

**Titel:**

**Schadensersatz, Marke, Fahrzeug, Schadensersatzanspruch, Bescheid, Software, Annahmeverzug, Sittenwidrigkeit, Ersatzfahrzeug, Mangel, Schaden, Anspruch, Beschaffenheit, Minderwert, Zug um Zug, Herausgabe des Fahrzeugs, unerlaubten Handlung**

**Schlagworte:**

Schadensersatz, Marke, Fahrzeug, Schadensersatzanspruch, Bescheid, Software, Annahmeverzug, Sittenwidrigkeit, Ersatzfahrzeug, Mangel, Schaden, Anspruch, Beschaffenheit, Minderwert, Zug um Zug, Herausgabe des Fahrzeugs, unerlaubten Handlung

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Endurteil vom 09.08.2021 – 19 U 914/21

**Tenor**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 21.640,03 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03. Juni 2020 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Beetle 1.6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ...16 nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung in Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.
4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.358,86 € freizustellen.
5. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
6. Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klagepartei 17 %, die Beklagte 83 % zu tragen.
7. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird bis zum 16.11.2020 auf 31.499,98 €, ab dem 17.11.2020 auf 26.149,35 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Klagepartei macht Ansprüche in Zusammenhang mit dem sog. Dieselabgasskandal geltend.

**2**

Die Klagepartei erwarb am 12.12.2012 direkt bei der Beklagten einen Neuwagen der Marke VW Beetle 1.6 TDI, Motortyp EA 189, mit der Fahrgestellnummer ... zum Kaufpreis von 26.149,35 € (Anlage K 1). Das Fahrzeug wies zum Kaufdatum einen Kilometerstand von 1 km auf. Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung betrug der Kilometerstand 43.112 km.

**3**

Die Beklagte ist Herstellerin des Fahrzeugs und des streitgegenständlichen Motors.

**4**

In das Fahrzeug des Klägers ist ein Motor des Typs EA 189 eingebaut. In dem Fahrzeug des Klägers war zudem eine Motorensteuerungsgerätesoftware installiert, die erkennt, wenn das Fahrzeug auf dem Prüfstand den Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) durchfährt und dann einen besonderen Modus aktiviert (sog. Umschaltlogik). In diesem Modus wird die Rückführung von Abgasen im Vergleich zu dem normalen Betriebsmodus verändert, wodurch der nach der Euro-5-Norm vorgegebene NOx-Grenzwert während des Durchfahrens des NEFZ eingehalten wird. Im normalen Fahrbetrieb - auch unter vergleichbaren Bedingungen wie im NEFZ - wird dieser Modus deaktiviert, wodurch es zu einem höheren Schadstoffausstoß kommt. Durch Verwendung der Motorensteuerungsgerätesoftware erlangte die Beklagte die EG-Typengenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug.

**5**

Das Kraftfahrt-Bundesamt ging vom Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung aus und verpflichtete die Beklagte mit Bescheid vom 14.10.2015, in sämtlichen betroffenen Fahrzeugen mit dem Motor EA 189 die unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen und nachzuweisen, dass die gesetzlichen Anforderungen erfüllt werden. Die Beklagte entwickelte ein Update für die Motorensteuerungsgerätesoftware, nach dessen Einspielen das Fahrzeug nur noch über einen einheitlichen Betriebsmodus verfügt.

**6**

Mit Schreiben vom 06.05.2020 forderte die Klagepartei die Beklagte zur Erfüllung ihrer Ansprüche auf (Anlage K 29).

**7**

Die Klagepartei trägt vor, sie sei auf der Suche nach einem umweltfreundlichen und wertstabilen Fahrzeug gewesen. Dabei sei es für den Kläger auch wichtig gewesen, das Fahrzeug uneingeschränkt, insbesondere auch in Städten nutzen zu können. Die Beklagte habe die gesetzeswidrige Software aus eigenem Gewinnstreben und zum Erhalt der Marktführerschaft eingesetzt, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Entwicklungsingenieure der Beklagten keinen legalen Weg zur Einhaltung der Stickoxidwerte gefunden hätten. Die gesellschaftsrechtlich bestellten Organe der Beklagte hätten Kenntnis von der Manipulation gehabt und diese gebilligt. Der Vorstand habe von der Defeat Device sowie der Tatsache, dass die betroffenen Autokäufer durch den Kauf eines betroffenen Fahrzeugs einen Schaden erleiden würden, gewusst. So hätte der Leiter des Ausschusses Produkt-Sicherheit Bernd Gottweis den früheren Vorstandsvorsitzenden ... bereits im Mai 2014 auf die bestehende Abgasproblematik hingewiesen.

