



Landgericht  
Kassel

16.11.2021

**4 O 2043/20**

## Öffentliche Sitzung des Landgerichts

Gegenwärtig:

Richter Sandrock

als Einzelrichter  
– ohne Protokollführer –

In dem Rechtsstreit

**■■■■■ gegen Volkswagen AG**

erschieden bei Aufruf der Sache:

Niemand.

Das anliegende Urteil wurde unter Bezugnahme auf die Urteilsformel verkündet.

Sandrock  
Richter

Beglaubigt  
Kassel, 17.11.2021

Purkl  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Landgericht Kassel**  
**Aktenzeichen:**  
**4 O 2043/20**

Verkündet am: 16.11.2021

Purkl, Justizangestellte



## **Im Namen des Volkes**

# **U r t e i l**

In dem Rechtsstreit

\_\_\_\_\_

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen Gansel Rechtsanwälte, Wallstraße 59, 10179 Berlin

Geschäftszeichen: \_\_\_\_\_

gegen

Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den  
Vorstandsvorsitzenden Dr. Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

SMNG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Königsberger Straße 2, 60487 Frankfurt

Geschäftszeichen: \_\_\_\_\_

hat das Landgericht Kassel – 4. Zivilkammer – durch den Richter Sandrock als Einzelrichter  
auf die mündliche Verhandlung vom 31.08.2021 für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 9.075,40 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.12.2020 Zug um Zug gegen die Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Polo V 1.4 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Kfz-Brief zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der im Klageantrag zu 1. genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 887,03 freizustellen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin 12% und die Beklagte 88% zu tragen.
6. Das Urteil ist für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages vorläufig vollstreckbar. Für die Beklagte ist das Urteil vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung jedoch durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### **Tatbestand:**

Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Erwerb eines von der Beklagten hergestellten Fahrzeugs, in dem ein EA 288 Dieselmotor verbaut ist, geltend.

Der Ehemann der Klägerin erwarb am 19.08.2017 ein gebrauchtes Fahrzeug VW Polo V 1.4 TDI bei der Firma [REDACTED] zu einem Kaufpreis von EUR 11.850,00. In dem von der Beklagten hergestellten Fahrzeug ist der von der Beklagten hergestellte Motor EA-288 der Abgasnorm EU6 verbaut. Der Kilometerstand bei Erwerb des Fahrzeugs betrug 19.807 km. Am 30.08.2021 betrug der Kilometerstand 85.411 km. Der Ehemann der Klägerin, [REDACTED], hat alle Ansprüche in Bezug auf den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs an die Klägerin mit Vereinbarung vom 23.08.2020 abgetreten.

Das Fahrzeug verfügt über einen NOx-Speicherkatalysator (NSK), welcher dazu dient, Stickoxide zu speichern. Der NSK muss im Fahrbetrieb regelmäßig regeneriert werden, da er nur über eine begrenzte Speicherkapazität verfügt. Die Regeneration erfolgt im realen Straßenbetrieb je nach Fahrprofil strecken- und beladungsgesteuert ca. alle 5 gefahrenen km

bzw. nach voller Beladung, je nachdem, welches Ereignis vorher eintritt, wobei die Beladungssteuerung die führende Größe ist. Dabei ist in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine Software verbaut, eine sogenannte Zykluserkennung bzw. Fahrkurve, welche die Vorkonditionierungsfahrt (sog. Preconditioning oder Precon) sowie den Neuen Europäischen Fahrzyklus (nachfolgend NEFZ) erkennt. Die Motorsoftware stellt dann sicher, dass der NSK am Ende der einem NEFZ stets vorgeschalteten Vorkonditionierungsfahrt vollständig regeneriert wird, damit dieser zu Beginn der NEFZ-Prüffahrt leer ist und dass innerhalb des NEFZ der NSK nur zweimal an zeitlich genau definierten Punkten, nämlich nach jeweils ca. 5 km, regeneriert. Damit wird sichergestellt, dass in der NEFZ-Prüffahrt tatsächlich nur diejenigen NOx-Emissionen aufgefangen und abgebildet werden, die von Beginn bis zum Ende des Zyklus entstehen. Für weiteren Einzelheiten wird auf die Applikationsrichtlinie EA 288 vom 18.11.2015, welche als Anlage K 2d und B 8 zur Akte gereicht wurde, Bezug genommen. Der NSK arbeitet am effektivsten und verringert am besten den NOx-Ausstoß, wenn er infolge einer Regeneration leer ist. Eine Regeneration nach der Beladungssteuerung lässt sich nicht exakt planen, was wiederum den Emissionsausstoß erhöht. Unter realen Bedingungen ist der NSK nur kurze Zeit leer und meistens teilbeladen. Die künstliche Setzung der Zeitpunkte der Regeneration führt zu besseren Abgaswerten im Prüfstand. Die Software bewirkt, dass die NOx-Emissionen auf dem Prüfstand gegenüber dem realen Straßenbetrieb reduziert werden.

Die Beklagte hat die Fahrkurve und die daran anknüpfende Funktion dem Kraftfahrzeugbundesamt (nachfolgend KBA) im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens nicht offengelegt. Das streitgegenständliche Fahrzeug hat die EG-Typgenehmigung am 22.04.2015 erhalten. Eine Offenlegung der Fahrkurve gegenüber dem KBA erfolgte im Oktober 2015. Die Fahrkurve ist seit dem 12.07.2019 aus dem streitgegenständlichen Fahrzeug entfernt.

Mit Rechtsanwaltsschreiben vom 27.08.2020 forderte die Klägerin die Beklagte zur Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises, ggfs. unter Abzug eines Nutzungsersatzes, auf, wobei die aktuelle Laufleistung angegeben war. Für die Einzelheiten wird auf das als Anlage K 4 zur Akte gereichte Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 27.08.2020 Bezug genommen.

