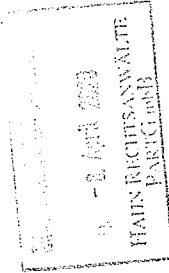


Aktenzeichen:  
23 O 6/19



Landgericht Stuttgart



*Fr 70 22.04.2020*  
*Fr 85 08.05.2020*  
*Fr 886 08.06.2020*  
*Fr 85 08.10.2020*

### Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Hahn Rechtsanwälte PartG mbB,  
Alter Steinweg 1 - 3, 20459 Hamburg,

g e g e n

Daimler AG

vertreten durch d. Vorstand Dieter Zetschem, u.a.,  
Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatzes u. a.

hat das Landgericht Stuttgart - 23. Zivilkammer -  
durch Vorsitzenden Richter am Landgericht Ade als Einzelrichter  
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 03.12.2019

#### für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 31.005,57 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % p. a. vom 15.06.2018 bis 28.11.2018 aus 37.300 € und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.11.2018, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes-Benz ML 350 BT 4Matic, zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.474,89 € freizustellen.
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des PKW des Klägers, Mercedes-Benz ML 350 BT 4Matic, in Annahmeverzug befindet.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 23 % und die Beklagte 77 %.
6. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

### Beschluss

Der Streitwert wird auf 40.295,16 € festgesetzt.

## Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadensersatz aus Delikt und kaufrechtlicher Gewährleistung aus einem PKW-Kaufvertrag im Zuge des sog. „Abgasskandals“.

Mit Kaufvertrag vom 04.06.2018 (Anl. K 1, Bl. 370 ff.) erwarb der Kläger von der Beklagten, diese vertreten durch die Mercedes-Benz Vertrieb PKW GmbH, Niederlassung Köln, den streitgegenständlichen PKW Mercedes Benz ML 350 BT 4Matic, Erstzulassung 07.08.2014, der von der Beklagten entwickelt, hergestellt und mit einem Motor OM 642 mit der Schadstoffklasse EURO 6 ausgestattet ist, als Gebrauchtwagen zum Kaufpreis i.H.v. 37.300,00 €. Das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt der Übergabe eine Laufleistung von 78.991 km auf.

Das Fahrzeug ist vom Rückruf des Kraftfahrtbundesamts (KBA) betroffen.

Die Kontrolle der Stickoxidemissionen erfolgt im streitgegenständlichen Fahrzeug über die sog. Abgasrückführung (AGR). Bei der Abgasrückführung wird ein Teil des Abgases zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt und nimmt erneut an der Verbrennung teil. Die Abgasrückführung wird bei kühleren Außentemperaturen zurückgefahren, wobei zwischen den Parteien streitig ist, bei welchen Außentemperaturen die Abgasrückführung reduziert wird (sog. „Thermofenster“).

Das streitgegenständliche Fahrzeug hat zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung eine aktuelle Laufleistung von 107.849 km.

Die Klägerpartei trägt folgende Abschalteinrichtungen vor:

- AGR-System (sog. Thermofenster)
- Prüfstandserkennungssoftware
- Slipguard-Funktion - Harnstoffdosierung (SCR-Katalysator)

Die Klägerpartei behauptet, die Abgasrückführung werde außerhalb des Temperaturbereiches, der auf dem Rollenprüfstand herrscht, reduziert. Dies habe zur Folge, dass die Stickoxidemission erheblich ansteige. Der Kläger ist der Ansicht, dies stelle eine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 VO EG 715/2007 dar.

Die AGR-Rate werde abhängig von der Umgebungstemperatur zurückgefahren. Bei einer Umgebungslufttemperatur von zum Beispiel + 7°C oder darunter sei die Abgasrückführung um bis zu

48 % niedriger als bei höheren Temperaturen. Beim Unterschreiten einer bestimmten Temperatur werde die AGR ganz abgeschaltet. Zudem seien weitere Abschalteinrichtungen eingebaut, die zu einer Abschaltung außerhalb eines knapp kalkulierten Temperaturfensters zwischen 20 °C bis 25 °C führe.

Das Fahrzeug der Daimler AG enthalte neben dem „Thermofenster“ weitere unzulässige Abschalteinrichtungen in Form einer Steuerungssoftware („Slipguard“-Funktion), mit der auf dem Prüfstand ausreichend Harnstoff (AdBlue) bei der Reinigung der Abgase eingespritzt werde. Außerhalb des Prüfzykluses, also im Straßenbetrieb, werde kaum oder sogar überhaupt kein Harnstoff (AdBlue) der Abgasreinigung zugeführt, sodass der Stickoxidausstoß (NOx) explodiere beziehungsweise weit über dem gesetzlich Zulässigen liege (Bl. 7 ff.). Eine solche Prüfstandserkennungssoftware sei ebenfalls eine unzulässige Abschalteinrichtung („Slipguard“-Funktion).

Das Fahrzeug verfüge nicht über die Voraussetzungen für die EG-Typpenehmigung und habe einen erheblich höheren Schadstoffausstoß als von der Beklagten angegeben.

Zudem sei die Abschalteinrichtung gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt (KBA) im Rahmen des Typpenehmigungsverfahrens entgegen der gesetzlichen Verpflichtung nicht offengelegt (Bl. 356 ff.) und folglich das KBA getäuscht worden (sog. KBA-Täuschung).

Der Vorstand der Beklagten sowie leitende Mitarbeiter hätten Kenntnis von dem Einsatz der unzulässigen Software gehabt und eine Schädigung der Käufer in Kauf genommen. Der Vorstand habe das Unternehmen den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend zu organisieren, dass ein „regelkonformes Verhalten“ im Tagesgeschäft basierend auf dem „Compliance-Management-System“ der Beklagten sichergestellt sei. Es sei fernliegend, dass dem Vorstand oder Teile des Vorstands der Einbau der Abschalteinrichtung nicht bekannt gewesen sei. Selbst wenn der Einsatz der Manipulationssoftware auf einer unteren Hierarchieebene angeordnet worden wäre, so müsse sich die Beklagte eine mangelhafte Organisation zurechnen lassen (Bl. 14 ff., 358 ff.).

Der Kläger beantragt:

1. Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 37.300,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % p. a. vom 15.06.2018 bis zum 26.11.2018 und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.11.2018, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes-Benz ML 350 BT 4Matic, abzüglich einer Nutzungsschädigung in 0,1168191 € pro gefahrenem Kilometer seit dem 10.06.2014, die sich nach folgender Formel berechnet: (37.300,00 € x gefahrene Kilometer

ter) : 321.009 km.

2. Die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.590,91 € freizustellen.
3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes-Benz ML 350 BT 4Matic, in Annahmeverzug befindet.
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes-Benz ML 350 BT 4Matic, , mit der manipulierten Motorsoftware resultieren.

Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte bekräftigt, dass die Umgebungslufttemperatur für das AGR-System eine wesentliche Rolle spiele, da sie die Basis für die Ausbildung der Temperaturen im Motor bilde. Die Beklagte behauptet unter anderem, die AGR-Rate werde abhängig von der Umgebungslufttemperatur bei 10 °C oder auch 15 °C nicht verändert. Unterhalb von „ca.“ 10 °C Umgebungslufttemperatur würden die AGR-Raten jedoch reduziert (Bl. 285 ff.).

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen der Parteien, die Hinweise des Gerichts in der Verfügung vom 07.08.2019 (Bl. 268 ff.) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 03.12.2019 (Bl. 374 ff.) Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, mit Ausnahme der Klage mit dem Feststellungsantrag im Klagantrag Ziff. 4 (dazu I).

Die Klage ist weitestgehend begründet (dazu II und III).

I.

1. Die Klage mit dem Feststellungsantrag (Klagantrag Ziff. 3) ist zulässig.

Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerpartei besteht, weil die Feststellung der erleichterten Vollstreckung des geltend gemachten Leistungsanspruchs dient und hierzu erforderlich ist. Nach § 756 Abs. 1 ZPO darf, wenn die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt, der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nicht beginnen, bevor der Gläubiger dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hat, sofern nicht der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Vor diesem Hintergrund besteht ein Interesse an einer Feststellung des Annahmeverzugs im Tenor des Vollstreckungstitels.

2. Die Klage auf positive Feststellung gem. § 256 Abs. 1 ZPO, wie sie mit Klagantrag Ziff. 4 geltend gemacht wird, ist mangels Feststellungsinteresses unzulässig.

Die Klägerpartei macht mit Klagantrag Ziff. 4 einen Feststellungsantrag, gerichtet auf entstandene und zukünftige Schäden, geltend, die „aus der Ausstattung des Fahrzeugs ... mit der manipulierten Motorsoftware resultieren“.

Sie kann ein hinreichendes Feststellungsinteresse - namentlich bei positiver Tenorierung der Rückabwicklung mit Tenor Ziff. 1 in diesem Urteil - nicht darlegen, weil weitere Schäden der Klägerpartei weder aus der Vergangenheit, die sie hätte bislang beziffern können und müssen (Vorrang der Leistungsklage), noch in der Zukunft vernünftig ersichtlich oder plausibel sind. Zukunftsschäden scheiden nach Rückabwicklung des Kaufvertrages und

Rücküberlegung des streitgegenständlichen PKW von vornherein aus. Schäden aus der Vergangenheit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung hätten, wie ausgeführt, bis zum Verhandlungsschluss in einer Leistungsklage gem. § 253 Abs. 1 ZPO beziffert und geltend gemacht werden müssen und nicht in eine positive Feststellungsklage zivilprozessual unzulässig eingekleidet werden dürfen (Grundsatz der Vorrang der Leistungsklage). Die teilweise konstruierten klägerischen Darlegungen, soweit überhaupt vorhanden, zu einem trotz Rückabwicklung des Kaufvertrages und Rückgabe des PKW bestehenden Feststellungsinteresses können das Gericht nicht überzeugen und haben generell keine Überzeugungskraft. Der Feststellungsantrag mancher Klägervertreterkanzleien scheint ein Fossil aus dem früheren Massengeschäft der Dieselabgasfälle, der mit einem erfolgreichen Klagantrag Ziff. 1 auf Rückabwicklung des Kaufvertrages samt Rückzahlung des Kaufpreises prozessual nicht harmoniert und zivilprozessual unzulässig ist. Wenn überhaupt könnte ein solcher Antrag (Klagantrag Ziff. 4) nur hilfsweise zu einem erfolglosen Klagantrag Ziff. 1 anwaltlich und prozessual Sinn machen, was hier schon nicht der Fall ist, weil die Klägerpartei die Anträge bzw. den vermeintlichen Feststellungsanspruch nicht hilfsweise, sondern unbedingt nebeneinander und somit kumulativ verfolgen und stellen lässt.

ii.

Die Leistungsklage (Klagantrag Ziff. 1 und Ziff. 2) ist aus Delikt- und Kaufrecht überwiegend und die Feststellungsklage (Klagantrag Ziff. 3) ist voll begründet.

Der Klägerpartei steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB (dazu 1.), gemäß § 831 Abs. 1 S. 1 BGB (dazu 2.), wobei zwischen den Ansprüchen aus § 826 BGB und § 831 BGB die Möglichkeit der Wahlfeststellung besteht (dazu 3.), und §§ 433, 434 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1, 440, 346 Abs. 1, 348 BGB (dazu 4.) i.H.v. 31.005,57 € zu. Der Klägerpartei stehen auf den Kaufpreis Zinsen in Höhe von 4 % gem. § 849 BGB für den Zeitraum 15.06.2018 - 28.11.2018 und ab 29.11.2018 Verzugszinsen gem. §§ 286, 288 Abs. 1 BGB zu (dazu zu 5.). Ihr stehen schließlich als Nebenforderung ein Anspruch auf Ereistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.474,89 € zu (dazu 6.).

