

**Titel:**

**Anforderungen an einen Schadensersatzanspruch im "Diesel-Skandal"**

**Normenkette:**

BGB § 31, § 826

ZPO § 138

**Leitsätze:**

1. 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. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

2. 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. Nach diesen Grundsätzen setzt eine sekundäre Darlegungslast des beklagten Automobilherstellers zu Vorgängen innerhalb seines Unternehmens, die auf eine Kenntnis seiner Repräsentanten von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung schließen lassen sollen, jedenfalls voraus, dass das Vorbringen des an sich beweisbelasteten Klägers hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen. (Rn. 52) (redaktioneller Leitsatz)

3. Bei der Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang der dem Geschädigten zustehende Schadensersatzanspruch auch die Erstattung von Rechtsanwaltskosten umfasst, ist zwischen dem Innenverhältnis des Geschädigten zu dem für ihn tätigen Rechtsanwalt und dem Außenverhältnis des Geschädigten zum Schädiger zu unterscheiden. Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch ist grundsätzlich, dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war. Maßgeblich ist insoweit die ex-ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person in der Situation des Geschädigten, wobei keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind. Da es sich beim "Diesel-Skandal" nicht um einen einfach gelagerten Schadensfall handelt, bei dem die Haftung des Automobilherstellers nach Grund und Höhe von vornherein unzweifelhaft wäre, durfte sich der Kläger schon für die erstmalige Geltendmachung seines Schadens gegenüber dem beklagten Hersteller anwaltlicher Hilfe bedienen. (Rn. 74) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Sittenwidrigkeit, Diesel-Skandal, Rechtsanwaltskosten, sekundäre Darlegungslast

**Vorinstanz:**

LG Ingolstadt, Endurteil vom 07.02.2020 – 63 O 1854/19

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 343

**Tenor**

I. Auf die Berufung beider Parteien wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 07.02.2020, Az. 63 O 1854/19, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von 19.872,13 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 12.09.2019 Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs Audi A4, FIN ...266 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.242,84 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.10.2019 zu bezahlen.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat die Klagepartei 55%, die Beklagte 45% zu tragen.

II. Im Übrigen werden die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen.

III. Die Klagepartei hat von den Kosten des Berufungsverfahrens 55%, die Beklagte 45% zu tragen.

IV. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts in der Fassung, die es in Ziffern I.1 bis I.4 erhalten hat, sind vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

1

Gegenstand des Rechtsstreits sind Ansprüche, die die Klagepartei - nunmehr der Ehemann der im Laufe des Berufungsverfahrens verstorbenen Erwerberin eines Dieselfahrzeugs und vormaligen Klägerin I. I. P. (im Folgenden auch Erblasserin) - gegen die Beklagte wegen der Betroffenheit des Fahrzeugs vom Dieselabgasskandal geltend macht.

2

Die Erblasserin kaufte am 13.04.2011 zu einem Preis von 34.500,02 € brutto von einem Dritten einen Neuwagen Audi A4 Ambiente Avant 2.0 TDI, 105 kW (143 PS). Das Fahrzeug ist mit einem von der Mutter der Beklagten entwickelten Dieselmotor EA189 ausgestattet. Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Die Beklagte ist die Herstellerin des Pkws. Der Kilometerstand bei Erwerb betrug 0 km, zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz am 24.01.2020 101.068 km und zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 11.01.2023 127.194 km - so der Tachostand gemäß Lichtbild - zuzüglich 4-5 km für im Nachgang zur Lichtbildaufnahme gefahrene Kilometer.

3

Zur Abgasreinigung wird im streitgegenständlichen Fahrzeug die Abgasrückführung eingesetzt. Das Fahrzeug ist betroffen von einem Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt mit der Begründung „unzulässige Abschaltvorrichtung“. Die im Zusammenhang mit dem Motor (zunächst) 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

Die Erblasserin ließ das vom Kraftfahrtbundesamt freigegebene und zur weiteren Nutzbarkeit des Fahrzeugs erforderliche Softwareupdate im Februar 2017 aufspielen.

5

Vorgerichtlich forderte die Erblasserin von der Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 02.01.2019 (Anlage K11) die vollständige Kaufpreiserstattung abzüglich einer Nutzungsentschädigung ohne Benennung der Kilometerleistung Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie die Zahlung der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung unter Fristsetzung bis zum 10.01.2019.

**6**

Mit Klage vom 05.08.2019, bei Gericht eingegangen am 12.08.2019 und der Beklagten zugestellt am 11.09.2019, forderte die Erblasserin zuletzt die Erstattung des vollständigen Kaufpreises nebst Delikts- bzw. Verzugszinsen Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung von Annahmeverzug der Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs sowie die Verurteilung zur Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.256,24 € nebst Verzugszinsen.

**7**

Die Beklagte beruft sich auf Verjährung.

**8**

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

**9**

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 07.02.2020 teilweise zugesprochen, nämlich verurteilt zur Zahlung in Höhe von 22.877,19 € nebst Verzugszinsen seit 11.01.2019 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs und Erstattung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.171,67 €, ebenfalls nebst Verzugszinsen seit 11.01.2019. Außerdem wurde festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet. Schließlich wurde eine Kostenverteilung von 49% zu Lasten der Klagepartei und 51% zu Lasten der Beklagten angeordnet. Die Beklagte hafte nach § 826 BGB.

**10**

Hiergegen richten sich die von beiden Parteien eingelegten Berufungen.

**11**

Die Erblasserin verstarb am ....2022. Sie wurde zu 1/2 vom Kläger und zu je 1/4 von ihren Kindern Herrn N. F. P. und Frau J. N. S. beerbt (vgl. auch den vom Amtsgericht Kelheim erteilten Erbschein, Anlage ...4, hinter Bl. 531 d.A.).

**12**

Der Kläger behauptet, diese hätten mit „Abtretungsvertrag“ vom 29.07.2022 „sämtliche Ansprüche“ gegenüber der Beklagten „im Zusammenhang mit dem [streitgegenständlichen] Fahrzeug“ an den Kläger abgetreten.

**13**

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 02.08.2022 (Bl. 531 d.A.) mitgeteilt, dass er das Verfahren fortführen werde.