Die Klägerin ist der Auffassung, bei der unstreitig verbauten Softwarefunktion handle es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Daneben enthalte das Fahrzeug auch weitere unzulässige Abschaltvorrichtungen, insbesondere in Form eines sog. Thermofensters. Der Schadstoffausstoß auf dem Prüfstand sei aufgrund der verbotenen Einrichtungen um ein Vielfaches niedriger als im Realbetrieb, wobei das streitgegenständliche Fahrzeug die Grenzwerte im realen Straßenbetrieb nicht einhalte. Die Klägerin behauptet, ihr stehe unter anderem ein Anspruch gegen die Beklagte nach § 826 BGB zu. Die Beklagte habe von der

Schädigungshandlung gewusst und diese zumindest billigend in Kauf genommen. Sowohl der Vorstand als auch Teile des Entwicklungsvorstandes hätten Kenntnis von den rechtswidrigen Abschalteinrichtungen gehabt und diese zumindest gebilligt. Der Vorstand habe beschlossen, die Motorsoftware des EA 288 mit einer rechtswidrigen Abschalteinrichtung zu versehen, habe dies in Auftrag gegeben und gebilligt. Durch das Inverkehrbringen des mangelhaften Fahrzeugs unter Geheimhaltung der bewusst eingebauten und planmäßig versteckten unzulässigen Abschalteinrichtung sittenwidrig gehandelt. Durch die verwendete Software seien die Erwerber der Fahrzeuge getäuscht worden. Bei Kenntnis von der unzulässigen Abschalteinrichtung hätte die Klägerin das Fahrzeug nicht erworben. Die Klägerin ging bei Erwerb davon aus, sie würde ein Fahrzeug erhalten, welches den gesetzlichen Bestimmungen entspricht. Das Fahrzeug habe durch die Manipulation einen erheblichen Wertverlust erlitten. Der Klägerin sei durch Abschluss des Kaufvertrages ein Schaden entstanden. Auch beeinträchtigte das im Zeitpunkt des Kaufs unbekannte Risiko einer Nutzungsuntersagung aufgrund der unzulässigen Abschalteinrichtung die Klägerin. Die Klägerin behauptet, der Kilometerstand zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage sowie im Zeitpunkt der außergerichtlichen Geltendmachung habe bei 65.900 km gelegen.

Die Klägerin hat ihren zunächst gestellten Antrag zu Ziffer 1), mit dem sie beantragt hatte, die Beklagte zu verurteilen, einen Betrag von EUR 9.900,62 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und mit dem sie als Zug-um-Zug Leistung auch das Serviceheft angeboten hatte, teilweise für erledigt erklärt und gleichzeitig den Zinsantrag auf den Zeitraum seit dem 24.09.2020 erweitert.

Die Klägerin beantragte zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 9.075,40 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.09.2020 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Polo V 1.4 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Kfz-Brief.

Hilfsweise beantragt sie,

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung i. S. v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke VW vom Typ Polo V 1.4 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] resultieren.

Weiter beantragt die Klägerin,

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.
4. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.
5. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.461,32 freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte widersetzt sich der teilweisen Erledigungserklärung. Die Beklagte behauptet, es handle sich bei der streitgegenständlichen Motorsoftware nicht um eine unzulässige Abschalteinrichtung. Es liege keine Umschaltlogik wie bei den Fahrzeugen des Typs EA 189 vor. Eine Fahrkurven- bzw. Zykluserkennung allein sei nicht unzulässig, vielmehr müsse diese alle Tatbestandsmerkmale einer unzulässigen Abschalteinrichtung erfüllen. Die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems werde im normalen Fahrbetrieb gegenüber dem Prüfstandbetrieb nicht in einer Art und Weise verringert, die den Vorwurf einer unzulässigen Abschalteinrichtung begründen könne. Auf Basis der bisherigen Messungen des KBA gäbe es keine im Prüfstandbetrieb optimierende Funktion, die erforderlich wäre, um die gesetzlichen Emissionsgrenzwerte einzuhalten. Die Messungen des KBA hätten gezeigt, dass das bei den EA288-Motoren verwendete Abgasnachbehandlungssystem bei voller Funktionsfähigkeit aller abgasnachbehandelnden Bauteile die gesetzlich vorgegebenen Abgasgrenzwerte einhalte. Dies erfolge unabhängig von einer Fahrkurve. Daher fehle es bereits an der grenzwertkausalen Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen, welche Voraussetzung einer unzulässigen Abschalteinrichtung nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. c) VO (EG) 715/2007 sei.

Das KBA habe, im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, eingehende Prüfungen vorgenommen und diese mit dem Bericht vom 22.04.2016 dargestellt (Anlage B1). Dabei habe das KBA auch bei den acht repräsentativ ausgesuchten Fahrzeugmodellen mit dem Motor EA288 festgestellt: *„Hinweise, die aktuell laufende Produktion der Fahrzeuge mit Motoren der Baureihe EA 288 (EURO 6) seien ebenfalls von Abgasmanipulationen betroffen, haben sich hierbei auf Grundlage der Überprüfungen als unbegründet erwiesen.“*

Die Entfernung der Fahrkurven aus allen Fahrzeugen mit dem Motor EA 288 sei nur deshalb erfolgt, weil infolge der EA 189 Thematik der unzutreffende Eindruck entstanden sei, Fahrkurven wären generell unzulässig und es deshalb zu einer großen Verunsicherung in den Abteilungen gekommen sei.



Der mit der Fahrkurve verbundene Zweck sei allein die Sicherstellung repräsentativer wie reproduzierbarer Testergebnisse gewesen. Sie diene dem Zweck, dass während des NEFZ nur diejenigen Emissionen aufgefangen und abgebildet werden, die auch während des NEFZ entstehen und nicht Emissionen aus vorausgegangenen Fahrzyklen mitgeschleppt werden. Damit werde eine Verfälschung des NEFZ-Ergebnisses vermieden. Der NEFZ solle nur prüfen, wie viele Emissionen während des Durchfahrens des Testzyklus entstehen. Dies stehe auch im Einklang mit dem unionsrechtlichen Regelungsrahmen. Das besondere Verfahren zur Ermittlung des Ki-Faktors bei periodisch regenerierenden Systemen bestätige, dass keine NEFZ fremden Regenerationsbeiträge berücksichtigt werden dürften und eine Umschaltung daher zulässig sei, auch wenn dies nicht ausdrücklich in den Regelungen niedergeschrieben ist. Das KBA habe für sämtliche EA288-Fahrzeuge keinen Rückruf angeordnet. Die EG-Typengenehmigung sei wirksam. Es komme dabei ausschließlich auf die Einhaltung der Emissionsgrenzwerte im Prüfstand an. Dazu werde die Fahrkurvenerkennung im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht benötigt. Ein Stilllegungsrisiko drohe nicht, da das KBA keinen Rückrufbescheid erlassen habe. Das KBA habe auch mehrfach in amtlichen Auskünften erklärt, dass in den Fahrzeugen mit Motoren des Typs EA288 keine unzulässige Abschaltanlage verbaut sei.

