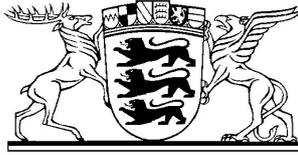


Aktenzeichen:

13 U 163/21

1 O 354/20 LG Freiburg im Breisgau



Oberlandesgericht Karlsruhe  
ZIVILSENATE IN FREIBURG

13. ZIVILSENAT

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Dr. Stoll & Sauer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Einsteinallee 1/1, 77933  
Lahr, Gz.: 6423/20 gr/np

gegen

**Volkswagen AG**, vertr. d.d. Vorstandsvorsitzenden Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 13. Zivilsenat - durch den Richter am Landgericht Dr. Paul als Einzelrichter am 29.11.2021 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2021 für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 31.03.2021, Az. 1 O 354/20, im Kostenpunkt aufgehoben, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 7.839,14 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.02.2021 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerpartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerpartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.029,35 Euro freizustellen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung der Klagepartei wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt die Klagepartei 1/4 und die Beklagte 3/4.

IV. Das Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Klagepartei begehrt von der Beklagten im Wege des Schadensersatzes die Rückgängigmachung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrages über ein von der Beklagten hergestelltes Fahrzeug im Zusammenhang mit dem sog. Dieselabgasskandal.

Die Klagepartei kaufte am 20.01.2011 in Freiburg von einem Dritten, der nicht am Rechtsstreit beteiligt ist, zum Kaufpreis von 18.290,00 € einen neuen PKW, Typ: Polo 1,2 TDI mit der Fahrzeugidentifizierungsnummer \_\_\_\_\_ der von der Beklagtenpartei hergestellt wurde.

Das fabrikneue Fahrzeug wurde am 06.05.2011 geliefert. In dem streitgegenständlichen Fahrzeug, das in der Emissionsklasse Euro 5 eingestuft ist, ist ein Dieselmotor des Typs EA 189 eingebaut. Die Klagepartei veräußerte das streitgegenständliche Fahrzeug am 04.10.2020 (vor Kla-

geerhebung) mit einer Laufleistung von 33.500 km für 8.000,00 Euro.

In den Fahrzeugen des streitigen Typs war - beginnend im Laufe des Jahres 2008 - eine Software zur Steuerung des Motors installiert, die erkennt, ob sich das Fahrzeug im Testlauf unter Laborbedingungen oder im normalen Straßenverkehr befindet. Während im Testlauf die Motorsteuerung dergestalt erfolgt, dass mittels einer Abgasrückführung die Abgase zusätzlich gereinigt werden und die Emissionsgrenzwerte entsprechend der genannten Verordnung eingehalten werden (Abgasrückführungsmodus 1), ist im Betriebsmodus des normalen Straßenverkehrs der Abgasrückführungsmodus 0 aktiv, in dem keine oder eine deutlich geringere Abgasrückführung stattfindet.

Die Beklagte informierte die breite Öffentlichkeit in Form von Pressemitteilungen ab Ende September 2015 - erstmals mittels einer Ad-hoc-Mitteilung vom 22.09.2015 - darüber, dass der Motor EA 189 mit einer Abschaltvorrichtung versehen sei, die vom Kraftfahrtbundesamt (KBA) als nicht ordnungsgemäß angesehen werde und daher zu entfernen sei. Auch durch das KBA wurde die Öffentlichkeit informiert. Zeitgleich war der sogenannte Dieselskandal Gegenstand einer sehr umfassenden Presseberichterstattung. Im Einzelnen wird insofern auf die Ausführungen der Beklagten in der Klageerwiderng vom 26.01.2021 (S. 20 - 27 = AS I 167 - 174) verwiesen. Die Klagepartei hat nach dem insoweit unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten Kenntnis von den Berichterstattungen erlangt.

Die Beklagte hat vor dem Hintergrund des Bescheides des Kraftfahrtbundesamtes vom 15.10.2015 mit öffentlicher Erklärung vom 16.12.2015 die Umsetzung technischer Maßnahmen an von dem angeordneten Rückruf des KBA betroffenen Fahrzeugen angekündigt.

Nach Erhalt der Halterdaten informierte die Beklagte in Bezug auf die von ihr hergestellten Fahrzeuge alle Halter mit Schreiben vom Februar 2016 darüber, dass „der in seinem Fahrzeug eingebaute Dieselmotor mit einer Software ausgestattet sei, durch die die Stickoxidwerte (NOx) im Vergleich zwischen Prüfstand (NEFZ) und realem Fahrbetrieb verschlechtert würden“ sowie über die Entwicklung und den weiteren Zeitplan für die konkrete Zurverfügungstellung des Updates.

Die Klageschrift vom 18.12.2020 wurde der Beklagten am 19.01.2021 zugestellt.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, der in erster Instanz gestellten Anträge sowie der erstinstanzlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Auch aufgrund der Vorschrift des

§ 852 BGB ergebe sich nichts anderes, da der Vortrag der Klagepartei zum erlangten Etwas auf Seiten der Beklagten unzureichend sei.

Hiergegen hat die Klagepartei Berufung eingelegt, mit der sie ihr erstinstanzlich gestellten Anträge weiterverfolgt.

**Die Klagepartei beantragt:**

1. Das Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 31.03.2021, 1 O 354/20, wird aufgehoben und wie folgt abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 18.290,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.12.2020 aus einem um den Wertersatz geminderten Betrag zu bezahlen, abzüglich einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Entschädigung für die Nutzung des Fahrzeugs VW Polo (Fahrzeugidentifikationsnummer: \_\_\_\_\_ und Zug um Zug gegen Zahlung eines Wertersatzes von höchstens € 8.000,00 statt Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs VW Polo (Fahrzeugidentifikationsnummer: \_\_\_\_\_).
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerpartei Schadensersatz zu bezahlen für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagtenpartei in den Motor, Typ EA 189, des Fahrzeugs VW Polo (Fahrzeugidentifikationsnummer: \_\_\_\_\_ mindestens eine unzulässige Abschaltvorrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, die bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickstoffemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass es zu einem höheren NOxAusstoß führt, bzw. in Gestalt einer Funktion, die durch Bestimmung der Außentemperatur die Parameter der Abgasbehandlung so verändert, dass die Abgasnachbehandlung außerhalb eines Temperaturfensters von 17°C bis 33°C reduziert wird (sog. Thermofenster).
4. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klägerpartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerpartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von Euro 1.032,40 freizustellen.

**Die Beklagte beantragt:**

Die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle (in beiden Instanzen) verwiesen.

## B.

Die zulässige Berufung der Klagepartei ist weitgehend begründet.

Die Klage ist jedoch hinsichtlich des neben dem Leistungsantrag gestellten Feststellungsantrags Ziff. 3 bereits unzulässig (I.). Die Beklagte hat dem Kläger Schadensersatz zu leisten. Ob der Anspruch verjährt ist, kann dahinstehen, da die Klagepartei jedenfalls gem. § 852 Satz 1 BGB einen durchsetzbaren Anspruch hat (II.). Die Beklagte ist zur Zahlung von Prozesszinsen verpflichtet (III). Die Klagepartei kann die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangen, indes nicht in der beantragten Höhe (IV).

I. Die Klage ist bereits unzulässig, soweit die Klagepartei neben dem Leistungsantrag Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerpartei Schadensersatz zu bezahlen für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagtenpartei in den Motor, Typ EA 189, des Fahrzeugs unzulässige Abschaltvorrichtungen in der Form der sog. Umschaltlogik sowie im Zuge der Installation des Softwareupdates eines Thermofensters implementiert hat.

Das erforderliche Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) ist in dem vorliegenden Fall nicht gegeben.

1. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage setzt zumindest eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts voraus, wenn nicht die Ersatzpflicht für künftige Schadensfolgen aus einer bereits eingetretenen Verletzung eines absoluten Rechtsguts, sondern für reine Vermögensschäden festgestellt werden soll (vgl. BGH, Beschluss vom 04.03.2015 - IV ZR 36/14, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 07.05.2019 - II ZR 278/16, juris Rn. 31). Die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts muss die Klagepartei nach allgemeinen Grundsätzen substantiiert dartun (vgl. BGH, Beschluss vom 04.03.2015 - IV ZR 36/14, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 07.05.2019 - II ZR 278/16, juris Rn. 30 ff.). Allerdings ist die Frage, ob die Klagepartei die Wahrscheinlichkeit künftiger Schäden hinreichend dargelegt hat, mit Rücksicht auf die drohende Verjährung großzügiger zu bewerten, wenn bereits eine erste Vermögenseinbuße eingetreten ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.07.2018 - I ZR 274/16, juris Rn. 26).

2. Nach diesen Maßstäben ist in dem vorliegenden Fall die erhobene Feststellungsklage nicht zulässig, weil die Klagepartei das Fahrzeug bereits vor Klageerhebung weiter veräußert hat.

Die Klagepartei hat die Wahrscheinlichkeit eines in der Fortentwicklung befindlichen Schadens nicht substantiiert dargetan. Sie macht geltend, dass sie bereits durch den Abschluss des Kaufvertrages über das streitgegenständliche Fahrzeug einen Vermögensschaden erlitten hat. Ein solcher ist im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits bezifferbar. Dass im Zeitpunkt der Klageerhebung nach allgemeiner Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darüber hinaus gehende, weitere Schäden zu erwarten waren, hat die Klagepartei nicht schlüssig aufgezeigt.

a) Die Klagepartei hat nicht hinreichend aufgezeigt, dass die Entstehung eines zu ersetzenden Kfz-Steuerschadens wahrscheinlich oder möglich sei.

Die Klagepartei hat hierzu schriftsätzlich nur vortragen lassen, sie „könne“ als Halter des vorliegenden Fahrzeuges Kfz-Steuernachforderungen ausgesetzt sein, da die für das Fahrzeug erteilte Typgenehmigung erloschen sei und die Steuerbemessung neu vorgenommen werden müsse (AS I 299 - 301, II 35 ff.). Die für die Steuer maßgeblichen Schadstoffwerte seien erheblich höher als die unter Nutzung der Abschaltvorrichtung erreichten. Ein erhöhter CO<sub>2</sub>-Ausstoß folge daraus, dass das Update auf eine NO<sub>x</sub>-Reduktion abziele, was höhere CO<sub>2</sub>-Emissionen nach sich ziehe.

Insoweit ermangelt der Sachvortrag der Klägerseite bereits der substantiierten Darlegung, welche konkreten Abgaswerte sich für das Fahrzeug der Klagepartei tatsächlich ergeben und einer schlüssigen Darlegung, dass hieraus eine Belastung der Klägerseite mit Steuernachforderungen droht.

Angesichts des Umstandes, dass seit Aufdeckung des Dieselskandals im September 2015 bis zur Klageerhebung im Januar 2021 über fünf Jahre und bis zur Berufungseinlegung mehr als fünfeneinhalb Jahre vergangen sind, ohne dass eine Steuerneufestsetzung erfolgte, ist ein entsprechender Steuerschaden auch fernliegend. Hinzu kommt, dass die Beklagte bereits Anfang November 2015 auf die Ankündigung von Verkehrsminister Scheuer, die Beklagte direkt mit etwaigen Steuernachforderungen wegen erhöhten CO<sub>2</sub>-Ausstoßes zu belasten, öffentlich hat verlauten lassen, etwaige Steuernachforderungen unmittelbar zu übernehmen.

Darauf, dass nach § 1 Abs. 2 KraftStG i.V.m. § 169 Abs. 2 Nr. 2 AO grundsätzlich Festsetzungsverjährung nach vier Jahren eingetreten ist und auf die Frage, ob vorliegend nach § 169 Abs. 2 S. 2 AO - wie es die Klagepartei geltend macht - wegen einer etwa von der Beklagten begangenen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) eine Festsetzungsfrist von 10 Jahren gilt, kommt es nicht an. Auch die weitere Frage, ob Aufwendungen der Klagepartei für die Kraftfahrzeugsteuer mit der Nutzung des Fahrzeuges aufgezehrt werden, kann dahingestellt bleiben.

b) Auch ersatzfähige zukünftige Schäden im Hinblick auf die drohende Stilllegung sind hier schon deshalb nicht zu erwarten, weil das Fahrzeug vor Klageerhebung verkauft worden ist und davon auszugehen ist, dass dem Käufer die Betroffenheit des Fahrzeugs von der Manipulation bekannt war, insoweit der Klägersseite also keine Inanspruchnahme auf Gewährleistung oder Schadensersatz droht. Gleiches gilt für die von der Klägerin behaupteten Nachteile aufgrund des aufgespielten Software-Updates.

c) Nicht ersichtlich ist schließlich, dass der Klagepartei, die das Software-Update unstreitig hat aufspielen lassen, und das Fahrzeug im Oktober 2020 verkauft hat, Rechtsverfolgungskosten wegen einer Stilllegungsandrohung durch das Kraftfahrtbundesamt entstanden sind oder noch entstehen werden. Dass dem Kläger Rechtsverfolgungskosten für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Verkäufer entstanden sind oder noch entstehen könnten, ist - auch unter Berücksichtigung des Zeitablaufs seit mehr als 5 Jahren seit Aufdeckung des sog. Dieselmotorskandals - ebensowenig als wahrscheinlich oder möglich aufgezeigt.

d) Da nach alledem erstattungsfähige Schäden der Klagepartei nicht ersichtlich sind, vermag auch drohende Verjährung das Feststellungsinteresse nicht zu begründen.

II. Die Beklagte haftet der Klagepartei aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB. Der Senat legt der Berechnung des im Rahmen des Vorteilsausgleichs abzuziehenden Nutzungsersatzes (§ 249 BGB) eine Gesamtleistung von 250.000 km sowie den Kilometerstand zum Zeitpunkt der Veräußerung des Fahrzeugs im Oktober 2020 zugrunde, mit der Folge, dass eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 2.450,86 Euro als Vorteil anzurechnen ist. Weiter anzurechnen ist der Verkaufserlös in Höhe von 8.000,00 Euro. Auf dieser Grundlage kann die Klagepartei von der Beklagten Zahlung von 7.839,14 Euro (= 18.290 Euro - 2.450,86 Euro - 8.000 Euro) verlangen.

1.

Das Verhalten der Beklagten stellt sich als objektiv sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB dar.

Wie dem auf Dieselmotoren spezialisierten Senat aus zahlreichen Verfahren bekannt ist, hat die Beklagte auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch, langjährig und in Bezug auf den Dieselmotor der Baureihe EA189 in siebenstelligen Stückzahlen in Deutschland Fahrzeuge selbst oder bestimmungsgemäß über zu ihrem Konzern gehörenden Unternehmen in Verkehr gebracht, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzli-

chen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Damit ging einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens der Beklagten unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen. Unter Zugrundelegung dieser Umstände ist das Verhalten der Beklagten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats als objektiv sittenwidrig zu qualifizieren. (vgl. hierzu im einzelnen BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 14 – 28 Senat, Urteile vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 21 – 27, 42 - 51; vom 06.11.2019 – 13 U 12/19, juris Rn. 26 – 32, 45 - 56; Hinweis-Beschluss vom 05.03.2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 9 – 16, 29 - 41).

2.

Die grundlegende strategische Entscheidung in Bezug auf die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software ist von dem Vorstand oder einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter, wenn nicht selbst, so zumindest mit seiner Kenntnis und Billigung getroffen bzw. jahrelang umgesetzt worden. Dieses Verhalten ist der Beklagten zuzurechnen (§ 31 BGB vgl. hierzu im einzelnen, BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 29 - 43).

Zwar hat insoweit grundsätzlich der Geschädigte die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen der Haftungsnorm. Hier trifft die Beklagte allerdings eine sekundäre Darlegungslast (vgl. hierzu im einzelnen BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 35 – 38).

a)

Die für die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB darlegungs- und beweisbelastete Klagepartei (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 35) hat vorliegend hinreichende Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstands von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung vorgetragen.