**14**

Die Klagepartei beantragt (Schriftsatz vom 09.04.2020, Bl. 300 f. d.A.),

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere EUR 11.622,83 nebst Zinsen i.H.v. 5%-punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.01.2019 sowie Zinsen i.H.v. 4% auf EUR 34.500,02 vom 14.04.2011 bis zum 10.01.2019 sowie weitere außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten i.H.v. EUR 1.084,57 nebst Zinsen i.H.v. 5%-punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.01.2019 zu zahlen,

hilfsweise,

das erstinstanzliche Urteil des LG Ingolstadt 63 O 1854/19 vom 07.02.2020 aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen,

hilfsweise,

die Revision zuzulassen.

**15**

Die Beklagte stimmt der „objektiven und subjektiven Klageänderung“ zu (Bl. 551 d.A.), sieht darin jedoch eine Rücknahme der bisherigen Klage und die Erhebung einer neuen Klage, gegen die sie die Einrede des § 269 Abs. 6 ZPO erhebt.

**16**

Dementsprechend beantragt die Beklagte (Sitzungsniederschrift vom 11.01.2023, S. 2, Bl. 630 d.A.),  
deklaratorisch auszusprechen, dass das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 07. Februar 2020, Az. 63 O  
1854/19, wirkungslos ist,  
ferner die Abweisung des Klageantrags aus der Berufungsbegründung vom 09.04.2020.

#### **17**

Höchsthilfsweise für den Fall, dass der Senat keine Klageänderung annimmt und damit keine neue Klage,  
stellt die Beklagte den Antrag (Schriftsatz vom 17.04.2020, Bl. 322 d.A.),  
das am 07.02.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Ingolstadt, 63 O 1854/19 im Umfang der Beschwer  
der Beklagten abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

#### **18**

Die Beklagte beantragt hilfsweise die Zurückweisung der Berufung der Klagepartei.

#### **19**

Der Kläger beantragt die Abweisung des Hauptantrags der Beklagtenpartei und die Zurückweisung des  
Berufungsantrags der Beklagten vom 17.04.2020.

#### **20**

Die Beklagte bestreitet die Echtheit der Abtretungsurkunde mit Nichtwissen. Im Übrigen führt sie vertiefend  
aus, dass und warum die Beklagte für den von der Muttergesellschaft entwickelten Motor EA189 schon  
mangels Vorsatzes ihrer Organe bzw. Repräsentanten nicht aus § 826 BGB hafte. Nicht zulässig sei eine  
Überzeugungsbildung des Senats gegen die Beklagte allein anhand des Akteninhalts ohne  
Beweisaufnahme, insbesondere des Vortrags der Beklagten, mit der sie die Kenntnis ihrer Organe gerade  
in Abrede stelle.

#### **21**

Der Senat hat mit Verfügungen vom 16.08.2022 und vom 29.11.2022 Hinweise erteilt und über den  
Rechtsstreit am 11.01.2023 mündlich verhandelt. Er hat Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme der  
Zeugen N. F. P. und J. N. S. Er hat ferner den Kläger persönlich angehört. Auf das Sitzungsprotokoll wird  
Bezug genommen. Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird weiter Bezug genommen auf die  
zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

II.

#### **22**

Der Kläger setzt den von seiner verstorbenen Ehefrau begonnenen Rechtsstreit nach Ausscheiden der  
genannten Zeugen fort; hierin liegt, anders als die Beklagte meint, keine Klagerücknahme bei gleichzeitiger  
Erhebung einer neuen Klage. Zu entscheiden ist daher über die wechselseitigen Berufungen der Parteien  
gegen das folglich auch nicht wirkungslose landgerichtliche Urteil. Die Rechtsmittel der Parteien haben in  
der Sache jeweils nur geringen Erfolg:

#### **23**

Die Berufung der Beklagten hat hinsichtlich der Höhe der zuerkannten Forderung Erfolg. Die Beklagte haftet  
- entgegen ihrer Ansicht - dem Grunde nach für den Erwerb des hier streitgegenständlichen Diesel-Pkws  
durch die Klagepartei nach §§ 826, 31 BGB, wegen der seit dem erstinstanzlichen Urteil weiter gezogenen  
Nutzungen aber in geringerem Umfang, als vom Landgericht zuerkannt. Auch besteht kein Anspruch auf  
Feststellung des Annahmeverzugs; schließlich ist die Hauptforderung erst ab Rechtshängigkeit zu  
verzinsen.

#### **24**

Die Berufung des Klägers hat in der Sache ebenfalls nur in minimalem Umfang Erfolg. So ist - anders als  
vom Kläger mit der Berufung erstrebt - von der Hauptforderung ein Nutzungsvorteil in Abzug zu bringen;  
außerdem ist insoweit bei dessen Berechnung nicht von einer Gesamtleistung von 500.000 km  
auszugehen. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Deliktzinsen. Die vorgerichtlichen  
Rechtsanwaltskosten hat das Landgericht infolge eines Rechenfehlers allerdings zu gering angesetzt.

#### **25**

Im Einzelnen:

1.

## 26

a) Parteien des hiesigen Rechtsstreits sind ausschließlich die im Rubrum genannten Parteien. Partei war zwar zunächst unstreitig die Erblasserin und vormalige Klägerin I. P., die den Pkw gekauft hatte. Unstreitig (im Übrigen durch den als Anlage BE4 vorgelegten Erbscheins des Amtsgerichts Kelheim vom 03.05.2022 belegt) wurde diese zu 1/2 vom Kläger und zu je 1/4 von Herrn N. F. P. und Frau J. N. S. beerbt. Diese Personen sind somit kraft Gesamtrechtsnachfolge, § 1922 Abs. 1 BGB, eo ipso in den Prozess eingetreten, wie mit Parteien, insbesondere der Beklagtenseite, in der mündlichen Verhandlung ausführlich erörtert. Der Unterbrechungstatbestand des § 239 ZPO - der vorliegend aufgrund der anwaltlichen Vertretung der Parteien nicht einmal einschlägig ist, § 246 Abs. 1 ZPO - bestätigt diesen Befund, da auch er von einer Fortsetzung desselben Prozesses mit den Rechtsnachfolgern ausgeht (§ 239 Abs. 5 ZPO: „Fortsetzung des Rechtsstreits“; vgl. auch Abs. 1: „bis zur Aufnahme durch Rechtsnachfolger“; Abs. 3: Zustellung der Ladung an die Rechtsnachfolger; vgl. ferner § 249 Abs. 2 ZPO: nach dieser Bestimmung sind die während der Unterbrechung vorgenommenen Prozesshandlungen ohne rechtliche Wirkung - im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die vorher vorgenommenen Handlungen wirksam bleiben). Klarzustellen ist, dass alle drei Miterben Kläger wurden, nicht etwa die Erbengemeinschaft, die keine eigene Rechtspersönlichkeit darstellt (vgl. Weidlich in Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 2032 Rn. 1).