**8**

Aufgrund der Manipulation habe das betroffene Fahrzeug einen erheblichen Wertverlust erlitten. Die Klagepartei habe außerdem einen Vermögensnachteil erlitten, weil sie einen nachteiligen Kaufvertrag abgeschlossen habe.

**9**

Der Mangel werde auch nicht durch das Software Update beseitigt. Das Software-Update habe negative Folgen für den Motor und die Abgasrückführungsventile auch könne es den merkantilen Minderwert nicht beseitigen.

**10**

Der Kläger begehrt die Lieferung eines Pkws aus der aktuellen Serie aufgrund Gewährleistungsrechts nach §§ 437 Abs. 1, 439 Abs. 1 BGB. Hilfsweise erklärt der Kläger den Rücktritt vom Vertrag. Der Kläger stützt seine Ansprüche zudem auf § 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sowie auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 UWG.

**11**

Die Klagepartei lässt sich Nutzungersatz schadensmindernd anrechnen. Dabei geht der Kläger von einer zu erwartenden Gesamtlaufzeit von 300.000 km aus.

**12**

Die Parteien haben den Rechtsstreit in der mündlichen Verhandlung vom 27.12.202 in Höhe von 3.757,49 € übereinstimmend für erledigt erklärt.

**13**

Der Kläger beantragt daher zuletzt,

1.1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies, fabrikneues, typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit gleichartiger technischer Ausstattung wie das Fahrzeug des Klägers der Marke VW vom Typ Beetle 1.6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ... nachzuliefern. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Beetle 1.6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ... nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.

Hilfsweise:

2.2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 22.391,51 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 03. Juni 2020 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Beetle 1.6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ... nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.

Hilfsweise:

3.3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke VW vom Typ Beetle 1.6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ... mit der manipulierten Motorsoftware durch die Beklagte resultieren.

Weiter beantragt der Kläger:

4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um Zug-Leistung in Annahmeverzug befindet.

5. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.

6. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.077,74 € freizustellen.

#### **14**

Die Beklagte beantragt

Klageabweisung

#### **15**

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung hinsichtlich der geltend gemachten Gewährleistungsansprüche.

#### **16**

Die Beklagte trägt vor, der NOx-Ausstoß habe im Zusammenhang mit Fahrzeugerwerbsvorgängen vor September 2015 in der allgemeinen Wahrnehmung keine Rolle gespielt. Es wird daher bestritten, dass konkrete NOx-Werte oder die Umweltfreundlichkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugs kaufrelevant gewesen seien.

#### **17**

Ein softwarebedingter Minderwert der Fahrzeuge mit dem Motortyp EA189 liege nicht vor. Das Fahrzeug sei technisch sicher und vollumfänglich gebrauchstauglich. Jedenfalls sei der Mangel durch das Software Update beseitigt.

#### **18**

Die Beklagte bestreitet ferner, dass ihr damaliger Vorstandsvorsitzender oder andere Mitglieder des Vorstands von der Entwicklung der Software gewusst und im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses von der Verwendung der Software im hier betroffenen Fahrzeugtyp Kenntnis gehabt hätten.

#### **19**

Die Beklagte ist der Ansicht, dass weder eine Täuschung noch eine Schädigung des Klägers gegeben sei. Auch läge weder eine Sittenwidrigkeit noch eine besondere Verwerflichkeit des Handelns der Beklagten vor. Sie habe allenfalls - was tatsächlich nicht der Fall sei - gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen verstoßen. Im Übrigen fehle es an der Kausalität.

**20**

Das Gericht hat mündlich verhandelt am 07.12.2020. Auf das Protokoll (Bl. 307/310 d.A.) wird Bezug genommen.

**21**

Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

**22**

Die Klage war in Bezug auf die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche abzuweisen. Der hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch war größtenteils begründet.

A.

**23**

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Lieferung eines Pkws aus der aktuellen Serie aus § 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB und auch keinen Anspruch aufgrund Rücktritts aus § 437 Nr. 2 BGB.