Das Gericht hat mit Beschluss vom 06.07.2021 Hinweise erteilt, wobei hinsichtlich der Einzelheiten auf diesen Bezug genommen wird. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

A. Die Klageanträge zu 1., 3., und 5. sind zulässig. Der Feststellungsantrag zu 4. ist mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Die Klägerin trägt vor, dass ihr Interesse deshalb besteht, weil eine Vorzugsbehandlung von Forderungen aus vorsätzlich unerlaubten Handlungen besteht. Dies ergebe sich aus den § 393 BGB, § 850f Abs. 2 ZPO und §§ 302 Nr. 1, 174 Abs. 2 InsO. Es ist ausgeschlossen, dass die § 850f Abs. 2 ZPO sowie §§ 302 Nr. 1, 174 Abs. 2 InsO gegenüber der Beklagten Anwendung finden. § 850f Abs. 2 ZPO bezieht sich auf den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens des Schuldners. Die Beklagte als juristische Person erzielt kein Arbeitseinkommen. Die §§ 302 Nr. 1, 174 Abs. 2 InsO beziehen sich auf die Restschuldbefreiung, wobei § 302 InsO schon nur auf natürliche Personen anwendbar ist gem. § 286 InsO. § 174 InsO lässt ein rechtliches Interesse der Klägerin nicht erkennen. Ansprüche der Beklagten, mit denen diese die Aufrechnung erklären kann, trägt die Klägerin schon nicht vor. Auch trägt sie nicht vor, wie solche Ansprüche überhaupt in Betracht kommen könnten. Die bloße theoretische Möglichkeit genügt dabei nicht, um ein rechtliches Interesse zu bejahen, insbesondere eine Unsicherheit oder eine gegenwärtige Gefahr einer

Aufrechnung. Der Umstand, dass die Beklagte aus § 826 BGB haftet, geht ausdrücklich aus den nachstehenden Ausführungen hervor.

B. Die Klage ist teilweise begründet.

I. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Schadenersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Erstattung des für den Erwerb des erworbenen Fahrzeugs verauslagten Kaufpreises abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die von der Klägerin während der Besitzzeit gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges zu. Der Klägerin steht mithin ein Schadenersatzanspruch in Höhe von EUR 9.075,46 (Gesamtpreis in Höhe von EUR 11.850,00 abzüglich eines Vorteilsausgleichs in Höhe von EUR 2.774,54) Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges zu. Die Beklagte hat der Klägerin in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt und haftet daher gem. § 826 BGB.

Die Klägerin ist aufgrund der als Anlage K 1a vorgelegten Abtretungsvereinbarung Inhaberin des Anspruchs gegen die Beklagte geworden und damit aktivlegitimiert. Die Abtretung ist einerseits unstreitig und andererseits durch die Anlage K 1a nachgewiesen.

1. Ein Verhalten ist dann sittenwidrig, wenn es nach Inhalt oder Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, d. h. mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnungen nicht vereinbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555).

a. Das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit einer Fahrkurve unter Einwirkung auf den NSK-Katalysator wie im streitgegenständlichen Fahrzeug stellt eine konkludente Täuschung des Erwerbers des Fahrzeugs durch die Beklagte dar.

aa. Die Beklagte hat mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs – zumindest konkludent – zum Ausdruck gebracht, dass das Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr nach seinem objektiven Verwendungszweck eingesetzt werden darf. Dazu hat ein Kraftfahrzeughersteller grundsätzlich zuvor die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren erfolgreich zu absolvieren. Dabei ist unter anderem die EG-Typgenehmigung durch das Kraftfahrtbundesamt (nachfolgend: KBA) einzuholen und eine Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen (§ 27 Abs. 1 EG-FGV). Der Käufer eines Kraftfahrzeugs kann daher nicht nur davon ausgehen, dass im Zeitpunkt seines Erwerbs 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 und das KBA darüber getäuscht wurde. Dies gilt

insbesondere deshalb, da dem Inverkehrbringen eines Motors bzw. des Fahrzeugs auch der Erklärungswert beizumessen ist, dass auch die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typgenehmigung für Fahrzeuge, in denen dieser Motor eingebaut wird, vorlagen (OLG München Urteil v. 15.1.2020 – 20 U 3219/18 beck-online). Dies war vorliegend unzutreffend. Im streitgegenständlichen Fahrzeug ist ein Motor eingebaut, bei dem eine Fahrkurve installiert ist, die als verbotene Abschaltelinrichtung zu qualifizieren ist gem. Art. 5 Abs. 2 Satz 1, Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) 715/2007). Die zuständige Zulassungsbehörde könnte daher dem Eigentümer oder Halter gem. § 5 Abs. 1 FZV eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen konnte (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555).

bb. Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG verpflichtet den Hersteller die von ihm hergestellten Fahrzeuge so auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen der 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 erhebliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO 715/2007/EG) erreicht wird (BGH, Beschluss vom 08.01.2019 - VIII ZR 225/17, BeckRS 2019, 2206 Rn. 10)

cc. Die Verwendung von Abschaltelinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist unzulässig gem. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG. Nach Art. 3 Abs. 10 VO 715/2007/EG ist eine Abschaltelinrichtung ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, 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.

aaa. Eine solche Abschaltelinrichtung liegt im streitgegenständlichen Fahrzeug vor. Es ist unstreitig, dass die Fahrkurve den Precon und den NEFZ erkennt und sodann hinsichtlich des NSK-Katalysators, einem Bestandteil des Emissionskontrollsystems, eine abweichende Steuerung der Beladung und Regeneration vorsieht, welche im realen Straßenbetrieb nicht vorgesehen ist. Dieser wird stets am Ende der Vorkonditionierung regeneriert und während

des NEFZ streckengesteuert regeneriert, wohingegen die Regeneration im Realbetrieb maßgeblich von der Beladung abhängig ist.

bbb. Damit liegt – auch wenn wohl keine Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems im realen Straßenbetrieb erfolgt – nach dem Sinn und Zweck des Art. 3 Abs. 10 VO 715/2007/EG eine Abschaltvorrichtung vor (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, BeckRS 2020, 35477, Rn. 96 ff., 102; OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2021 – 8 U 68/20, BeckRS 2021, 8880; LG Offenburg, Urteil vom 23.06.2020 – 3 O 38/18a, BeckRS 2020, 16625). Die verbaute Software erkennt, ob sich das Fahrzeug in einem Prüfzyklus zur Ermittlung der Emissionswerte befindet und schaltet sodann in einen Modus, bei dem die Regeneration des NSK-Katalysators streckengesteuert erfolgt und dadurch die NO<sub>x</sub>-Emissionen auf dem Prüfstand verringert werden. Im realen Straßenbetrieb hingegen findet die Regeneration beladungs- und streckengesteuert statt, wobei die Beladungssteuerung führend ist, und es werden mehr NO<sub>x</sub>-Emissionen als auf dem Prüfstand ausgestoßen. Die Software ermittelt also aufgrund technischer Parameter die betreffende Betriebsart des Fahrzeugs - Prüfstandlauf oder Echtbetrieb - und aktiviert dementsprechend eine abweichende Steuerung des NSK-Katalysators, was unmittelbar die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems beeinträchtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 08.01.2019 - VIII ZR 225/17, BeckRS 2019, 2206 Rn. 12).