Sie hat unter anderem vorgetragen (AS I 50), hochrangige Führungspersonlichkeiten der Beklagten hätten von der Manipulation gewusst und diese angewiesen und gebilligt. Sogar der damalige

Vorstand sei daran beteiligt. Zwischenzeitlich habe der ehemalige Vorstandsvorsitzende, Aufsichtsratsvorsitzende (im Zeitraum der Manipulation) und indirekte Mehrheitseigner der Volkswagen AG Ferdinand Piëch den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden Dr. Martin Winterkorn sowie zahlreiche Aufsichtsräte massiv belastet. Herr Ferdinand Piëch habe bei einer Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft Braunschweig in den Ermittlungsverfahren gegen die Verantwortlichen des VW-Skandals ausgesagt. Er habe insbesondere mitgeteilt, dass der ehemalige Vorstandsvorsitzende Dr. Winterkorn früh Bescheid gewusst habe. Herrn Ferdinand Piëch sei von dem israelischen Geheimdienst Mossad bereits im Februar 2015 informiert worden, dass dem Geheimdienst ein Schreiben der Behörden aus den USA an Herrn Dr. Winterkorn vorliege, in dem Herr Dr. Winterkorn über den Betrug informiert werde. Herr Dr. Winterkorn habe also von den Manipulationen gewusst. Die Ausführungen der Volkswagen AG, dass er erst im September 2015 Kenntnis erlangt habe, seien nachweislich falsch.

Angesichts der Tragweite der Entscheidung über die riskante Gestaltung der Motorsteuerungssoftware, die für eine Diesel-Motorengeneration konzipiert war, welche flächendeckend konzernweit in vielen Millionen Fahrzeugen eingesetzt werden sollte, erscheint es mehr als fernliegend, dass die Entscheidung für eine greifbar rechtswidrige Software ohne Einbindung des Vorstands erfolgt und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 26; Heese, NJW 2019, S. 257). Es handelt sich der Sache nach um eine Strategieentscheidung mit außergewöhnlichen Risiken für den gesamten Konzern und auch massiven persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen, dem bei den untergeordneten Konstrukteuren kein in Anbetracht der arbeits- und strafrechtlichen Risiken annähernd adäquater wirtschaftlicher Vorteil gegenübersteht. Für eine Kenntnis eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters (§ 31 BGB) spricht ferner der Umstand, dass - wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt ist - die Software durch einen Zulieferer programmiert und geliefert wurde. Insoweit ist in einem ordnungsgemäß geführten Unternehmen zu erwarten, dass die Anforderungen an die Software mit der Bestellung in Form einer Leistungsbeschreibung niedergelegt sind. Weil es sich bei der Motorsteuerung um ein Kernstück des Motors handelt, widerspricht es jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass insoweit die Führungsebene des Unternehmens nicht eingebunden wurde. Wer die Zustimmung zur Entwicklung und zum Einsatz einer Software in der Motorsteuerung für Millionen von Neufahrzeugen erteilt, muss eine wichtige Funktion in einem Unternehmen haben und mit erheblichen Kompetenzen ausgestattet sein. Soweit es sich dabei nicht um einen Vorstand handelt, liegen im Hinblick auf das Gewicht der Entscheidung erhebliche Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich um einen Repräsentanten im Sinn der höchstrichterlichen Rechtsprechung handelt, weil er Entscheidun-

gen trifft, die üblicherweise der Unternehmensführung vorbehalten sind (Senat, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 65 – 69).

b)

Wegen der besonderen Schwierigkeiten der Klagepartei, konkrete Tatsachen darzulegen, aus denen sich die Kenntnis eines bestimmten Vorstandsmitglieds ergibt, ist die Einlassung der Beklagten, nach dem derzeitigen Ermittlungsstand lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass eines ihrer Vorstandsmitglieder im Sinne des Aktienrechts an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen sei oder die Entwicklung und Verwendung der Software in Auftrag gegeben oder davon gewusst habe, nicht ausreichend. Der Beklagten wäre es jedenfalls möglich und zumutbar gewesen, mitzuteilen, welche Ermittlungen sie mit welchem Ergebnis angestellt habe und über welche Erkenntnisse sie insoweit verfüge (vgl. im einzelnen BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 39- 42 Senat, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 72 – 73).

Die Beklagte ist somit der sie treffenden sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen, weshalb die Behauptung der Klägerseite, die Installation der Abschaltvorrichtung sei mit Wissen und Wollen eines oder mehrerer Mitglieder des Vorstandes oder Repräsentanten der Beklagten erfolgt, als zugestanden gilt, § 138 Abs. 3 ZPO.

c)

Im Hinblick auf den mit dem Bestreiten der Beklagten stets verbundenen einschränkenden Hinweis, dass dieses auf den Erkenntnissen nach dem jeweiligen Stand der internen Ermittlungen beruhe, handelt es sich der Sache nach zudem um eine Erklärung mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO. Selbst wenn man die hier der Beklagten obliegende sekundäre Darlegungslast ausblende, stellte der bloße Hinweis, die Ermittlungen hätten keine Erkenntnisse geliefert, dass Vorstandsmitglieder an der Entwicklung der Manipulationssoftware beteiligt waren oder diese gebilligt hätten, kein hinreichendes Bestreiten dar. Denn nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Bei einer juristischen Person kommt es insoweit auf ihre Organe an, nicht hingegen auf Kenntnisse früherer Organmitglieder (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1994 - II ZR 95/93, juris Rn. 22; Urteil vom 09.07.1987 - III ZR 229/85, juris Rn. 31). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung trifft die Partei - welche mit Nichtwissen bestreiten will - die Pflicht, ihr mögliche Informationen von Personen einzuholen, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind. Auch sonstige Informationen aus dem eigenen Unternehmensbereich, etwa aus archivierten Aktenbeständen, sind heranzuziehen (BGH, Urteil vom

10.10.1994 - II ZR 95/93, juris Rn. 21). Das Bestreiten mit Nichtwissen trotz Nachforschungspflicht ist nur dann zulässig, wenn sich für die Partei nach Einholen der Erkundigungen keine weiteren Erkenntnisse ergeben oder die Partei nicht beurteilen kann, welche von mehreren unterschiedlichen Darstellungen über den Geschehensablauf der Wahrheit entspricht. Erforderlich ist, dass die mit Nichtwissen bestreitende Partei das Ergebnis ihrer Erkundigungen in den Prozess einführt (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 22.04.2016 - V ZR 256/14, juris Rn. 20; Urteil vom 10.10.1994 - II ZR 95/93, juris Rn. 20 ff.), das heißt, wenn sie sich auf den Einwand berufen will, es lägen widersprechende Aussagen vor, diese auch wiedergibt (BGH, Urteil vom 15.11.1989 - VIII ZR 46/89, juris Rn. 16) oder, wenn sie sich auf die Vernichtung von Akten beruft, sich nicht pauschal auf den Ablauf gesetzlicher Aufbewahrungsfristen berufen kann, sondern die tatsächliche Vernichtung durch näheren Vortrag glaubhaft macht (BGH, Urteil vom 10.10.1994 - II ZR 95/93, juris Rn. 21).

Wenn aber bereits für ein zulässiges Bestreiten mit Nichtwissen erhöhte Darlegungsanforderungen hinsichtlich der Erfolglosigkeit der Nachforschungen gestellt werden, gilt dies erst recht in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die mit Nichtwissen bestreitende Beklagte überdies eine sekundäre Darlegungslast trifft.

d)

Soweit sich die Beklagte damit verteidigt, die von der Klagepartei benannten oder als Verantwortliche in Betracht kommende Personen seien keine "Organe", hat sie keinen Erfolg. Abgesehen davon, dass letzteres für die Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB (BGH, Urteil vom 05.03.1998 – III ZR 183/96, juris Rn. 18) nicht notwendig ist, käme eine Haftung der Beklagten für das Verhalten dieser Personen jedenfalls nach §§ 826, 831 BGB in Betracht. Danach haftet der Geschäftsherr für einen Verrichtungsgehilfen, wenn er sich bezüglich dessen Auswahl und Überwachung nicht entlasten kann. Für die Frage einer sittenwidrigen Schädigung durch diese Personen würde letztlich nichts grundsätzlich anderes gelten als für die vormaligen Leiter der Entwicklungsabteilung und den Vorstand.