**24**

Es kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen für die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche vorliegen. Jedenfalls sind sämtliche Gewährleistungsansprüche nach 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjährt. Der Kauf und die Übergabe des Fahrzeugs fanden im Jahr 2012 statt. Bei Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche im Jahr 2020 waren diese demnach verjährt. Dies gilt ebenso für den Rücktritt (§ 438 Abs. 4 BGB). Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche erhoben.

**25**

Mit Abweisung des Klageantrags Ziffer 1 ist daher über den Hilfsantrag Ziffer 2 zu entscheiden.

B.

**26**

Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Schadensersatz aus §§ 826, 31 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung. Die Einrede der Verjährung in Bezug auf deliktische Ansprüche hat die Beklagte ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung nicht aufrecht erhalten (Bl. 309 d.A.).

I.

**27**

Die Beklagte hat dem Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt.

**28**

1. Die Beklagte hat dem Kläger grundsätzlich einen Schaden i.S.v. § 826 BGB zugefügt.

**29**

Der Schaden liegt in dem Abschluss des Kaufvertrages über das bemakelte Fahrzeug (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az. VI 252/19).

**30**

Ein Schaden gemäß § 826 BGB liegt nicht nur vor, wenn sich bei einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, ein rechnerisches Minus ergibt, sondern auch dann, wenn der Geschädigte durch eine auf sittenwidrigem Verhalten beruhende „ungewollte“ Verpflichtung belastet ist, selbst wenn dieser eine objektiv gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht (BGH, Urteil vom 28.10.2014, Az. VI ZR 15/14 Rz. 19 mit zahlreichen w.N. = NJW-RR 2015, 275, 276 Wagner in Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, §

826 Rn. 41; Förster in BeckOK BGB, 53. Edition, Stand 01.02.2020, § 826 Rn. 25). Entscheidend ist daher, dass der Geschädigte durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte und dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist (BGH, a.a.O., Rz. 18 m.w.N.).

### **31**

a. Nach diesen Grundsätzen liegt der Schaden des Klägers in dem Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags über ein mangelhaftes Fahrzeug.

### **32**

Das Fahrzeug ist mit einem Sachmangel behaftet. Gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

### **33**

Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb es auf die Frage, ob die Parteien im Hinblick auf bestimmte Emissionswerte oder dergleichen eine Beschaffenheit des Fahrzeugs (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder im Vertrag eine bestimmte Verwendung vereinbart haben und ob sich das Fahrzeug für diese Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB), nicht ankommt.

### **34**

Das Fahrzeug ist mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet. Üblicherweise ist nach dem Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers bei Kraftfahrzeugen eine softwaregesteuerte Differenzierung zwischen dem Betrieb im Prüfzyklus und der Verwendung im normalen Fahrbetrieb nicht vorhanden.

### **35**

Die Stickoxidgrenzwerte, die Grundlage der Typengenehmigung und damit mittelbar der Betriebserlaubnis des einzelnen Fahrzeuges sind, können hier nur mit Hilfe einer Motorsteuerungssoftware und nur im Prüfzyklus eingehalten werden (vgl. LG Hildesheim, Urteil vom 17.01.2017, 3 O 139/16, Rn. 53 nach juris). Die Motorsteuerungssoftware ist so programmiert, dass sie den Betrieb des Fahrzeugs auf einem Prüfstand im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) erkannte und die Abgasbehandlung in den sogenannten Modus 1 versetzte, bei dem eine umfangreichere Abgasrückführung erfolgte, die im Übrigen außer Kraft gesetzt wurde. Der Käufer eines Fahrzeuges muss jedoch berechtigterweise nicht mit einer wirkungsvollen Begrenzung des Schadstoffausstoßes nur im Prüfzyklus rechnen.