1. Die Klägerpartei hat gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB (vgl. auch OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18; OLG Köln, 03.01.2019 - 18 U 70/18 zum sog. „VW-Abgasskandal“ LG Stuttgart, 09.05.2019 - 23 O 220-18 - juris; LG Stuttgart, 17.01.2019 - 23 O 178/18 - juris; LG Stuttgart, 17.01.2019 - 23 O 172/18 - juris; LG Stuttgart, 17.01.2019 - 23 O 180/18 - juris; LG Stuttgart, 27.11.2018 - 7 O 265/18; LG Stuttgart, 08.03.2019 - 23 O 154/18; LG Stuttgart, 28.06.2019 - 12 O 12/19 LG Stuttgart, 28.06.2019 - 12 O 6/19; LG Stuttgart, 28.06.2019 - 12 O 21/19; LG Heilbronn, 01.04.2019 - 8 O 120/18 Verfügung des LG Ingolstadt, 24.06.2019 - 54 O 240/19 - juris LG Mönchengladbach - 1 O 248/18 jeweils zum „Thermofenster“ vgl. auch LG Hanau, 07.06.2018 - 9 O 76/18; LG Itzehoe, 16.10.2018 - 7 O 133/18 gegen die Beklagte; LG Stuttgart, Urteil vom 9. Mai 2019, 23 O 220/18; LG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2019, 23 O 172/18; LG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2019, 23 O 178/18; LG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2019, 23 O 180/18, jeweils gegen die Beklagte).

Das Fahrzeug verfügt über eine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 (dazu a). Die Klägerpartei hat deshalb einen Schaden erlitten (b), welcher durch ein Verhalten der Beklagten entstanden (c) und welches wegen Täuschung des KBA und der Verbraucher sowie der Beeinträchtigung der Umwelt als sittenwidrig zu qualifizieren ist (d). Die Beklagte hat dabei vorsätzlich gehandelt (e). Aufgrund dessen hat die Klägerpartei einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 31.005,57 (f).

Die Beklagte hat das von der Klägerpartei erworbene Fahrzeug gebaut und eine EG-Ty-

pengenehmigung beantragt, die formal erteilt wurde, obwohl das Fahrzeug über eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 verfügt, die der Zulassung entgegensteht.

a. Nach Art. 4 Abs. 1 EG-VO 715/2007 weist der Hersteller nach, dass alle von ihm verkauften, zugelassenen oder in der Gemeinschaft im Betrieb genommenen Neufahrzeuge über eine Typengenehmigung gemäß dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen verfügen. Nach Art. 5 Abs. 1 EG-VO 715/2007 rüstet der Hersteller das Fahrzeug so aus, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die vorgegebenen Emissionsgrenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO 715/2007/EG) und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 VO 715/2007/EG) erreicht wird. Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmefälle bestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG) greifen (so auch BGH, Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17 –, veröffentlicht in juris; LG Stuttgart, 09.05.2019 – 23 O 220/18 – juris; LG Stuttgart, 17.01.2019 – 23 O 178/18 – juris; LG Stuttgart, 08.03.2019 – 23 O 154/18; die Klägerpartei ist ihrer primären Darlegungslast hier mehr als ausreichend nachgekommen, vgl. dazu: **BGH - VIII ZR 57/19 - Beschluss vom 28.01.2020** zu überspannten Substantiierungspflichten der Instanzgerichte wegen Einbaus einer unzulässigen Abschaltvorrichtung bei einem Dieselmotor der Beklagten [Motortyp OM 651]).

Art. 3 Nr. 10 EG-VO 715/2007 definiert eine Abschaltvorrichtung als ein Konstruktionsmerkmal, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebeengang, den Unterdruck im Einlasskrümmer, oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die

bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG ist die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. Dies ist nicht der Fall, wenn:

- a) die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten;
- b) die Einrichtung nicht länger arbeitet, als zum Anlassen des Motors erforderlich ist;
- c) die Bedingungen in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen enthalten sind.

Das streitgegenständliche Fahrzeug verfügt über eine solche unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007.

1) Im streitgegenständlichen Fahrzeug ist eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 verbaut, die auch Grund für den Rückruf durch das KBA war. Eine solche gilt jedenfalls von der Beklagten nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

i) Das streitgegenständliche Fahrzeug ist unstreitig von einem verpflichtenden – wenngleich bislang nicht bestandskräftigen – Rückrufbescheid des KBA erfasst, wobei ebenfalls unstreitig und öffentlich bekannt ist, dass das KBA den Rückruf auf das Vorhandensein einer nach Auffassung der Behörde unzulässigen Abschaltvorrichtung gestützt hat.

ii) Da das KBA keine Details zu den Gründen des Rückrufs veröffentlicht hat, ist es der Klägerpartei nicht möglich, im Einzelnen dazu vorzutragen, welche konkrete Steuerungsfunktion Gegenstand des Rückrufs war und wie diese wirkt. Sie kann lediglich aufgrund der allgemeinen Medienberichterstattung und sonstiger öffentlich zugänglichlicher Informationen spekulieren und Vermutungen vortragen, wohingegen die Beklagte hierzu unschwer Angaben machen kann. Solche näheren Angaben sind der Beklagten vorliegend auch zumutbar, zumal der Käufer

fer eines PKW, der an einem verpflichtenden Rückruf mitzuwirken hat, erwarten darf, dass ihm erläutert wird, weshalb der Rückruf erfolgt und was hierbei konkret an seinem Fahrzeug verändert wird. Die Beklagte trifft insoweit eine sekundäre Darlegungslast (u. a. zur sekundären Darlegungslast instruktiv: Prof. Dr. Heese, JZ 2020, 178 ff.: „Herstellhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge“). Dass der Schutz von Betriebsgeheimnissen einer Darlegung der seitens des KBA beanstandeten Steuerungsfunktion entgegensteht, ist nicht ersichtlich, nachdem sich eine solche Funktion, welche bereits Gegenstand eines behördlichen Rückrufs ist, Konkurrenten sicherlich nicht zur Nachahmung empfiehlt. Es geht hier auch nicht um eine unzumutbare Selbstbelastung, da der Sachverhalt den Behörden bereits bekannt ist.

iii) Der Beklagten oblag es daher, zum Rückruf durch das KBA näher vorzutragen.

Das Gericht hat die Beklagte mit Verfügung vom 07.08.2019 (Bl. 268 ff.) darauf hingewiesen, hinreichend zu den Gründen des Rückrufs vorzutragen und den entsprechenden Bescheid des KBA vorzulegen.

Diesem Hinweis des Gerichts kam die Beklagte jedoch mit ihrem allgemeinen und vagen Vortrag nicht nach (Bl. 56, 287 ff.). Die Beklagte verweist die Klägerparteien regelmäßig und unter anderem auf ein Software-Update. Die Gründe des Rückrufs hat die Beklagte in keiner Weise dargelegt. Auch den entsprechenden Bescheid des KBA hat die Beklagte nicht ungeschätzt vorgelegt (Anlage B. 6, B. 7 und B. 8), wie sonst gerichtsbekannt üblich, sondern hier sogar nur ein teilweise geweißtes Schreiben „Freigabe der Rückrufaktion“ (Anlage B. 6) und inhaltlich nicht weiterführende Antwortschreiben des KBA an Gerichte im Zusammenhang mit anderen Verfahren (Anlage B. 7 und B. 8). Damit bleibt indes weiterhin völlig unklar, was das KBA konkret beanstandet hat. Ohne konkrete Darlegung der beanstandeten Funktion und ihrer Auswirkungen sowie des maßgeblichen Stands der Technik und der seinerzeitigen Felderfahrungen kann das Gericht nicht ansatzwei-

se nachvollziehen, ob die Einwände der Beklagten gegen die Beurteilung des Kraftfahrbundesaamtes stichhaltig sind. Die Beklagte ist damit ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen. Daher gilt die entsprechende Behauptung der Klägerpartei, das Fahrzeug verführe über eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG, die auch Grund für den Rückruf durch das KBA ist, als zugestanden.

2) Weiter stellt das sog. „Thermofenster“, also die Rate der Abgasrückführung abhängig von der Umgebungs-/Außentemperatur, eine solche Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG dar.

i) Im streitgegenständlichen Fahrzeug ist eine Technologie zur Reduktion des Stickoxidausstoßes (NOx) vorhanden. Dabei kommt die sog. Abgasrückführung zum Einsatz. Bei der Abgasrückführung wird ein Teil des Abgases zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt und nimmt erneut an der Verbrennung teil. Die Abgasrückführung wird dabei bei kühleren Temperaturen – unstreitig – zurückgeführt. Die Beklagte trägt selbst vor, dass bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug die Abgasrückführungsrate u.a. anhand der Außentemperatur reguliert wird und dass die Rate der Abgasrückführung (AGR) bei Umgebungstemperaturen von unter ca. + 10 °C reduziert werde (Bl. 285). Wenngleich sie im Folgenden darauf verweist, dass es keinen direkten Zusammenhang zwischen geringerer AGR-Rate und Menge der Emissionen am Auspuff gebe, stellt die Beklagte dabei letztlich nicht in Abrede, dass die Reduzierung der Abgasrückführung – wiederum abhängig vom sonstigen Betriebszustand des Fahrzeugs – zumindest in der Tendenz zu einem Anstieg der Stickoxidemissionen im Vergleich zum Betrieb bei mildereren Temperaturen führt, wie sie u.a. auf dem Prüfstand herrschen.

ii) Im Übrigen ist die Beklagte der in diesem Zusammenhang ihr obliegenden sekundären Darlegungslast (u. a. zur sekundären Darlegungslast instruktiv: Prof. Dr. Heese, JZ 2020, 178 ff.: „Herstellhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge“) - auf welche das Gericht mit Verfügung vom 07.08.2019 (Bl. 268 ff.) hingewiesen hat - nicht nach-

gekommen. Die Klagepartei vermag in ihrer Eigenschaft als Verbraucherin bzw. nicht-fachkundiger Kunde hier die Einzelheiten des „Temperaturfensters“ und der Motorsteuerung unter dem Gesichtspunkt der Emissionskontrolle nicht dezidiert erläutern. Zu den hierzu notwendigen Informationen und entsprechenden Softwaredateien hat sie naturgemäß - auch bei Einschaltung eines Privatgutachters - keinen Zugang. Umgekehrt ist es der Beklagten als Entwicklerin und Herstellerin des Motors ohne jedwede Schwierigkeiten möglich, die Einzelheiten der Abgasrückführung zu erläutern und im Besonderen die Frage nach einer Abschalteinrichtung zu beantworten (vgl. auch OLG Stuttgart, Hinweise im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2019 - 3 U 101/18 sowie die Verfügung der 20. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 03.04.2019 - 20 O 349/18).

Der Beklagten oblag es daher, zum Vortrag der behaupteten Abschalteinrichtung in Form des sog. „Thermofensters“ näher vorzutragen. Dem ist die Beklagte mit der bloßen Angabe des von ihr mitgeteilten Temperaturbereiches unter ca. + 10 °C nicht nachgekommen. Die Beklagte hat - trotz Hinweises - nicht aufgezeigt, welche konkreten Auswirkungen die Reduzierung der Abgasrückführung auf die Schadstoffemission (NOx-Werte) hat. Zudem ist unklar, ob sich der diesbezügliche Vortrag zu den Temperaturangaben auf die Zeit vor oder nach Aufspielen des Software-Updates bezieht. Eine Auflistung in Tabellenform o. Ä. zu den jeweiligen Temperaturen hat die Beklagte trotz Hinweises nicht vorgetragen, sondern hält sich mit ihrem Vortrag im Vagen.