Selbst wenn man daher - entgegen der Auffassung des Senats – davon ausginge, dass die Voraussetzungen von § 31 BGB nicht erfüllt wären, stünde der Klägerseite gegen die Beklagte jedenfalls ein gleichartiger Schadensersatzanspruch aus § 831 Abs. 1 S. 1, § 826 BGB zu.

Es steht jedenfalls fest, dass die Beklagte nach allen denkbaren Sachverhaltsalternativen entweder nach §§ 826, 31 BGB haftet oder nach §§ 831, 826 BGB: Die Entscheidung für den Einsatz der Software in den für die Serienproduktion vorgesehenen Motoren muss durch eine bei der Be-

klagen beschäftigte Person getroffen worden sein. Sollte dies auf Veranlassung oder zumindest mit Kenntnis und Billigung eines Vorstandsmitglieds oder eines Repräsentanten im Sinn des § 31 BGB erfolgt sein, wäre die Haftung der Beklagten nach § 826 BGB gegeben. Repräsentanten sind Angestellte, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (BGH, Urteil vom 05.03.1998 - III ZR 183/96, juris Rn. 18). Mit der Haftung gemäß §§ 826, 31 BGB muss die Beklagte mithin für alle selbständigen Mitarbeiter einstehen. Sollte die Entscheidung hingegen auf Arbeitsebene ohne Einbeziehung der Unternehmensleitung getroffen worden sein, haftete die Beklagte für diese Mitarbeiter gemäß §§ 831, 826 BGB. Dass die Entscheidung für den serienmäßigen Einsatz der Software durch Personen, die keiner der beiden genannten Gruppen angehören, getroffen worden sein könnte, ist ausgeschlossen (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 05.12.2018 - 14 U 60/18, Rn. 34 f.). Wenn die allein in Betracht kommenden Sachverhaltsvarianten sämtlich geeignet sind, den geltend gemachten Anspruch zu tragen, ist es in einer solchen Situation prozessrechtlich zulässig, auf alternativer Tatsachenbasis zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 23.06.1987 - VI ZR 188/86, juris Rn. 12). So liegt der Fall hier (vgl. auch LG Stuttgart, Urteil vom 17.01.2019 - 23 O 178/18, juris Rn. 98 ff.). Unerheblich ist insoweit, dass die Klägerseite konkret zu § 831 BGB wenig vorgetragen hat, denn die Tatbestandsvoraussetzungen ergeben sich hier bereits aus den feststehenden tatsächlichen Umständen:

aa. Soweit eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB ausscheidet, müsste ein unselbständiger, weisungsgebundener Arbeitnehmer die Entscheidung getroffen haben. Ein solcher wäre im Rahmen der ihm übertragenen Tätigkeit Verrichtungsgehilfe im Sinne des § 831 BGB (vgl. Sprau, in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 831 Rn. 6).

bb. Auch der Umstand, dass es sich - im vorliegenden Fall eher fernliegend - um ein eigenmächtiges Verhalten des Arbeitnehmers handelte, hinderte die Haftung des Arbeitgebers nicht: Zwar muss der Schaden gerade „in Ausführung der Verrichtung“ erfolgen und nicht lediglich bei deren Gelegenheit. Dieses Tatbestandsmerkmal ist aber bereits dann erfüllt, wenn der Gehilfe innerhalb des von ihm übernommenen Pflichtenkreises handelt, das heißt, nach Art und Zweck der ihm vom Geschäftsherrn aufgetragenen Verrichtung ein unmittelbarer innerer Zusammenhang zwischen dieser und der schädigenden Handlung besteht. Selbst vorsätzliche unerlaubte Handlungen des Verrichtungsgehilfen stehen noch in unmittelbarem Zusammenhang mit den zugewiesenen Verrichtungen, wenn sie gerade die übertragene Hauptpflicht verletzen (vgl. BGH, Urteil vom 12.06.1997 - I ZR 36/95, juris Rn. 31; Sprau, in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 831 Rn. 9). Selbst ein bewusstes Überschreiten des Auftrags oder der bewusste Missbrauch einer Vollmacht

schließen die Haftung nicht aus, solange die Handlung noch objektiv in engem Zusammenhang mit den zugewiesenen Verrichtungen steht (BGH, Urteil vom 30.10.1967 - VII ZR 82/65, juris Rn. 19; Sprau, a.a.O.).

Hier kommt hinsichtlich der Installation und Freigabe der Software ausschließlich das Handeln von Mitarbeitern in Betracht, die mit der Motorenentwicklung betraut waren. Diese haben aber auch bei Implementierung einer rechtswidrigen Funktion in der Motorsteuerungssoftware jedenfalls im Rahmen der ihnen gerade übertragenen Hauptpflicht gehandelt, nämlich der Motorenentwicklung.

cc. § 831 BGB setzt weiterhin die widerrechtliche Zufügung eines Schadens voraus. Grundsätzlich genügt, dass der Verrichtungsgehilfe den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung rechtswidrig erfüllt hat. Auf ein Verschulden kommt es zwar grundsätzlich nicht an. Wenn aber der deliktische Tatbestand, auf den sich die Haftung nach § 831 BGB bezieht, besondere subjektive Elemente voraussetzt, müssen diese auch beim Verrichtungsgehilfen gegeben sein (vgl. Sprau, in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 831 Rn. 8). Eine Haftung nach §§ 831, 826 BGB erfordert daher beim Verrichtungsgehilfen sowohl Schädigungsvorsatz als auch - hiervon getrennt festzustellen - die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 15.10.2013 - VI ZR 124/12, juris Rn. 11; Urteil vom 23.03.2010 - VI ZR 57/09, juris Rn. 38).

Die in Betracht kommenden Personen haben die Kunden jedenfalls vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Dies ergibt sich hier zwingend aus den feststehenden Tatsachen: Den unmittelbar mit der Motorenentwicklung betrauten Mitarbeitern musste bereits aufgrund der Funktionsweise der Software klar sein, dass es sich um eine Umgehung der Emissionsvorschriften handelte und der Einsatz der Software mithin rechtswidrig war. Wenn man unterstellt, dass die Handelnden die Leitungsebene nicht eingebunden haben - sonst haftete die Beklagte nach §§ 826, 31 BGB -, obwohl es sich um eine wesentliche Entscheidung der Emissionsstrategie für die neue Motorengeneration handelte, für die regelmäßig nicht eine nachgeordnete Ebene die Verantwortung trägt, lässt dies nur den Schluss zu, dass ihnen die Problematik der Software bewusst war und sie deshalb die Verwendung verheimlichten.

Die weiteren Abläufe von der Serienproduktion über die Typgenehmigung bis hin zum Verkauf sind offensichtlich, so dass die Handelnden mit der Entscheidung für die Verwendung der Abschaltvorrichtung auch die Täuschung und Schädigung der späteren Erwerber und Folgerwerber in ihren Vorsatz aufgenommen haben.

Aus den Umständen ergibt sich auch die Sittenwidrigkeit des Handelns und die Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände. Hier kann bereits aus der bewussten Täuschung der Erwerber auf die Sittenwidrigkeit geschlossen werden (BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI 536/15, juris Rn.16). Auch die für die Beurteilung der Handlung als sittenwidrig maßgeblichen objektiven Umstände waren den Handelnden bekannt. Dass hier möglicherweise anders als auf der Führungsebene andere Motive als die Gewinnmaximierung für das Unternehmen leitend gewesen sein mögen, ändert nichts an der Gesamtbeurteilung des Verhaltens als besonders verwerflich. Die Täuschung rechtfertigende Motive sind insoweit nicht denkbar.

dd. Den nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zulässigen Entlastungsbeweis hat die Beklagte nicht angetreten.