## 27

Der Prozessbevollmächtigte der Klageseite - dessen Vollmacht auf alle Erben übergegangen ist (§ 86 ZPO) - hat jedoch erklärt, der Kläger führe den Prozess fort (Bl. 531, 549 d.A.). Darin liegt zugleich - entgegen der Ansicht der Beklagten - die (sprachliche) Anpassung des Zahlungsantrags an ihn (statt an die „Klägerin“), auch wenn der Antrag formaliter nicht umgestellt wurde. Mit dieser Erklärung verbunden ist die Erklärung für die übrigen Miterben, diese wollten sich am Prozess nicht mehr beteiligen. Dies deckt sich damit, dass in den folgenden Schriftsätzen der Klägervertreter als Partei nur den Kläger angibt, überdies die Miterben als Zeugen (den Kläger jedoch zwecks Parteieinvernahme; vgl. Bl. 547 d.A.) benennt. Die Beklagte hat der (subjektiven) Klageänderung zugestimmt (Bl. 551 d.A.). Damit ist aufgrund übereinstimmender Erklärung (§ 533 Nr. 1 Alt. 1 ZPO) aller Parteien der Parteiwechsel eingetreten. Auch die Voraussetzung des § 533 Nr. 2 ZPO für eine Klageänderung sind erfüllt, da die Einführung erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz eingetretener Tatsachen im Berufungsverfahren zulässig ist, § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO e contrario). § 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO steht dem Parteiwechsel (präziser: dem Ausscheiden der Kinder der Erblasserin) nach Abtretungserklärung ebenfalls nicht entgegen, da die Beklagte - wie ausgeführt - dem Parteiwechsel zugestimmt hat. Darauf ob die Klageseite technisch eine Klagerücknahme für die Miterben (wie tatsächlich nicht, vgl. BGH, Urteil vom 14.10.2014 - X ZR 35/11, juris-Rn. 10, 125) erklärt hat oder dies wollte, kommt es nicht an; selbst ein Irrtum (über mögliche Rechtsfolgen der Erklärung) änderte an der Wirksamkeit der Erklärung des Ausscheidens der Miterben nichts.

## 28

Mit dem Parteiwechsel nach Abtretung ist im Übrigen, anders als die Beklagte meint, keine Rücknahme der ursprünglichen Klage des Klägers verbunden. Dies belegt § 265 ZPO. Dem Antrag, das erstinstanzliche Urteil für wirkungslos zu erklären (vgl. § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO), war daher nicht stattzugeben. Eines expliziten Ausspruchs im Tenor bedurfte es nicht, da sich die Zurückweisung des Antrags konkludent schon daraus ergibt, dass der Senat in Ziff. I. seines Urteils das landgerichtliche Urteil (weitgehend) bestätigt. Da ebenso wenig eine neue Klage vorliegt, war auch nicht über den Antrag der Beklagten auf Abweisung dieser - angeblich erstmals in der Berufung erhobenen - Klage zu entscheiden. Vielmehr hatte der Senat über die wechselseitigen Berufungen gegen das erstinstanzliche Urteil zu entscheiden.

## 29

Die Zulässigkeitsrüge des § 269 Abs. 6 ZPO könnte allenfalls eine erneute Klage der ausgeschiedenen Miterben betreffen, nicht aber den fortgesetzten Prozess des hiesigen Klägers.

## 30

b) Der Kläger ist für die Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche aktivlegitimiert.

## 31

Ursprünglich war die Erblasserin aktivlegitimiert. Ihre Rechtsposition ist durch Tod auf die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit übergegangen (wobei der Kläger als Miterbe materiell-rechtlich

befugt gewesen wäre, den Anspruch allein, dann aber für die Erbengemeinschaft geltend zu machen, § 2039 Satz 2 BGB). Diesen Anspruch hat sich der Kläger wirksam übertragen lassen.

### **32**

Der Senat hat sich im Rahmen einer Beweisaufnahme vom Vorliegen einer Abtretungsvereinbarung, wie sie die Klagepartei mit der Anlage BE5 (hinter Bl. 531 d.A.) vorgelegt hat, überzeugt. Die Klagepartei hat das Original der Urkunde in der Verhandlung vorgelegt; dieses ist als Anlage zu Protokoll genommen. Der Senat hat die Urkunde in Augenschein genommen. Von der Echtheit der seitens der Beklagten mit Nichtwissen bestrittenen Echtheit der Urkunde hat sich der Senat durch uneidliche Einvernahme der Kinder der Erblasserin als Zeugen - Partei sind sie nicht mehr, s.o. - überzeugt. Beide Zeugen haben die Echtheit ihrer Unterschriften bestätigt. Sie haben auch bestätigt, dass es ihr Wille ist, dass die Ansprüche im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug allein dem Kläger, ihrem Vater, zustehen sollen. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen. Beide Zeugen haben ihre Aussagen ruhig und sachlich gemacht; sie haben die Genese der Urkunde detailliert und plausibel beschrieben. Danach wurde die Urkunde vom anwaltlichen Vertreter der Klagepartei vorbereitet, dem Zeugen P. übersandt, der sie wiederum seiner Schwester, der Zeugin S., und seinem Vater zur Unterschrift vorlegte. Die Aussagen sind glaubhaft, die Zeugen ohne jede Einschränkung glaubwürdig; das Näheverhältnis zur Klagepartei ändert daran nichts.