### **36**

Eine Differenzierung zwischen dem Straßenbetrieb und dem NEFZ darf indes nicht erfolgen. Dies zeigt bereits Art. 4 Abs. 2 VO (EU) 715/2007 wonach die Auspuff- und Verdunstungsgase unter „normalen Nutzungsbedingungen“ in Bezug genommen werden. Auch systematische Gesichtspunkte rechtfertigen dieses Verständnis. So nimmt Art. 5 Abs. 1 der vorgenannten Verordnung auf das durch Bauteile beeinflusste Emissionsverhalten unter „normalen Betriebsbedingungen“ Bezug und untersagt ein abweichendes Emissionsverhalten, indem es die Bauteile und Software, die eine Differenzierung zulassen, als grundsätzlich unzulässige Abschaltvorrichtungen bewertet, unabhängig davon, an welcher Stelle sie den Schadstoffausstoß beeinflussen. Der Begriff des Emissionskontrollsystems ist nicht definiert und nach dem Zweck der Begrenzung des Schadstoffausstoßes auf einzelne Bauteile begrenzt. Genau diese Begrenzung insbesondere des Stickoxidausstoßes verhindert aber die Softwareprogrammierung des Motors EA 189 (vgl. LG Offenburg, Urteil vom 12.05.2017, 6 O 119/16, Rn. 36 nach juris).

### **37**

b. Der Schaden muss durch das sittenwidrige Verhalten verursacht worden sein und dem Schutzzweck der verletzen Verhaltensnorm unterfallen.

### **38**

Das Inverkehrbringen von mangelhaften Fahrzeugen dieser Bauart unter Geheimhaltung der bewusst eingebauten Funktion zur Manipulation der Emissionswerte auf dem Prüfstand durch die Beklagte war ursächlich für den Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger. Wären mangelhafte Fahrzeuge dieser Art nicht in Verkehr gebracht worden, hätte der Kläger ein solches Fahrzeug nicht erwerben können. Das Gericht ist der Überzeugung, dass der Kläger den Kaufvertrag in Kenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung nicht abgeschlossen hätte. Die allgemeine Lebenserfahrung rechtfertigt die

Annahme, dass ein Käufer, der ein Fahrzeug zur eigenen Nutzung erwirbt, bei der bestehenden Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung von dem Erwerb des Fahrzeugs abgesehen hätte (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19). Dies ergibt sich auch zweifelsfrei aus den eigenen Angaben des Klägers im Termin vom 07.12.2020. Er gab an, er habe sich damals bewusst für den Diesel entschieden, da der Diesel als umweltfreundliches Fahrzeug galt. Wenn er damals von der entsprechenden Software gewusst hätte, hätte er das Fahrzeug sicher nicht gekauft, da er kein Fahrzeug gekauft hätte, das nicht gesetzeskonform sei. Das Gericht hält die Angaben des Klägers für überzeugend und glaubwürdig. Der Käufer eines Fahrzeugs setzt auch - gleichgültig, ob er das Fahrzeug neu oder gebraucht erwirbt - die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben arglos und selbstverständlich voraus (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19).

#### **39**

c. Der Schaden der klagenden Partei in Form des ungewollten Vertrags ist zudem unabhängig davon eingetreten, ob das streitgegenständliche Fahrzeug durch die verwendete Software einen Wertverlust erlitten hat oder ob das streitgegenständliche Fahrzeug, verglichen mit vergleichbaren Modellen anderer Hersteller, im realen Fahrbetrieb vergleichsweise emissionsarm und kraftstoffsparend ist.

#### **40**

Der Schaden ist auch nicht durch das Softwareupdate entfallen. Der BGH führte in seinem Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19) hierzu u.a. Folgendes aus: „Der gem § 349 Abs. 2 BGB nach obigen Ausführungen mit dem Vertragsschluss entstandene Anspruch des Klägers auf (Rück-) Zahlung des für das bemakelte Fahrzeug gezahlten Kaufpreises erlischt nicht, wenn sich der (objektive) Wert oder Zustand des Fahrzeugs in der Folge aufgrund neuer Umstände wie etwa der Aufdeckung des verdeckten Mangels oder der Durchführung des Updates verändern. Dies geht vielmehr angesichts des Umstandes, dass das Fahrzeug Zug um Zug gegen (Rück-) Zahlung der Beklagten zur Verfügung zu stellen ist, jeweils zulasten oder zugunsten der Beklagten. Aus diesem Grund trifft auch die Ansicht der Revision, der Schaden sei durch das später durchgeführte Update wieder entfallen, nicht zu.“

#### **41**

Dem schließt sich das Gericht an.