Damit steht für das Gericht zugleich fest, dass die im streitgegenständlichen Fahrzeug applizierte u.a. (außen-)temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung unter die Legaldefinition der Abschalteinrichtung des Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG fällt. Eine Abschalteinrichtung im Sinne dieser Norm ist gemäß Art. 5 Abs. 1 und 2 Satz 1 VO 715/2007/EG grundsätzlich verboten, sofern kein Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG greift.

iii) Unerheblich ist dabei, in welchem Maß eine Verringerung der Abgas-

rückführung erfolgt, da Art. 3 Nr. 10 EG-VO 715/2007 eine solche Differenzierung nicht erlaubt und schlicht jede Veränderung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems als Abschalteinrichtung zu qualifizieren ist (vgl. auch Prof. Dr. Martin Führ, Gutachterliche Stellungnahme für den Deutschen Bundestag – 5. Untersuchungsabschluss der 18. Wahlperiode; derselbe in NVwZ 2017, 265; ferner auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags „Abschalteinrichtungen in Personenkraftwagen“, Az: WD 7 – 3000 – 031/16, S. 18; eine Abschalteinrichtung bejahend auch OLG Stuttgart, 30.07.2019 - 10 U 134/19).

iv) Anders als die Beklagte meint, wird mit der Auslegung der Abgasrückführung die innermotorische Emissionskontrolle für die jeweiligen Betriebszustände nicht erst definiert, weshalb es sich nach Ansicht der Beklagten um keine Abschalteinrichtung handele. Dieser Argumentationsversuch läuft darauf hinaus, den in der Verordnung nicht definierten Begriff des „Emissionskontrollsystems“ aus dem Kontext der Begriffsbestimmung der „Abschalteinrichtung“ herauszulösen und ihm einen eigenen, engeren Gehalt zuzuweisen. Für eine solche Sichtweise müsste es in der Verordnung besondere Anhaltspunkte geben. Daran fehlt es aber. Im Gegenteil: Die Unterscheidung „innermotorisch“ und „Emissionskontrolle“ widerspricht dem Wortlaut der Definition der „Abschalteinrichtung“, denn die in Art. 3 Nr. 10 EG (VO) 715/2007 aufgezählten Parameter umfassen alle technischen Vorgänge (darunter mit der „Motordrehzahl“ einen eindeutig innermotorischer Faktor), die auf Entstehen und Verminderung der Emissionen einwirken. Dafür spricht auch die Begriffsbestimmung in Art. 3 Nr. 11 EG (VO) 715/2007. Sie definiert „emissionsmindernde Einrichtung“ als „die Teile eines Fahrzeugs, die die Auspuff- und Verdunstungs-emissionen eines Fahrzeugs regeln und/oder begrenzen.“ Steuerungsvorgänge, die innermotorisch wirken, tragen dazu bei, die Auspuffemissionen zu regeln, sie sind daher Teil des Emissionskontrollsystems. Die vorgetragene Differenzierung findet somit im Verordnungstext keine Stütze (so überzeugend Prof. Führ in: NVwZ 2017, 265 (266)).

v) Wer als Fahrzeughersteller von dem Verbot abweichen will, muss dies besonders rechtfertigen. Eine solche Abschaltvorrichtung in Form eines „Thermofenster“ ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung zu schützen (Art. 5 Abs. 2 lit. a) EG-VO 715/2007). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Als Ausnahmetatbestand kommt hier allenfalls Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO 715/2007/EG in Betracht. Indes liegt eine „Notwendigkeit“, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch dann nicht vor, wenn sich die Abschaltvorrichtung durch Konzeption, Konstruktion oder Werkstoffwahl vermeiden lässt. Es ist demnach nicht schon ausreichend, dass überhaupt individuell technische Situationen auftreten, in denen die Abschaltvorrichtung zum Motorschutz oder zum sicheren Betrieb erforderlich ist, sondern darüber hinaus ist unter Einbeziehung der zu dieser technischen Situation führenden Gründe erforderlich, dass auch diese notwendigerweise vorliegen, also generell unvermeidbar sind (diese Auslegung befürwortend auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags „Abschaltvorrichtungen in Personenkraftwagen“, Az: WD 7 – 3000 – 031/16, S. 14 f.).

Eine Privilegierung einer Abschaltvorrichtung aufgrund von Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 lit. a) VO 715/2007/EG kommt mithin nach dem gebotenen objektiven und herstellerübergreifenden Maßstab nicht in Betracht, wenn aufgrund andersartiger Konstruktion oder durch den Einsatz zusätzlicher Bauteile das Abschalten des Emissionskontrollsystems unter Motorschutzgesichtspunkten entbehrlich würde (vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, aaO. S. 32). Für das Vorliegen der Ausnahmevorschriften des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO 715/2007/EG trifft die Beklagte zumindest eine sekundäre Darlegungslast, wenn nicht sogar die volle primäre Darlegungs- und Beweislast (in die letztere Richtung tendierend offenbar OLG Karlsruhe, Hinweisbeschlüsse vom 22.08.2019 – 17 U 257/18,

juris Rn. 16, und 17 U 294/18, juris Rn. 13).

Im Einzelnen:

(1) Die VO 715/2007/EG wurde ausweislich des Erwägungsgrunds 1 erlassen, um die technischen Vorschriften für die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich ihrer Emissionen zu harmonisieren. Ziel ist die Sicherstellung eines hohen Umweltschutzniveaus auf europäischer Ebene. Zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte war nach Auffassung des EU-Gesetzgebers insbesondere eine erhebliche Minderung der Stickstoffoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen erforderlich. Um die Ziele der EU für die Luftqualität zu erreichen, sind nach seiner Einschätzung fortwährende Bemühungen zur Senkung von Kraftfahrzeugemissionen erforderlich, weshalb die Industrie klare Informationen über die künftigen Emissionsgrenzwerte erhalten soll.

Bereits die Verordnung selbst (und nicht erst künftige „weitere“ Anstrengungen und Durchführungsakte) verfolgt dabei auch das Ziel, dass sich die Grenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (Erwägungsgrund 12) und dass die bei der Typgenehmigungsprüfung gemessenen Emissionen denen im praktischen Fahrbetrieb entsprechen (Erwägungsgrund 15). Diesem Zweck dient das Verbot von Abschaltvorrichtungen in Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG, was zu der Auslegung führt, dass die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG - anders als die Beklagte meint und wie der BGH in seinem Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 bestätigt - eng auszulegen ist (ebenso BGH, Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, Rn. 11 u. 13). Wer als Fahrzeughersteller von dem Verbot abweichen will, muss dies besonders rechtfertigen. Eine Notwendigkeit i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 liegt insbesondere auch dann nicht vor, wenn sich die Abschaltvorrichtung



tung durch Konzeption, Konstruktion oder Werkstoffwahl vermeiden lässt. Es ist demnach nicht schon ausreichend, dass überhaupt individuell technische Situationen auftreten, in denen die Abschalteinrichtung zum Motorschutz oder zum sicheren Betrieb erforderlich ist, sondern darüber hinaus ist unter Einbeziehung der zu dieser technischen Situation führenden Gründe erforderlich, dass auch diese notwendigerweise vorliegen, also generell unvermeidbar sind (diese Auslegung befürwortend auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags „Abschalteinrichtungen in Personenkraftwagen“, Az: WD 7 – 3000 – 031/16, S. 14 f.).

(2) Der Verordnungsgeber ist bei dem Begriff der „Notwendigkeit“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. a) EG-VO 715/2007 bewusst über die entsprechende Regelung in Ziffer 2.1.6 Satz 2 der zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Emissionsgrundverordnung geltenden Fassung der UNECE-Regelung Nr. 83 hinausgegangen, in der zum Verneinen einer verbotenen Abschalteinrichtung bereits als ausreichend angesehen wurde, wenn „die Notwendigkeit der Nutzung der Einrichtung mit dem Schutz des Motors vor Beschädigungen oder Unfällen und der Betriebssicherheit des Fahrzeugs begründet wird“. Im Vergleich zu diesem allein auf eine vorgenommene Begründung abstellenden Wortlaut der Regelung Nr. 83 hat der Verordnungsgeber bei der Emissionsgrundverordnung mit dem Begriff der „Notwendigkeit“ einen strengeren, objektiveren Maßstab gewählt (so auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags „Abschalteinrichtungen in Personenkraftwagen“, Az: WD 7 – 3000 – 031/16, S. 13).

vi) Gemessen daran, ist die streitgegenständliche Abschalteinrichtung in Form eines Thermofensters nach Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 unzulässig.

(1) Die Beklagte behauptet zwar, das streitgegenständliche Ther-

mofenster sei zum Bauteilschutz notwendig. Begründet wird dies mit einer sog. Versottungsgefahr. Damit kann die Beklagte aus den oben genannten Gründen nicht gehört werden. Die Beklagte trägt selbst vor, dass die Frage, ab wann und zu welchem Grad von einem erhöhten Kondensations- und damit Versottungsrisiko ausgegangen werden könne, stark vom einzelnen Fahrzeugtyp abhängt. Jedem Ingenieur obliegt es, für das einzelne Fahrzeug - z.B. abhängig von seiner Motorgestaltung und Motorisierung - eine Gesamtstrategie zu wählen. Dann stellt sich aber die Frage, ob sich nicht auch durch Material und Aufbau des Fahrzeugs, eine andere Motorausgestaltung oder eine andere Auslegung der Abgasrückführung oder eine gezielte Steuerung der AGR-Kühlung die Versottungsgefahr mindern lässt, ohne dass dies zwingend dazu führen muss, dass die Abgasrückführung insgesamt nur in einem geringeren Umfang eingesetzt werden kann. Entschließt sich ein Hersteller dazu, eine andersartige Motorgestaltung oder Motorsteuerung zu verbauen, kann dies nicht zu Lasten der Abgasrückführung erfolgen.

Jedenfalls konnte die Beklagte nicht darlegen, warum die Versottungsgefahr nur in wenigen Betriebsbereichen bestehe, während sie in anderen Betriebsbereichen - bei identischer Außentemperatur - nicht bestehen soll, da dort die AGR gerade nicht reduziert wird.

Die Beklagte hat damit nicht hinreichend dargetan, dass nach dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der Beantragung der Typgenehmigung die im streitgegenständlichen Fahrzeug applizierte außentemperaturabhängige Reduzierung der Abgasrückführung in der konkreten Ausgestaltung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO 715/2007/EG notwendig war, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

Das Abstellen auf den Stand der Technik zum Zeitpunkt der

genehmigung auch weitere Einzelheiten angegeben hat und insbesondere, welche Auswirkungen dies auf die Stickoxidemissionen hat.

ix) Dabei ordnete schon seinerzeit Art. 3 Abs. 9 der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 692/2008 an, dass die Hersteller bei der Beantragung der Typgenehmigung der Genehmigungsbehörde nicht nur belegen müssen, dass die NOx-Nachbehandlungseinrichtung nach einem Kaltstart bei  $-7\text{ }^{\circ}\text{C}$  innerhalb von 400 Sekunden eine für das ordnungsgemäße Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht, sondern darüber hinaus auch Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems (AGR) machen müssen, „einschließlich ihres Funktionierens bei niedrigen Temperaturen“, wobei diese Angaben „auch eine Beschreibung etwaiger Auswirkungen auf die Emissionen“ umfassen müssen und auf Verlangen der Europäischen Kommission von der Genehmigungsbehörde vorzulegen sind. Dass die Beklagte diesen Beschreibungserfordernissen im Typgenehmigungsverfahren nachgekommen ist, ist nicht ersichtlich, so dass auch nicht ersichtlich ist, dass das Kraftfahrbundesamt in die Lage versetzt wurde, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug umfassend zu prüfen.

3) Auf eine fortdauernde Tatbestands- oder Legalisierungswirkung der ursprünglichen Typenehmigung kann sich die Beklagte nicht berufen. Zum einen reichte die Legalisierungswirkung der Typenehmigung nicht weiter als das, was seinerzeit beantragt und genehmigt wurde. Eine Abschalteinrichtung, die in den Typgenehmigungsunterlagen nicht konkret und unter Darstellung ihrer Auswirkungen auf die Emissionen beschrieben wurde, nimmt nicht an der Legalisierungswirkung teil (hierzu ausführlich VG Schleswig, Urte. v. 13.12.2017 – 3 A 59/17 –, Rn. 70 ff. bei juris). Dass insbesondere die nunmehr vom KBA beanstandete Softwarefunktion seinerzeit bei der Beantragung der EG-Typenehmigung offengelegt und hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Emissionen beschrieben wurde, behauptet die Beklagte selbst nicht. Zum anderen wäre eine etwaige ursprüngliche Legalisierungswirkung jedenfalls durch die nachträgliche Nebenbestimmung des KBA entfallen, welche die ursprüngliche Typenehmigung modifiziert hat. Der Bescheid des

Typgenehmigung verlangt den Herstellern auch nichts Unzumutbares ab. Denn jeder Hersteller ist frei, ob und wann er einen neuen Fahrzeugtyp herausbringt. Die Herstellung von Fahrzeugen auf Grundlage einer bereits erteilten Typenehmigung wird nicht etwa unzulässig, nur weil sich danach der Stand der Technik fortentwickelt und Abschalteinrichtungen, die sich zum Zeitpunkt der Beantragung der Typenehmigung noch als notwendig i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO 715/2007/EG darstellten, zwischenzeitlich nicht mehr als notwendig angesehen werden können. Entschließt sich ein Hersteller jedoch dazu, einen neuen Fahrzeugtyp auf den Markt zu bringen - mit allen damit verbundenen neuen Vermarktungs- und Absatzpotenzialen, aber auch Ausfallrisiken -, dann muss er sich auch an dem messen lassen, was nach dem dann vorhandenen Stand der Technik möglich ist.

vii) Eine nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässige Abschalteinrichtung steht der Erteilung der EG-Typenehmigung entgegen. Wurde sie gleichwohl erteilt, so kann das Kraftfahrbundesamt Maßnahmen nach § 25 Abs. 2 und 3 EG-FGV ergreifen, was durch den Rückruf in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug gerade erfolgt ist.

viii) Die Beklagte beruft sich zwar auf Vertrauensschutz und verweist darauf, dass sie der Typenehmigungsbehörde gegenüber angezeigt habe, dass die Lufttemperatur ein Faktor bei der Steuerung der Abgasrückführung sei. Ob sie jedoch die konkrete temperaturabhängige Abschalteinrichtung dem KBA offengelegt hat, trägt die Beklagte jedoch nicht, jedenfalls nicht ausreichend vor. Bei dem mit Anlage B 6 vorgelegtem Schreiben des KBA handelt es sich nicht einmal um den sonst üblicherweise und gerichtsbekannt vorgelegten EG-Typenehmigungsbogen samt Beschreibungsbogen, der sonst an den wesentlichen Stellen umfangreich geschwärzt ist; etwa, aber nicht nur, die Beschreibung: *„Die AGR-Rate wird durch folgende Parameter gesteuert“*. Die Beklagte behauptet zudem schon nicht einmal konkret, dass sie gegenüber dem KBA im Rahmen der Beantragung der Typ-

KBA ist wirksam (§ 43 VwVfG). Das Gericht geht im Übrigen davon aus, dass auch im vorliegenden Fall, wie bei sämtlichen bislang bekannt gewordenen Rückrufbescheiden, die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet wurde. Auf die Bestandskraft kommt es für die Tatbestandswirkung (bzw. deren Einschränkung und Modifizierung) nicht an.