### **33**

Inhaltlich bezieht sich die Abtretung, wie sich aus dem Text der Urkunde ergibt und auch von beiden Zeugen in ihrer Vernehmung bestätigt wurde, auf sämtliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug und damit auf die streitgegenständlichen Ansprüche. Die Übertragung ist - wiederum entgegen der Ansicht der Beklagten, wie in der Verhandlung ebenfalls ausführlich erörtert - auch wirksam. Selbstverständlich steht es den Mitgliedern der Erbengemeinschaft frei, einvernehmlich über einzelne Gegenstände, hier also die streitgegenständliche Forderung, zu verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB); einer bestimmten Form bedarf die Verfügung nicht. Hier waren alle drei Erben an der Vereinbarung beteiligt. Die Verfügung kann auch zugunsten einzelner Miterben erfolgen, so dass dieser Vermögensgegenstand im Wege einer partiellen Erbauseinandersetzung aus der Erbengemeinschaft herausgelöst wird.

2.

### **34**

Die Beklagte haftet gem. §§ 826, 31 BGB aufgrund eigenen deliktischen Handelns. 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. Mindestens ein Repräsentant der Beklagten im Sinne von § 31 BGB hat die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht.

### **35**

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.).

### **36**

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 Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleich (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 16 ff.).

### 37

Bereits die objektive Sittenwidrigkeit des Herstellens und des Inverkehrbringens von Kraftfahrzeugen mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Verhältnis zum Fahrzeugerwerber 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).

a)

### 38

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 gewusst hat bei der Entscheidung über den Einsatz von Motoren EA189 in Fahrzeugen der Beklagten.

### 39

Im Hinblick auf die Überzeugungsbildung i.S.v. § 286 ZPO (BGH, Urteil vom 26.04.1989, Az.: IVb ZR 52/88), ist festzuhalten, dass sich der BGH in seiner Urteilsserie 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, und vom 09.02.2022, Az.: VII ZR 255/20, Rdnr. 18, und Az.: VII ZR 26/21, Rdnr. 23). 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).

### 40

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 (Bl. 420 ff. d.A.), 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. 474 und 476 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.

### 41

Beim Motor eines Fahrzeugs handelt es sich um dessen „Kernstück“, nicht bloß um ein untergeordnetes Zuliefererteil. Dies bestätigen auch die Ausführungen der Beklagten, wonach die Entscheidung über den in einen neuen Fahrzeugtyp einzusetzenden Motor im Rahmen des 60-monatigen Zeitraums zur Entwicklung eines neuen Fahrzeugmodells einen „Meilenstein“ darstellt (Bl. 424 d.A.). Bei den Emissionswerten eines Fahrzeugs handelt es sich wiederum nicht um bloße technische Details und damit Fragen von vollkommen

untergeordneter Bedeutung, im Gegenteil. Gleichzeitig handelt es sich um eine Entscheidung von großer Tragweite mit erheblichen, auch persönlichen, Haftungsrisiken für die Entscheider.

#### 42

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. Die Beklagte selbst räumt auch ein, dass bei der Entscheidung über den Einsatz des Motors EA189 finanzielle Aspekte einbezogen wurden.

#### 43

In diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen vermag der Einwand der Beklagten, bei den von ihr entwickelten und hergestellten Dieselmotoren handele es sich um ganz andere Motoren. Zwar mögen diese Motoren großvolumig sein im Gegensatz zu den VW Dieselmotoren und die Zylinder anders angeordnet (Bl. 472 ff. d.A.). Das grundlegende Problem der Entstehung von Stickoxiden aufgrund höherer Verbrennungstemperaturen stellt sich aber bei jedem Dieselvebrennungsmotor (vgl. die Ausführungen der Beklagten zum Software-Update auf S. 8 ff. der Klageerwiderung sowie Bericht des KBA zur „Wirksamkeit von Software-Updates zur Reduzierung von Stickoxiden bei Dieselmotoren“ [Anlage BE1], S. 10 f.). Auch gelten für alle diese Motoren die gleichen gesetzlichen Stickoxidgrenzwerte. Die Automobilindustrie arbeitet bereits seit den 1970er-Jahren (Bl. 492 d.A.) an Strategien zur Optimierung des Ausstoßes von Stickoxiden. Bei den sog. „Thermofenster“ erfolgt dies durch eine temperaturabhängige Regulierung der Abgasrückführung, d.h. außerhalb bestimmter Temperaturbedingungen erfolgt eine Korrektur der Abgasrückführungsrate über die Frischluftzufuhr. Nach dem Vortrag der Beklagten sind diese „Thermofenster“ selbst in modernsten Dieselfahrzeugen der neuesten Generation bei allen Herstellern enthalten (Bl. 492 d.A.).

#### 44

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 ein Niederdruck-Abgasrückführungssystem oder ein NOx-Speicherkatalysator wie bei den für den USamerikanischen Markt bestimmten Fahrzeugen nicht zum Einsatz kommt; mit den unterschiedlichen Hardwarekomponenten gingen Unterschiede bei der Motorsteuerungssoftware einher (Bl. 475 d.A.). Die Beklagte führt außerdem aus, vor der Verwendung der Motoren EA189 habe sie von der V. AG Motoren EA188 erworben - die beiden Motoren unterschieden sich, da die V. AG den Motortyp EA188 weiterentwickelt und die Technik von der Pumpe-Düse-Einspritzung auf die innovative Common-Rail-Einspritzung mit dem Ergebnis des Motortyps EA189 umgestellt habe (Bl. 426 d.A.). Die Einspritzcharakteristik ist aber wesentlich für die Optimierung des Verbrennungsprozesses und steht damit im Zusammenhang mit der Abgasreinigung durch Abgasrückführung; auf die Ausführungen der Beklagten zur Funktionsweise des Softwareupdates wird Bezug genommen (Klageerwiderung vom 08.10.2019, S. 8 ff.).

#### 45

Auch angesichts des von der Beklagten beschriebenen ausgeklügelten Systems von Kontroll- und Berichtspflichten (Bl. 448 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.

#### 46

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. 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.

#### **47**

Dies überzeugt den Senat jedoch nicht. Denn die Beklagte räumt ein, dass zu der Ebene der Bereichsleiter im Zeitraum von 2006 bis 2015 jeweils eine Vielzahl von Personen gehört hätten. Befragungen sämtlicher dieser Einzelpersonen seien aber weder erforderlich noch praktisch umsetzbar (Bl. 443 ff. d.A.). Das teilt der Senat nicht, der nicht erkennen kann, dass die Anhörung dieser gleichwohl noch überschaubaren Anzahl von Personen zur Aufklärung dieses für die Beklagte aus dem Tagesgeschäft herausragend bedeutsamen Sachverhalts nicht praktisch umsetzbar sein soll, zumal es nach dem Vortrag der Beklagten auch der zur Untersuchung im V. Konzern eingesetzten Kanzlei J. D. möglich war, mehr als 700 Befragungen durchzuführen einschließlich einer Sicherung von über 21.000 elektronischen Datenträgern bei weltweit über 3.500 Mitarbeitern (Bl. 436 f. d.A.). Dies gilt umso mehr, als die Beklagte nach ihren eigenen Ausführungen im Zeitraum von 2006 bis 2015 streng hierarchisch organisiert war mit Berichts- und Kontrollpflichten. Danach sei die Beklagte von sieben Vorständen geleitet worden und sei in sieben Vorstandsbereiche gegliedert gewesen, welche die erste Berichtsebene darstellten. Der Vorstandsebene nachgelagert gewesen seien Untergliederungen, die als Bereiche bezeichnet worden seien und welche die zweite Berichtsebene darstellten. An ihrer Spitze standen bereits die Bereichsleiter (Bl. 449 ff. d.A.). Die Notwendigkeit ihrer Befragung drängt sich auf, zumal der BGH bereits in der Entscheidung vom 25.05.2020 (Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 33) dem restriktiven Begriffsverständnis des Repräsentanten i.S.v. § 31 BGB der dortigen Beklagten (und der hiesigen Beklagten explizit in Bezug auf Bereichsleiter, Bl. 439 ff. d.A., denen aber selbst die Beklagte gleichwohl „eine dem Tätigkeitsprofil der Vorstandsmitglieder angenäherte Funktion innerhalb der Organisationsstruktur der Beklagten“ zubilligt) nicht gefolgt ist. Ob überhaupt wenigstens einzelne und ggf. welche Bereichsleiter befragt wurden, bleibt aber unklar.

#### **48**

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 J. D. in Zusammenarbeit mit Deloitte zur Beklagten im Schwerpunkt ohnehin nicht auf den hier inmitten stehenden Sachverhalt der Verwendung der Motoren EA189, sondern auf Manipulationen bei den von der Beklagten selbst entwickelten 3-I-V6-Motoren (Bl. 436 ff. d.A. sowie Anlage BB5 und 6) und die Befragung der Bereichsleiter bleibt unklar. Dies 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 BB7 das „Statement of Facts“ vor, aus dem sich ergibt, dass es im Hinblick auf die Vorgänge in den U.S.A. u.a. durch Angestellte der Beklagten zur Vernichtung von Unterlagen gekommen ist mit dem Ziel der Vermeidung rechtlicher Konsequenzen (ebenda, Nr. 73).

#### **49**

Die umfänglichen Ausführungen - teilweise einschließlich von Beweisangeboten - 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.

#### **50**

Diese Wertung liegt bereits oberlandesgerichtlichen Entscheidungen 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 Verfügung vom 16.08.2022 (Bl. 535/537 d.A.) hingewiesen. Eine inhaltliche Ergänzung des Vortrags im Sinne dieser Hinweise erfolgte weder schriftsätzlich noch im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat; die Beklagte hat nach wie vor -

auch im Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 05.12.2022 - nicht die in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug über den Zukauf des Motors inklusive Software entscheidenden Personen benannt und ebenso wenig konkret zu deren Kenntnisstand - ggf. nach Befragung im Rahmen der internen Ermittlungen - vorgetragen.

b)

**51**

Überdies ist damit das Bestreiten der Beklagten auch unzureichend im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO.

**52**

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).

**53**

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. und Urteil vom 26.04.2022, Az.: VI ZR 965/20, Rdnr. 14 f.

**54**

Nach diesen Grundsätzen traf die Beklagte die sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Frage, wer die Entscheidung über den serienmäßigen Einsatz der Motoren EA189 in (Un-) 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 verschärften 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 V-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 Berichtswesens innerhalb der Beklagten. Dem ist die Beklagte, wie sich ebenfalls aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, nicht hinreichend entgegengetreten; insbesondere stellen sich ihre Angaben zu ihren internen Ermittlungen, auf deren negatives Ergebnis die Beklagte sich beruft, als unzureichend dar. Jedenfalls der Vortrag im Hinblick

auf die Befragung der Bereichsleiter und zum Kenntnisstand der Beteiligten im Rahmen des Produkt-Strategie-Komitees blieb zu pauschal.

3.

#### **55**

Vor diesem Hintergrund ist auch der Schädigungsvorsatz zu bejahen. Dieser enthält ein Wissens- und Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers 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 Fahrzeugerwerber bewusst.

4.

#### **56**

Der Schaden ist in dem ungewollten Vertragsschluss zu sehen; anders, als die Beklagte meint, lässt das Software-Update den Schaden nicht entfallen (BGH, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 367/19, juris Rn. 22; vgl. dazu bereits den Hinweis vom 16.08.2022 [Bl. 536 d.A. unter I.3. lit. d]). Auch die Einwände der Beklagten gegen das Bestehen der haftungsbegründenden Kausalität greifen nicht durch.

#### **57**

Schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass die Erblasserin 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.

#### **58**

Die Erblasserin wurde hierzu vom Landgericht nicht angehört. Der Senat hat jedoch ihren Ehemann, den jetzigen Kläger, im Termin vom 11.01.2023 angehört, der beim Kauf durch die Erblasserin anwesend war. Er verneinte, dass seine Frau oder er das Fahrzeug gekauft hätten, wenn sie von der unzulässigen Abschaltvorrichtung gewusst hätten. Dies ist glaubhaft. Der Kläger wirkte auch glaubwürdig. Die Beklagte hat auf die förmliche Parteieinvernahme verzichtet.

5.

#### **59**

Der Anspruch erfasst die Erstattung des gezahlten Kaufpreises (BGH, Urteil vom 13.04.2021, Az.: VI ZR 274/20, Rdnr. 14 ff., vom 27.7.2021, Az.: VI ZR 865/20, Rdnr. 13, vom 27.07.2021, Az.: VI ZR 480/19, Rdnr. 16 ff.).

#### **60**

Im Wege der Vorteilsanrechnung ist das streitgegenständliche Fahrzeug herauszugeben und das Eigentum zu übertragen sowie ein Ersatz der gezogenen Nutzungen vorzunehmen (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 65 ff.).

#### **61**

a) 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 sowie der konkreten Nutzung die mögliche Gesamtleistung wie das Landgericht auf 300.000 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).

#### **62**

Wie bereits das Landgericht stellt auch der Senat in ständiger Rechtsprechung auf die nach der Rechtsprechung des BGH gebilligte lineare Berechnung des Nutzungsersatzes ab. Aus der grundsätzlichen Billigung einer linearen Berechnungsmethode folgt zwar nicht zwingend, dass andere Berechnungsmethoden unzulässig wären, da 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 Nutzungsersatzes 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“. Eine Ausweitung der Vorteilsanrechnung - etwa wegen des Wertverlusts des Fahrzeugs - ist nicht angezeigt (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).

### **63**

Der Nutzungsersatz errechnet sich vorliegend wie folgt: Da das Fahrzeug neu erworben wurde, hatte es damals einen Kilometerstand von 0 km. Die Restlaufleistung entspricht damit der Gesamtlaufleistung von 300.000 km. Der Kläger bzw. die Erblasserin sind mit dem Fahrzeug 127.199 km gefahren (unstreitiger Kilometerstand von 127.194 km gemäß Lichtbild zzgl. der ebenfalls unstreitig gefahrenen Wegstrecke nach Aufnahme des Lichtbildes vom Wohnort zum Bahnhof von 4-5 km). Aus diesen Angaben ergibt sich ein Nutzungsersatz von 14.627,89 €.

### **64**

b) Nach Abzug der Nutzungsentschädigung in Höhe von 14.627,89 € vom Kaufpreis in Höhe von 34.500,02 € verbleibt damit ein Anspruch in Höhe von 19.872,13 €.

6.

### **65**

Der Anspruch ist auch nicht bereits verjährt.

### **66**

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 Erblasserin 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 geschah rechtzeitig, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Im Einzelnen:

### **67**

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). Die Erblasserin war hierzu erstinstanzlich angehört worden. Sie hatte angegeben, sie habe erst durch ein Schreiben der Beklagten Anfang 2017 erfahren, dass mit dem Motor des Autos etwas nicht stimme. Diese Angabe ist plausibel, jedenfalls nicht zu widerlegen. Damit kann die Beklagte keine Kenntnis von der persönlichen Betroffenheit der Erblasserin schon 2015 nachweisen. Auf die Glaubhaftigkeit der Angabe, die Erblasserin habe auch vom Dieselskandal im Allgemeinen erst dann erfahren, kommt es nicht an; das Landgericht hat diese ungewöhnliche Einlassung allerdings in nicht zu beanstandender Weise mit der nachvollziehbaren Begründung geglaubt, die Erblasserin sei damals krank gewesen und habe sich einer Krankenhausbehandlung unterziehen müssen. Der Senat sieht sich darin, dass es jedenfalls 2015 an einer Kenntnis der Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs fehlte, durch die Anhörung des nunmehrigen Klägers bestätigt. Dieser gibt - glaubhaft - an, von dem Dieselskandal allgemein aus der Presse, von der konkreten

Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs erst durch ein Schreiben Ende 2016 erfahren zu haben. Der Kläger wirkte auf den Senat ohne Einschränkung glaubwürdig. Er machte seine Angaben ruhig und sachlich.

#### **68**

Zur Überzeugung des Senats war hier auch die Nichtverschaffung der Kenntnis von der konkreten Betroffenheit noch 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. Der Zeitraum vom Bekanntwerden des „Dieselskandals“ im September 2015 bis zum 31.12.2015 war recht kurz. Ferner hat nach dem Beklagtenvortrag u.a. die V. AG innerhalb dieses Zeitraums fortlaufend informiert zur Kooperation mit dem Kraftfahrtbundesamt, den so geplanten Abhilfemaßnahmen und Ankündigungen zu deren Umsetzung (Klageerwiderung vom 08.10.2019, S. 14 ff.; Bl. 503 ff. d.A.). 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 und 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., Urteil vom 21.02.2022, Az.: VIa ZR 8/21, Rdnr. 38 ff., vom 17.03.2022, Az.: III ZR 226/20, Rdnr. 22).

7.

#### **69**

Die Erblasserin bzw. später die Klagepartei hat die Beklagte - anders, als vom Landgericht angenommen - nicht in Annahmeverzug versetzt.

#### **70**

Die Klagepartei hat mit der anwaltlichen Mahnung (Anlage K11) und auch im Übrigen die abziehende Nutzungsentschädigung nicht hinreichend berücksichtigt; außerdem hat sie in beiden Instanzen die Erstattung von nicht geschuldeten Deliktzinsen (auf die ständige Rechtsprechung des BGH wird Bezug genommen: BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 354/19, Rdnr. 17 ff., vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 397/19, Rdnr. 21 ff.) gefordert. Damit hat die Erblasserin ebenso wie später auch der Kläger durchgängig wesentlich zu viel gefordert, was die Entstehung von Annahmeverzug ausschließt (BGH, Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 192/20, Rdnr. 50, vom 29.06.2021, Az.: VI ZR 130/20, Rdnr. 16, vom 18.05.2021, Az.: VI ZR 167/20, Rdnr. 15, vom 02.02.2021, Az.: VI ZR 449/20, Rdnr. 9, vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 8/20, Rdnr. 18, vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 85).

8.

#### **71**

Dem Kläger stehen Zinsen erst ab Rechtshängigkeit, also ab 12.09.2019 zu, §§ 187 Abs. 1, 291, 288 Abs. 1 BGB. Anders, als vom Landgericht angenommen, befand die Beklagte sich nicht schon zuvor gem. §§ 288, 286 Abs. 1, 2 BGB in Schuldnerverzug.

#### **72**

Das anwaltliche Aufforderungsschreiben wirkte nicht verzugsbegründend, auf die vorstehenden Ausführungen (unter Ziffer 7) zur Zuvielforderung wird Bezug genommen; überdies wurde im besagten Schreiben vom 02.01.2019 (Anlage K11) auch der - für die Berechnung der Nutzungsentschädigung benötigte - aktuelle Kilometerstand des Fahrzeugs nicht mitgeteilt. Andere verzugsbegründende Umstände sind nicht ersichtlich, insbesondere weder unter dem Gesichtspunkt „fur semper in mora“ noch unter dem Aspekt einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung, § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB (BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 354/19, Rdnr. 22, vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 397/19, Rdnr. 26 f., vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 8/20, Rdnr. 17 ff., BGH, Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 192/20, Rdnr. 51).

9.

a)

#### **73**

Es besteht - wie das Landgericht zutreffend entschieden hat - auch ein Anspruch auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten gem. §§ 826, 31, 249 BGB.

#### **74**

Bei der Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang der dem Geschädigten zustehende Schadensersatzanspruch auch die Erstattung von Rechtsanwaltskosten umfasst, ist zwischen dem Innenverhältnis des Geschädigten zu dem für ihn tätigen Rechtsanwalt und dem Außenverhältnis des Geschädigten zum Schädiger zu unterscheiden. Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch ist grundsätzlich, dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war (BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 354/19, Rdnr. 25, vom 22.06.2021, Az.: VI ZR 353/20, Rdnr. 5 ff., vom 24.01.2022, Az.: VIa ZR 100/21, Rdnr. 12 f.). Maßgeblich ist insoweit die ex-ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person in der Situation des Geschädigten, wobei keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 23.06.2022, Az. VII ZR 294/21, Rdnr. 21, m.w.N.). Da es sich vorliegend nicht um einen einfach gelagerten Schadensfall handelte, bei dem die Haftung der Beklagten nach Grund und Höhe von vornherein unzweifelhaft gewesen wäre, durfte sich die vormalige Klägerin schon für die erstmalige Geltendmachung ihres Schadens gegenüber der Beklagten anwaltlicher Hilfe bedienen (vgl. BGH a.a.O. Rdnr. 22). Die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur außergerichtlichen Vertretung soll schnelle und einverständliche Regelungen ohne Einschaltung der Gerichte ermöglichen. Sie ist zweckmäßig und regelmäßig erforderlich, wenn der Versuch außergerichtlicher Streiterledigung nicht von vornherein ausscheidet. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben, zumal dem Senat aus einer Vielzahl von Fällen bekannt ist, dass die Beklagte teilweise auch noch im gerichtlichen Verfahren Vergleiche geschlossen hat.

## **75**

Die Klagepartei hat die außergerichtliche Tätigkeit durch Vorlage des vorgerichtlichen Schreibens (Anlage K11) auch hinreichend dargetan. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auf das Urteil des BGH vom 30.07.2020 (Az. VI ZR 354/19, juris Rn. 25) verweist, ist diese Entscheidung aus Sicht des Senats so zu verstehen, dass dort die Betonung auf dem Wort „vorgerichtlich“ liegt. Der BGH ging mithin nicht davon aus, dass das dort vorgelegte Anspruchsschreiben zur Darlegung der dort beantragten Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten generell nicht genügt, sondern davon, dass sich aus diesem Schreiben eine rein vorgerichtliche Anwaltstätigkeit nicht ergab. Dies ist vorliegend aber - wie oben dargelegt - anders. Außerdem geht der Senat angesichts des vorgerichtlichen Mahnschreibens (Anlage K11) vorliegend von einem bedingten Klageauftrag aus. So heißt es dort: „Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs kündigen wir bereits jetzt an, unserem Mandanten zur Klageerhebung zu raten“. Aus dem Schreiben ist zu schließen, dass eine endgültige Entscheidung für eine Klageerhebung noch nicht gefallen war.

## **76**

Mit dem anwaltlichen Schriftsatz der Klägervertreter vom 02.01.2019 (Anlage K11) wurde der Beklagten zudem eine Frist bis zum 10.01.2019 gesetzt; die Klageerhebung erfolgte erst mehrere Monate nach Ablauf dieser Frist, nämlich unter dem 05.08.2019. Auch im Hinblick hierauf ist zur Überzeugung des Senats davon auszugehen, dass zunächst beabsichtigt war, vorgerichtlich eine gütliche Einigung zu erzielen. Bei dieser Sachlage geht der Senat nicht von einem unbedingten Klageauftrag, sondern von einem zunächst nur auf die außergerichtliche Vertretung beschränkten Mandat aus.

## **77**

Bei von der Klagepartei gefahrenen 101.068 km im Januar 2020 - ein früherer Kilometerstand ist nicht mitgeteilt - bestand zu diesem Zeitpunkt, wie vom Landgericht richtig errechnet, ein Erstattungsanspruch von 22.877,19 €, der den insoweit maßgeblichen Gegenstandswert (nämlich ein Gegenstandswert von bis zu 25.000 € im Sinne der Anlage 2 zum RVG) bildet. Nichts anderes ergäbe sich im Übrigen, wenn der Senat bei Unterstellung eines gleichmäßigen Fahrverhaltens für den Januar 2019 eine Fahrleistung von (nur) 90.000 km annähme.

## **78**

Hinsichtlich der Höhe der Gebühr aus Nr. 2300 VV RVG sieht der Senat lediglich den Ansatz einer 1,3 Gebühr für angemessen. Die Beurteilung ist auch hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als Teil des Schadens in das Ermessen des Tatrichters gestellt nach § 287 ZPO (BGH, Urteil vom 22.06.2021, Az.: VI ZR 353/20, Rdnr. 5 ff.). Eine Gebühr von mehr als 1,3 kann nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war; ob dies der Fall ist, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu

beurteilen (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 87, vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 8/20, Rdnr. 21 f.).

#### **79**

Soweit die Klagepartei einen erhöhten Schwierigkeitsgrad und Aufwand in tatsächlicher Hinsicht einwendet, überzeugt dies den Senat nicht. Senatsbekannt vertritt die die Klagepartei vertretende Kanzlei eine Vielzahl von Anspruchsstellern in der Folge des Dieselmotorkandals auch in Bezug auf die Fahrzeuge mit Motoren der Beklagten, so dass sich Umfang wie Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die große Zahl der Mandate jedenfalls relativieren (BGH, Urteil vom 10.05.2022, Az.: VI ZR 156/20, Rdnr. 17 und vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 87, vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 8/20, Rdnr. 21 f.).

#### **80**

Die erstattbaren außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten betragen somit 1.242,84 €.

#### **81**

Dass die Beklagte im Schriftsatz vom 05.12.2022, S. 43, die Zahlung des Betrages bestritten hat, die Klagepartei eine solche nicht einmal behauptet, ist unbehelflich, denn mit der Klageerwidernung - die dem Klägervertreter am 21.10.2019 zugestellt wurde - hat die Beklagte die Erstattung endgültig verweigert, so dass sich ein Freistellungsanspruch entsprechend § 250 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat.

b)

#### **82**

Die Verzinsungspflicht - dazu wurde bereits oben ausgeführt - tritt insoweit aus Verzug und Rechtshängigkeit am Tag nach der Erfüllungsverweigerung ein.

10.

#### **83**

Im Übrigen erweist sich die Berufung der Beklagten als unbegründet.

11.

#### **84**

Die klägerische Berufung hat in der Sache nur hinsichtlich eines Teils der Rechtsanwaltsgebühren Erfolg:

a)

#### **85**

Soweit es die Hauptforderung anbelangt, darf auf die obigen Ausführungen (unter Ziffer 5) verwiesen werden. Entgegen der Rechtsmeinung der Klagepartei (zuletzt im Rahmen der Begründung ihres Berufungsantrags) ist eine Nutzungsschädigung von der Klageforderung in Abzug zu bringen (siehe z.B. BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 65 ff.). Dabei ist bei der Bemessung der Nutzungsschädigung auch nicht von einer von der Klagepartei angenommenen Gesamtlauflistung von 500.000 km (siehe Schriftsatz Klägervertreter vom 09.04.2020, S. 17 = Bl. 316 d.A.) auszugehen (so auch: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020, Rdnr. 3571: „überzogen“). Mit der Annahme einer Gesamtlauflistung von 300.000 km bewegt sich der Senat ohnehin am oberen Rand der von den Gerichten angenommenen Bandbreite. Dass einzelne Fahrzeuge eine höhere Lauflistung erreichen können, spielt für die Schadensberechnung keine Rolle.

b)

#### **86**

Hinsichtlich der Verzinsung der Hauptforderung wird auf die obigen Ausführungen (unter Ziffer 8) verwiesen; insoweit hat die Berufung des Klägers in der Sache also keinen Erfolg, da er keinen Anspruch auf Deliktzinsen hat (vgl. die Fundstellen in Ziff. 8).

c)

#### **87**

Betreffend die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und die Verzinsung dieser Forderung wird auf die obigen Ausführungen (unter Ziffer 9) Bezug genommen. Das Landgericht hat diese allerdings versehentlich

aus einem Gebührenstreitwert von bis zu 22.000 € (statt bis zu 25.000 €) berechnet und daher - etwas - zu niedrig angesetzt.

III.

### **88**

1. Die Kostenentscheidung erster Instanz beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die erhobene Forderung von Deliktzinsen ist zu Lasten der Klagepartei zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 24.03.2022, Az.: VII ZR 266/20, Rdnr. 32). Die Erblasserin hat mit der Klage die Erstattung des Kaufpreises abzüglich einer im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung bezogen auf eine Gesamtlauflistung von 350.000 km (Bl. 83 d.A.) beantragt; in der mündlichen Verhandlung am 24.01.2020 hat sie den Nutzungsersatz dann aber auf 0 € beziffert (Protokoll, S. 2 = Bl. 267 d.A.). Somit beläuft sich der fiktive Streitwert für die 1. Instanz auf 34.500,02 € (Forderung bei Klageerhebung unter Abzug eines Nutzungsersatzes in Höhe von 0 €) zuzüglich Deliktzinsen in Höhe von 10.688,39 €, also insgesamt 45.188,19 €. Hieraus errechnet sich die Kostenquote für die erste Instanz.

### **89**

Die Kostenentscheidung zweiter Instanz beruht auf §§ 97, 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Auch insoweit war die klägerseits noch immer erhobene Forderung von Deliktzinsen zu berücksichtigen.

### **90**

Der Austritt der Miterben wirkt sich auf die Kostenentscheidung nicht aus. Der Beklagten sind insoweit keine Mehrkosten entstanden; nur diese wären analog § 269 Abs. 3 ZPO ggf. den Miterben aufzuerlegen (BGH, Urteil vom 14.10.2014 - X ZR 35/11, juris-Rn. 125 ff.). Dies muss erst recht gelten, wenn - wie vorliegend - der Prozess über denselben Prozessgegenstand durch einen grundsätzlich von Gesetzes wegen „alleinvertretungsbefugten“ Miterben (§ 2039 Satz 2 BGB) fortgesetzt wird. Da im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts nur Kläger und Beklagte Parteien des Rechtsstreits sind, wird der Beklagten durch den Tenor auch nicht die Tragung etwaiger außergerichtlicher Kosten der Miterben auferlegt (was seitens der Klageseite auch zu keinem Zeitpunkt beantragt war).

### **91**

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

### **92**

3. 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, vom 09.02.2022, Az.: VII ZR 255/20 und Az.: VII ZR 26/21, Urteil vom 24.03.2022, Az.: VII ZR 266/20, vom 26.04.2022, Az.: VI ZR 965/20). 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, deutlich: Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 99/21, Rdnr. 28).