#### **42**

2. Das Handeln der Beklagten war auch sittenwidrig.

#### **43**

Objektiv sittenwidrig ist eine Handlung, die nach Inhalt und Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggründen und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 15.10.2013, Az. VI ZR 124/12 Rz. 8 mit zahlreichen w.N. = NJW 2014, 1380). Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, a.a.O.).

#### **44**

Das Verhalten der Beklagten ist als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB zu werten (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rz. 13 bis 28).

#### **45**

3. Die Beklagte handelte im Hinblick auf die Schadenszufügung auch vorsätzlich. Der Beklagten ist das vorsätzliche Handeln ihrer Mitarbeiter auch gemäß § 31 BGB zuzurechnen.

#### **46**

a. Der Vorsatz muss sich auf die Tatsachen beziehen, die den konkreten Tatbestand ausmachen. Bei § 826 BGB ist somit zu fordern, dass der Täter Kenntnis von dem Eintritt eines Schadens, der Kausalität des eigenen Verhaltens und der die Sittenwidrigkeit des Verhaltens begründenden Umstände hat (vgl. nur Wagner in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 25). Hierbei reicht es aus, dass der Schädiger die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden anderer auswirken konnte und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und billigend in Kauf genommen hat (BGH, Urteil vom 20.11.1990, Az. VI ZR 6/90 = NJW 1991, 634, 636).

#### 47

Es steht fest, dass die Abschaltvorrichtung willentlich entwickelt wurde und eingesetzt wurde. Mit dem bewussten Verschweigen der Software und Inverkehrbringen der mit dieser Software ausgestatteten Fahrzeuge nahm die Beklagte zumindest billigend in Kauf, dass sich ihr Verschweigen nachteilig auf die Kunden auswirken würde. Der Kunde sollte zum Kauf eines Fahrzeugs bewegt werden, obwohl dieses mit einer gesetzeswidrigen Abschaltvorrichtung versehen war. Die Verantwortlichen nahmen billigend in Kauf, dass die Verbraucher ihre Kaufentscheidung auf einer fehlerhaften beziehungsweise unvollständigen Tatsachengrundlage trafen, die sie bei Kenntnis gar nicht oder zu anderen Konditionen getroffen hätten. Da die Beklagte in diesem Bewusstsein dennoch die Täuschung vornahm und dies aus - wie oben dargestellt - wirtschaftlichen Gründen, nahm die Beklagte auch in Kauf, dass sie damit in sittenwidriger Weise handeln würde.

#### 48

b. Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB setzt voraus, dass einer ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand dieser Anspruchsgrundlage verwirklicht hat (vgl. BGH, Urteil vom 28.6.2016, Az. VI ZR 536/15). Nach dieser Vorschrift haftet die juristische Person nicht für jedes deliktische Handeln eines ihrer Mitarbeiter, sondern nur für das deliktische Handeln solcher Personen, bei denen es sich um ein Mitglied des Vorstandes oder eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters handelt.

#### 49

Die Klagepartei hat hierzu vorgetragen, dass die bestellten Organe der Beklagten Kenntnis von der Manipulation hatten und diese gebilligt haben und hat hierzu umfangreich unter Beweisanzug Sachvortrag geleistet. Die Klagepartei ist damit ihrer Darlegungslast im Rahmen ihrer Möglichkeiten nachgekommen. Ein weitergehender Vortrag ist von dem Kläger nicht zu verlangen, da es sich vorliegend um Tatsachen handelt, die alleine im Organisations- und Kenntnisbereich der Beklagten liegen. Der Kläger hat naturgemäß keinerlei Einblick in die innerbetrieblichen Abläufe der Beklagten und ist auf Veröffentlichungen der Medien und auf Rückschlüsse und Vermutungen angewiesen. Die Beklagte hingegen hat jede Möglichkeit die unternehmerischen Abläufe im Zusammenhang mit der Programmierung und Implementierung der Motorsteuerungssoftware offenzulegen. Sie hat darzulegen, wie es zu einer Planung und millionenfachen Implementierung der Software ohne Kenntnis des Vorstandes kommen konnte.

#### 50

Daher kann man es dem Kläger nicht anlasten, dass er seine Behauptung nicht konkreter fassen kann. Es handelt sich um Umstände aus dem Bereich, für die eine sekundäre Darlegungslast besteht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19).

#### 51

Die Beklagte trifft daher eine sekundäre Darlegungslast. Der Gegner der (primär) darlegungspflichtigen Partei darf sich in diesen Fällen nicht auf ein einfaches Bestreiten beschränken, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.

#### 52

Die Beklagte trägt hierzu vor, die Sachverhaltsermittlungen seien noch nicht abgeschlossen. Die Beklagte verfüge derzeit über keine Kenntnis darüber, dass einzelne Vorstandsmitglieder an der Entwicklung der Umschaltlogik beteiligt gewesen wären oder die Entwicklung oder Verwendung in Auftrag gegeben oder gebilligt hätten. Die Beklagte bestreitet daher, dass ihr damaliger Vorstandsvorsitzender oder andere Mitglieder des Vorstandes von der Entwicklung der Umschaltlogik gewusst hätten. Dieser Vortrag ist unzureichend und genügt den Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 ZPO mit Blick auf die sekundäre Darlegungslast nicht. Der Vortrag lässt bereits nicht erkennen, welche Ermittlungen angestellt und welche Ergebnisse sie bisher zu Gunsten der Beklagten erbracht hätten (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19). Dies gilt auch für die weiteren von der Beklagten in der Klageerwiderung auf Seite 18 bis 19 gebrachten Vortrag. Dieser lässt ebenfalls zumindest Vortrag über die damalige Organisationsstruktur und Arbeitsorganisation, den damaligen internen Zuständigkeiten und Verantwortlichen, den Berichtspflichten und den von ihr veranlassten Ermittlungen, welcher im Rahmen der sekundären Darlegungslast jedenfalls möglich gewesen wäre, vermissen (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19).

II.

**53**

Die Klagepartei hat gegen die Beklagte somit gem. §§ 826, 249 BGB einen Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens. Die Beklagte hat gemäß § 249 S. 1 BGB den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Einsatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Kläger ist daher vorliegend so zu stellen, wie wenn er den Vertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug nicht geschlossen hätte. Die Klagepartei hat demnach dem Grunde nach einen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs.

**54**

1. Die Klagepartei muss sich im Rahmen der §§ 249 ff. BGB allerdings eine Vorteilsausgleichung gefallen lassen, sie hat sich die Vorteile anrechnen zu lassen, die sie durch den Gebrauch des Fahrzeugs hatte. Der Nutzungswertersatz errechnet sich gemäß der Formel „Bruttokaufpreis × gefahrene Kilometer : zum Kaufzeitpunkt noch zu erwartende Restlaufzeit“ (MüKoBGB/Gaier, 8. Aufl. 2019, § 346 Rn. 34).

**55**

Der Kaufpreis des streitgegenständlichen Fahrzeugs betrug 26.149,35 €.

**56**

Bei der Schätzung der voraussichtlichen Gesamtleistung hat die Einzelrichterin zur Kenntnis genommen, dass der BGH jüngst eine von der Vorinstanz bei einem VW Sharan angenommene Gesamtleistung in Höhe von 300.000 km nicht beanstandet hat (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rz. 83). Daraus folgt aber kein Präjudiz für die in dem hiesigen Rechtsstreit vorzunehmenden Schätzung.

**57**

Die voraussichtliche Gesamtleistung schätzt das Gericht gemäß § 287 ZPO auf 250.000 km (OLG München Beschl. v. 16.3.2020, Az. 3 U 7524/19, OLG München, Urteil vom 15.07.2020, Az. 20 U 2914/19). Es handelt sich um den Mittelwert der in der neueren Rechtsprechung zumeist angenommenen Gesamtleistungen zwischen 200.000 und 300.000 km (Nachweise bei Staudinger/Dagmar Kaiser (2012) BGB § 346, Rn. 260). Von der Beauftragung eines Sachverständigen sieht das Gericht ab und schätzt die voraussichtliche Gesamtleistung nach § 287 ZPO, weil auch ein Sachverständiger nur eine eigene, subjektive Schätzung der Gesamtleistung vornehmen könnte. Empirische Studien über die durchschnittliche Laufleistung am Ende der Lebensdauer von Fahrzeugen der streitgegenständlichen Art werden mangels statistischer Erfassung der Fahrleistung zum Ende der Lebensdauer auch Sachverständigen nicht vorliegen.