4) Zudem stünden die von der Klägerpartei dargelegte „Slipguard-Regelung“ („SCR-Katalysator“) als Prüfstandserkennungssoftware als weitere unzulässige Abschalleinrichtungen gem. § 138 Abs. 3 ZPO fest.

Die Klägerpartei hat hierzu über ihre Darlegungslast hinausgehend ausgehend vorgetragen (Bl. 7 ff.). Hierauf hat die Beklagte entgegen der für sie bestehenden sekundären Darlegungslast pauschal und zu vage bestritten bzw. dargetan, so dass aufgrund des unzureichenden Vortrags der Beklagten der klägerische Vortrag als zugestanden gilt. Dies gilt erst Recht dann, wenn die Beklagte, wie hier, aufgrund des KBA-Rückrufs verpflichtet ist, dezidiert zu den einem Käufer unbekanntem KBA-Rückrufgründen vorzutragen, was sie trotz gerichtlicher Aufforderung nicht getan hat.

Hierauf kommt es indes wegen der unzulässigen Abschalleinrichtung des sog. „Thermofensters“ und der vorliegenden KBA-Täuschung nicht tragend an.

b. Die Klägerpartei hat diesen Schaden aufgrund einer Täuschungshandlung der Beklagten erlitten.

1) Der eingetretene Schaden der Klägerpartei liegt bereits in dem Abschluss des Vertrages („Vermögenspositionsschaden“), der jedenfalls zu den damaligen Bedingungen von dem Kläger nach Überzeugung des Gerichts so in der Form bei Kenntnis aller Umstände nicht abgeschlossen worden wäre (so im Ergebnis auch LG Stuttgart, 26.09.2018 – 23 O 95/18; LG Hildesheim, 17.01.2017 - 3 O 139/16; LG Paderborn, 07.04.2017 - 2 O 118/16; LG Kleeve, 31.03.2017 - 3 O 252/16; LG Bochum, 13.07.2017 – 8 O 366/16, jeweils zum „VW-Abgasskandal“ zum Schaden u. a. instruktiv mit OLG-Rspr.-Auswertung und OLG-Rspr.-Nachw.: Prof. Dr. Heese, JZ 2020, 178 ff. [180 ff.]; „Herstellhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge“).

2) Ein Schaden aufgrund einer sittenwidrigen Schädigung ist grundsätzlich im Rahmen der Differenzhypothese zu ermitteln, das heißt durch ein Gegenüberstellen der jetzigen Vermögenslage des Geschädigten und derjenige, die ohne eine Schädigung bestehen würde. Es kann jedoch ein Schaden auch dann vorliegen, wenn eigentlich eine objektive Werthaltigkeit der vertraglichen Gegenleistung vorliegt. Die Differenzhypothese muss nämlich stets einer normativen Kontrolle unterzogen werden, weil sie eine wertneutrale Rechenoperation darstellt. Der Schadensersatz dient aber dazu, den konkreten subjektiven Vermögensnachteil des Geschädigten auszugleichen.

Insoweit genügt jede Schadenszufügung im weitesten Sinne, also jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage in ihrer Gesamtheit und zwar in dem Zeitpunkt, in dem der Betroffene eine Entscheidung zu Lasten seines Vermögens trifft. Dabei ist auch eine subjektbezogene Betrachtung heranzuziehen. Nach dem subjektbezogenen Schadensbegriff stellt auch der Abschluss eines Rechtsgeschäftes, welches nicht den Zielen des Geschädigten entspricht, einen Schaden im Rahmen des § 826 BGB dar, ohne dass es im Ergebnis darauf ankäme, ob die erhaltene Leistung wirtschaftlich betrachtet hinter der Gegenleistung zurückbleibt oder nicht bzw. ob nachfolgend ein Ausgleich erfolgt.

Ein Schaden kann deshalb auch darin gesehen werden, dass jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist (BGH NJW-RR 2005, 611, 612). Es ist daher anerkannt, dass der Schaden auch darin liegen kann, dass ein – wäre eine Täuschung nicht erfolgt – ungewollter Vertrag abgeschlossen wird („Vermögensdispositionsschaden“).

3) Hier hat die Klägerpartei ein Fahrzeug erworben, welches nicht ihren Vorstellungen entsprach und welches mit dem Risiko nachträglicher behördlicher Maßnahmen (bis hin zur Stilllegung wegen Nichtübereinstimmung mit dem genehmigten Typ) belastet war. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Klägerpartei das streitgegenständliche Fahrzeug zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses so nicht erworben hätte, wenn sie die tatsächlichen Hintergründe gekannt hätte (Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens). Ein Käufer eines Kraftfahrzeugs – auch ein Zweitkäufer eines Gebrauchtwagens –

kann nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typgenehmigung formal vorliegt, sondern auch davon, dass kein nachträglicher Entzug oder eine nachträgliche Nebenbestimmung droht, weil die materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen bereits bei Erteilung nicht vorgelegen haben. Der diesbezügliche Vermögensschaden der Klägerpartei liegt darin, dass sie in Unkenntnis des nicht gesetzeskonformen Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung mit den sich daraus ergebenden Folgen den streitgegenständlichen PKW erworben und damit einen ihm wirtschaftlich nachteiligen Vertrag geschlossen hat.

- 4) Ein Aufspielen eines Software-Updates am streitgegenständlichen Fahrzeug würde auch nicht dazu führen, dass ein Schaden nicht (mehr) vorliegt. Da der Schaden - wie gezeigt - bereits im Abschluss des ungewollten Kaufvertrags liegt, kann ein nachträgliches Aufspielen eines Software-Updates diesen Schaden auch nicht mehr beseitigen. Die Klägerpartei kann die Rückgängigmachung des ihr entstandenen Schadens in der Form des Abschlusses eines unvorteilhaften Vertrages verlangen und muss sich nicht vom Schädiger das Festhalten an dem Vertrag aufdrängen lassen. Dies gilt umso mehr, als nicht feststeht, dass ein Software-Update ohne nachteilige Folgen, die möglicherweise erst nach einem längeren Dauerbetrieb auftreten, ausgespielt werden kann.

c. Die Klägerpartei hat diesen Schaden aufgrund einer Täuschungshandlung der Beklagten erlitten.

Erforderlich ist insoweit ein adäquat kausaler Zusammenhang unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm (BGH, 03.03.2008 – II ZR 310/06 –, Rn. 15, juris; MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl., § 826 Rn. 45 ff.). So liegt der Fall hier.

- 1) Schädigungshandlung ist das Inverkehrbringen des mit der streitgegenständlichen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs (OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/16).

Mit der Inverkehrgabe des Fahrzeugs bringt der Hersteller jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden darf, das heißt über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand

nicht aufgrund bereits bei Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typgenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen KBA erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Auch dies bestätigt der Hersteller zumindest konkludent mit der Inverkehrgabe (OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/16).

- 2) Denn bevor ein Kraftfahrzeughersteller berechtigt ist, ein Fahrzeug für die Nutzung im Straßenverkehr auf den Markt zu bringen, hat er die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren erfolgreich zu absolvieren. Insbesondere ist die sogenannte EG-Typgenehmigung durch das KBA als zuständige Behörde (§ 2 EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung; im Folgenden: EG-FGV) einzuholen und eine Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen (§ 27 Abs. 1 EG-FGV). Stellt das KBA nach Erteilung einer formell wirksamen Typgenehmigung fest, dass ein Fahrzeug nicht die materiellen Voraussetzungen für den genehmigten Typ einhält, kann es zur Beseitigung aufgetretener Mängel und zur Gewährleistung der Vorschriftenmäßigkeit auch bereits im Verkehr befindlicher Fahrzeuge zum einen gemäß § 25 Abs. 2 EG-FGV Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung anordnen oder gemäß § 25 Abs. 3 EG-FGV die EG-Typgenehmigung ganz oder teilweise widerrufen (vgl. Führ, Gutachterliche Stellungnahme für den Deutschen Bundestag vom 19.11.2016, S. 24 <4.3.3>; VG Magdeburg, Beschluss vom 02.07.2018 - 1 B 268/18, juris Rn. 11 f.; noch weitergehend für den Fall der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung: Klinger, ZUR 2017, S. 131 <135 f.>: Erlöschens der Typgenehmigung kraft Gesetzes). Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (im Folgenden: FZV) dürfen Fahrzeuge allerdings nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind, was gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 FZV voraussetzt, dass sie einem genehmigten Typ entsprechen. Wird die EG-Typgenehmigung entzogen oder mit Nebenbestimmungen versehen, entspricht das Fahrzeug - im Fall der Nebenbestimmung: bis zur Nachrüstung - keinem genehmigten Typ mehr. Die Zulassungsbehörde kann dem Eigentümer oder Halter dann ge-

maß § 5 Abs. 1 FZV eine Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen (so ausdrücklich OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/18).

3) Der Käufer eines Kraftfahrzeugs kann vor diesem Hintergrund nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs die notwendige EG-Typgenehmigung formal vorliegt, sondern auch davon, dass keine nachträgliche Rücknahme oder Änderung droht, weil die materiellen Voraussetzungen bereits bei Erteilung nicht vorgelegen haben. Entsprechend dieser selbstverständlichen Käufererwartung ist der Inverkehrgabe des Fahrzeugs der Erklärungswert beizumessen, dass auch die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung vorlagen (ähnlich OLG Köln, Beschluss vom 16.07.2018 - 27 U 10/18, juris Rn. 4 f.; Beschluss vom 03.01.2019 - 18 U 70/18).

4) Weil der Inverkehrgabe der dargestellte positive Erklärungswert zukommt, wird mit der Anknüpfung an das Inverkehrbringen auch nicht etwa auf eine Täuschung durch Unterlassen - Nichtaufklären über die eingesetzte Software - abgestellt, welches die Verletzung einer Offenbarungspflicht voraussetzt. Das Fahrzeug verfügte entgegen dem konkludenten Erklärungswert der Inverkehrgabe vorliegend gerade nicht über eine dauerhaft ungefährtete Betriebserlaubnis, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 enthielt, weshalb die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht gegeben waren (OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss v. 5.3.2019 – 13 U 142/18).

Mithin hat die Beklagte die Klägerpartei getäuscht.

d. Das Verhalten der Beklagten war sittenwidrig.

Sittenwidrig ist 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 Verhal-

tens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Dabei kann es auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Sie kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, 28.06.2016 – VI ZR 536/15 –, Rn. 16, juris). Bezüglich des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden kommt es wesentlich auf die berechtigten Verhaltenserwartungen im Verkehr an (Staudinger/Oechsler, BGB [2014], § 826, Rn. 31).