b. Die Abschaltvorrichtung ist auch nicht aufgrund eines Ausnahmetatbestandes des Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG zulässig. Die Beklagte behauptet ausschließlich, dass die Verringerung der Emissionen unschädlich sei, da eine grenzwertkausale Verringerung nicht eintritt, diese aber notwendig sei und in diesem Fall der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. c) VO 715/2007/EG eingreife. Dies ist jedoch unzutreffend. Weder der Wortlaut, noch der Sinn und Zweck der Vorschrift geben eine solche Auslegung her (OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2021 – 8 U 68/20, BeckRS 2021, 8880; LG Offenburg, Urteil vom 23.06.2020 – 3 O 38/18a, BeckRS 2020, 16625). Die Ausnahmetatbestände des Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG sind eng auszulegen (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, BeckRS 2020, 35477, Rn. 111).

aa. Dabei kann auch schon die Herleitung der Beklagten nicht überzeugen. Eine repräsentative und reproduktive NEFZ-Messung darf gerade nicht dadurch erreicht werden, dass das Emissionskontrollsystem auf dem Prüfstand anders arbeitet als im realen Straßenbetrieb. Auch überzeugt es nicht, wenn die Beklagte den verwendeten NSK-Katalysator mit periodisch regenerierenden Systemen vergleicht. Wie sie selbst vorträgt, regelt Ziffer 3.13.4 des Anhangs III der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 692/2008, dass bei kontinuierlich arbeitenden Regenerationssystemen kein besonderes Prüfverfahren erforderlich ist. Dies bringt – entgegen dem besonderen Prüfverfahren bei periodisch regenerierenden

Systemen – auch gerade zum Ausdruck, dass keine Abweichung vom üblichen NEFZ stattfindet. Wenn die Beklagte also selbst davon ausgeht, dass es sich bei dem NSK-Katalysator um ein kontinuierlich arbeitendes Regenerationssystem handelt, dann sieht die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 692/2008 ausdrücklich vor, dass keine besonderen Prüfverfahren erforderlich sind. Wenn die Beklagte dann aber selbst eine Übertragung etwaiger Prüfkriterien eines Systems gegen den ausdrücklichen Willen des Verordnungsgebers auf ein anderes System überträgt, kann weder von einer engen teleologischen Auslegung, noch davon ausgegangen werden, die handelnden Personen bei der Beklagten seien von der Rechtmäßigkeit des Vorgehens ausgegangen (dazu weiter unter Ziffer I. 4.). Es ist auch grundsätzlich nicht gleichgültig, weder für den Kunden, noch für die Umwelt, ob ein Grenzwert gerade noch eingehalten oder weit unterschritten wird. Dies ist auch für jedermann erkennbar. Eine Vergleichbarkeit der Fahrzeuge durch den Abgastest wird dadurch ebenfalls unmöglich (LG Offenburg, Urteil vom 23.06.2020 – 3 O 38/18a, BeckRS 2020, 16625).

bb. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. c) VO 715/2007/EG greift auch nicht aufgrund des Vortrags der Beklagten ein, etwaige Emissionen, die im NSK-Katalysator gespeichert seien, müssten vor dem NEFZ geleert werden, um die Messungen während des NEFZ nicht zu beeinflussen. Die insoweit vertretene Auffassung der Beklagten, der NEFZ soll nur diejenigen Emissionen messen, welche auch im Rahmen des NEFZ auftreten, unabhängig davon, ob diese auch unter gleichen Bedingungen im realen Straßenbetrieb aufgetreten wären, ergibt sich nicht aus Ziffer 5.3.1.3. i. V. m. Anhang 4a der UN/ECE-Regelung Nr. 83, wie es die Beklagte behauptet. Zunächst sieht Ziffer 6.6.3 der UN/ECE-Regelung Nr. 83 vor, dass die emittierte Masse des Schadstoffs in Gramm pro Kilometer so ermittelt wird, dass die emittierten Massen der gasförmigen Schadstoffe ins Verhältnis zu der dem Fahrzyklus entsprechenden Strecke in Kilometern gesetzt wird. Damit wird im NEFZ schlicht gemessen, wie viele Schadstoffe das Fahrzeug auf der zu absolvierenden 11-km-Strecke ausstößt. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass dies nur Schadstoffe sein dürfen, die auch nur während dieser Fahrzeit entstanden sind. Dies folgt bereits daraus, dass es, nicht wie bei periodisch regenerierenden Systemen, für kontinuierlich arbeitende Regenerationssysteme kein besonderes Prüfverfahren gibt. Damit bringt Ziffer 3.13.4 des Anhangs III der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 692/2008, welche gem. ihrem Art. 1 Maßnahmen zur Durchführung der Artikel 4, 5 und 8 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 festgelegt, zum Ausdruck, dass bei diesen kontinuierlich arbeitenden Regenerationssystemen gerade auch Emissionen Berücksichtigung finden, welche außerhalb der Strecke des NEFZ Prüfzyklus entstanden sind, aber erst während diesem emittiert werden. Ziffer 3.13.4 des Anhangs III der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 692/2008 lautet dabei:

*„Bei einer periodisch arbeitenden Regenerationseinrichtung können die Emissionsgrenzwerte während der Zyklen überschritten werden, in denen eine Regeneration erfolgt. Erfolgt bei einer emissionsmindernden Einrichtung eine Regeneration mindestens einmal während einer Prüfung Typ 1, nachdem sie bereits mindestens einmal während des Zyklus zur Vorbereitung des Fahrzeugs stattgefunden hat, so gilt das System als kontinuierlich arbeitendes Regenerationssystem, für das kein besonderes Prüfverfahren erforderlich ist.“*

Dass bei periodisch arbeitenden Regenerationseinrichtungen die Emissionsgrenzwerte während der Zyklen überschritten werden können, in denen eine Regeneration erfolgt, und für kontinuierlich arbeitende Regenerationssysteme kein besonderes Prüfverfahren erforderlich ist, und eine Bereinigung eines solchen Systems für den NEFZ ausdrücklich nicht vorgesehen ist, zeigt auf, dass eine Bereinigung – wie von der Beklagten vorgesehen – eine gerade auch vom Ordnungsgeber nicht vorgesehen ist. Dafür spricht auch, dass das Testverfahren soweit wie möglich der künftigen normalen Nutzung des Fahrzeugs nach seinem Inverkehrbringen entsprechen muss. Das Testverfahren soll die normalen Fahrbedingungen widerspiegeln, mit denen das Fahrzeug bei seiner normalen Nutzung konfrontiert sein wird. Die NEFZ-Testmethode stellt in gewisser Weise eine theoretische Teststrecke dar, welche die Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, schematisch zusammenfasst (Schlussanträge der Generalanwältin in der Sache EuGH C-693/18, Nr. 121, 122, zitiert nach juris). Dies wird aber nur dann erreicht, wenn das streitgegenständliche Fahrzeug auch im NEFZ beladungsgesteuert regeneriert und dies von der Prüfung erfasst wird, was vorliegend unstreitig nicht der Fall ist.

