsatz des Motors EA189 beschlossen, sich dabei aber nicht mit der konkreten technischen Ausstattung einschließlich der Umschaltlogik befasst, man habe insbesondere im Produkt-Strategie-Komitee nur über den Einsatz des Motorentyps entschieden und dabei nur finanzielle und zeitliche Planungsaspekte einbezogen, nicht jedoch technische Details der streitgegenständlichen Software (Bl. 558 d.A.). Der Senat ist aber davon überzeugt, dass wenigstens ein Repräsentant der Beklagten i.S.v. § 31 BGB bei der Entscheidung über den Einsatz von Motoren EA189 in Fahrzeugen der Beklagten von der - evident unzulässigen - Umschaltlogik gewusst hat, unabhängig von der Frage der ausdrücklichen Besprechung der Umschaltlogik innerhalb der Erörterungen des Produkt-Strategie-Komitees.

33

Beim Motor eines Fahrzeugs handelt es sich um dessen „Kernstück“, nicht bloß um ein untergeordnetes Zuliefererteil. Bei den Emissionswerten eines Fahrzeugs handelt es sich wiederum nicht um bloße technische Details und damit Fragen von vollkommen untergeordneter Bedeutung, vielmehr geht es um die Einhaltung der gesetzlich festgelegten Grenzwerte sowie dem Schutz der Umwelt und der Bevölkerung. Gleichzeitig handelt es sich um eine Entscheidung von großer Tragweite mit erheblichen, auch persönlichen, Haftungsrisiken für die Entscheider.

34

Hinzu kommt, dass das Spannungsverhältnis zwischen kostengünstiger Produktion und den durch die nach den gesetzgeberischen Vorgaben zu den Euro-Schadstoffklassen stets strengeren Anforderungen an die Begrenzung der Stickoxidemissionen seinerzeit bei Automobilherstellern allgemein bekannt war. Die

Einhaltung der relevanten Stickoxidgrenzwerte für den Motor EA189 stellte unter Berücksichtigung des grundsätzlichen Verbots von Abschaltvorrichtungen eine Herausforderung dar, die jedem Kraftfahrzeughersteller, der sich wie die Beklagte selbst mit der Entwicklung von Dieselmotoren befasste, bekannt war.

35

In diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen vermag der Einwand der Beklagten, bei den vor ihr entwickelten und hergestellten Dieselmotoren handele es sich um ganz andere Motoren. Zwar mögen diese Motoren leistungstärker und die Zylinder anders angeordnet sein. Das grundlegende Problem der Entstehung von Stickoxiden aufgrund hoher Verbrennungstemperaturen stellt sich bei jedem Dieselmotoren. Auch gelten für alle diese Motoren die gleichen gesetzlichen Stickoxidgrenzwerte.

36

Ferner sind der Beklagten ausweislich ihres Vortrags durchaus Aspekte der Abgasreinigung im Zusammenhang mit dem Motor EA189 bekannt: sie weiß, dass bei den für den deutschen Markt bestimmten Fahrzeugen mit Motor EA189 der Euroschadstoffnorm 4 bis 6 die Abgasreinigung durch Hochdruck-Abgasrückführung, durch einen Dieseloxydationskatalysator und Dieselpartikelfilter („Hardwarekomponenten“) stattfindet, aber eine Abgasnachbehandlung durch Stickstoffspeicherkatalysator wie bei den für den USamerikanischen Markt bestimmten Fahrzeugen nicht zum Einsatz kommt (Bl. 557 ff.). Die Beklagte führt außerdem aus, dass die „Konzernleitung“ die generelle Umstellung vom Pumpe-Düse-System auf das Common-Rail-System befasste war, Bl. 556 d.A. Die Einspritzcharakteristik ist aber wesentlich für die Optimierung des Verbrennungsprozesses und steht damit im Zusammenhang mit der Abgasreinigung durch Abgasrückführung, vgl. auch die Ausführungen der Beklagten zum Software-Update, Seite 9 der Klageerwiderung.