Das Gericht erkennt dabei nicht, dass allein das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründet. Jedoch ergibt sich vorliegend die Sittenwidrigkeit des Handelns aus dem nach Ausmaß und Vorgehen besonders verwerflichen Charakter durch Ausnutzung des Vertrauens der Käufer in eine öffentliche Institution, nämlich das KBA, welches von der Beklagten ebenfalls durch nicht Offenlegung der unzulässigen Abschalteinrichtung bzw. Angabe falscher Daten im Zulassungsverfahren getäuscht wurde (dazu 1) und unter Inkaufnahme nicht nur der Schädigung der Käufer (dazu 2), welche dadurch ebenfalls getäuscht wurden (dazu 3), sondern auch der Umwelt (dazu 4), wobei auch die vorsätzliche Täuschung die Sittenwidrigkeit begründet (dazu 5) (vgl. OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/18 zum „VW-Abgasskandal“).

1) Die Art und Weise der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung ist als verwerflich anzusehen: Durch die dem Inverkehrbringen der Fahrzeuge vorangegangene Täuschung der Typgenehmigungsbehörde zur Erlangung der EG-Typgenehmigung hat sich die Beklagte bei Verkauf der Fahrzeuge das Vertrauen der Käufer in den ordnungsgemäßen Ablauf des öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahrens und damit auch in die Objektivität der staatlichen Behörde zunutze gemacht.

Die Beklagte hat das KBA im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens über das Vorliegen der unzulässigen Abschalteinrichtung getäuscht. Die Beklagte trägt zwar pauschal vor, sie habe alle erforderlichen Angaben dem KBA gegenüber im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens gemacht. Allein damit genügt sie ihrer sekundären Darlegungslast nicht. Das Gericht hat deshalb mit den Klägervortrag davon auszugehen, dass die Reduzierung der AGR-Rate, abhängig von der Außentemperatur, gegenüber dem KBA

nicht angezeigt wurde, wie bereits oben ausgeführt.

- 2) Die Verwerflichkeit des Handelns ergibt sich des Weiteren aus den resultierenden Folgen: Hier droht zum einen den Käufern erheblicher Schaden in Form der Stilllegung des erworbenen Fahrzeugs oder durch Anordnung nachträglicher Nebenbestimmungen (§ 25 Abs. 2 und 3 EG-FGV). Auch ein von der Beklagten etwaig angebotenes Software-Update stellt allein ein Angebot der Schadenswiedergutmachung dar und ist für die jeweiligen Käufer einerseits mit erheblichen Unannehmlichkeiten sowie Unsicherheiten über die Auswirkungen eines entsprechenden Software-Updates verbunden.
  - 3) Auch das Ausmaß der Täuschung, nämlich der Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung in einem Motortyp, der in einer außergewöhnlich hohen Zahl von Fahrzeugen verbaut wurde, mit der Folge einer entsprechend hohen Zahl getauschter Käufer rechtfertigt das besondere Unwerturteil.
  - 4) Überdies hat die Beklagte durch die Ausstattung einer außergewöhnlich hohen Zahl von Fahrzeugen mit dieser Abschaltvorrichtung eine erhebliche Beeinträchtigung der Umwelt über die zugelassenen Emissionen hinaus in Kauf genommen (OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/18).
  - 5) Schließlich liegt im vorliegenden Fall eine vorsätzliche Täuschung vor (hierzu unten), mit dem Ziel, unter Ausnutzung der Fehlvorstellung der Kunden hohe Absatzzahlen zu erreichen. Allein dieser Umstand rechtfertigte es schon, Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB zu bejahen (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 17).
- e. Auch die subjektiven Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte bestehen (vgl. OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss v. 5.3.2019 – 13 U 142/18 zum sog. VW-Abgasskandal). Die Beklagte hat die Klagepartei vorsätzlich geschädigt. Sie muss sich das Verhalten ihrer Repräsentanten, deren Wissen als zugestanden anzusehen ist, zurechnen lassen.
- 1) In subjektiver Hinsicht setzt § 826 BGB Schädigungsvorsatz sowie Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, voraus.
    - i) Der erforderliche Schädigungsvorsatz bezieht sich darauf, dass durch

die Handlung einem anderen Schaden zugefügt wird. Er enthält ein Wissens- und Wollenselement: Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Dabei setzt § 826 BGB keine Schädigungsabsicht im Sinne eines Beweggrundes oder Zieles voraus. Es genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei dieser nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Schaden im Sinne des § 826 BGB nicht nur in der Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter liegt, sondern vielmehr jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage genügt, einschließlich der sittenwidrigen Belastung fremden Vermögens mit einem Verlustsiko (st. Rspr., BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02, juris Rn. 38; Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 402/02, juris Rn. 47).

Im Rahmen des § 826 BGB kann sich im Einzelfall aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns, insbesondere dem Grad der Leichtfertigkeit des Schädigers, die Schlussfolgerung ergeben, dass er mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Dies kann insbesondere dann nahelegen, wenn der Schädiger sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des Rechtsguts durchgeführt hat und es dem Zufall überlässt, ob sich die erkannte Gefahr verwirklicht. Stets ist aber eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände erforderlich (BGH, Urteil vom 20.11.2012 - VI ZR 268/11, juris Rn. 33; Urteil vom 20.12.2011 - VI ZR 309/10, juris Rn. 11).

Für den getrennt davon erforderlichen subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II ZR 276/02, juris Rn. 36).

- ii) Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechts-

sprechung ist der Begriff des „*verfassungsmäßig berufenen Vertreters*“ über den Wortlaut der §§ 30, 31 BGB hinaus weit auszulegen: „*Verfassungsmäßig berufene Vertreter*“ sind danach auch Personen, 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. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (sogenannte Repräsentantenhaftung, st. Rspr. BGH, Urteil vom 05.03.1998 - III ZR 183/96, juris Rn. 18; Urteil vom 30.10.1967 - VII ZR 82/65, juris Rn. 11; auch in der neueren Rechtsprechung zu § 826 BGB verweist der Bundesgerichtshof ausdrücklich unter Bezugnahme auf das Urteil vom 30.10.1967 auf die weite Auslegung des Begriffs „*verfassungsmäßig berufener Vertreter*“, vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 541/15, juris Rn. 14; Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15, juris Rn. 13; OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/18).

2) Bei der Beklagten haben die dargestellten subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung nach § 826 BGB vorgelegen. Die Beklagte hat mit Schädigungsvorsatz gehandelt und kannte die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.

Aufgrund des maßgeblichen Sach- und Streitstands ist davon auszugehen, dass die Installation der Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerungssoftware mit Wissen und Willen eines oder mehrerer Mitglieder des Vorstands der Beklagten oder eines oder mehrerer Repräsentanten erfolgte und somit der Beklagten gemäß § 31 BGB zuzurechnen ist. Ebenfalls ist davon auszugehen, dass diese Mitglieder des Vorstands oder der oder die Repräsentanten auch in der Vorstellung handelten, dass die so ausgestatteten Motoren in Fahrzeugen der Beklagten eingebaut und für diese unter Täuschung der zuständigen Behörde die EG-Typgenehmigung beantragt würde, obwohl die

materiellen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen, und die Fahrzeuge sodann veräußert werden würden.

Zwar hat insoweit grundsätzlich der Geschädigte die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen der Haftungsnorm. Hier trifft die Beklagte allerdings nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen hinsichtlich der unternehmensinternen Entscheidungsprozesse eine sekundäre Darlegungslast (vgl. auch hierzu OLG Stuttgart, Hinweise im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2019 - 3 U 101/18).

i) Eine sekundäre Darlegungslast besteht nämlich dann, wenn der beweisbelasteten Partei näherer Vortrag nicht möglich oder zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine näheren Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Gegner zumutbar nähere Angaben machen kann (vgl. BGH, 07.12.1998 - II ZR 266/97; BGH, 24.10.2014 - V ZR 45/13; vgl. auch OLG Karlsruhe, 05.03.2019 - 13 U 142/18 zum „*VW-Abgasskandal*“).

ii) Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Die Klägerpartei kann nicht näher dazu vortragen, in welcher Organisationseinheit der Beklagten die unzulässige Abschaltvorrichtung entwickelt, verbaut, verbaut worden ist, wer die Entscheidung dazu getroffen und wie die Entscheidung wann und an wen kommuniziert worden ist. Dies ist ihr unmöglich.

Unstreitig hingegen haben Mitarbeiter der Beklagten die streitgegenständliche Software in Kenntnis deren Funktionsweise in die Motorsteuerung der streitgegenständlichen Motorenreihe, die in Dieselfahrzeugen zum Einsatz kommen sollten, integriert. Die Funktionsweise widersprach jedoch dem Zweck des Verbots der Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007.

Angesichts der Tragweite der Entscheidung über die riskante Gestaltung der Motorsteuerungssoftware, welche flächendeckend in vielen

hunderttausend (oder Millionen) Fahrzeugen eingesetzt werden sollte, erscheint es fernliegend, dass die Entscheidung für eine rechtswidrige Software ohne Einbindung des Vorstands erfolgt und lediglich einem Verhaltenszweck untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte. 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 (vgl. OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/18 zum „VW-Abgasskandal“).

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, spricht im Hinblick auf das Gewicht der Entscheidung zumindest eine starke tatsächliche Vermutung dafür, dass es sich um einen Repräsentanten nach § 31 BGB i.S.d. höchstrichterlichen Rechtsprechung handelt, weil er Entscheidungen trifft, die üblicherweise der Unternehmensführung vorbehalten sind.

iii) Folge der sekundären Darlegungslast ist zum einen, dass der Anspruchsgegner sich nicht mit einem einfachen Bestreiten begnügen kann, sondern die tatsächliche Vermutung in zumutbarem Umfang durch substantiierten Gegenvortrag erschüttern muss. Genügt er dem nicht, gilt der Vortrag der Klagepartei als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Zum anderen reduzieren sich bereits die Anforderungen an die Substantiierung der primären Darlegungen des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale. Würde man hingegen wie die Beklagte eine präzise Benennung der handelnden Personen fordern, liefen die Grundsätze der sekundären Darlegungslast regelmäßig leer. Denn zur sekundären Darlegungslast kann man nur gelangen, wenn der Anspruchsteller in der Lage ist, der

ihn treffenden primären Darlegungslast zu genügen. Nach der Rechtsprechung finden die Grundsätze der sekundären Darlegungslast allerdings gerade dann Anwendung, wenn der Anspruchsteller außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs steht und er die entscheidungserheblichen Tatsachen deshalb gerade nicht kennen kann (OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/18, m.w.N.)

iv) Die Klägerseite hat nach diesem Maßstab hinreichend substantiiert vorgetragen (1), die Beklagte aber nicht wirksam sekundär vorgetragen (2).

(1) Die Klägerpartei hat hinreichend vorgetragen, der Vorstand der Beklagten hätte Kenntnis von dem Einsatz der unzulässigen Software gehabt und eine Schädigung der Käufer billigend in Kauf genommen. Dieser Vortrag erfolgt - auch angesichts der oben dargestellten Umstände - auch nicht ohne greifbare Anhaltspunkte ins Blaue hinein (vgl. dazu auch in einem Verfahren gegen die Beklagte: BGH - VIII ZR 57/19 - Beschluss vom 28.01.2020).

(2) Die Beklagte ist der sie treffenden sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen, weshalb der Vortrag der Klägerseite als zugestanden gilt, § 138 Abs. 3 ZPO.

Die Beklagte behauptet, die technischen Ausgestaltungsentscheidungen zum Emissionskontrollsystem im streitgegenständlichen Fahrzeug seien auf Mitarbeiterbene getroffen worden und nicht von verfassungsmäßig berufenen Vertretern. Dass der Vorstand demnach keine Kenntnis von der unzulässigen Abschalteinrichtung in Form des Thermofensters bzw. anderer unzulässiger Abschalteinrichtungen hatte, bestreitet die Beklagte demnach schon nicht ausdrücklich. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten (gerade noch) mit ihrem vagen Vortrag davon ausgeht, dass der entsprechende Tatsachenvortrag der Klägerpartei zumindest den Umständen nach bestritten sein könnte und die entsprechende Tatsachenbehauptung der



Klägerpartei noch als streitig anzusehen wäre, ist die Beklagte der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen.

Danach hat die Beklagte durch konkreten Tatsachenvortrag Umstände darzulegen, welche die für die Kenntnis des Vorstands sprechende tatsächliche Vermutung zu erschüttern vermögen. Dies umfasst vorliegend konkret die Benennung der Personen im Unternehmen, welche die Entwicklung der streitgegenständlichen Softwarefunktion beauftragt bzw. welche diese bei einem Zulieferer bestellt haben, sowie die Darstellung der üblichen Abläufe bei einer solchen Beauftragung sowie der Organisation von Entscheidungen solcher Tragweite. Der bloße Vortrag, die technische Ausgestaltungsentscheidung zum Emissionskontrollsystem sei auf Mitarbeiterebene getroffen worden und die Beklagte wähle die Aufgaben für ihre Mitarbeiter nach deren fachlichen Qualifikationen aus, ist insofern nicht ausreichend; zumal die Beklagte selbst ausführt, dass die Mitarbeiter dazu verpflichtet sind, wesentliche Fragestellungen mit ihren Vorgesetzten abzusprechen. Soweit die Beklagte sich auf einen Handlungsexzess eines untergeordneten Mitarbeiters berufen wollte, wären vor diesem Hintergrund Umstände erforderlich gewesen vorzutragen, die geeignet sind, einen solchen Ablauf ohne Kenntnis weiterer, leitender Mitarbeiter hinreichend wahrscheinlich erscheinen zu lassen, insbesondere auch im Hinblick auf die erforderlichen Entwicklungsarbeiten, um eine derartige Software so zu kalibrieren, dass sie der Typgenehmigungsbehörde nicht auffällt - was ersichtlich zunächst gelungen ist (OLG Karlsruhe, 05.03.2019 - 13 U 142/18).

Im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast obliegt es der Beklagten auch, in zumutbarem Umfang Nachforschungen anzustellen. Sollte es ihr nicht möglich oder zumutbar sein, eine abschließende Klärung herbeizuführen, genügt es nicht, über das Scheitern zu informieren, sondern sie hat vielmehr konkret mit-

zuteilen, welche Kenntnisse sie dabei über die Umstände einer eventuellen Verletzungshandlung gewonnen hat. Dabei ist die Beklagte allein aus Compliance-Gesichtspunkten auch dazu verpflichtet, solche entsprechenden internen Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen. Indem sie etwaige bisherige interne Ermittlungsergebnisse unter Verschluss hält, verstößt die Beklagte gegen ihre sekundäre Darlegungslast, so dass das Gericht davon ausgeht, dass mindestens ein Mitglied des Vorstands bzw. ein verfassungsmäßig berufener Repräsentant i.S.d. § 31 BGB der Beklagten Kenntnis von der Entscheidung des serienmäßigen Einbaus der unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt und dies gebilligt hat (ebenso: LG Köln, 18.07.2017 - 22 O 59/17; LG Hildesheim, 17.01.2017 - 3 O 139/16; LG Kleve, 31.03.2017 - 3 O 252/16; vgl. auch LG Stuttgart, 05.04.2018 - 7 O 28/17; LG Stuttgart, 30.10.2018 - 23 O 108/18, jeweils zum "VW-Abgasskandal").

- 3) Gegen einen etwaigen den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum der Akteure spricht vorliegend insbesondere, dass im Typengenehmigungsverfahren - anders lässt sich der diesbezügliche Beklagtenvortrag nicht verstehen - gerade keine näheren Angaben zum Funktionieren der Abgasrückführung außerhalb des Temperaturbereiches einschließlich der Auswirkungen auf die Emissionen getätigt wurden. Daran, dass die Angaben im Beschreibungsbogen mit den zuständigen Entwicklern und ihren Vorgesetzten abgestimmt waren, hat das Gericht keine Zweifel. Dass hierbei die Anforderungen des Art. 3 Abs. 9 VO 692/2008/EG schlicht übersehen wurden, behauptet auch die Beklagte nicht. Wenn aber trotz Kenntnis jener Bestimmung Angaben unterblieben sind, legt dies den Schluss nahe, dass dies bewusst erfolgt ist, um zu verhindern, dass die Typengenehmigungsbehörde (oder auch die Europäische Kommission im Falle eines diesbezüglichen Vorlageverlangens nach Art. 3 Abs. 9 Satz 6 VO 692/2008/EG) die betreffende Ausgestaltung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung beanstandet. Wer aber so vorgeht, dem ist auch bewusst, dass ein späteres Bekanntwerden von Details der Steuerung zu einer nachträglichen Beanstandung und möglicherweise zu Maßnahmen nach Art. 25 EG-FGV führen kann, und der

nimmt auch in Kauf, dass Fahrzeugkäufer sich bei Kenntnis dieses Risikos gegen einen Kauf eines Fahrzeugs vom betroffenen Typ entscheiden würden.

- 4) Es kann dahinstehen, ob die Beklagte für einen vorsatzausschließenden Rechtsirrtum auch dann primär darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. BGH, Urteil v. 16.06.1977 – III ZR 179/75 –, BGHZ 69, 128, Rn. 55 bei juris), wenn im Rahmen des § 826 BGB Schädigungsvorsatz und Sittenwidrigkeitsvorwurf gerade von dem Bewusstsein abhängen, dass eine bestimmte Steuerungsfunktion gegen europarechtliche Vorgaben verstößt oder zumindest verstoßen könnte. In jedem Fall träfe die Beklagte nämlich auch insoweit zumindest eine sekundäre Darlegungslast, wie es dazu kommt, dass die für die Entwicklung des Fahrzeugtyps und die Erlangung der Typgenehmigung verantwortlichen Personen seinerzeit auf die Rechtmäßigkeit der konkreten Ausgestaltung der außen temperaturabhängigen Reduzierung der Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp und darauf, dass diese schon keine europarechtlichen und typengenehmigungsrechtlichen Probleme aufwerfen werde, vertraut hätten, obwohl diese entgegen den klaren Vorgaben des Art. 3 Abs. 9 VO 692/2008/EG gegenüber dem KBA nicht im Einzeinen offengelegt wurde.

- f. Gemäß §§ 826, 249 BGB kann die Klägerpartei von der Beklagten der Höhe nach Schadensersatz i.H.v. 31.005,57 € verlangen.

Die Klägerpartei ist nach § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, als ob das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Aufgrund der genannten Umstände steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerpartei das Fahrzeug nicht erworben hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die EG-Typgenehmigung unter Einsatz einer unzulässigen Abschalteinrichtung erteilt wurde und daher die Stilllegung im Falle eines Widerrufs der Zulassung drohte. Hierfür spricht die allgemeine Lebenserfahrung, dass niemand unnötig derartig erhebliche Risiken eingeht, wenn ihm auf dem Markt vergleichbare Produkte ohne entsprechende Risiken angeboten werden.

Die Klägerpartei kann daher den von ihr zum Erwerb des Fahrzeugs gezahlten Kaufpreis i.H.v. 37.300,00 € von der Beklagten verlangen. Im Wege des Vorteilsausgleichs hat sie allerdings das erworbene Fahrzeug und die gezogenen Nutzungen

herauszugeben (vgl. nur LG Stuttgart, 05.04.2018 - 7 O 28/17, LG Bochum, 29.12.2017 – I-6 O 96/17, LG Würzburg, 23.02.2018 - 71 O 862/16, LG Stuttgart, 30.10.2018 - 23 O 80/18, jeweils zum „VW-Abgasskandal“).

Unstreitig hat die Klägerpartei das Fahrzeug als Gebrauchtwagen mit einer Kilometerlaufleistung von 78.991 km erworben. Die Kilometerlaufleistung zum Schluss der mündlichen Verhandlung betrug 107.849 km.

Der Nutzungsvorteil errechnet sich aus dem Bruttokaufpreis von 37.300 € multipliziert mit der seit Vertragsschluss gefahrenen Laufleistung des Fahrzeugs zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung von 28.858 km (107.849 km minus 78.991 km) geteilt durch die vom Gericht gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einschlägiger Vergleichswerte (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 3574) geschätzte Restlaufleistung. Das Gericht schätzt gemäß § 287 ZPO, dass ein Dieselfahrzeug des streitgegenständlichen Typs eine Gesamtfahrleistung von 250.000 km hat, sodass eine Restlaufleistung von 171.009 km bestand. Dies bedeutet, dass der Kläger insgesamt einen Nutzungsvorteil i.H.v. 6.294,43 € gezogen hat, der in Abzug zu bringen ist, sodass ein Anspruch i.H.v. 31.005,57 € besteht.

Die Klage im Übrigen war abzuweisen.

2. Der Klägerpartei steht auch ein Anspruch aus §§ 831 Abs. 1 S. 1, 249 BGB zu (vgl. auch OLG Karlsruhe, 05.03.2019 - 13 U 142/18, LG Stuttgart, 17.01.2019 - 23 O 172/18 - juris; LG Stuttgart, 17.01.2019 - 23 O 178/18 - juris).

- a. Selbst wenn man entgegen dem Vorstehenden davon ausgehen würde, dass weder ein Vorstand noch ein sonstiger Repräsentant i.S.v. § 31 BGB bei der Beklagten von der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung im hier maßgeblichen Zeitpunkt Kenntnis hatte, dann würde die Beklagte der Klägerpartei gleichwohl in der vorgenannten Weise auf Schadensersatz haften. Denn die Entwicklung und Freigabe des Motors samt der unzulässigen Abschalteinrichtung für die Serienproduktion erfolgte bei der Beklagten letztlich auf der Arbeitsebene unterhalb der Repräsentanten. Es muss hier denknötig einen oder höchstwahrscheinlich sogar mehrere Mitarbeiter (Entwicklungsingenieure) bei der Beklagten gegeben haben, die von der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung („Thermofenster“) und der Nichtoffenlegung gegenüber dem KBA Kenntnis hatten. Diese Mitarbeiter sind Vertigungsgehilfen der Beklagten i.S.v. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB.

- b. Sie haben die Klägerpartei gem. § 826 BGB vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt (vgl. oben II. 1.), denn ihnen musste klar sein, dass der von ihnen entwickelte Motor mit der unzulässigen Abschalteinrichtung nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprach. Auch einem rechtlichen nicht weiter vorgebildeten leuchtet ein, dass eine Abschalteinrichtung, die bei üblichen Umweltbedingungen (insbesondere bei regelmäßig auftretende Außentemperaturen, die nahezu das gesamte Jahr über in der EU herrschen) eingreift und zu einer deutlichen Reduktion der Abgasrückführung führt und weit über die gesetzlichen Grenzwerte hinausgehende Abgasemissionen bedingt, der gesetzlichen Regelung der EG-VO 715/2007 zuwiderläuft und die Nichtoffenlegung im Zulassungsverfahren gesetzeswidrig ist.
- c. Den Entwicklungsingenieuren war auch klar, dass der Motor samt der unzulässigen Abschalteinrichtung mit Beginn der Serienfertigung in Fahrzeugen mit EG-Typgenehmigung Verwendung finden würde. Ferner haben diese das KBA durch Nichtoffenlegung des Thermofensters im Zulassungsverfahren (dazu oben) getäuscht. Damit nahmen sie auch eine Schädigung der jeweiligen Fahrzeugherwerber billigend in Kauf, da ihnen klar war, dass bei Aufdeckung der unzulässigen Abschalteinrichtung mit behördlichen Maßnahmen zu rechnen war. Dies genügt für den erforderlichen Schädigungsvorsatz (vgl. nur Palandt/Sprau, BGB, 77. Auflage 2018, § 826, Rn. 11). Das Handeln der Entwicklungsingenieure als bewusstes Täuschungsverhalten (Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung) genügt schon an sich für das Vorliegen der Sittenwidrigkeit (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 77. Auflage 2018, § 826, Rn. 20; Reinking-Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 1898d). Vorliegend treten jedoch, wie oben bereits ausgeführt noch weitere Umstände hinzu, die bei einer Gesamtwürdigung in jedem Fall zur Sittenwidrigkeit führen.
- d. Den nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zulässigen Entlastungsbeweis hat die Beklagte nicht geführt.
- e. Nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB steht damit der Klägerpartei (ebenfalls) der zuerkannte Schadensersatzanspruch zu.
3. Letztlich wäre hinsichtlich der Frage, wer wann Kenntnis von der Entwicklung und dem Vertrieß des streitgegenständlichen Motors mit der streitgegenständlichen Abschalteinrichtung hatte, sogar eine Wahlfeststellung möglich und auch im Zivilrecht zulässig (BGH, Urteil vom 23. Juni 1987 - VI ZR 188/86, juris, Rn. 12; OLG Karlsruhe, 05.03.2019 - 13 U

- 142/18): Zumindest entweder Vorstände im aktienrechtlichen Sinne, sonstige Repräsentanten i.S.v. § 31 BGB oder einfache Mitarbeiter als Verrichtungsgehilfen i.S.v. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB hatten die Kenntnis und damit letztlich den Schädigungsvorsatz gem. § 826 BGB. Die Beklagte würde daher in jedem Fall auf Schadensersatz haften, wobei offenbleiben könnte, bei wem genau die Kenntnis vorlag. Für den vorliegenden Fall kommt es darauf allerdings nicht an, da wie dargelegt die Kenntnis der Vorstände als zugestanden gilt und außerdem auch von einer Kenntnis von Verrichtungsgehilfen auszugehen ist.
4. Die Klägerpartei hat gegen die Beklagte ferner einen Anspruch auf Rückabwicklung des streitgegenständlichen Kaufvertrages über den PKW Mercedes Benz E250 und damit auf Rückzahlung i.H.v. 31.005,57 € Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs aus §§ 433, 434 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1, 440, 346 Abs. 1, 348 BGB.
- a. Zwischen den Parteien wurde ein wirksamer Kaufvertrag über den streitgegenständlichen PKW geschlossen (Anl. K 1, Bl. 370 ff.).
- b. Die Klägerpartei ist wirksam mit Klagehebung gemäß §§ 434 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1, 440, 349 BGB vom Vertrag konkludent zurückgetreten.
- Sie hat in der Klage ihren Rückabwicklungsanspruch ausdrücklich auf „Sachmangetel“ und auf §§ 437 Nr. 1, 434 BGB mit Hinweis auf das „Rücktrittsrecht“ gestützt (Bl. 4 ff.). Sie hat in der mündlichen Verhandlung vom 03.12.2019 zudem ausdrücklich erklärt, dass sie neben Delikt auch Ansprüche aus Kaufrecht wegen Rücktritts gem. §§ 433, 437 Abs. 1 Nr. 2 BGB geltend mache (Protokoll vom 03.12.2019, Bl. 374 ff.).
- Ein Rücktritt, der formlos möglich ist, kann sowohl durch bloße Rückforderung des Leistungsgegenstandes (MüKo/Gaier, BGB, 8. Auflage, § 349 Rn. 1; Soergel/Lobinger, BGB, § 349 Rn. 1; Juris-PK-BGB, § 349 Rn. 7; Palandt, BGB, 78. Auflage, § 349 Rn. 1, jeweils m.w.N.) als auch durch Klagehebung auf Rückabwicklung (vgl. Klagantrag Ziff. 1) konkludent erklärt werden (MüKo/Gaier, BGB, 8. Auflage, § 349 Rn. 1; Soergel/Lobinger, BGB, § 349 Rn. 1; Juris-PK-BGB, § 349 Rn. 1; BeckOK-Schmidt, BGB, § 349 Rn. 3; Palandt, BGB, 78. Auflage, § 349 Rn. 1, Staudinger/Kaiser, BGB, § 349 Rn. 25, jeweils m.w.N.). So liegt der Fall, soweit ein ausdrücklicher Rücktritt (Bl. 4) erkannt werden sollte, hier. Der Klagantrag zusammen mit den Ausführungen der Klägerpartei (Bl. 4) wären bei objektiver Auslegung nur als konkludenter Rücktritt gem. §§ 133, 157 BGB zu interpretieren.

Ein Käufer kann vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn die Kaufsache bei Gefahrübergang einen Sachmangel aufweist, der Käufer dem Verkäufer, wenn diese nicht ausnahmsweise entbehrlich ist, erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und der Mangel nicht unerheblich ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

c. Der streitgegenständliche PKW weist einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf, weil er aufgrund der unzulässigen Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007, welche die Abgasrückführung bei (üblichen) Außentemperaturen reduziert, nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten darf. Denn der Durchschnittskäufer eines Neufahrzeugs kann und wird berechtigterweise davon ausgehen, dass das Fahrzeug nicht über eine unzulässige Abschalteinrichtung verfügt und gegebenenfalls aus diesem Grund ein Entzug der Typenzulassung droht.

aa) Insoweit resultiert die Mangelhaftigkeit nicht etwa daraus, dass die unter Laborbedingungen (Prüfstandlauf) gemessenen Werte im alltäglichen Straßenverkehr nicht eingehalten werden, sondern basiert darauf, dass das System der Abgasrückführung bereits bei normalen Außentemperaturen signifikant reduziert wird, wodurch die gesetzlichen Abgasgrenzwerte um ein Vielfaches überschritten werden. Der Käufer eines Neuwagens kann erwarten, dass das Fahrzeug über keine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 verfügt. Ferner kann der Käufer erwarten, dass die auf dem Prüfstand ermittelten Werte nach dem dafür vorgesehenen Verfahren zustandekommen, ohne dass das Abgasrückführungssystem im realen Fahrbetrieb bei veränderten Umweltbedingungen (Außentemperaturen), eine Veränderung des Abgasverhaltens hervorruft. Denn es ist Sinn und Zweck des Prüfstandverfahrens, die Abgaswerte bei einer durchschnittlichen Fahrweise durch Imitation bestimmter standardisierter Straßensituation abzubilden. Daher ist eine Abschalteinrichtung, die eine solche Abbildung verhindert und dadurch für den Alltagsbetrieb ein Maß an Abgasreinigung vortäuscht, dass tatsächlich nicht erreicht wird, ein Sachmangel (vgl. LG Dortmund, Urteil vom 12. Mai 2016, 25 O 6/16 - juris; LG Stuttgart, Urteil vom 30. Juni 2017, 20 O 425/16, jeweils zum „VW-Abgasskandal“; LG Stuttgart, Urteil vom 9. Mai 2019, 23 O 220/18; LG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2019, 23 O 172/18;

LG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2019, 23 O 178/18; LG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2019, 23 O 180/18, jeweils gegen die Beklagte).

bb) Denn nur bei einem Fahrzeug, das auch beim normalen bestimmungsgemäßen Gebrauch die Abgasrückführung nicht reduziert, besteht die Gewähr dafür, dass die Vermeidung schädlicher Emissionen im Straßenverkehr mit derselben Effektivität wie auf dem Prüfstand erfolgt (vgl. auch LG Bochum, Urteil vom 16. März 2016, 2 O 425/15 - juris). Diese berechnete Erwartung des Käufers wird durch die im streitgegenständlichen Fahrzeug installierte unzulässige Abschalteinrichtung enttäuscht.

d. Die in der Lieferung des mangelhaften PKW liegende Pflichtverletzung ist auch nicht im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB unerheblich, so dass der Rücktritt nicht ausgeschlossen ist. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Mangel geringfügig ist. Dabei ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung des Käufers abzustellen. Zur Beurteilung der Frage, ob eine Pflichtverletzung unerheblich ist, bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung auf der Grundlage des Einzelfalles (BGH NJW 2014, 3229). Der BGH stellt unter anderem auf die Kosten der Mangelbeseitigung ab. Danach ist im Rahmen der nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmenden Interessenabwägung von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung in der Regel dann nicht mehr auszugehen, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als 5 % des Kaufpreises beträgt (BGH, a.a.O.). Allerdings handelt es sich hierbei nicht um einen starren Grenzwert.

aa) Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass für das streitgegenständliche Fahrzeug schon keine rechtzeitige „Nachbesserung“ in Form eines Software-Updates angeboten wird, weil die Beklagte unter anderem mit ihrem Widerspruch gegen den KBA-Rückruf keine sie treffende öffentlich-rechtliche oder kaufrechtliche gewährleistungsrechtliche Verpflichtung einräumt, sondern nur unter Negierung sämtlicher klägerischer Ansprüche im Wege der Kulanz eine freiwillige Servicemaßnahme durchzuführen bereit ist. Der bloße Satz in der Klagerwiderung, dass „eine Nacherfüllung bezüglich des - schon nicht vorliegenden - Mangels wäre möglich und zumutbar“ ist zu spät und längst nicht ausreichend (Bl. 70).

bb) Selbst wenn die Beklagte jedoch ein Software-Update oder sog. „Hard-

ware-Lösungen" anbieten sollte, ist die Pflichtverletzung erheblich. Es ist zu berücksichtigen, dass ein etwaiges Software-Update erst nachweislich und dauerhaft für Verbrauch und alle Aggregate sicher entwickelt werden müsste und für die technische Vorbereitung der Mangelbeseitigung vorliegend für ein nachgewiesenes sicheres Update ein nicht unerheblicher zeitlicher Vorlauf notwendig wäre, wie sich auch aus dem Vergleich zum „VW-Abgasskandal“ zeigt. Demnach kann vorliegend der Mangel nach umfassender Interessenabwägung nicht als unerheblich angesehen werden. Ungeachtet dessen und im Übrigen wäre eine Berufung auf § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB gem. § 242 BGB versagt, wenn die Beklagte sittenwidrig und folglich auch arglistig im kaufrechtlichen Sinne, wie hier, gehandelt hat, wie oben zu den Ansprüchen aus § 826 BGB bereits ausgeführt.

e. Eine Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB zur Nacherfüllung war gemäß § 440 Satz 1, 3. Alt. BGB entbehrlich, da der Klägerpartei entgegen der Auffassung der Beklagten die Nacherfüllung unzumutbar war. Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers, eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses der Parteien, die Art der Sache und der Zweck, für den der Verbraucher sie benötigt, die Art des Mangels und die Begleitumstände der Nacherfüllung. Die Unzumutbarkeit ist allein aus der Perspektive des Käufers zu beurteilen, eine Interessenabwägung findet nicht statt (vgl. BGH, Urt. v. 15.04.2015, VIII ZR 80/14).

aa) Die Unzumutbarkeit eines Nacherfüllungsverlangens ergibt sich vorliegend daraus, dass die Durchführung der Nachbesserung für den Kläger im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung zeitlich nicht absehbar war. Zwar könnte man zugunsten der Beklagten berücksichtigen, dass etwaige Nachbesserungsmaßnahmen – die nach Angaben der Beklagten für das streitgegenständliche Fahrzeug trotz Rückrufs durch das KBA nicht mit maßgeblicher Sicherheit der Dauer- und Nachhaltigkeit für Verbrauch und aller Aggregate, insbesondere des Motors, in Aussicht gestellt werden - der Klägerpartei als im Ergebnis sicher nachgewiesen werden müsste. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte wären die Interessen der Klägerpartei unangemessen benachteiligt.

bb) Vorliegend hat die Beklagte bis zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung und auch umgehend danach die Mangelbeseitigung nicht angeboten, sondern sämtliche Ansprüche außergerichtlich und im gerichtlichen Verfahren in toto zurückgewiesen (Schriftsätze des Beklagtenvertreters vom 12.04.2019, Bl. 49 ff. [69 f.], vom 08.10.2019, Bl. 275 ff., vom 26.11.2019, Bl. 303 ff. und vom 08.01.2020, Bl. 380 ff.). Die Klage war schon seit 22.02.2019 rechtshängig. Ein Termin im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung für die Installation eines Software-Updates wurde weder im Rechtsstreit hinreichend angeboten noch im Rechtsstreit für einen früheren Zeitpunkt vom Beklagtenvertreter überhaupt dargetan. Ein maßgeblicher Umrüstertermin, um die unzulässige Abschalteneinrichtung zu beseitigen, sei es durch ein Software-Update oder eine „Hardware-Lösung“ wird der Klägerpartei also nicht einmal in Aussicht gestellt. Für die Klägerpartei bedeutete dies, dass die Nachbesserung im - maßgeblichen - Zeitpunkt der Rücktrittserklärung (und selbst noch im Termin der mündlichen Verhandlung) zeitlich völlig ungewiss war (LG Bückeburg Urt. v. 11.01.2017 – 2 O 39/16).

Zudem wäre ein Angebot zu einem tauglichen und inhaltlich ausreichenden Software-Update nach wirksam erklärtem Rücktritt im Rücktrittsrecht nicht mehr maßgeblich und ausreichend. Es ist zeitlich allein auf den Zeitpunkt des Rücktritts abzustellen.

cc) Nicht tragend für die Entscheidung ist mangels Beklagten-Updates anzumerken, dass auch in den Fällen, in denen das KBA einen Rückruf von Fahrzeugen anordnet und der Hersteller - die Beklagte - ein Software-Update zur Verfügung stellt, eine Fristsetzung entbehrlich ist. Auch in diesem Fall ist die Nachbesserung der Klägerpartei schon deshalb unzumutbar, weil sie die begründete Befürchtung hegen dürfte, dass – selbst wenn es für das streitgegenständliche Fahrzeug ein Software-Update geben sollte - dieses entweder nicht erfolgreich sein oder zu Folgemängeln führen würde. Es war vorliegend zum Zeitpunkt des Rücktritts, auf den allein abzustellen ist, nicht auszuschließen, dass ein etwaiges Update negative Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch und die Motorleistung haben würde. Im Gegenteil, derartige Befürchtungen wurden gerichtsbekannt auch von Fachleuten im Hinblick auf den „VW-Abgasskandal“ mehrfach öffentlich ge-

äußert und beruhten auf der nahegelegenen Überlegung, warum der Hersteller nicht schon bei der Entwicklung der Motoren zur Erstellung einer entsprechenden Software in der Lage gewesen sei bzw. warum der Hersteller nicht schon viel früher, nämlich schon weit vor Bekanntwerden des Abgasskandals, die Entwicklung eines Software-Updates unternommen habe.

dd) Ein solcher berechtigter Mangelverdacht reicht aus, um dem Kläger die Nachbesserung unzumutbar zu machen (vgl. BGH, Urt. v. 09.03.2011, VIII ZR 266/09). Es genügt nämlich grundsätzlich nicht, einen Mangel abzustellen, wenn dafür ein anderer Mangel entsteht. Dass dies geschehen wird, muss die Klägerpartei nicht beweisen oder auch nur als sicher eintretend behaupten. Ihre Interessen sind vielmehr schon hinreichend beeinträchtigt, wenn er aus Sicht eines verständigen Kunden konkrete tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit anderer Mängel hat. Das ist für sogenannte Montagsautos anerkannt und beruht dort auf der Überlegung, dass ein Auto, das schon einige Mängel zeigte, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (aber nicht mit Sicherheit), weitere Mängel aufweisen wird (vgl. BGH, Urt. v. 23.01.2013, VIII ZR 140/12).

ee) Es verbleibt ferner die Tatsache, dass die Beklagte an keiner Stelle die Gewähr für die Nachbesserung übernehmen bzw. eine solche nicht explizit angeboten hat. Dann kann die Klägerseite hierauf aber auch nicht verwiesen werden.

ff) Zusammenfassend bleibt festzuhalten:

Die Nacherfüllung ist für die Klägerpartei in den Fällen, in denen ein Software-Update schon nicht angeboten wird, bereits deshalb unzumutbar, da die Nachbesserung im maßgeblichen Zeitpunkt der Rücktrittserklärung zeitlich völlig ungewiss war. Ist ein Software-Update nicht bis zur Rücktrittserklärung rechtzeitig und inhaltlich ausreichend angeboten, scheidet ein nachträgliches Software-Update-Angebot ohnehin aus.

In den Fällen, in denen ein Fahrzeug vom Rückruf durch das KBA betroffen ist und eine Nachbesserung in Form eines Software-Updates erfolgen soll, ist eine Nachbesserung deshalb unzumutbar, weil die begründete Befürchtung besteht, dass dieses entweder nicht erfolgreich sein oder zu Folgemängeln

gehn führen werde.

- f. Gemäß § 346 Abs. 1 BGB sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Danach hat die Beklagte den Kaufpreis von 37.300 € zu erstatten. Dem stehen die im Wege des Wertersatzes zu erstattenden Nutzungen von 6.294,43 € gegenüber, § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB, sodass dem Kläger ein Anspruch i.H.v. 31.005,57 € zusteht (siehe zur Berechnung oben unter II 1 f).
5. Der Klägerpartei stehen gegenüber der Beklagten gem. § 849 BGB Zinsen mit Zinsfuß 4 % für die Zeit vom 15.06.2018 bis 28.11.2018 aus 37.300,00 € (dazu a - e) und Zinsen mit Zinsfuß in gesetzlicher Höhe mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.11.2018 gem. §§ 286, 288 Abs. 1 BGB zu (dazu f).
- a. Der Klägerpartei stehen gegenüber der Beklagten Zinsen i.H.v. 4 % seit Kaufpreiszahlung gem. § 849 BGB zu (vgl. auch OLG Karlsruhe, 21.01.2020 - 17 U 2/19; OLG Karlsruhe, 19.11.2019 - 17 U 146/19; OLG Köln, 27.06.2019 - 27 U 14/19; OLG Köln, 10.03.2020 - 4 U 192/19; OLG Koblenz, 16.12.2019 - 12 U 583/19; OLG Oldenburg, 12.03.2020 - 14 U 302/19; OLG Oldenburg, 12.02.2020 - 3 U 114/19; OLG Schleswig-Holstein, 11.03.2020 - 9 U 178/19; OLG Brandenburg, 04.03.2020 - 4 U 65/19, jeweils in sog. „Diesel-Abgasfällen“).
- b. Nach § 849 BGB kann der Verletzte, sofern wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen ist, Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird.
- c. § 849 BGB erfasst jeden Sachverlust durch ein Delikt. Auch wenn der Schädiger den Geschädigten durch eine unerlaubte Handlung dazu bestimmt, eine Sache wegzugeben oder darüber zu verfügen, entzieht er sie ihm. § 849 BGB ist nach seinem Wortlaut nicht auf die Wegnahme beschränkt und verlangt nicht, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen wird. Der Geschädigte muss auch nicht im Besitz der Sache gewesen sein. Eine Beschränkung auf den Verlust einer Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten widerspricht auch dem Normzweck von § 849 BGB. Der Zinsanspruch soll mit einem pauschalierten Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachge-

holt werden kann. Der Geschädigte verliert die Sachnutzung gleichermaßen, wenn ihm eine Sache ohne seinen Willen entwendet wird und wenn er durch eine unerlaubte Handlung dazu gebracht wird, sie wegzugeben oder darüber zu verfügen (BGH, 26.11.2007 - II ZR 167/06).

Der Klägerpartei ist eine Sache entzogen worden. Sache im Sinne von § 849 BGB ist auch Geld (vgl. auch BGH, 12.06.2018 - KZR 55/16). § 849 BGB ist nicht durch § 90 BGB, wonach nur körperliche Gegenstände Sachen im Sinne des Gesetzes sind, auf die Entziehung von Bargeld beschränkt. Der Zweck des § 849 BGB, den später nicht nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen, erfasst jegliche Form von Geld. Von den Nutzungen eines hingegebenen Geldbetrags ist der Geschädigte nicht nur ausgeschlossen, wenn er mit Bargeld bezahlt hat, sondern auch, wenn er eine Zahlung auf andere Art und Weise geleistet hat. Auch wirtschaftlich besteht kein Unterschied zwischen der Übergabe von Bargeld, der Übergabe eines Schecks, der Einzahlung von Bargeld und einer Überweisung auf ein Konto (BGH, 26.11.2007 - II ZR 167/06; vgl. auch BGH, 12.06.2018 - KZR 55/16).

Wer demnach durch eine unerlaubte Handlung dazu bestimmt wird, Geld zu überweisen oder zu übergeben, kann vom Schädiger eine Verzinsung nach § 849 BGB beanspruchen (vgl. zu § 849 BGB betreffend den „VW-Abgasskandal“ auch OLG Köln, 27.06.2019 - 27 U 14/19 - juris Rn. 35 m.w.N. sowie LG Essen, 04.09.2017 - 16 O 245/16).

- d. Dies ist hier der Fall. Die Beklagte hat der Klägerpartei durch eine unerlaubte Handlung nach § 826 BGB zur Bezahlung des Kaufpreises bestimmt, weshalb die Klägerin eine Verzinsung des Kaufpreises nach § 849 BGB verlangen kann.
- e. Die Klägerpartei hat den Kaufpreis i.H.v. 37.300 € für das streitgegenständliche Fahrzeug spätestens am 15.06.2018 bezahlt und das Fahrzeug am 15.06.2018 übereignet erhalten, weshalb ihr ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Verzinsung in Höhe von 4 % aus § 849 BGB zusteht.
- f. Der Klägerpartei stehen gem. §§ 286, 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen seit 29.11.2018 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu. Der Klägervertreter hat mit Schreiben vom 12.11.2018 an die Beklagte Zahlung von 36.565,16 € bis zum 28.11.2018 verlangt (nach Bl. 41). Verzug ist somit am

29.11.2019 eingetreten.

6. Die Leistungsklage auf Schadensersatz in Form der Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltsgebühren (Klageantrag Ziff. 2) ist größtenteils in Höhe von 1.474,89 € begründet.
- Die Klägerpartei hat gemäß § 826 bzw. § 831 Abs. 1 S. 1, 249 BGB gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.474,89 €.
- Der Schadensersatzanspruch nach § 826 bzw. 831 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB erfasst auch die erforderlichen Kosten einer Rechtsverfolgung. Hierbei hat das Gericht einen Gegenstandswert in Höhe der zugesprochenen Klageforderung zugrunde gelegt und eine 1,3-fache Geschäftsgebühr, die Auslagenpauschale und die Umsatzsteuer angesetzt.
- Da es sich vorliegend um ein Massenverfahren handelt, bei dem der wesentliche Aufwand beim Klägervertreter gleichzeitig für eine Vielzahl von Verfahren anfällt, und es sich bei den eingereichten Schriftsätzen auf beiden Seiten ganz überwiegend um Textbausteine handelt, ist ein höherer Ansatz als der Mittelsatz von 1,3 für die Geschäftsgebühr (Nr. 2300 Anlage 1 VV RVG) nicht gerechtfertigt.
- Im Übrigen war die Klage hinsichtlich der höher geltend gemachten Nebenforderung abzuweisen.
- III.
- Die Feststellungsklage hinsichtlich des Annahmeverzugs (Klageantrag Ziff. 3) ist begründet.
- Die Beklagte befindet sich mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs gemäß § 293 BGB im Annahmeverzug. Da Leistungsort im Falle der Rückabwicklung der Ort ist, an dem sich die Kaufsache befindet, genügt gemäß § 295 BGB das „wörtliche“ Angebot des Klägers, das im Zusammenhang mit der Klageerhebung zu sehen ist, den Kaufpreis Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs zurückzubezahlen. Verzug ist zwei Wochen nach Rechtshängigkeit eingetreten. Die Klage wurde am 22.02.2019 (Bl. 44) zugestellt, so dass Verzug zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung längst eingetreten war.

## IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in § 709 S. 1 und 2 ZPO.

## V.

Den Parteien, insbesondere der Beklagten, wird anheimgestellt, zur raschen höchststrichterlichen Klärung eine Sprungrevision gem. § 566 ZPO beim BGH zu beantragen.

Beide Parteien haben - wie auch üblicherweise sämtliche Instanzgerichte - nach eigenem und wiederholten Bekunden ein hohes Interesse an einer sehr schnellen höchststrichterlichen Klärung der Rechtsfragen, unter anderem Voraussetzungen und Auslegung von Art. 5 Abs. 2 VO EG 715/2007 (Abschalteinrichtung), zu § 826 BGB und zur sekundären Darlegungslast in den sog. „Abgasfällen“. Das Gericht geht davon aus, dass das in sämtlichen „Abgasfällen“ von den Parteien, insbesondere von den beklagten Automobilunternehmen, meist mündlich vorgetragene Interesse an einer raschen höchststrichterlichen Klärung nicht nur leichtfertig vorgegeben wird.

An einer Zulassung der Sprungrevision gem. § 566 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 4 ZPO dürften keine Zweifel bestehen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und zudem die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch das Revisionsgericht erfordert, nachdem gerichtsbekannt Zehntausende Rechtsstreite in sog. „Abgasfällen“ gegen verschiedene Automobilkonzerne rechtshängig sind.

#### Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 € übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Landgericht Stuttgart  
Urbanstraße 20  
70182 Stuttgart

einzulegen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss

mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.

Rechtsbehelfe können auch als elektronisches Dokument eingelegt werden. Eine Einlegung per E-Mail ist nicht zulässig. Wie Sie bei Gericht elektronisch einreichen können, wird auf [www.ejustice-bw.de](http://www.ejustice-bw.de) beschrieben.

Ade

Vorsitzender Richter am Landgericht

Verkündet am 31.03.2020

Holst, JFAng'e

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt  
Stuttgart, 03.04.2020



Holst  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt  
- ohne Unterschrift gültig