Weiter trägt die Beklagte auch nicht substantiiert vor, dass es sich bei dem streitgegenständlichen NSK-Katalysator tatsächlich um kontinuierlich arbeitendes Regenerationssystem handelt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen werden gerade nur aufgrund der Fahrkurve und der geänderten Steuerung der Beladung und Regeneration erreicht. Dass auch bei einer strecken- und beladungsgesteuerten Regeneration die Regeneration mindestens einmal während einer Prüfung Typ 1 und bereits mindestens einmal während des Zyklus zur Vorbereitung des Fahrzeugs stattfindet, trägt die Beklagte nicht vor. Sie behauptet dabei stets nur, dass die Regeneration strecken- und beladungsgesteuert ca. alle 5 gefahrenen km bzw. nach voller Beladung stattfindet, je nachdem, welches Ereignis vorher eintritt, wobei die Beladungssteuerung die führende Größe ist.

cc. Dabei fehlt es auch schon an Vortrag der Beklagten dazu, dass die gesetzlichen Grenzwerte auch bei einer Regeneration des NKS, bei der die Beladungssteuerung die führende Größe darstellt, eingehalten werden. Dies folgt nach Auffassung des Gerichts nicht aus dem sich wiederholenden Vortrag der Beklagten, dass der „EA288-Motor bei voller

*Funktionsfähigkeit aller abgasbehandelnden Bauteile die gesetzlich vorgegebenen Abgasgrenzwerte einhält.*“ Soweit die Beklagte auf den als Anlage B1 vorgelegten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ und die darin enthaltenen Messwerte bzw. amtliche Auskünfte des KBA abstellt, belegen diese nicht, dass die Grenzwerte auch dann eingehalten werden, wenn auch eine beladungsgesteuerte Regeneration des NKS erfolgt. Die Beklagte trägt gerade nicht vor, dass diese Messungen bei einer (auch) beladungsgesteuerten Regeneration des NKS erfolgt sind. Auch ist dies der Anlage B 1 nicht zu entnehmen. Vielmehr wird dort gerade auf eine unzulässige Verringerung Bezug genommen (Seite 13 der Anlage B 1, Anlagenband zum Schriftsatz vom 08.02.2021) Auch die Aussage, die aktuell laufende Produktion der Fahrzeuge mit Motoren der Baureihe EA 288 (Euro 6) sei nicht von Abgasmanipulation betroffen, führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Es ist schon nicht nachvollziehbar, welchen Aussagegehalt diese Feststellung für das streitgegenständliche Fahrzeug haben soll, für das unstreitig die Typengenehmigung bereits am 22.04.2015 erteilt wurde. Soweit die Beklagte behauptet, die hinterlegte Fahrkurve habe keinen Einfluss auf die Emissionen, ist dies unsubstantiiert. Diese Aussage mag isoliert betrachtet sogar zutreffend sein, da die Fahrkurve lediglich den Precon und den NEFZ erkennt und erst die Umschaltung des NSK-Katalysators zu einer Veränderung der Emissionen führt (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2021 – 8 U 68/20, BeckRS 2021, 8880 Rn. 23). Jedoch sagt dies letztlich nichts darüber aus, ob die gesetzlichen Grenzwerte auch bei einer Regeneration des NKS, bei der die Beladungssteuerung die führende Größe darstellt, eingehalten werden. Soweit die Beklagte als Anlagen Schreiben des KBA vorgelegt hat, beziehen sich nach eigener Aussage der Beklagten schon nur die Schreiben vom 12.10.2020 (Anlage B 3, Anlagenband zum Schriftsatz vom 08.02.2021) und vom 01.02.2021 (Anlage B 15, Bl. 466 f. d. A.) auf Aggregate, welche mit dem hier streitgegenständlichen vergleichbar sind (Bl. 457 d. A.). Aber auch diese führen nur aus, dass „auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten werden“ oder das generell keine unzulässige Abschalteneinrichtung verbaut sei. Damit ergibt sich auch aus diesen nicht, dass die Abgaswerte des streitgegenständlichen Motors vom KBA nach Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung und unter Abschaltung der nur streckengesteuerten Regeneration im NEFZ ohne vorherige Leerung des NKS gemessen worden sind. Letztlich kommt es hierauf aus den vorstehenden Gründen aber nicht an, da der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. c VO (EG) Nr. 715/2007 nicht vorliegt.

c. Die Beklagte hat auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch und langjährig Fahrzeuge in Verkehr gebracht, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die Abgase im NEFZ geringer ausfallen, als im realen Straßenverkehr. Damit ging

einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschalteinrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555 Rn. 16). Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass sie dem KBA die hier verwendete unzulässige Abschalteinrichtung erst im Oktober 2015 offengelegt habe. Damit steht fest, dass die Beklagte bei der Erlangung der Typgenehmigungen durch die Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung dem KBA vorgespiegelt hat, das Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen. Weiter hat die Beklagte die Motorsteuerungssoftware unstreitig in nahezu alle Modelle des Motors EA288 verbaut. Dies kann dabei nur auf einer strategischen unternehmerischen Entscheidung der Beklagten beruhen, da die Motorsteuerungssoftware aktiv und präzise dahingehend programmiert werden musste, dass diese den Precon und den NEFZ erkennt und sodann die Steuerung des NSK-Katalysators abweichend von der Steuerung im realen Straßenbetrieb beeinflusst. Dabei musste den handelnden Personen auch aufgrund der Regelungen der Verordnung unmissverständlich klar sein, dass diese Steuerung des NSK-Katalysators unter Erkennung des Prüfstandes in Abweichung vom realen Straßenbetrieb bei Entdeckung eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hervorrufen können.

Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte vorträgt, dass sie zur detaillierten Offenlegung der Emissionsstrategie gegenüber dem KBA bis Mai 2016 nicht verpflichtet war. Dieser Vortrag geht dabei davon aus, dass es sich bei der verbauten Abschalteinrichtung in Form der Fahrkurvenerkennung mit Einwirkung auf den NSK-Katalysator um eine zulässige Abschalteinrichtung handelt. Dem Antrag auf Typgenehmigung liegt dabei aber auch der Erklärungswert inne, dass in dem Fahrzeug gerade keine unzulässigen Abschalteinrichtungen verbaut sind, die nachträglich zur Beschränkung oder Untersagung des Betriebs des Fahrzeugs führen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555). Eine unzulässige Abschalteinrichtung wäre dem KBA daher, auch wenn es sich dabei um einen Bestandteil der Emissionsstrategie handelt, offenzulegen gewesen.

2. Durch diese Täuschung hat der Zedent einen Vermögensschaden erlitten, der in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen ist. Etwaige Ansprüche dahingehend hat er an die Klägerin abgetreten.

a. Ein Schaden liegt in jeder nachteiligen Einwirkung auf die Vermögenslage, Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses oder Belastung mit einer ungewollten



Verpflichtung (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.2013 -VI ZR 336/12, NJW 2014, 383; vgl. *Sprau*, in: Palandt, 80. Aufl., § 826, Rn. 3). Damit kommt es nicht darauf an, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs einen geringeren Marktwert hatte. Der Schaden des Käufers liegt vorliegend in der Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung, da der Kaufgegenstand nicht den berechtigten Erwartungen des irregeführten Klägers entsprach und das Fahrzeug für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (vgl. BGH, Urteil vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14, NJW-RR 2015, 275, Rn. 18). Dabei darf die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen werden, sondern auch die Verkehrsanschauung muss bei Berücksichtigung der Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansehen. Im Fall einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung muss sich der Geschädigte auch von einer auf dem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belastung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555).

b. Das streitgegenständliche Fahrzeug war im Zeitpunkt des Erwerbs für seine Zwecke nicht voll brauchbar, da die Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung einen verdeckten Sachmangel darstellt, der zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung hätte führen können. Wegen des zur Rechtswidrigkeit der EG-Typgenehmigung führenden und damit die Zulassung des Fahrzeugs gefährdenden Mangels war der Hauptzweck des Fahrzeugs, dieses im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, bereits vor einer tatsächlichen Stilllegung unmittelbar gefährdet (vgl. OLG Oldenburg Urt. v. 21.2.2020 – 6 U 286/19 Rn. 36, 37, beck-online).

c. Das Gericht ist auch davon überzeugt, dass die Klägerin bzw. ihr Ehemann, wie diese selbst vorträgt und ihm Rahmen der informatorischen Anhörung auch bestätigte, das streitgegenständliche Fahrzeug bei Kenntnis von der unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht erworben hätte. Dabei geht das Gericht auch davon aus, dass es nach der allgemeinen Lebenserfahrung ausgeschlossen ist, dass ein potenzieller Erwerber eines Kraftfahrzeuges – für welches er einen erheblichen Geldbetrag aufwenden muss – dieses trotzdem erwirbt, obwohl diesem bekannt ist, dass dem Fahrzeug eine Betriebsbeschränkung oder eine Betriebsuntersagung droht.

3. Die schädigende Handlung war auch kausal für den Entschluss des Zedenten den Kaufvertrag abzuschließen. Die Beklagte hätte diesen über den Makel des konkreten Fahrzeuges aufklären müssen (vgl. Heese, NJW 2019, 257 ff.).

4. Die Beklagte erfüllt auch die subjektiven Voraussetzungen des § 826 BGB. Die Beklagte handelte mit Schädigungsvorsatz und kannte die die Sittenwidrigkeit begründenden

Umstände. Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i. V. m. § 31 BGB setzt voraus, dass ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand verwirklicht hat. Dabei müssen die erforderlichen Wissens- und Wollenselemente kumuliert bei einem Mitarbeiter vorliegen, der zugleich als verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist und auch den objektiven Tatbestand verwirklicht hat (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 536/15 -, juris).

a. Das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung ist der Beklagten gem. § 31 BGB zurechenbar (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555, Rn. 29 ff.). Nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast konnte die Beklagte die diesbezügliche Kenntnis ihres Vorstands und dem Mitglied des Entwicklungsvorstandes nicht einfach bestreiten, weshalb dies als zugestanden gilt, gem. § 138 Abs. 3 ZPO. Die Klägerin ist ihrer Darlegungslast ausreichend nachgekommen. Weiterer Vortrag ist der vollständig außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs Stehenden nicht zuzumuten. Daneben sprechen konkrete Anhaltspunkte für einen zutreffenden Vortrag der Klägerin. Es steht vollständig außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit, dass der Vorstand der Beklagten an der Entscheidung über den Einsatz der Abschalteneinrichtung nicht beteiligt gewesen ist. Dabei ist auch festzustellen, dass die Beklagte sich vielmehr auf den Standpunkt zurückzieht, ein Vortrag dahingehend scheide aus, da schon keine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliegt. Dies unternahm die Beklagte auch trotz Hinweises des Gerichts. Es spricht aber bereits eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Entscheidung über den massenhaften Einsatz der Motorsteuerungssoftware nicht ohne Kenntnis und Billigung, wenn nicht des Vorstands, so jedenfalls eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Beklagten erfolgt ist. Die Beklagte hätte daher, um den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast gerecht zu werden, vortragen müssen, wie der Entscheidungsprozess im Einzelnen abgelaufen ist und welche Mitarbeiter hieran beteiligt waren (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 28.11.2019 - 14 U 89/19, BeckRS 2019, 30073, Rn. 47), insbesondere, wie und welche Mitarbeiter die streitgegenständliche Software beim Zulieferer bestellt haben (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 - 13 U 37/19, BeckRS 2019, 27008, Rn. 69) und ggfs. wie dem Vorstand bzw. ihren Abteilungsleitern die Verwendung der manipulativen Software gleichwohl entgehen hätte können (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 25.10.2019 - 3 U 819/19, BeckRS 2019, 30991, Rn. 58).