3.

Der Klagepartei ist durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden, §§ 826, 249 Abs. 1 BGB.

a)

Der Schaden der Klagepartei liegt in dem Abschluss des Kaufvertrags über das bemakelte Fahrzeug (vgl. im einzelnen hierzu BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 44 – 48, 56 - 59).

b)

Die Klagepartei ist durch das einer arglistigen Täuschung gleichstehende sittenwidrige Verhalten der Beklagten eine ungewollte Verpflichtung eingegangen.

Die Klagepartei hat den ihr obliegenden Beweis erbracht, dass sie in Kenntnis der illegalen Abschaltanlage den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte, § 286 ZPO.

aa)

Für die Annahme des Kausalzusammenhangs zwischen Irrtum und Abgabe der Willenserklärung genügt es nach der höchstrichterlichen zivilgerichtlichen Rechtsprechung für den Fall der sittenwidrigen Vertragserschleichung, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entschließung hat (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.1995 - V ZR 34/94, juris Rn. 17).

Es entspricht der Lebenserfahrung, dass Kraftfahrzeugkäufer – wie es die Klagepartei auch für sich behauptet - vom Kauf eines Fahrzeugs Abstand nehmen würden, wäre ihnen bekannt, dass das betreffende Fahrzeug zwar formal über eine EG-Typgenehmigung verfügt, aber wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typgenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohen. Denn Zweck des Autokaufs ist grundsätzlich - abgesehen von hier nicht einschlägigen Sonderkonstellationen - der Erwerb zur Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr (BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 51 – 55; Senat, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 36; Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 12/19 juris Rn. 41).

bb)

Auch das Verhalten der Klagepartei nach Bekanntwerden der Dieseldisputat deutet nicht auf eine fehlende Kausalität zwischen der Täuschungshandlung der Beklagten und dem Abschluss des Kaufvertrages hin. Daraus, dass die Klagepartei das Fahrzeug nach erfolgreichem Einschreiten des Kraftfahrt-Bundesamtes schlicht weiter genutzt und - wie viele Käufer - erst im Jahr 2020 eine Klage anhängig gemacht hat, lässt sich nicht darauf schließen, dass die Klagepartei dem Einbau der streitgegenständlichen Umschaltlogik und den damit drohenden zulassungsrechtlichen Nachteilen im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses gleichgültig gegenübergestanden hätte. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung im Falle der unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10, juris Rn. 50 ff.) ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Anders als dort steht hier nicht der Erwerb vergleichbarer Produkte in Rede, aus deren Behalten sich relevante Indizien für die fehlende Kausalität ergeben könnten.

Gegen die Ursächlichkeit der Täuschung der Beklagten für den Abschluss des Kaufvertrages streitet auch nicht, dass die Klagepartei erst im Anschluss an die vermehrte Diskussion über Fahrverbote für Dieselfahrzeuge nach einer Möglichkeit gesucht hat, um den Kaufvertrag rückabzuwickeln. Aus einem derartigen Motiv für die Klageerhebung und möglichen weiteren Gründen, die gegen das Behalten des Fahrzeuges sprechen, lässt sich nach Überzeugung des Senats (§ 286 Abs. 1 ZPO) nicht ableiten, dass die Klagepartei an der streitgegenständlichen Umschaltlogik keinen Anstoß genommen hätte, wenn sie beim Abschluss des Kaufvertrages von deren Einbau in das Fahrzeug gewusst hätte. Vielmehr hält es der Senat für fernliegend, dass die Klagepartei das Fahrzeug in Kenntnis der Umschaltlogik und der damit verbundenen Ungewissheit gekauft hätte, obwohl das Fahrzeug möglicherweise stillgelegt wird.

4.

Ein Schädigungsvorsatz der für die Beklagte als verfassungsmäßig berufenen Vertreter (§ 31 BGB) handelnden Personen, die nach den getroffenen Feststellungen Kenntnis von der sittenwidrigen strategischen Unternehmensentscheidung hatten, liegt unter Zugrundelegung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze (vgl. im einzelnen BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 61 – 62 Senat, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 53 - 58) vor.

Für das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes kommt es auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Fahrzeuges gemäß dem vorgefassten Entschluss, die unzulässige Abschaltvorrichtung serienmäßig einzusetzen, an.

Nach dem mangels substantiierten Bestreitens der Beklagten zugrunde zu legenden Sachvortrag der Klagepartei (siehe oben) kannten die für die Beklagte handelnden Vorstände (§ 31 BGB) oder ihnen gleichzustellenden Repräsentanten die grundlegende und mit der bewussten Täuschung des KBA verbundene strategische Entscheidung in Bezug auf die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software und setzten sie jahrelang um.

Schon nach der Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass ihnen als für die zentrale Aufgabe der Entwicklung und des Inverkehrbringens der Fahrzeuge zuständigem Organ oder zuständigem und verfassungsmäßig berufenem Vertreter (§ 31 BGB) bewusst war, in Kenntnis des Risikos einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der betroffenen Fahrzeuge werde niemand - ohne einen erheblichen, dies berücksichtigenden Abschlag vom Kaufpreis - ein damit belastetes Fahrzeug erwerben. Dass sie dabei darauf vertraut haben mögen, das sittenwidrige Handeln werde nicht aufgedeckt werden, schließt den Vorsatz nicht aus, weil der Schaden im ungewollten Vertragsschluss, nicht dagegen in einer etwaigen Betriebsuntersagung liegt (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn 63).

5.

Die Beklagte hat gemäß §§ 826, 249 ff. BGB der Klagepartei sämtliche aus der sittenwidrigen Schädigung resultierenden Schäden zu ersetzen.

a)

Wenn wie hier der Geschädigte durch Täuschung eines Dritten zum Abschluss eines Vertrags veranlasst wurde, steht ihm im Rahmen der Naturalrestitution ein Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen dieses Vertrags zu, das heißt, Ausgleich der für den Vertrag getätigten Aufwendungen durch den Schädiger gegen Herausgabe des aus dem Vertrag Erlangten (vgl. BGH, Urteil

vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, juris Rn. 41; Urteil vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14, juris Rn. 28; Tiedtke, DB 1998, S. 1019).

Die Klagepartei hat sich im Wege des Vorteilsausgleichs den Verkaufserlös in Höhe von 8.000 Euro und die von ihr bis zur Veräußerung des Fahrzeugs gezogenen Nutzungen anrechnen zu lassen. Soweit prinzipielle Einwände gegen die Berücksichtigung der Nutzung des Fahrzeugs als Abzugsposition im Rahmen der deliktischen Haftung vorgebracht werden, vermögen diese nicht zu überzeugen (vgl. im einzelnen, BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 64 – 77; Senat, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 110 – 118).

Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dürfen dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12.03.2009 - VII ZR 26/06, juris Rn. 16; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, Vor § 249 Rn. 71). Solange Ersatzanspruch und Vorteil nicht gleichartig sind, muss der Schädiger Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten ist nur mit dieser Einschränkung begründet. Darauf, ob der Schädiger die Herausgabe des Vorteils verlangt, kommt es nicht an. Insbesondere bedarf es, anders als in den Fällen der §§ 320, 322, 348 BGB, keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers (BGH, Urteil vom 23.06.2015 - XI ZR 536/14, juris Rn. 23 f.).

Danach kann die Klagepartei vorliegend Erstattung der von ihr für den Erwerb des Fahrzeugs verauslagten Kosten abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen sowie des Veräußerungserlöses verlangen.

b)

Die Rechtsprechung geht insoweit für bewegliche Sachen von einer linearen Wertminderung aus (vgl. BGH, Urteil vom 31.03.2006 - V ZR 51/05, juris Rn. 12 f.; Seichter, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Auflage 2017, § 281 Rn. 72 f.), das heißt, der für jeden gefahrenen Kilometer in Abzug zu bringende Betrag ist in der Weise zu ermitteln, dass der vereinbarte Bruttokaufpreis durch die im Kaufzeitpunkt zu erwartende Rest- (beim Gebrauchtwagenkauf) bzw. Gesamtleistung (beim Neuwagenkauf) geteilt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 09.12.2014 - VIII ZR 196/14, juris Rn. 3).

Im Rahmen der Vorteilsausgleichung kommt es auf die aus dem erworbenen Fahrzeug (tatsächlich) gezogenen Vorteile an. Diese liegen darin, dass die Klagepartei das Fahrzeug genutzt hat. Darauf, ob es hätte in Betrieb genommen werden dürfen, kommt es nicht an (BGH, Urteil vom

25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 81). Dass der Mangel die tatsächliche Nutzung erheblich eingeschränkt hat (vgl. Reinking/Eggert, Autokauf 14. Auflage 2020, Rn. 1173), ist weder ersichtlich noch geht dies aus dem Sachvortrag der Klagepartei hervor.

c)

Der Senat schätzt die Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs (§ 287 ZPO) auf 250.000 km. Zu berücksichtigen ist, dass die Fahrleistung, die ein Fahrzeug in seiner Lebensdauer zurücklegen kann, von verschiedenen Faktoren abhängig ist, nicht nur von der Lebensdauer des Motors, sondern auch der anderen Bauteile. Die Lebensdauer des Motors ist unter anderem von Größe und Leistung des Motors und insbesondere auch vom Nutzungsverhalten abhängig. Für Dieselfahrzeuge dieser Preisklasse und Qualität wird die durchschnittliche Laufleistung in der Rechtsprechung wie hier überwiegend auf 250.000 km geschätzt (vgl. die Übersicht bei Reinking/Eggert, Autokauf, 14. Auflage 2020, Rn. 3574; BGH, Beschluss vom 09.12.2014 - VIII ZR 196/14, juris Rn. 3 (BMW X5, 3.0d A); ebenso Senat, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, juris Rn. 108; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.12.2018 - 17 U 4/18, juris Rn. 50). Individuelle Leistungsmerkmale, die dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zur Zugrundelegung einer höheren Gesamtlauflistung zwängen, zeigt die Klagepartei nicht auf. Es bedarf daher auch nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens.

d)

Die im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigende Entschädigung für die gezogenen Nutzungen berechnet der Senat nach der üblichen Formel:

Bruttokaufpreis \* gefahrene Kilometer / Gesamtlauflistung.

Der Kilometerstand zum Zeitpunkt der Veräußerung des Fahrzeugs betrug unstreitig 33.500 km, die vom Kaufpreis abzuziehende Nutzungsentschädigung beläuft sich somit auf 2.450,86 Euro.

6.

Der mit Abschluss des Kaufvertrags über das streitgegenständliche Fahrzeug entstandene Schadensersatzanspruch ist auch nicht dadurch erloschen, dass die Klagepartei das von der Beklagten angebotene Software-Update zwischenzeitlich durchführen ließ.

Selbst wenn das Update das Fahrzeug der Klagepartei in einen ordnungsgemäßen Zustand versetzt hat - was streitig ist -, wäre der Schadensersatzanspruch nur erloschen, wenn die Entgegennahme des Updates als Annahme an Erfüllung statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB auszulegen wäre. Etwaige verbleibende Zweifel gehen insoweit zu Lasten der beweisbelasteten Beklagten.

Eine solche Auslegung scheidet hier schon daran, dass die Beklagte das Update nicht als Erfüllung eines Schadensersatzanspruchs der Klägerseite angeboten hat, sondern um der Auflage des Kraftfahrt-Bundesamts Genüge zu tun. Dies folgt bereits daraus, dass sie durchgehend jegliche Schadensersatzansprüche der Käufer, insbesondere auch der Klagepartei, bestritten und behauptet hat, das Fahrzeug sei auch mit der ursprünglichen Software mangelfrei (vgl. allerdings zur Annahme als vertragliche Nacherfüllung: OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2018 - 18 U 134/17, juris Rn. 17). Auch lässt sich die Entgegennahme der Leistung durch die Klägerseite im vorliegenden Fall nicht als Annahme an Erfüllungs statt deuten. Angesichts des bekannten Bescheids des Kraftfahrt-Bundesamts liegt es vom maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont nahe, dass die Klagepartei das Update aufspielen ließ, um die Weiternutzung ihres Fahrzeugs nicht zu gefährden. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Schadensersatzanspruch der Klägerseite auf eine gänzlich andere Leistung, nämlich die Rückgängigmachung der Kaufvertragsfolgen gerichtet ist. Mit der Entgegennahme einer behördlich angeordneten „Nachbesserungsmaßnahme“ wird ein objektiver Empfänger nicht davon ausgehen, die Klagepartei wolle auf die bestehenden weitergehenden Ansprüche verzichten, zumal die Beklagte das Aufspielen des Updates im Hinblick auf die Anordnung des Kraftfahrt-Bundesamts auch nicht von einer solchen Erklärung hätte abhängig machen können.

7.

Ob der Anspruch der Klagepartei verjährt ist, kann dahinstehen, da die Klagepartei jedenfalls gem. § 852 Satz 1 BGB einen durchsetzbaren Anspruch hat, der sich auf das durch die Veräußerung des Fahrzeugs durch die Beklagte erlangte Etwas richtet und der Höhe nach begrenzt ist durch den verjährten Anspruch nach § 826 BGB.

Denn der Kläger hat auch im Falle unterstellten Eintritts der Verjährung des Anspruchs gem. § 852 Satz 1 BGB weiterhin einen durchsetzbaren Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte, der sich auf das durch die Veräußerung des Fahrzeugs durch die Beklagte erlangte Etwas richtet und der Höhe nach begrenzt ist durch den verjährten Anspruch nach § 826 BGB (zum Ganzen mit weiteren Nachweisen Senat, Urteil vom 09. Juli 2021 – 13 U 123/21 –, juris).

a) Hat der Ersatzpflichtige durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach Eintritt der Verjährung des Anspruchs gem. § 852 Satz 1 BGB auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Die Vorschrift hat den Charakter einer Rechtsverteidigung gegenüber der Einrede der Verjährung (BGH, Urteil vom 30.09.2003 - XI ZR 426/01, juris Rn. 60; BGH, Urteil vom 14.02.1978 – X ZR 19/76, juris, Rn. 61). Der verjäherte Anspruch bleibt als solcher bestehen. Er wird nach Ablauf der dreijährigen

Verjährungsfrist nur in seinem Umfang auf das durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Geschädigten Erlangte beschränkt. Da es sich bei dem Anspruch aus § 852 BGB um eine Fortsetzung des Schadensersatzanspruchs in anderem rechtlichen Kleid handelt, ist für die Vermögensverschiebung eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgebend (BGH, Urteil vom 14.02.1978, aaO, Rn. 63). Wenn der Vermögensverlust beim Geschädigten einen entsprechenden Vermögenszuwachs beim Schädiger zur Folge hat, so ist er gem. § 852 BGB auch dann herauszugeben, wenn diese Vermögensverschiebung dem Schädiger durch seine Vertragspartner vermittelt wurde. Es genügt, wenn es auf die Weise zu einer Vermögensverschiebung zwischen dem Schädiger und Verletztem gekommen ist, dass der infolge der unerlaubten Handlung beim Geschädigten eingetretene Vermögensverlust mit einem entsprechenden Vermögenszuwachs beim Schädiger korrespondiert (Rüßmann in jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 852 BGB Rn. 5).

b) Im Falle des Erwerbes eines Neuwagens – wie hier – findet anders als beim Erwerb eines Gebrauchtwagens (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 31.03.2021 - 13 U 678/20, Juris) die Vorschrift des § 852 BGB Anwendung und zwar auch dann, wenn die Klagepartei das Fahrzeug nicht direkt von der Beklagten, sondern über einen Vertragshändler erworben hat (so auch: OLG Stuttgart, Urteil vom 09.03.2021 - 10 U 339/20, Juris Rn. 36 ff; OLG Stuttgart, Urteil vom 10.02.2021 – 9 U 402/20, beck-online Rn. 40 ff; OLG Koblenz, Urteil vom 31.03.2021, 7 U 1602/20 – Juris Rn. 46 ff; OLG Oldenburg, Urteil vom 22.04.2021, 14 U 225/20 – Juris Rn. 42 ff).

aa) Soweit die Beklagte geltend macht, die Anwendung des § 852 BGB sei hier aufgrund einer vorzunehmenden teleologischen Reduktion ausgeschlossen, hat dies keinen Erfolg.

Entgegen der Auffassung der Beklagten (Gutachten Martinek vom 22.10.2020, Anlagenheft II, S. 1 ff.) erfordert § 852 Satz 1 BGB kein besonderes Prozessrisiko, welches – so die Beklagte – hier deshalb nicht bestanden habe, weil für die Fälle vorliegender Art die Musterfeststellungsklage geschaffen worden sei. Für eine solche einschränkende Auslegung ergeben sich weder Anhaltspunkte aus dem Wortlaut der Vorschrift noch dem Gesetzgebungsverfahren. Eine planwidrige Regelungslücke besteht nicht: Der Gesetzgeber (Bundestagsdrucksache 19/2439) hat im Zusammenhang mit der Einführung der Musterfeststellungsklage am 04.06.2018 zu dem Problem und Ziel der Musterfeststellungsklage ausgeführt: „In einem durch standardisierte Massengeschäfte geprägten Wirtschaftsleben hinterlassen unrechtmäßige Verhaltensweisen von Anbietern häufig eine Vielzahl gleichartig geschädigter Verbraucherinnen und Verbraucher. Gerade wenn der erlittene Nachteil im Einzelfall gering ist, werden Schadensersatz- oder Erstattungsansprüche oft nicht individuell verfolgt, da der erforderliche Aufwand aus Sicht des Geschädigten unverhältnismäßig erscheint („rationales Desinteresse“). Kommt eine Einigung der Parteien – etwa im Rahmen der außergerichtlichen Streitschlichtung – nicht zustande und sehen die Betroffenen von

einer Klage ab, verbleibt der unrechtmäßig erlangte Gewinn bei dem Anbieter, der hierdurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber rechtstreuen Wettbewerbern erzielt“. Legte man § 852 BGB einschränkend dahingehend aus, dass er keine Anwendung findet, wenn der Verbraucher die Möglichkeit hat, sich an einer Musterfeststellungsklage zu beteiligen, würde das vom Gesetzgeber ausdrücklich benannte Ziel, dass der rechtswidrig erlangte Vorteil nicht beim Schädiger verbleibt, in den Verjährungsfällen ins Gegenteil verkehrt.

bb) Die Beklagte hat den von der Klagepartei gezahlten Kaufpreis abzüglich der Händlermarge erlangt im Sinne des § 852 Satz 1 BGB.

Auch wenn die Beklagte beim Verkauf eines Neufahrzeugs durch einen Händler den Kaufpreis nicht von der Klagepartei, sondern von dem Vertragshändler erhält, hat sie den Kaufpreis bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht auf dessen Kosten, sondern auf Kosten des Käufers, d.h. der Klagepartei erhalten. Die Beklagte hat, wenn – wie hier – eine Neufahrzeugbestellung durch den Endkunden erfolgt, wegen des nicht vorhandenen Absatzrisikos des Händlers den Kaufpreis bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf Kosten des Endkunden erworben.

§ 852 Satz 1 BGB verlangt auch keinen fortbestehenden wirtschaftlichen Schaden des Geschädigten. Der Schaden der Klagepartei besteht hier in dem Eingehen einer ungewollten Verbindlichkeit (s.o.). Dass darüber hinaus noch ein wirtschaftlicher Schaden vorliegen muss, ergibt sich nicht aus § 852 BGB. Im Hinblick auf den ersatzfähigen Schaden ergibt sich aus § 852 BGB keine (beschränkende) Voraussetzung, dieser ergibt sich vielmehr aus der jeweiligen Haftungsnorm (hier: § 826 BGB). § 852 BGB ist der Rechtsfolge nach lediglich auf das beschränkt, was der Schädiger auf Kosten des Geschädigten erlangt hat (OLG Stuttgart, Urteil vom 09.03.2021, aaO, Rn. 47).

cc) Der Höhe nach beläuft sich der Anspruch auf das durch die Veräußerung des Fahrzeugs durch die Beklagte erlangte Etwas. Der Anspruch ist der Höhe nach begrenzt durch den verjährten Anspruch nach § 826 BGB.

(1) Erlangt im Sinne von § 852 Satz 1 BGB hat die Beklagte den aus der Veräußerung des Neufahrzeugs erzielten Kaufpreis abzüglich der Händlermarge.

Entgegen der Auffassung der Beklagten (Gutachten Martinek, S. 60 ff; so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10.02.2021, Rn. 45 ff) ist nicht auf den Gewinn der Beklagten abzustellen. Zweck des § 852 BGB sind nicht Gewinnabschöpfung oder Sanktionen, sondern es geht darum, dass derjenige, der durch eine unerlaubte Handlung einen anderen geschädigt hat, nicht im Genuss dieses unrechtmäßig erlangten Vorteils verbleiben soll (BGH, Urteil vom 14.02.1978, X ZR 19/76 – Juris, Rn. 62). Zudem reduzieren angefallene Aufwendungen den Anspruch wegen der Bösgläubigkeit

der Beklagten nicht (vgl. ausführlich hierzu OLG Stuttgart, Urteil vom 09.03.2021, aaO, Rn. 66 ff). Insoweit steht ein Schädiger nach § 852 BGB nicht besser als der bösgläubige Bereicherungsschuldner nach §§ 819, 818 Abs. 4 BGB. Denn § 852 Satz 1 BGB regelt die Haftung nach den Grundsätzen der Haftung eines bösgläubigen Bereicherungsschuldners.

(2) Der Höhe nach ist der Anspruch begrenzt durch den nach § 826 BGB bestehenden, verjährten Schadensersatzanspruch, d.h. auf die Erwerbskosten abzüglich der oben berechneten Nutzungsschädigung, mithin auf 25.899,80 Euro. Die nach Eintritt der Verjährung entstandenen Nutzungsvorteile sind auch im Rahmen des § 852 Satz 1 BGB zu berücksichtigen. Denn hätte die Beklagte sich nicht auf die Einrede der Verjährung berufen, wären bei der Schadensberechnung die bis zur Rückabwicklung durch Herausgabe des Fahrzeugs gezogenen Nutzungen zu berücksichtigen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 09.03.2021, aaO, Rn. 60). Dass die Beklagte sich auf die Einrede der Verjährung berufen hat, kann nicht zur Erhöhung des Anspruchs führen, da die Vorschrift eine Beschränkung des verjährten deliktischen Anspruchs auf das durch den Schädiger Erlangte bewirkt (BGH, Urteil vom 26.03.2019 – X ZR 109/16, juris Rn. 20) und dadurch keine Erweiterung des Anspruchs zulässt.

Da die Händlermarge gerichtsbekannt jedenfalls (weit) unter 50% des Kaufpreises liegt, liegt der Betrag, den die Beklagte nach § 852 Satz 1 BGB erlangt hat, sicher über dem sich aus § 826 BGB ergebenden Schadensersatzanspruch in Höhe von 7.839,14 Euro. Somit beschränkt § 852 BGB hier den Anspruch aus § 826 BGB nicht.

dd) Der Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagte ist auch nicht nach § 852 Satz 2 BGB verjährt. Nach dieser Sonderregelung verjährt der Anspruch in 10 Jahren von seiner Entstehung an. Da der Schaden der Klagepartei im Abschluss des ungewollten Kaufvertragsabschlusses am 20.01.2011 liegt und die Klage der Beklagten am 19.01.2021 (AS I 147) zugestellt worden ist, ist Verjährung nicht eingetreten.

III. Die Beklagte ist zur Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz ab Rechtshängigkeit verpflichtet.

1. Die Verpflichtung zur Verzinsung ab Rechtshängigkeit folgt aus § 291 BGB.

Vorliegend ist die bezifferte Schadensersatzforderung nicht bereits mit der Klageschrift, sondern erst mit der Beklagten am 22.02.2021 (AS I 302) zugestelltem Schriftsatz vom 18.02.2021 geltend gemacht worden. Auf die Frage, ob die Gegenleistung in einer Annahmeverzug begründenden Weise angeboten worden ist, kommt es zwar für den Schuldnerverzug an, nicht jedoch für die hier gemäß § 291 BGB geltend gemachten Prozesszinsen. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht dem Schuldner ein den Anspruch auf Prozesszinsen nach

§ 291 Satz 1 BGB ausschließendes Leistungsverweigerungsrecht nicht zu, wenn die Zug-um-Zug-Verurteilung nicht auf einem Gegenanspruch des Schuldners, sondern allein darauf beruht, dass der Schadensersatzanspruch des Gläubigers in seinem Umfang beschränkt ist, weil der Geschädigte nicht zugleich Schadensersatz verlangen und die mit dem schädigenden Ereignis im inneren Zusammenhang stehenden Vorteile behalten darf. Ist die Pflicht zur Herausgabe einer Sache an den Schädiger lediglich Folge des im Vorteilsausgleich zum Ausdruck kommenden schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots, ist der Schadensersatzanspruch des Gläubigers in seinem Umfang zwar von vorneherein beschränkt, insoweit aber fällig, durchsetzbar und daher auch nach § 291 BGB zu verzinsen (BGH, Urteil vom 21.10.2004 - III ZR 323/03, juris Rn. 6 f. BGH, Urteil vom 25.01.2013 - V ZR 118/11, juris Rn. 11).

Dem Anspruch auf Prozesszinsen steht auch nicht entgegen, dass die Klägerseite den Abzug von der Klageforderung für gezogene Nutzungen nicht beziffert und die für die Bezifferung maßgeblichen Tatsachen nicht angegeben hat. Zwar setzt § 291 BGB grundsätzlich einen bezifferten Anspruch voraus (vgl. Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 291 Rn. 8), hier ist allerdings die Maximalforderung beziffert und lediglich eine Abzugsposition unbeziffert geblieben. Der Sache nach kann die Klägerseite nicht anders behandelt werden, als hätte sie den Abzug der Nutzungsentschädigung im Klageantrag nicht erwähnt. Bei einer Zuvieforderung im Klageantrag findet aber § 291 BGB auf den tatsächlich geschuldeten Betrag uneingeschränkt Anwendung. Weil § 291 BGB anders als § 286 BGB keine wirksame Mahnung und kein Verschulden des Schuldners voraussetzt, kommt eine Übertragung der für den Schuldnerverzug von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Behandlung einer Zuvieforderung nicht in Betracht.

2. Dagegen steht der Klagepartei ein weitergehender Anspruch auf Verzugszinsen nicht zu. Denn eine - vorliegend anzunehmende - Zuvieforderung des Schuldners führt nicht zur Begründung von Schuldnerverzug hinsichtlich der Kaufpreizrückzahlung (BGH, Urteil vom 20.07.2005 - VIII ZR 275/04, juris).

Vorliegend hat die Klagepartei der Beklagten die Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges indes nicht zu den Bedingungen angeboten, von denen sie sie im Hinblick auf den im Wege der Vorteilsausgleichung geschuldeten und vom Kaufpreis in Abzug zu bringenden Nutzungsersatz hätte abhängig machen dürfen (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 85). Die Klägerin hat zu keinem Zeitpunkt die Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in einer bestimmten Höhe anerkannt; sie hat vielmehr erklärt, bei der Frage, ob eine Nutzungsentschädigung zu berücksichtigen sei, handele es sich um eine ungeklärte Rechtsfrage (s. Klageschrift vom 18.12.2020, AS I 6), was sich in der Antragstellung darin abbildet, dass sie die Frage des „Ob“ und der Höhe einer in Abzug zu bringenden Nutzungsentschädigung in das Ermessen des Ge-

richts gestellt hat. Ein zur Begründung von Schuldnerverzug auf Seiten der Beklagten geeignetes Angebot ist unter diesen Umständen nicht gegeben.

IV. Die Klagepartei hat im Rahmen ihres deliktischen Schadensersatzanspruches auch Anspruch auf Erstattung außergerichtlich entstandener Rechtsanwaltskosten.

Der Vortrag der Klagepartei, die Beklagte vorgerichtlich mit Anwaltsschreiben vom 23.11.2020 unter Fristsetzung aufgefordert zu haben, die Haftung wegen sämtlicher Schäden im Zusammenhang mit dem Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs anzuerkennen und dahin beauftragt gewesen zu sein, erst im Falle der Erfolglosigkeit der außergerichtlichen Tätigkeit Klage zu erheben (Schriftsatz der Klagepartei vom 18.02.2021, AS I 298), wurde seitens der Beklagten nicht bestritten.

Die Beklagte hat den Kläger daher von Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.029,35 Euro freizustellen (1,3-fache Geschäftsgebühr aus einem Streitwert von 14.632 Euro [18.290 Euro abzüglich 20 % Abschlag für Feststellung] zuzüglich 20 Euro Pauschale zuzüglich 19 % Mehrwertsteuer).

Ohne Erfolg verfolgt die Klagepartei den Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe einer Geschäftsgebühr von über 1,3 (Nr. 2300 VV RVG).

Bei Rahmengebühren bestimmt der Rechtsanwalt nach § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände nach billigem Ermessen. Ist die Gebühr - wie hier - von einem Dritten zu ersetzen, ist die von dem Rechtsanwalt getroffene Bestimmung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 4 RVG nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist. Im Falle der Unbilligkeit wird die Gebühr nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB vom Gericht durch Urteil bestimmt. Die Gebühr ist durch eine Gesamtabwägung aller nach § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (Hartmann, Kostengesetze, 42. Aufl., § 14 Rn. 18).

Nach Nr. 2300 VV RVG kommt eine Geschäftsgebühr von mehr als 1,3 vorliegend nicht in Betracht, denn eine solche kann ausweislich der amtlichen Anmerkung nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig, mithin "überdurchschnittlich" war (BGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – XI ZR 345/10 –, Rn. 60 - 62, juris).

Bei einer entsprechenden Gesamtabwägung liegen keine rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten, die eine höhere Gebühr rechtfertigen könnten, vor, insbesondere ist einer Erhöhung der Gebühr weder nach dem Umfang noch nach der Bedeutung der Sache gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass die Klägervertreter – wie dem auf Verfahren der vorliegenden Art spezialisierten Senat aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt ist - eine Vielzahl von geschädigten Fahrzeugkäu-

fern in gleichgerichteten Verfahren vertreten und für diese mit gleichen Argumenten vorgerichtliche Ansprüche geltend gemacht haben.

### C.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. Soweit die Klagepartei die Abzugsposition „Nutzungsentschädigung“ dem Grund und der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellt und gleichzeitig klar gemacht hat, dass sie die Abzugsfähigkeit überhaupt in Zweifel zieht, muss sie sich behandeln lassen, wie wenn sie den Kaufpreis ohne den einschränkenden Zusatz Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs verlangt hätte.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 und Nr. 11, 711, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, nachdem der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 – in einer vergleichbaren Konstellation entschieden hat. Dies gilt auch hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des § 852 Satz 1 BGB, da divergierende obergerichtliche Entscheidung zur Frage der Anwendbarkeit bei Kauf eines Neuwagens nicht ersichtlich sind.

Dr. Paul  
Richter am Landgericht