**58**

Der Anspruch des Klägers unter Beachtung der auszugleichenden Vorteile errechnet sich daher wie folgt (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rz. 80):

$\text{Kaufpreis} \times (\text{gefahrene Kilometer} - \text{Kilometerstand bei Kauf}) / (\text{Gesamtleistung} - \text{Kilometerstand bei Kauf}) = \text{Nutzungsvorteil},$

also:  $26.149,35 \text{ €} \times (43.112 \text{ km} - 1 \text{ km}) / 250.000 \text{ km} - 1 \text{ km}) = 4.509,32 \text{ €}$

**59**

Dem Kläger steht daher ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 21.640,03 € Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs zu.

**60**

2. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB. Die Beklagte wurde mit anwaltlichem Schreiben vom 06.05.2020 (Anlage K 29) in Verzug gesetzt.

**61**

3. Mangels Bedingungseintritt war über den unter Ziffer 3. gestellten Hilfsantrag nicht zu entscheiden.

**62**

4. Darüber hinaus kann die Klagepartei die Feststellung des Annahmeverzugs verlangen. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs ist zulässig. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus der

Vereinfachung der Zwangsvollstreckung. Seit Ablauf der mit anwaltlichem Schreiben vom 06.05.2020 gesetzten Frist befindet sich die Beklagte mit der Annahme des Fahrzeugs in Verzug, spätestens mit Zustellung der Klageschrift hat die Klagepartei der Beklagten ein wörtliches Angebot auf Rückübereignung des Pkws gemacht, § 295 BGB. Die Beklagte hat spätestens mit Zugang des Schriftsatzes zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft und dem darin enthaltenen Antrag auf Klageabweisung dieses Angebot abgelehnt und befindet sich daher seit Zugang des Angebotes in Annahmeverzug (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.05.2011, Az. 17 U 53/10, Rz. 63).

### **63**

5. Dem Antrag auf Feststellung, dass der geltend gemachte Anspruch aus einer unerlaubten Handlung herrührt war ebenfalls aufgrund der obigen Feststellungen stattzugeben.

### **64**

6. Der Kläger hat schließlich Anspruch auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.358,86 € aus §§ 826, 249 Abs. 1 BGB.

### **65**

a. Die Kosten der Rechtsverfolgung fallen bereits unabhängig von den Voraussetzungen des Verzugs in den originären Schutzbereich der §§ 823 ff. BGB fallen (vgl. Palandt, BGB, 78. Auflage 2019, § 249 Rn. 57).

### **66**

b. Das Gericht setzt für die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG die Mittelgebühr von 1,3 an (ebenso BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rz. 87). Zwar mag die Tätigkeit für sich betrachtet überdurchschnittlich umfangreich und schwer gewesen sein. Entscheidend ist aber, dass die Kanzlei der Klägervertreter gerichtsbekannt eine Reihe von Geschädigten des sog. „Abgasskandals“ vertritt, so dass sich die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage in Hinblick auf die große Zahl der Mandate relativiert.

### **67**

Aus einem Gegenstandswert in Höhe von 26.149,35 € ergibt sich damit ein Gebührenanspruch in Höhe von 1.358,86 €.

C.

### **68**

Soweit der Kläger anregt, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV hinsichtlich der Auslegung der §§ 6, 27 Abs. 1 EG-FGV vorzulegen, war dem nicht nachzukommen. Der BGH hat hierzu in seinem Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, wie folgt entschieden: „Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH (Art. 267 III AEUV) wegen der Auslegung der genannten Vorschriften ist entgegen der Ansicht der Revision des Kl. nicht veranlasst. Ein Vorabentscheidungsersuchen ist erforderlich, wenn sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürftige Frage des Unionsrechts stellt. Das ist hier nicht der Fall. Die Rechtslage ist im Hinblick auf §§ 6 I, 27 I EG-FGV wie dargestellt von vornherein eindeutig („acte clair“, vgl. EuGH ECLI:EU:C:1982:335 = NJW 1983, 1257 [1258] - CILFIT/Ministero della Sanità; BVerfG NVwZ 2015, 52 Rn. 35).“

D.

### **69**

I. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 269 ZPO.

### **70**

II. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

### **71**

III. Die Streitwertfestsetzung erfolgte nach § 3 ZPO. Die Klagepartei begehrt so gestellt zu werden, als hätte sie den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Der Streitwert in Höhe des Kaufpreises entspricht demnach dem Interesse der Klagepartei.