b. Dabei geht die Kammer auch vielmehr – wie das Oberlandesgericht Köln für den EA189 (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 - 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498, Rn. 27) – davon aus, dass der Vorstand der Beklagten umfassende Kenntnisse von dem Einsatz der manipulierten Software und ihren konkreten Auswirkungen hatte und diese bewusst und gewollt eingesetzt und damit eine sittenwidrige Schädigung des Endkunden jedenfalls

billigend in Kauf genommen hat, was sich die Beklagte nach § 31 BGB zurechnen lassen muss. Es liegt außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit, dass das planmäßige und systematische Herstellen und Inverkehrbringen rechtswidrig konstruierter Fahrzeuge im hier vorliegenden sechsstelligen Ausmaß dem kognitiven Horizont der verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten entgangen und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte (vgl. OLG Köln), Hinweisbeschluss vom 16.07.2018 - 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255). Zum anderen lassen sich die technischen Maßnahmen von ihrer rechtswidrigen Verwendungsabsicht und der dahinterstehenden Motivation nicht sinnvoll trennen.

c. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass die Schädigungshandlung in jedem Fall und mindestens durch einen Mitarbeiter der Beklagten begangen worden sein muss. Im Unternehmen der Beklagten ist aber kein Mitarbeiter denkbar, dessen Handeln sich die Beklagte nicht nach § 831 BGB oder § 31 BGB zurechnen lassen müsste. Für alle Repräsentanten im Sinne der §§ 30, 31 BGB, die einen bestimmten Aufgaben- oder Funktionsbereich innerhalb der Organisation selbstständig und eigenverantwortlich wahrnehmen, haftet die Beklagten gemäß § 31 BGB. Für alle übrigen unselbstständigen und weisungsgebundenen Mitarbeiter haftet die Beklagte gemäß § 831 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.02.2020 – 6 U 286/19, BeckRS 2020, 6830; Beschluss vom 05.12.2018 - 14 U 60/18, 14 U 60/18).

5. Der Schadenersatzanspruch richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses, §§ 826, 249 BGB. Die Klägerin kann verlangen so gestellt zu werden, wie sie stehen würde, wenn sie das Fahrzeug nicht erworben hätte. Die Klägerin kann mithin gegen Herausgabe des Fahrzeugs die Rückzahlung des Kaufpreises unter Anrechnung der von ihr gezogenen Nutzungen verlangen. Dabei hat sich die Klägerin nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung die gezogenen Nutzungen des Fahrzeuges anrechnen zu lassen, da ihr kein Vorteil verbleiben darf, der ihr durch das schädigende Ereignis zugeflossen ist. Dabei sind gleichartige Gegenansprüche automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19).

a. Die Kammer geht bei der Schätzung des für den Vorteilsausgleich maßgebenden Gebrauchsvorteils von der sogenannten linearen Berechnungsmethode als Schätzgrundlage nach § 287 ZPO aus (vgl. BGH, Urteil vom 31.03.2006 - V ZR 51/05, NJW 2006, 1582; Beschluss vom 09.12.2014 - VIII ZR 196/14). Danach errechnet sich der Wert des für jeden gefahrenen Kilometer in Ansatz zu bringenden Nutzungswertersatzes für ein Neufahrzeug in der Weise, dass der Bruttokaufpreis - bereinigt um etwaige Überführungs- und Zulassungskosten - ins Verhältnis zu der zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeugs gesetzt wird.

b. Die Kammer geht von einer Gesamtleistung des streitgegenständlichen Fahrzeuges von 300.000 Kilometern aus (so auch OLG Koblenz, NJW 2019, 2237; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2019 - 17 U 44/19; OLG Oldenburg, Urteil vom 21.02.2020 – 6 U 286/19; OLG Köln NZV 2019, 249). Die abzuziehende Nutzungsentschädigung errechnet sich nach der Formel:

$$\text{Gebrauchsvorteil} = \frac{(\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer})}{\text{die erwartete Restleistung im Erwerbszeitpunkt.}}$$

c. Bei einer Gesamtleistung von 300.000 Kilometern, einem Gesamtpreis von EUR 11.850,00, einem Kilometerstand zum Zeitpunkt des Kaufs von 19.807 Kilometern und am 30.08.2021 von 85.411 km, einer gefahrenen Strecke von 65.604 Kilometer, die die Klägerin bis zum 30.08.2021 mit dem Fahrzeug zurückgelegt hat, muss die Klägerin sich somit wegen der von ihr gezogenen Nutzungen im Wege der Vorteilsausgleichung einen Betrag von EUR 2.774,54 als Abzug von dem von ihr gezahlten Kaufpreis anrechnen lassen. Dies ergibt einen Rückzahlungsanspruch der Klägerin von EUR 9.075,46.

6. Die Klägerin hat darüber hinaus Anspruch auf Erstattung von Zinsen (nur) seit Rechtshängigkeit gem. §§ 291, 288 BGB. Für den beantragten Zeitpunkt des 24.09.2020 sind die Voraussetzungen des Verzugs, insbesondere dessen Beginn, nicht dargelegt und bewiesen. Mit Schreiben vom 27.08.2020 hat die Klägerin von der Beklagten den Kaufpreis unter Abzug eines Nutzungsersatzes sowie unter dem wörtlichen Angebot der Zug-um-Zug Leistung binnen der Frist von einem Monat nach Zustellung gefordert (Anlage K 4). Die Klägerin trägt aber schon nicht vor, wann das Schreiben bei der Beklagten zugestellt wurde, womit die Ermittlung des Beginns des Verzugs nicht möglich ist. Auch eine außergerichtliche Rückmeldung der Beklagten bzw. Verweigerung trägt die Klägerin nicht vor.

II. Der Feststellungsantrag zu 3. ist begründet. Der Kläger hat der Beklagten mit Schreiben vom 27.08.2020 (Anlage K 4) die Übergabe und Übereignung entsprechend den Bedingungen wörtlich angeboten, von denen er sie im Hinblick auf den im Wege der Vorteilsausgleichung geschuldeten und vom Kaufpreis in Abzug zu bringenden Nutzungsersatz hätte abhängig machen dürfen. Ein wörtliches Angebot genügt, da zur Bewirkung der Leistung eine Handlung der Beklagten – die Abholung des streitgegenständlichen Fahrzeugs – nach § 295 Satz 1 Alt. 2 BGB notwendig war. Das wörtliche Angebot der Klägerin liegt jedenfalls in dem auf Zug-um-Zug Verurteilung gerichteten Klageantrag.