37

Auch angesichts des von der Beklagten beschriebenen ausgeklügelten Systems von Kontroll- und Berichtspflichten (Bl. 567 ff. d.A.) erscheint es nicht plausibel, dass diese sämtlich gerade bei der hier inmitten stehenden Kenntnis von der Umschaltlogik - einer Software, die die Zulassungsfähigkeit hinsichtlich einer maßgeblichen Eigenschaft des Motors, nämlich seiner Abgasemissionen zumal bei Kenntnis der Schwierigkeit zur Lösung des Problems, überhaupt erst ermöglichte - versagt haben sollen.

38

Zwar hat die Beklagte ihren Vortrag zur von ihr behaupteten Unkenntnis in Bezug auf die Umschaltlogik von Personen, deren Handeln sie sich nach § 31 BGB zurechnen lassen muss, mittlerweile vertieft. Sie trägt vor, inzwischen seien die internen Untersuchungen abgeschlossen, Bl. 548 ff. d.A. Danach hätten sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass Vorstände im aktienrechtlichen Sinn bzw. andere Repräsentanten die für eine Haftung nach § 826 BGB maßgeblichen Kenntnisse gehabt hätten, und führt dies auch konkret aus in Bezug auf von der Klagepartei benannte Personen.

39

Dieser Vortrag ist jedoch nicht ausreichend. Soweit sich die Beklagte auf Ergebnisse von Untersuchungen durch die Kanzleien ... und ... beruft, sprechen auch diese nicht gegen eine Kenntnis bei der Beklagten von der Manipulationssoftware. Die Untersuchungen durch die Kanzlei ... sind schon deshalb nicht aussagekräftig, weil der Schwerpunkt im Bereich des Dieselmotors V6 3.0 TDI lag. Aber auch die Untersuchungen der Kanzlei ... führen nicht weiter. Zu allen Untersuchungen wird nicht mitgeteilt, welcher konkrete Auftrag vorgelegen hat und wie die Untersuchungen geführt worden sind. Inhalte und Ergebnisse werden nur pauschal offenbart und betont, dass bis heute keine Anhaltspunkte für eine Kenntnis vor dem 18.09.2015 bei den Vorstandsmitgliedern oder anderer Repräsentanten vorlägen.

40

Eine Indizwirkung im Sinne der Beklagten vermag der Senat schließlich nicht in dem Umstand zu sehen, dass die internen Ermittlungen nicht zu Schadensersatzansprüchen der Beklagten gegen ihre Verantwortlichen bzw. zu weiteren staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren geführt hätten. Nach den Ausführungen der Beklagten bezogen sich die nach Darstellung der Beklagten umfangreichen internen Ermittlungen der Kanzlei ... in Zusammenarbeit mit Deloitte zur Beklagten im Schwerpunkt nicht auf den hier inmitten stehenden Sachverhalt der Verwendung der Motoren EA189, sondern auf Manipulationen bei den von der Beklagten selbst entwickelten 3-l-V6-Motoren. Die Staatsanwaltschaft München II hat

gegenüber der Beklagten wegen Aufsichtspflichtverletzungen im Bereich „Abgas Service / Zulassung Aggregate“ bei der Prüfung von Fahrzeugen auf ihre regulatorische Konformität u.a. wegen des Einsatzes des Motors EA189 in Fahrzeugen weltweit ein Ordnungswidrigkeitenverfahren geführt und ein Bußgeld verhängt. Dies allein und der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft Braunschweig kein Ermittlungsverfahren eingeleitet hat, lässt keinen Rückschluss zu auf die dort jeweils bestehenden Kenntnisse und Entscheidungsmotive - erst recht nicht allein im Sinne des Beklagtenvortrags. Die Beklagte selbst legt überdies als Anlage B 5 das „Statement of Facts“ vor, aus dem sich ergibt, dass es im Hinblick auf die Vorgänge in den USA u.a. durch Angestellte der Beklagten zur Vernichtung von Unterlagen gekommen ist mit dem Ziel der Vermeidung rechtlicher Konsequenzen (ebenda, Nr. 73).

41

Die umfänglichen Ausführungen der Beklagten zur fehlenden Kenntnis ihrer Vorstände im aktienrechtlichen Sinne und sonstiger Repräsentanten mit der Begründung, sie habe den Motor nicht entwickelt bzw. nicht mitentwickelt, sei am Homologationsprozess nicht beteiligt gewesen und habe aufgrund des bestehenden Baukastenprinzips mit automatisierten Produktionsprozessen ohne Einwirkungs- oder Überprüfbarkeit beim Aufspielen der Motorsteuerungssoftware bzw. später bei der Überwachung der Produktion keine Kenntnisse erlangen können, verfangen nicht, da der Senat - bei Wahrunterstellung des Vortrags der Beklagten insoweit - in der Entscheidung über die Verwendung des Motors EA189 in Kenntnis der Umschaltlogik das deliktische Handeln sieht.

42

Diese Wertung liegt bereits den Entscheidungen des Senats zugrunde, zu denen durch den BGH unter dem 25.11.2021 bestätigende Entscheidungen (Az.: VII ZR 238/20, VII ZR 243/20, VII ZR 257/20 und VII ZR 38/21) ergangen sind. Der Senat hat hierauf mit Beschluss vom 31.03.2022 (Bl. 649 ff. d.A.), hingewiesen. Trotz Einräumung einer Schriftsatzfrist im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist eine Ergänzung des Vortrags nicht erfolgt. Die Beklagte beschränkt sich darauf, eine Kenntnis der „Mitglieder des Produkt-Strategie-Komitees“ von der Umschaltlogik in Abrede zu stellen, ohne die - in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug - konkret Beteiligten zu benennen und konkret zu ihrem Kenntnisstand - ggfls. nach Befragung im Rahmen der internen Ermittlungen - vorzutragen. Der Senat nimmt insoweit Bezug auf den Hinweisbeschluss vom 31.03.2022.

43

b) Darüber hinaus gelten die Behauptungen der Klagepartei, dass mindestens ein Organ oder Repräsentant der Beklagten von der unzulässigen Steuerungssoftware Kenntnis gehabt habe und der flächendeckende Einsatz der Software mit Wissen und Willen des Vorstandes erfolgt sei, nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Die Beklagte trifft hier, ebenso wie die ... AG (BGH, Urteil vom 25.05.2019, VI ZR 252/19, Rn. 34 ff., Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, Rn. 14 ff.) eine sekundäre Darlegungslast, der sie nicht ausreichend nachgekommen ist. Das Bestreiten der Beklagten ist unzureichend im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO und der klägerische Vortrag damit zugestanden.

44

Wer einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, trägt im Grundsatz die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person hat der Anspruchsteller dementsprechend auch darzulegen und zu beweisen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat. In bestimmten Fällen ist es Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungslast zu den Behauptungen der beweisbelasteten Partei substantiiert zu äußern. Dabei hängen die Anforderungen an die Substantiierung des Bestreitens zunächst davon ab, wie substantiiert der darlegungspflichtige Gegner - hier die Klagepartei - vorgetragen hat. In der Regel genügt ein einfaches Bestreiten. Eine sekundäre Darlegungslast kann den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei treffen, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (z.B. BGH, Urteil 08.03.2021, Az. VI ZR 505/19, Rdnr. 25 ff.). Nach diesen Grundsätzen setzt eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu Vorgängen innerhalb ihres Unternehmens, die auf eine Kenntnis ihrer Repräsentanten von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung schließen lassen sollen, jedenfalls voraus, dass das Parteivorbringen hinreichende

Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen (BGH, Urteil vom 08.03.2021, Az. VI ZR 505/19, Rdnr. 28).

45

Anders als die Beklagte einwendet, sind die möglichen Anhaltspunkte nicht beschränkt auf die im Urteil des BGH vom 08.03.2021, Az. VI ZR 505/19, Rdnr. 30, genannten Umstände. Maßgeblich bleibt der Vortrag im Einzelfall, was bestätigt wird durch BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az. VII ZR 52/21, Rdnr. 24 ff.

46

Nach diesen Grundsätzen traf die Beklagte die sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Frage, wer die Entscheidung über den serienmäßigen Einsatz der Motoren EA189 in Kenntnis der Umschaltlogik getroffen hat. Die Umstände, nach denen vorliegend eine Kenntnis der für die Beklagte handelnden und dieser zuzurechnenden Personen naheliegt, ergeben sich bereits aus den vorstehenden Ausführungen. Das Spannungsverhältnis zwischen der Herstellung kostengünstiger Motoren bei gleichzeitiger Einhaltung der gesetzlich weiter verschärfte Stickoxidgrenzwerte sowie grundsätzlichem Verbot des Einsatzes von Abschaltvorrichtungen war bei Automobilherstellern bekannt. Die Beklagte selbst entwickelt Dieselmotoren. Gleichzeitig waren der Beklagten die Hardwarekomponenten wie auch Aspekte der Funktion der Abgasreinigung im Zusammenhang mit dem Einsatz der Motoren EA189 (im Vergleich zu dem bis dahin verwendeten ...motor EA188) bekannt. Die Entscheidung über den serienweisen Einsatz der Motoren EA189 in Fahrzeugen der Beklagten betraf eben nicht bloß ein untergeordnetes Zuliefererteil, sondern den Motor als „Kernstück“ des Fahrzeugs; die Emissionseigenschaften des Fahrzeugs sind für dieses wesentlich und nicht bloß ein technisches Detail. Die Entscheidung über den serienweisen Einsatz der Motoren EA189 in Fahrzeugen der Beklagten war mit erheblichen, auch persönlichen, Haftungsrisiken der entscheidenden Personen verbunden. Eine Unkenntnis des Einsatzes der Umschaltlogik auf Ebene von Personen, die der Beklagten zuzurechnen sind nach § 31 BGB, erscheint ausgeschlossen, zumal in Anbetracht des ausgeklügelten und streng hierarchischen Kontroll- und Berichtswesen innerhalb der Beklagten. Dem ist die Beklagte, wie sich ebenfalls aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, nicht hinreichend entgegengetreten; insbesondere blieben ihre internen Ermittlungen, auf deren negatives Ergebnis die Beklagte sich beruft, unzureichend. Der Vortrag zum Kenntnisstand der Beteiligten im Rahmen des Produkt-Strategie-Komitees blieb pauschal.

47

2. Vor diesem Hintergrund ist auch der Schädigungsvorsatz zu bejahen. Dieser enthält ein Wissens- und Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchsstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben und mindestens mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben; Vorstandsmitglieder oder Repräsentanten, die in Kenntnis der Umschaltlogik den serienmäßigen Einsatz der Motoren in ihren Fahrzeugen anordnen oder nicht unterbinden, billigen ihn auch und sind sich der Schädigung der späteren Fahrzeugerber bewusst.

48

3. Die Einwände der Beklagten gegen das Bestehen der haftungsbegründenden Kausalität greifen nicht durch.

49

Schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass die Klagepartei den streitgegenständlichen Pkw nicht gekauft hätte, wenn sie um die unzulässige Software und die davon ausgehende Gefahr der Betriebsuntersagung gewusst hätte; der Schaden liegt in der Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 47 ff.). Kein vernünftiger Käufer hätte in Kenntnis dieses Sachverhalts, insbesondere der Gefahr der Betriebsuntersagung, den Pkw erworben, zumal zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht die Möglichkeit bestanden hätte, mittels des erst später entwickelten Softwareupdates die Manipulation am Motor zu beseitigen. Der Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt erfolgte erst später. Auf die Frage der Umweltfreundlichkeit des Fahrzeugs als Kaufmotiv kommt es damit - anders als die Beklagte einwendet - nicht an.

50

Auch aufgrund der Angaben der Klagepartei persönlich im Rahmen ihrer erstinstanzlichen Anhörung belegt den Kausalzusammenhang, Bl. 302 ff. d.A. Die Beklagte hat auf die förmliche Parteieinvernahme verzichtet.

51

4. Der Anspruch ist auch nicht bereits verjährt.

52

Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Die Klagepartei hat zur Überzeugung des Senats nicht bereits im Jahr 2015 Kenntnis von der Betroffenheit ihres Fahrzeugs erlangt. Die Unkenntnis im Jahr 2015 war auch nicht grob fahrlässig. Vorliegend trat Verjährung frühestens mit Ablauf des 31.12.2019 ein; die Klageerhebung noch im Jahr 2019 erfolgte rechtzeitig, 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Im Einzelnen:

53

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt es hinsichtlich der Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in Dieselfällen darauf an, dass der Käufer Kenntnis erlangt hat vom „Dieselskandal“ allgemein, von der konkreten Betroffenheit seines Wagens hiervon sowie von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung, wobei von letzterem naturgemäß auszugehen ist (BGH, Urteil vom 17.12.2020, Az.: VI ZR 739/20, Rdnr. 5, 8, 17, vom 29.07.2021, Az.: VI ZR 1118/20, Rdnr. 14 ff., Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 294/20, Rdnr. 8 f., Urteilsserie vom 10.02.2022, Az.: VII ZR 692/21, Rdnr. 24, Az.: VII ZR 717/21, Rdnr. 24, Urteil vom 21.02.2022, Az.: VIa ZR 8/21, Rdnr. 37). Der Kläger wurde erstinstanzlich befragt, wann er erfahren hat, dass auch sein Fahrzeug vom Dieselskandal betroffen ist. Dazu führte er aus, dass er bis zum Eingang des Schreibens des Kraftfahrt-Bundesamts immer geglaubt habe, dass alles ok sei und er davon ausgegangen sei, dass in seinem Fahrzeug ein von der Beklagten entwickelter Motor verbaut sei. Wann er das Schreiben des Kraftfahrt-Bundesamtes erhalten hat, konnte der Kläger nicht sagen. Damit ist von der darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten der Nachweis nicht geführt, dass der Kläger schon im Jahr 2015 von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs erfahren hat.

54

Zur Überzeugung des Senats war hier auch die Nichtverschaffung der konkreten Kenntnis von der konkreten Betroffenheit noch im Jahr 2015 - auch bei Unterstellung einer allgemeinen Kenntnis vom „Dieselskandal“ im Jahr 2015 - nicht grob fahrlässig i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, und zwar auch unter Berücksichtigung der insofern breiten Medienberichterstattung, Information der Händler wie Servicepartner und Schaffung einer Abfragemöglichkeit im Internet. Auf die umfangreichen und zutreffenden Ausführungen des Landgerichts nimmt der Senat Bezug. Der Zeitraum vom Bekanntwerden des „Dieselskandals“ im September 2015 bis zum 31.12.2015 war recht kurz. Auch bei Unterstellung einer Kenntnis vom „Dieselskandal“ allgemein noch im Jahr 2015 hat die Klagepartei nachvollziehbar dargelegt, dass sie dies jedenfalls zunächst nicht auf ... bezogen hat. Ein Zuwarten, zumindest bis zum Ende des Jahres 2015 war damit jedenfalls nicht schlechterdings unverständlich; der Senat nimmt Bezug auf die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 192/20, Rdnr. 12+35, Urteilsserie vom 10.02.2022, Az.: VII ZR 396/21, Rdnr. 21 ff., Az.: VII ZR 679/21, Rdnr. 24 ff., Az.: VII ZR 692/21, Rdnr. 25 ff., vom 21.02.2022, Az.: VIa ZR 8/21, Rdnr. 38 ff.).

55

5. Im Wege der Vorteilsanrechnung ist das streitgegenständliche Fahrzeug herauszugeben und das Eigentum zu übertragen sowie ein Ersatz der gezogenen Nutzungen vorzunehmen (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 65 ff.).

56

Wie bereits unter A. ausgeführt, ist die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters. Der Senat schätzt in Anbetracht des festgestellten Fahrzeugtyps, des Datums seiner Erstzulassung sowie der hier vorliegenden konkreten Nutzung die mögliche Gesamtleistung auf 200.000 km.

57

Das Landgericht hat bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung auf die nach der Rechtsprechung des BGH gebilligte lineare Berechnung des Nutzungersatzes abgestellt, was der Senat als zutreffend ansieht. Aus der grundsätzlichen Billigung einer linearen Berechnungsmethode folgt zwar nicht zwingend, dass andere Berechnungsmethoden unzulässig wären, weil dem Tatrichter nach § 287 ZPO ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird. Da der Schaden aber in dem ungewollten Vertragsschluss liegt, ist

der vom Bundesgerichtshof erfolgte Rückgriff auf die Wertung des Nutzungersatzes nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB aber folgerichtig. Der Senat folgt ausdrücklich nicht dem Ansatz, den Wert der Nutzung eines Neuwagens höher anzusetzen als den eines älteren Fahrzeugs. Die lineare Berechnung ist dem Geschädigten zumutbar und entlastet die Schädigerin nicht unangemessen. Sie entspricht schon vom Wortlaut den „gezogenen Nutzungen“ (BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 397/19, Rdnr. 36, vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 354/19, Rdnr. 15, vom 20.07.2021, Az.: VI ZR 533/20, Rdnr. 33, vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 192/20, Rdnr. 46, vom 21.04.2022, Az.: VI ZR 285/21).

58

Danach errechnet sich bei Berücksichtigung der Nutzung des Fahrzeugs bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit einer Kilometerleistung von insgesamt 21.182 km ein Erstattungsanspruch i.H.v. 42.916,32 €.

59

6. Der Anspruch ist ab Rechtshängigkeit gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2, 187 Abs. 1 BGB zu verzinsen.

60

Die vom Senat vorgenommene Zinsstaffel trägt dem Umstand Rechnung, dass die Klagepartei die auf den Kaufpreiserstattungsanspruch anzurechnenden Nutzungsvorteile zum Teil erst zwischen dem Eintritt der Rechtshängigkeit und dem Schluss der mündlichen Verhandlung erlangt hat (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 397/19, Rdnr. 38). Maßgeblich ist danach, in welcher Höhe unter Berücksichtigung der anzurechnenden Nutzungsvorteile bei Eintritt der Rechtshängigkeit eine verzinsliche Hauptforderung bestand und wie sich diese im Laufe des Verfahrens angesichts der fortlaufenden Nutzung des Fahrzeugs entwickelte (BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 354/19, Rdnr. 23).

61

Bei Eintritt der Rechtshängigkeit (15.1.2020) geht der Senat von einem geschätzten Kilometerstand von 18.900 km aus, so dass damals eine Hauptforderung von rund 43.464 € bestand. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz (18.05.2020) von 43.177,92 € und zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz (04.04.2022) von 42.916,32 €.

62

Weil die Fahrleistung des Autos während des Zinszeitraums nicht taggenau nachvollzogen werden kann, ist der Senat im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO von einer gleichmäßigen Nutzung ausgegangen, also von einer linearen Entwicklung des Kilometerstandes. Diese lineare Entwicklung berücksichtigt der Senat in der Weise, dass für die dazwischen liegenden Zinszeiträume ein Mittelwert zugrunde gelegt wird.

63

7. Keinen Erfolg hat die Berufung der Beklagten im Hinblick auf die Höhe der vom Landgericht zugesprochenen außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Diese können als Teil des Schadens nach §§ 826, 249 ff. BGB grundsätzlich verlangt werden.

64

Der Senat teilt insoweit nicht die Auffassung der Beklagten, dass eine vorgerichtliche Tätigkeit zur Rechtsverfolgung weder erforderlich und zweckmäßig war. Angesichts der sich im hiesigen Verfahren stellenden Rechtsfragen ist es nicht zu beanstanden, dass sich die Klagepartei vorab hat anwaltlich beraten lassen und zunächst mit anwaltlicher Hilfe versuchte, vorgerichtlich eine gütliche Einigung zu erzielen. Da sich die Beklagte im Lauf der Zeit durchaus auch auf außergerichtliche Lösungen eingelassen hat und nach dem unbestrittenen Vortrag der Klagepartei dem Kläger selbst im April 2020 ein Einmalzahlungsvergleich unterbreitet worden ist, Bl. 478 d.A., musste der Kläger nicht von vornherein davon ausgehen, dass ein anwaltliches Aufforderungsschreiben von vornherein zwecklos ist.

65

Das Landgericht hat bei der Gebühr aus Nr. 2300 VV RVG lediglich den Ansatz einer 1,3 Gebühr für angemessen gehalten. Dies ist zutreffend und wird auch von der Beklagten nicht weiter angegriffen. Im Übrigen wurde diese Höhe vom Bundesgerichtshof bereits mehrfach bestätigt (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19, Rn. 87).

66

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem berechtigten Anspruch des Klägers zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Beklagten. Ausweislich des vorgerichtlichen Schreibens betrug der damalige Kilometerstand 19.000 km, so dass sich auf der Grundlage der hier für angemessen erachteten Gesamtlauflistung von 200.000 km ein Streitwert von 43.440,00 € ergibt. Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus diesem Streitwert betragen inkl. Auslagen und MWSt. 1.706,94 €.

III.

67

Die Kostenentscheidung erster Instanz beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO und war wegen der angenommenen niedrigeren Gesamtfahrleistung und der Berücksichtigung der von der Klagepartei zu Unrecht geltend gemachten Deliktzinsen ebenfalls zu korrigieren. Die Kostenentscheidung zweiter Instanz folgt aus §§ 97, 92 Abs. 1 S. 1, die erhobene Forderung von Deliktzinsen ist in der Berufung zu Lasten der Klagepartei zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 24.03.2022, Az.: VII ZR 266/20, Rdnr. 32).

68

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

69

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die maßgeblichen Rechtsfragen zur Haftung in Dieselfällen, insbesondere im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit i.S.v. § 826 BGB wie auch die Anforderungen an den Vortrag der Parteien sind mittlerweile höchstrichterlich geklärt (deutlich u.a.: BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 223/20, Rdnr. 8, vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, Rdnr. 4, 24). Dies gilt auch in Bezug auf eine Haftung der Beklagten bei Fahrzeugen ihrer Herstellung mit Motoren EA189 (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, vom 08.03.2021, Az.: VI ZR 505/19, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 52/21, Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 192/20, Urteilsserie vom 25.11.2021: Az.: VII ZR 238/20, VII ZR 243/20, VII ZR 257/20 und VII ZR 38/21, Urteil vom 21.12.2021, Az.: VI ZR 875/20, Beschluss vom 12.01.2022, Az.: VII ZR 256/20, vom 27.01.2022, Az.: III ZR 195/20, Urteil vom 24.03.2022, Az.: VII ZR 266/20). Es ist Aufgabe der Instanzgerichte, diese Rechtsgrundsätze auf den jeweils vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Divergierende Ergebnisse aufgrund der Würdigung des jeweils vorgetragenen Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht begründen indes keine Divergenz i.S. des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO. Von einer Divergenz in diesem Sinne ist vielmehr nur dann auszugehen, wenn den Entscheidungen sich widersprechende abstrakte Rechtssätze zugrunde liegen (BGH, Beschluss vom 09.07.2007, Az.: II ZR 95/06, Rdnr. 2).