III. Die Klägerin kann von der Beklagten ferner als zu ersetzenden Schaden den Ersatz ihrer vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangen, allerdings nur in Höhe einer 1,3 Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von EUR 9.900,62 zuzüglich Post- und Telekommunikationspauschale in Höhe von 20,00 Euro und 19% Umsatzsteuer, mithin in

Höhe von EUR 887,03. Eine Gebühr von mehr als 1,3 kann nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es handelt sich vielmehr um vorgefertigte Schreiben für eine Vielzahl von Fällen, die nur hinsichtlich weniger Punkte bzgl. des konkreten Fahrzeugs geändert werden. Hinsichtlich des Geschäftswertes hat die Kammer den Kaufpreis abzüglich der Nutzungsvorteile der Klägerin bis zum 27.08.2020 zugrunde gelegt, die aufgrund konkreter Angabe von einem Kilometerstand von 65.900 km zum Zeitpunkt der außergerichtlichen Geltendmachung mit Schreiben vom 27.08.2020 (Anlage K 4) zu errechnen waren.

IV. Die teilweise einseitige Erledigungserklärung der Klägerin ist als Feststellungsantrag auszulegen gem. § 264 Nr. 2 ZPO analog, der unzulässig und unbegründet ist.

1. Der Klägerin fehlt bereits das Feststellungsinteresse. Der Sinn und Zweck der einseitigen Erledigungserklärung liegt in der Kostenvermeidung der Klägerin, deren ursprünglich zulässig und begründete Klage durch ein Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet wird. Die Klägerin hätte dieses Kostenrisiko aber bereits durch eine andere Antragstellung und in jedem Fall durch das Unterlassen der weiteren Nutzung des Fahrzeugs herbeiführen können, dessen Rückgabe sie an die Beklagte Zug-um-Zug begehrte. Eine schutzwürdige Situation der Klägerin ist mithin nicht ersichtlich. Die ursprünglich zulässige und begründete Klage wäre im Laufe des Prozesses gerade und allein aufgrund des Zutuns der Klägerin unbegründet geworden.

2. Der nunmehr gestellte Feststellungsantrag ist auch unbegründet, da die Klägerin den Kilometerstand bei Klageerhebung nicht nachgewiesen hat, womit auch nicht feststeht, dass die ursprüngliche Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses nach Rechtshängigkeit begründet war. Die Beklagte hat den Kilometerstand bestritten. Der angebotene Urkundenbeweis durch die Anlage K 1 weist den Kilometerstand bei Erhebung der Klage nicht nach. Dieser ist der Anlage K 1 schon nicht zu entnehmen, da es sich dabei um die verbindliche Bestellung des streitgegenständlichen Fahrzeugs handelt. Dabei ergibt sich auch aus dem Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 27.08.2020 (Anlage K 22), dass der Kilometerstand von 65.900 km bei Klageerhebung nicht zutreffend sein kann. Diesen gibt die Klägerin bereits zwei Monate vor der Klageerhebung im Schreiben vom 27.08.2020 mit 65.900 km an. Dass die Klägerin in dieser Zeit das Fahrzeug nicht genutzt hat, obwohl sie dieses bis zur letzten mündlichen Verhandlung ca. weitere 20.000 km gefahren ist, ist fernliegend. Damit ist die Klägerin beweisfällig geblieben.

3. Überdies ist bereits dem ursprünglichen Klageantrag immanent, dass ein Vorteilsausgleich in Form des Nutzungersatzes zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorzunehmen ist. Die Klägerin nutzte das Fahrzeug sodann aber in dem

Bewusstsein weiter, dass sie das Fahrzeug an die Beklagte zurückgeben würde. Mithin stand bereits zu diesem Zeitpunkt fest, dass der ursprüngliche Klageantrag Nutzungen erfasste, die zu einem späteren Zeitpunkt abzuziehen gewesen wären. Daher wäre bereits der ursprüngliche Klageantrag unbegründet gewesen.

C. Über den hilfsweise gestellten Klageantrag zu 2. ist nicht zu entscheiden. Mangels ausdrücklicher Bedingung der Klägerin, hat das Gericht diesen dahingehend auszulegen, dass über diesen nur für den Fall entschieden werden sollte, dass der Klageantrag zu 1. vollständig unzulässig oder unbegründet ist. Dies ist, wie den vorstehenden Ausführungen unter B. zu entnehmen ist, nicht der Fall. Eine andere Auslegung scheidet aus. Insbesondere kommt eine Bedingung im Hinblick auf ein Teilunterliegen nicht in Betracht. Für diesen Fall wäre die Feststellungsklage nämlich unbegründet. Der Klägerin würde bereits aufgrund der Leistungsklage das Feststellungsinteresse wegen besserer Rechtsschutzmöglichkeiten fehlen. Die Abtretungserklärung, welche als Anlage K 1a vorgelegt wurde, erfasst schließlich schon keine zukünftig noch entstehenden Ansprüche, weshalb solche auch für die Klägerin nicht in Betracht kommen und damit auch kein über den Leistungsantrag hinausgehender Feststellungsantrag. Dabei spricht gegen einen solchen Antrag auch, dass dieser nur hilfsweise geltend gemacht wird. Daher ist auch eine dahingehende Auslegung ausgeschlossen.

D. Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO und § 709 S. 1 u. 2 ZPO sowie §§ 708 Nr. 11, 711 Satz 1 und 2, 709 Satz 2 ZPO.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Der Gebührenstreitwert beläuft sich auf EUR 9.900,62. Auch wenn sich die Forderung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach § 4 Abs. 1 Satz ZPO nicht streitwerterhöhend ausgewirkt hat, handelt es sich bei der Ablehnung ihrer Anerkennung doch um ein Teilunterliegen (BGH, Urteil vom 09.11.1960 – VIII ZR 222/59, BeckRS 1960, 31188666). Es ist insoweit ein fiktiver Streitwert zu bilden. Der fiktive Streitwert von EUR 11.361,94 (EUR 9.900,62 + EUR 1.461,32) ist zu dem Teil, mit dem der Kläger obsiegt EUR 9.962,43 (EUR 9.075,40 + EUR 887,03), ins Verhältnis zu setzen.

II. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 u. 2 ZPO sowie §§ 708 Nr. 11, 711 Satz 1 und 2, 709 Satz 2 ZPO.

D. Der Streitwert wird auf EUR 9.900,62 festgesetzt. Für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der den jeweiligen Streitgegenstand betreffenden Antragstellung maßgebend, die den Rechtszug einleitet gem. § 40 GKG. Die nachträgliche einseitige Erledigungserklärung hat darauf keinen Einfluss. Für den Feststellungsantrag bzgl. des Annahmeverzugs ist kein zusätzlicher Wert aufgrund wirtschaftlicher Identität zwischen der Hauptforderung und dem

Feststellungsbegehren zu berücksichtigen. Dies gilt auch für den Feststellungsantrag hinsichtlich des Ausspruchs der vorsätzlichen unerlaubten Handlung.

Sandrock  
Richter

Beglaubigt  
Kassel, 17.11.2021

Purkl  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle