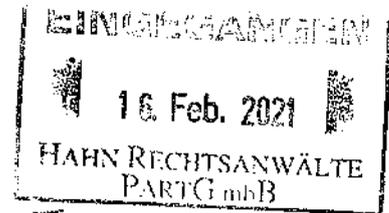


Aktenzeichen:  
23 O 180/20



Landgericht Stuttgart



FA 78 02.03.2021

FA 33 16.03.2021

FA 886 14.09.2021

FA 5W 16.08.2021

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Hahn Rechtsanwälte PartG mbB**, Alter Steinweg 1, 20459 Hamburg, Gz.:  
/Ha/kt

gegen

**Daimler AG**, vertreten durch d. Vorstand, dieser wiederum vertreten durch den Vorsitzenden,  
Herrn Ola Källenius, Mercedesstr. 137, 70327 Stuttgart

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatzes

hat das Landgericht Stuttgart - 23. Zivilkammer - durch die Richterin Lambert als Einzelrichterin  
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 05.01.2021 für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 38.116,54 € nebst Zinsen in Höhe fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.10.2020 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Mercedes CLS 350 CDI 4M, FIN

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.550,80 € freizustellen.
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes CLS 350 CDI 4M, FIN \_\_\_\_\_, in Annahmeverzug befindet.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 25 % und die Beklagte 75 %.
6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

## Beschluss

Der Streitwert wird auf 50.210,11 € festgesetzt.

## Tatbestand

Die Klägerpartei begehrt von der Beklagten die Rückabwicklung eines Pkw-Kaufvertrags im Zuge des sog. „Abgasskandals“.

Mit Kaufvertrag vom 25.11.2013 (Anlage K 1a) erwarb die Klägerpartei von der Hirschvogel GmbH & Co. KG den streitgegenständlichen Pkw Mercedes-Benz Typ CLS 350 CDI 4M (FIN: \_\_\_\_\_), der von der Beklagten entwickelt, hergestellt und mit dem Motor OM 642 der Schadstoffklasse EURO 5 ausgestattet ist, als Gebrauchtwagen zum Kaufpreis in Höhe von 52.850,00 €. Das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt der Übergabe am 28.11.2013 eine Laufleistung von 39.862 km auf.

Die Kontrolle der Stickoxidemissionen erfolgt im streitgegenständlichen Fahrzeug über die sog. Abgasrückführung. 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 Temperaturen zurückgefahren, wobei zwischen den Parteien streitig ist, bei welchen Außen-/Ladelufttemperaturen die Abgasrückführung reduziert wird (sog. "Thermofenster"). Die Reduzierung der Abgasrückführung führt regelmäßig zu einem erhöhten Ausstoß der Stickoxidemissionen.

Überdies ist im Fahrzeug eine Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung aktiv.

Mit Anwaltsschreiben vom 29.07.2020 (Anlage K 1d) forderte die Klägerpartei die Beklagte dazu auf, Schadensersatz zu leisten. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach.

Das streitgegenständliche Fahrzeug hat eine aktuelle Laufleistung von 112.383 km (Stand vom 04.01.2021). Es ist Teil einer von der Beklagten angebotenen freiwilligen Kundendienstmaßnahme ("Software-Update"), die am streitgegenständlichen Fahrzeug durchgeführt wurde.

#### **Die Klägerpartei behauptet im Wesentlichen,**

die Abgasrückführung sei bei einer Umgebungslufttemperatur von 7° C oder darunter um bis zu 48 % niedriger als bei höheren Temperaturen. Beim Unterschreiten einer bestimmten Temperatur werde die Abgasrückführung ganz abgeschaltet (Bl. 12 f. d.A.). Dadurch steige die Stickoxidemission erheblich an. In rechtlicher Hinsicht stelle dies eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 dar. Eine solche sei nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung zu schützen (Art. 5 Abs. 2 lit. a) EG-VO 715/2007). Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Weiter werde die Abgasreinigung im streitgegenständlichen Fahrzeug durch eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung geregelt. Diese Regelung erkenne die prüfstandsbezogenen Parameter des NEFZ (Neuer Europäischer Fahrzyklus) und bewirke dann eine niedrigere Kühlmitteltemperatur und eine effizientere Abgasreinigung, die die Abgasrückführungsrate erhöhe bzw. ein AGR-Kennfeld mit höheren Raten verwende, was zur Einhaltung der Stickoxidgrenzwerte auf dem Prüfstand führe. Außerhalb der Typprüfbedingungen, d.h. im Normalbetrieb, komme ein anderer Betriebsmodus zum Einsatz, der im Ergebnis zu einer Reduzierung der AGR-Rate und damit zu wesentlich höheren – d.h. die geltenden Stickoxid-Grenzwerte übersteigenden – Stickoxid-Emissionen führe (Bl. 13 f., 103 ff. d.A.). Dabei handele es sich um die Installation einer unzulässigen Abschaltvorrichtung.

Die unzulässigen Abschaltvorrichtungen seien gegenüber den Aufsichts- und Prüfbehörden des Kraftfahrtbundesamts im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens entgegen der gesetzli-

chen Verpflichtung nicht offengelegt und folglich das KBA getäuscht worden (sog. KBA-Täuschung, vgl. auch Bl. 20, 103 d.A.).

Die Klägerpartei behauptet ferner, der Vorstand sowie die verantwortlichen Mitarbeiter der Beklagten hätten Kenntnis von dem Einsatz der unzulässigen Software gehabt und eine Schädigung der Käufer billigend in Kauf genommen, um sich selbst zu bereichern.

Bei Kenntnis der Betrugssoftware sowie der tatsächlichen Emissionswerte hätte die Klägerpartei das Fahrzeug nie gekauft, da die gesetzlichen Anforderungen nicht eingehalten würden und somit das Risiko der Nutzbarkeit des Fahrzeugs bestehe.

#### **Die Klägerpartei beantragt zuletzt:**

1. Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 52.850,00 EUR nebst Zinsen in Höhe fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Mercedes CLS 350 CDI 4M, FIN \_\_\_\_\_, zu zahlen, abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 0,1148569 EUR pro gefahrener Kilometer seit dem 28.11.2013, die sich nach folgender Formel berechnet:  
  
(52.850,00 EUR x gefahrene Kilometer) : 460.138 km.
2. Die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.905,18 EUR freizustellen.
3. Festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes CLS 350 CDI 4M, FIN W \_\_\_\_\_, in Annahmeverzug befindet.
4. Festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes CLS 350 CDI 4M, FIN \_\_\_\_\_ mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen.

#### **Die Beklagte beantragt:**

Die Klage abzuweisen.

#### **Die Beklagte behauptet im Wesentlichen,**

dass im streitgegenständlichen Fahrzeug keine Programmierung verwendet werde, die – manipulativ – so gestaltet worden wäre, dass auf der Straße unter „normalen Betriebsbedingungen“

(i.S.v. Art. 5 Abs. 1 bzw. Art. 3 Nr. 10 EG-VO 715/2007) ein anderes Emissionsverhalten des Emissionskontrollsystems angestrebt werde als auf dem Prüfstand (also im Prüflabor). Es sei unstrittig und allgemein bekannt, dass sich eine Veränderung der Bedingungen, die im gesetzlichen Prüfzyklus NEFZ standardisiert würden, auf das Emissionsverhalten des Fahrzeugs auswirke. Hieraus folge jedoch weder ein Mangel noch eine irgendwie geartete Täuschung oder ein sonstiges deliktisches Verhalten der Beklagten.

Die Beklagte bestätigt, dass die Rückführung der Abgase in das Ansaugsystem des Motors unter anderem von der Umgebungslufttemperatur abhängig sei (Bl. 73 ff. d.A.). Die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug sei jedoch auch bei zweistelligen Minusgraden aktiv und werde erst bei einer Umgebungslufttemperatur von  $-50^{\circ}\text{C}$  und  $+110^{\circ}\text{C}$  deaktiviert (Bl. 75 f. d.A.). Zuvor erfolge eine Senkung der AGR-Raten, beginnend bei etwa  $10^{\circ}\text{C}$  Umgebungslufttemperatur. Noch bei ungefähr  $5^{\circ}\text{C}$  Umgebungslufttemperatur betrage die relative Reduktion jedoch höchstens 3,7 Prozentpunkte (Bl. 75 d.A.). In diesem Zusammenhang weist die Beklagte darauf hin, dass es sich bei der temperaturabhängigen Steuerung der AGR-Rate um eine dynamische Anpassung und keinesfalls um eine statische Reduzierung der AGR-Rate handele (Bl. 75 ff. d.A.). Die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung (sog. Thermofenster) sei zum Bauteilschutz, insbesondere zur Verhinderung verschiedener Formen von Ablagerungen (u.a. Versotung und Kondensatbildung, vgl. u.a. Bl. 71 ff. d.A.), notwendig.

In Bezug auf die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung liege keine Regelung vor, aufgrund derer auf dem „Prüfstand“ eine andere „Abgasreinigungsstrategie“ bzw. „Emissionskontrollstrategie“ angewendet werde, als im realen Straßenbetrieb unter gleichen Betriebsbedingungen. Es liege also kein Mechanismus und keine Softwarelogik vor, der oder die erkenne, ob das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb ist und in Abhängigkeit davon irgendetwas schalte oder regle (Bl. 80, 164 d.A.). Vielmehr habe die Kühlmittel-Solltemperaturregelung den Zweck, die Emissionen im Warmlauf gering zu halten. Das Absenken der Kühlmittel-Solltemperatur führe dazu, dass die Verbrennungstemperatur im angrenzenden Zylinder niedriger sei. Dies reduziere die NO<sub>x</sub>-Emissionen. Gleichzeitig komme es zu einer besseren Füllung des Zylinderraums, weil bei kälteren Temperaturen dichtere Umgebungsluft und damit mehr Sauerstoff angesaugt werde. Dadurch werde auch die Verbrennung von Rußpartikeln relativ verbessert. Der Kraftstoff könne zu einem höheren Anteil reagieren, weil mehr Sauerstoff zur Verfügung stehe. Das geregelte Kühlmittelthermostat stelle also einen verhältnismäßig besseren Ausgleich zwischen NO<sub>x</sub>-Emissionen und Partikelemissionen her (Bl. 81 d.A.). Dies sei sowohl im Prüfstand als auch im Straßenbetrieb bei gleichen Rahmendaten der Fall.

Die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung funktioniere aber nur für die Phase des Motorwarmlaufs und nicht für den warmen Motor. Wenn der Motor „warm“ sei, habe die indirekte Kühlung durch die abgesenkte Kühlmitteltemperatur praktisch keinen Effekt mehr. Gleichermäßen ergäbe die Regelung im hohen Drehzahl- und Lastenbereich keinen Sinn, weil dann das Luft-Kraftstoff-Gemisch zu kurz im Zylinder verweile, um in emissionsrelevantem Maße gekühlt zu werden. Deshalb sei die Kühlmittelsollwertabsenkung nicht über alle Betriebszustände hinweg aktiviert (Bl. 81 d.A.).

Weiter führt die Beklagte aus, das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über eine bestandskräftige und wirksame EG-Typengenehmigung. Dies habe Tatbestandswirkung (u.a. Bl. 57 ff. d.A.).

Die Beklagte behauptet, sie habe die gemäß ihrer gesetzlichen Verpflichtung erforderlichen Angaben im Genehmigungsverfahren kommuniziert. Insbesondere habe sie in den EG-Typengenehmigungsunterlagen Angaben zur temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung getätigt, indem sie offenlegte, dass die AGR-Raten im streitgegenständlichen Fahrzeug grundsätzlich auch über die Lufttemperatur bestimmt werden würden (Bl. 58 f. d.A. und Anlage B 2; zur Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung vgl. Bl. 159 d.A.).

Vorsorglich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung (Bl. 57 d.A.).

Für das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf den Akteninhalt, namentlich die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Hinweise des Gerichts in der Verfügung vom 02.10.2020 (Bl. 31 ff. d.A.) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlungen vom 05.01.2021 (Bl. 142 ff. d.A.).

## Entscheidungsgründe

Die Klage ist teilweise zulässig (dazu Ziff. I) und in dem im Tenor ersichtlichen Umfang begründet (dazu Ziff. II bis III).

### I.

Die Klage ist mit Ausnahme von Klageantrag Ziff. 4 zulässig.

1. Die Klage mit dem Feststellungsantrag in Klageantrag Ziff. 3 ist zulässig.

Das nach § 256 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 jedoch mangels Feststellungsinteresses unzulässig.

Die Klägerpartei macht mit Klagantrag Ziff. 4 einen Feststellungsantrag, gerichtet auf zukünftige Schäden, geltend, die aus dem Einbau unzulässiger Abschaltvorrichtungen resultieren.

Sie kann ein hinreichendes Feststellungsinteresse - namentlich bei positiver Tenorierung der Rückabwicklung mit Tenor Ziff. 1 in diesem Urteil - nicht darlegen, weil in der Zukunft keine Schäden vernünftig ersichtlich oder plausibel sind. Zukunftsschäden scheiden nach Rückabwicklung des Kaufvertrages und Rückübereignung des streitgegenständlichen PKW von vornherein aus.

## II.

Die Leistungsklage (Klageantrag Ziff. 1 und Ziff. 2) ist teilweise begründet.

Der Klägerpartei steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von **38.116,54 €** gemäß § 826 BGB (dazu Ziff. 1.) und § 831 Abs. 1 S. 1 BGB (dazu Ziff. 2.), wobei zwischen diesen Ansprüchen die Möglichkeit der Wahlfeststellung besteht (dazu Ziff. 3.), zu. Die Ansprüche der Klägerpartei sind nicht verjährt (dazu Ziff. 4.). Der Klägerpartei stehen ab dem 07.10.2020 Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß §§ 288 Abs. 1, 291 BGB zu (dazu Ziff. 5.). Der Klägerpartei steht schließlich als Nebenforderung ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.550,80 € zu (dazu Ziff. 6.).

1. Die Klägerpartei hat gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB.

Das Fahrzeug verfügt über eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 (dazu lit. a). Die Klägerpartei hat deshalb einen Schaden erlitten (lit. b), welcher durch ein Verhalten der Beklagten entstanden (lit. c) und welches wegen Täuschung des KBA und der Verbraucher sowie der Beeinträchtigung der Umwelt als sittenwidrig zu qualifizieren ist (lit. d). Die Beklagte hat dabei vorsätzlich gehandelt (lit. e). Aufgrund dessen hat der Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. **38.116,54 €** (lit. f).

- a. Die Beklagte hat das von der Klägerpartei erworbene Fahrzeug gebaut und eine EG-Typengenehmigung 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.

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 EG-VO 715/2007) und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche erhebliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 EG-VO 715/2007) 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 EG-VO 715/2007), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EG-VO 715/2007) 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 Darlegungs-

last 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 Bauteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingeleiteten 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.

Gemäß Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 ist die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. Dies ist nicht der Fall, wenn:

- a) die Vorrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten;
- b) die Vorrichtung 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 solche unzulässige Abschaltvorrichtung in Form einer **temperaturabhängigen Abgasrückführung** (sog. Thermofenster) verbaut. Eine solche gilt jedenfalls von der Beklagten nach § 138 Abs. 3 ZPO mangels hinreichendem sekundären Vortrag als zugestanden.
  - 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 – unstrittig – zurückgefahren. Die Beklagte trägt selbst vor, dass bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug die Abgasrückführungsrate (AGR-Rate) u.a. anhand der Außentemperatur reguliert wird und eine Senkung der AGR-Raten bei etwa 10° C Umgebungslufttemperatur beginnt (Bl. 75 d.A.). 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 milderer Temperaturen führt, wie sie u.a. auf dem Prüfstand herrschen.

Im Übrigen ist die Beklagte der in diesem Zusammenhang ihr obliegenden sekundären Darlegungslast - auf welche das Gericht mit Verfügung vom 02.10.2020 (Bl. 31 ff. d. A.) hingewiesen hat - nicht nachgekommen. 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 Abschaltvorrichtung zu beantworten (vgl. auch OLG Stuttgart, Hinweise im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2019 - 3 U 101/18).

Der Beklagten oblag es daher, zum Vortrag der behaupteten Abschaltvorrichtung in Form des sog. „Thermofensters“ näher vorzutragen. Dem ist die Beklagte mit der bloßen Angabe, dass die AGR-Ra-

ten im streitgegenständlichen Fahrzeug bei einer Umgebungslufttemperatur beginnend bei etwa 10° C gesenkt werden und bei ungefähr 5° C Umgebungslufttemperatur die relative Reduktion höchstens noch 3,7 Prozentpunktein betrage (Bl. 75 d.A.), nicht nachgekommen. Die Beklagte hat - trotz Hinweises - nicht aufgezeigt, welche konkreten Auswirkungen die Reduzierung der Abgasrückführung auf die Schadstoffemission (NOx-Werte) hat. Zudem hat sie ungeklärt gelassen, ob sich der diesbezügliche Vortrag zu den Temperaturangaben auf die Zeit vor oder nach Aufspielen des Software-Updates bezieht.

Damit steht für das Gericht zugleich fest, dass die im streitgegenständlichen Fahrzeug applizierte u.a. (außen-)temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung unter die Legaldefinition der Abschalteneinrichtung des Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG fällt. Eine Abschalteneinrichtung 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.

- ii) Unerheblich ist dabei, in welchem Maß eine Verringerung der Abgasrückführung erfolgt, da Art. 3 Nr. 10 EG-VO 715/2007 eine solche Differenzierung nicht erlaubt und schlicht jede Veränderung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems als Abschalteneinrichtung zu qualifizieren ist (vgl. auch *Prof. Dr. Martin Führ*, Gutachterliche Stellungnahme für den Deutschen Bundestag – 5. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode; *derselbe* in NVwZ 2017, 265; ferner auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags „*Abschalteneinrichtungen in Personenkraftwagen*“, Az: WD 7 – 3000 – 031/16, S. 18; eine Abschalteneinrichtung bejahend auch OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019 - 10 U 134/19).
- iii) Wer als Fahrzeughersteller von dem Verbot abweichen will, muss dies besonders rechtfertigen. Eine solche Abschalteneinrichtung 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) EG-VO 715/2007 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 Abschalteneinrichtung durch Konzeption, Konstruktion oder Werkstoffwahl vermeiden lässt. Es ist demnach nicht schon ausreichend, dass überhaupt individuell technische Situationen auftreten, in denen die Abschalteneinrichtung 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.).

Eine Privilegierung einer Abschalteneinrichtung aufgrund von Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 lit. a) EG-VO 715/2007 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 Ausnahmenvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) EG-VO 715/2007 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 EG-VO 715/2007 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 ho-

hen 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 EG-VO 715/2007, was zu der Auslegung führt, dass die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EG-VO 715/2007 - 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 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 un-

vermeidbar 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 UN/ECE-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, objektivierbaren Maßstab gewählt (so auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags „Abschalteinrichtungen in Personenkraftwagen“, Az: WD 7 – 3000 – 031/16, S. 13).

- iv) 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 Thermofenster sei zum Bauteilschutz notwendig. Begründet wird dies mit einer Gefahr verschiedener Formen von Ablagerungen, u.a. in Form der Versottung und Kondensatbildung. Damit kann die Beklagte aus den oben genannten Gründen jedoch nicht gehört werden. Die Beklagte trägt selbst vor, dass die Frage, ab wann und zu welchem Grad von einem erhöhten Kondensations- und Versottungsrisiko ausgegangen werden könne, stark

vom einzelnen Fahrzeugtyp abhängen. 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.

- (2) Jedenfalls hat die Beklagte schon nicht vorgetragen, warum es bereits bei einer Umgebungslufttemperatur von etwa 10° C zur Reduktion der Abgasrückführung komme, zumal in anderen Fahrzeugen der Beklagten gerichtsbekannt eine Reduzierung der Abgasrückführung gar nicht oder z.B. erst ab 0° C erfolgt. Damit gibt es offenkundig - entgegen des Vortrags der Beklagten - selbst bei der Beklagten andere technische Möglichkeiten, die Abgasrückführung erst bei niedrigeren Temperaturen zu reduzieren. Auch 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 Abgasrückführung gerade nicht reduziert wird.
- (3) 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) EG-VO 715/2007 notwendig war, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Be-

trieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

- v) Das Abstellen auf den Stand der Technik zum Zeitpunkt der 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 Typgenehmigung wird nicht etwa unzulässig, nur weil sich danach der Stand der Technik fortentwickelt und Abschalteinrichtungen, die sich zum Zeitpunkt der Beantragung der Typgenehmigung noch als notwendig i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a) EG-VO 715/2007 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.
- vi) Eine nach Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 unzulässige Abschalteinrichtung steht der Erteilung der EG-Typgenehmigung entgegen. Wurde sie gleichwohl erteilt, so kann das Kraftfahrtbundesamt Maßnahmen nach § 25 Abs. 2 und 3 EG-FGV ergreifen.

Die Beklagte verweist zwar darauf, sie habe im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens Angaben zur temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung getätigt (Bl. 58 f. d.A. sowie Anlage B 2). Indes reicht die Legalisierungswirkung der Typgenehmigung nicht weiter als das, was seinerzeit beantragt und genehmigt wurde. Eine Abschaltreinrichtung, 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, Urt. v. 13.12.2017 – 3 A 59/17 –, Rn. 70 ff. bei juris).

Dem Auszug des Beschreibungsbogens (Anlage B 2) lässt sich hierzu lediglich die Angabe entnehmen, dass die AGR-Rate u.a. durch den Parameter „Lufttemperatur“ gesteuert werde. Die Beklagte be-

hauptet nicht einmal, dass sie gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt im Rahmen der Beantragung der Typgenehmigung auch weitere Einzelheiten angegeben hat, etwa, dass beim streitgegenständlichen Fahrzeugtyp die Rate der Abgasrückführung beginnend bei etwa 10° C reduziert wird.

Dabei schrieb schon seinerzeit Art. 3 Abs. 9 der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 692/2008 vor, dass die Hersteller bei der Beantragung der Typgenehmigung der Genehmigungsbehörde nicht nur belegen müssen, dass die NOx-Nachbehandlungseinrichtung nach einem Kaltstart bei -7 °C innerhalb von 400 Sekunden eine für das ordnungsgemäße Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht, sondern darüber hinaus auch Angaben zur Arbeitsweise des AGR-Systems machen müssen, „einschließlich ihres Funktionierens bei niedrigen Temperaturen“, wobei diese Angaben „auch eine Beschreibung etwaiger Auswirkungen auf die Emissionen“ umfassen müssen. Dass die Beklagte diesen Erfordernissen im Typgenehmigungsverfahren nachgekommen ist, ist weder dargetan noch belegt, so dass auch nicht ersichtlich ist, dass das KBA in die Lage versetzt wurde, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug umfassend zu prüfen. Dagegen lässt sich auch nicht anführen, dass das KBA angesichts der Angabe im Beschreibungsbogen, dass die AGR-Rate durch den Parameter „Lufttemperatur“ gesteuert werde, hätte nachhaken und auf nähere Angaben nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 9 VO 692/2008/EG bestehen sollen. Dies allein begründet noch keinen Vertrauenstatbestand, der nachträgliche Maßnahmen nach § 25 Abs. 2 oder 3 EG-FGV sicher ausschließt.

- 2) Ferner steht mit der „**Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung**“ eine weitere unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 nach § 138 Abs. 3 ZPO fest.
  - i) Die Klägerpartei hat hierzu über ihre Darlegungslast hinausgehend dezidiert vorgetragen (Bl. 13 f., 103 ff. d.A., vgl. hierzu auch OLG Naumburg, 18.09.2020 - 8 U 8/20).

Die Klägerpartei trägt vor, im streitgegenständlichen Fahrzeug sei unter anderem eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung verbaut. Diese Regelung erkenne die prüfstandsbezogenen Parameter des NEFZ (Neuer Europäischer Fahrzyklus) und bewirke dann eine niedrigere Kühlmitteltemperatur und eine effizientere Abgasreinigung, die die Abgasrückführungsrate erhöhe bzw. ein AGR-Kennfeld mit höheren Raten verwende, was zur Einhaltung der Stickoxidgrenzwerte auf dem Prüfstand führe. Außerhalb der Typprüfbedingungen, d.h. im Normalbetrieb, komme ein anderer Betriebsmodus zum Einsatz, der im Ergebnis zu einer Reduzierung der AGR-Rate und damit zu wesentlich höheren – d.h. die geltenden Stickoxid-Grenzwerte übersteigenden – Stickoxid-Emissionen führe (Bl. 13 f., 103 ff. d.A.). Dabei handele es sich um die Installation einer unzulässigen Abschaltvorrichtung.

- ii) Den entsprechenden Tatsachenvortrag der Klägerpartei in ihren Schriftsätzen vom 09.09.2020 (Bl. 13 f. d.A.) sowie vom 23.12.2020 (Bl. 103 ff. d.A.) hat die Beklagte entgegen der für sie bestehenden sekundären Darlegungslast (allein die Beklagte kennt die genaue Beschaffenheit ihres Motors und der verwendeten Software) zu pauschal und vage bestritten (u.a. Bl. 80 f., 163 ff. d.A.), so dass aufgrund des unzureichenden Vortrags der Beklagten der klägerische Vortrag als zugestanden gilt.

- (1) Die Beklagte bestreitet lediglich pauschal, dass irgendein „Mechanismus“ oder irgendeine „Softwarelogik“ verbaut sei, der oder die erkennt, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb befindet und (nur) auf dieser Basis (*„in Abhängigkeit davon“*) irgendetwas schaltet oder regelt (Bl. 80, 164 d.A.).

Dass die Regelung dafür sorgt, dass die Kühlmitteltemperatur unabhängig von den Parametern des NEFZ jederzeit und in gleicher Weise gesenkt wird, behauptet die Beklagte im vorliegenden Fall gerade nicht.

- (2) Auch der Vortrag der Beklagten, im streitgegenständlichen

Fahrzeug liege keine „Regelung vor, aufgrund derer auf dem „Prüfstand“ eine andere „Abgasreinigungsstrategie“ bzw. „Emissionskontrollstrategie“ angewendet würde als im realen Straßenbetrieb“ (Bl. 80, 164 d.A.), erfolgt unter der Prämisse, dass „im realen Straßenbetrieb“ die „gleichen Betriebsbedingungen“ vorliegen wie auf dem Prüfstand.

Insoweit kann sich die Beklagte gerade nicht darauf berufen, die Kühlmittel-Sollwert-Regelung sei immer aktiviert. Denn wenn die Regelung immer die Parameter des NEFZ prüft, wird deren Vorliegen immer erkannt und dann immer die Kühlmitteltemperatur gesenkt.

- (3) Im Übrigen erschöpfen sich die Ausführungen der Beklagten in allgemeinen Beschreibungen der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, ohne jedoch deren konkrete Auswirkungen auf das Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeugs auf und außerhalb des Prüfstands zu erläutern.
- iii) Gemessen am - als zugestanden zu behandelnden - Vortrag der Klägerpartei, handelt es sich bei der im streitgegenständlichen Fahrzeug installierten Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG i.V.m. Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG. Sie entspricht im Ergebnis einer Prüfstanderkennung. Das KBA behandelt eine solche Einrichtung im Zusammenhang mit dem Kühlmittel-Sollwert als eine unzulässige Abschaltvorrichtung (BT Drucks. 19/15320, S. 2).
- iv) Insbesondere sind die Voraussetzungen für einen Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG nicht ersichtlich. Für das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen 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, wobei sich letzteres nach allgemeinen dogmatischen Grundsätzen damit begründen lässt, dass derjenige, der sich auf eine Ausnahme beruft, deren Vorliegen beweisen muss. Gründe des Mo-

torschutzes i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EG (VO) 715/2007 hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hinsichtlich der o.g. Abschalt-einrichtung nicht behauptet.

- 3) Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob im streitgegenständlichen Fahrzeug - so die Klägerpartei - weitere unzulässige Abschalt-einrichtungen verbaut sind, die sich auf die Stickoxidemission auswirken.
- b. Der Klägerpartei ist infolge des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs ein Schaden entstanden:
- 1) Der eingetretene Schaden der Klägerpartei liegt bereits in dem Abschluss des Vertrages (*"Vermögensdispositionsschaden"*), 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.
  - 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 Abschaltvorrichtung mit den sich daraus ergebenden Folgen den streitgegenständlichen PKW erworben und damit einen ihm wirtschaftlich nachteiligen Vertrag geschlossen hat.
- 4) Das Aufspielen des Software-Updates am streitgegenständlichen Fahrzeug würde auch nicht dazu führen, dass ein Schaden nicht (mehr) vorliegt. Da der Schaden – wie gezeigt – im Abschluss des ungewollten Kaufvertrags liegt, kann das nachträgliche Aufspielen des Software-Updates diesen Schaden auch nicht mehr beseitigen. Die Klägerpartei kann die Rückgängigmachung des ihr entstandenen Schadens in der Form des Abschlusses eines unvoreilhaften Vertrages verlangen und muss sich nicht vom Schädiger das Festhalten an dem Vertrag aufdrängen lassen. Dies gilt umso mehr, als nicht feststeht, dass das Software-Update ohne nachteilige Folgen, die möglicherweise erst nach einem längeren Dauerbetrieb auftreten, aufgespielt 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, Urteil vom 03.03.2008, II ZR 310/06, juris Rn. 15; MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl., § 826 Rn. 45 ff.). So liegt der Fall hier.

- 1) Schädigungshandlung ist das Inverkehrbringen des mit den streitgegenständlichen Abschaltvorrichtungen versehenen Fahrzeugs (OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss, 05.03.2019 – 13 U 142/18, juris).

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 vom 05.03.2019 – 13 U 142/18, juris).

- 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 Vorschriftsmäßigkeit 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. 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 gemäß § 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 vom 05.03.2019 – 13 U 142/18, juris).

- 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. sowie Beschluss vom 03.01.2019 - 18 U 70/18, juris).
- 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 voraussetzte. Das Fahrzeug verfügte entgegen dem konkludenten Erklärungswert der Inverkehrgabe vorliegend gerade nicht über eine dauerhaft ungefährdete Betriebserlaubnis, weil die installierte Motorsteuerungssoftware eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 enthielt, weshalb die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der EG-Typge-

nehmung nicht gegeben waren (OLG Karlsruhe Hinweisbeschluss vom 5.3.2019 – 13 U 142/18, juris).

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 Verhaltens 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 [2018], § 826, Rn. 31).

Das Gericht verkennt dabei nicht, dass allein das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung 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 Abschaltvorrichtungen 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 vom 05.03.2019 – 13 U 142/18 zum „VW-Abgasskandal“).

- 1) Die Art und Weise der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtungen ist als verwerflich anzusehen: Durch die dem Inverkehrbringen der Fahrzeuge vorangegangene Täuschung der Typgenehmigungsbehörde (sog.

**KBA-Täuschung)** 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 Abschaltvorrichtungen 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 konkrete Funktionsweise der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung und 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 getäuschter 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 vom 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 Verlustrisiko (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 naheliegen, wenn der Schädiger sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des Rechtsguts durchgeführt hat und es dem Zufall über-

lässt, 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 Rechtsprechung 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 vom 05.03.2019 – 13 U 142/18, juris Rn. 48).

- 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 Abschaltvorrichtungen in der Motorsteuerungssoftware mit Wissen und Wollen 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 so dann 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 nähere 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, Hinweisbeschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18 zum „VW-Abgas-skandal“).

- ii) Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Die Klägerpartei kann nicht näher dazu vortragen, in welcher Organisationseinheit der Beklagten die unzulässige Abschaltvorrichtung entwickelt, verwendet, 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 Verhaltensexzess 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 vom 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 vom 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 schlüssig 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 Mitarbeiterebene getroffen worden und nicht von verfassungsmäßig berufenen Vertretern. Dass der Vorstand demnach keine Kenntnis von den unzulässigen Abschaltvorrichtungen insbesondere in Form des Thermofensters und der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung 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; zumaß 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, Hinweisbeschluss vom 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 mitzuteilen, 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.

- f. Gemäß §§ 826, 249 BGB kann die Klägerpartei von der Beklagten der Höhe nach Schadensersatz in Höhe von **38.116,54 €** 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 Abschaltvorrichtung 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 in Höhe von 52.850,00 € von der Beklagten verlangen. Im Wege des Vorteilsausgleichs hat sie allerdings das erworbene Fahrzeug und die gezogenen Nutzungen herauszugeben (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 64 ff. zum „VW-Abgasskandal“).

Die Klägerpartei hat das Fahrzeug als Gebrauchtwagen mit einer Kilometerlaufleistung von 39.862 km erworben. Die Kilometerlaufleistung zum Schluss der mündlichen Verhandlung betrug 112.383 km.

Der Nutzungsvorteil errechnet sich aus dem Bruttokaufpreis von 52.850,00 € multipliziert mit der seit Vertragsschluss gefahrenen Laufleistung des Fahrzeugs zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung von 72.521 km geteilt durch die vom Gericht gemäß § 287 ZPO geschätzte Restlaufleistung. Das Gericht schätzt gemäß § 287 ZPO, dass ein Dieselfahrzeug des streitgegenständlichen Typs eine Gesamtfahrleistung von 300.000 km hat. Dieser Wert ergibt sich aus Schätzungen von Kfz-Sachverständigen, die in zahlreichen anderen Rechtsstreitigkeiten zu der erwartbaren Laufleistung vergleichbarer Kraftfahrzeuge befragt worden sind (vgl. hierzu u.a. BGH, 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - juris; OLG Stuttgart, 08.07.2020 - 4 U 490/19 m.w.N.). Somit besteht eine Restlaufleistung von 260.138 km. Dies bedeutet, dass der Kläger insgesamt einen Nutzungsvorteil in Höhe von 14.733,46 € gezogen hat, der in Abzug zu bringen ist, sodass ein Anspruch in Höhe von **38.116,54 €** (52.850,00 € - 14.733,46 €) besteht.

Im Übrigen war die Klage abzuweisen.

2. Der Klägerpartei steht auch ein Anspruch aus §§ 831 Abs. 1 S. 1, 249 BGB zu (vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019 - 13 U 142/18, 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 Abschaltvorrichtung 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 Abschaltvorrichtung für die Serienproduktion erfolgte bei der Beklagten letztlich auf der Arbeitsebene unterhalb der Repräsentanten. Es muss hier denkbare einen oder höchstwahrscheinlich sogar mehrere Mitarbeiter (Entwicklungsingenieure) bei der Beklagten gegeben haben, die von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtungen (Thermofenster und Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung) und der Nichtoffenlegung gegenüber dem KBA Kenntnis hatten. Diese Mitarbeiter sind Verrichtungsgehilfen 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 Ziff. I. 1.), denn ihnen musste klar sein, dass der von ihnen entwickelte Motor mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprach. Auch einem rechtlichen nicht weiter Vorgebildeten leuchtet ein, dass eine Abschaltvorrichtung, 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 Abschaltvorrichtungen mit Beginn der Serienfertigung in Fahrzeugen mit EG-Typengenehmigung Verwendung finden würde. Ferner haben diese das KBA durch Nichtoffenlegung der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung im Zulassungsverfahren (dazu oben) getäuscht. Damit nahmen sie auch eine Schädigung der jeweiligen Fahrzeugwerber billigend in Kauf, da ihnen klar war, dass bei Aufdeckung der unzulässigen Abschaltvorrichtungen 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 Abschaltvorrichtung) 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 Um-

stände 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 Vertrieb des streitgegenständlichen Motors mit den streitgegenständlichen Abschalteneinrichtungen 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 Ansprüche der Klägerpartei sind nicht verjährt, weshalb die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht greift. Die Beklagte hat nicht substantiiert vorgetragen, ab wann die Klägerpartei Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen gehabt haben soll.
  5. Der Zinsanspruch in Höhe von 5 Prozentpunkten seit Rechtshängigkeit (06.10.2020) folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Rechtshängigkeitszinsen waren demnach seit dem 07.10.2020 zu gewähren.
  6. Die Leistungsklage auf Schadensersatz in Form der Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltsgebühren (Klageantrag Ziff. 2) ist teilweise begründet.

Die Klägerpartei hat gemäß § 826 bzw. § 831 Abs. 1 S. 1, 249 BGB gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.550,80 €.

Der Schadensersatzanspruch nach § 826 bzw. § 831 Abs. 1 i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB er-

fasst auch die erforderlichen Kosten einer Rechtsverfolgung. Hierbei hat das Gericht einen Gegenstandswert in Höhe der zugesprochenen Klageforderung (38.116,54 €) zugrunde gelegt und eine 1,3-fache Geschäftsgebühr, die Auslagenpauschale und die Umsatzsteuer (in Höhe von 16 %) angesetzt.

### III.

Die Feststellungsklage hinsichtlich des Annahmeverzugs (Klageantrag Ziff. 3) ist jedenfalls zum Schluss der mündlichen Verhandlung 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 Klagerhebung zu sehen ist, den Kaufpreis Zug um Zug gegen Über-eignung und Herausgabe des Fahrzeugs zurückzubezahlen. Verzug ist spätestens mit dem Ablauf der Klageerwidierungsfrist am 03.11.2020 eingetreten. Die Beklagte befand sich daher zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 05.01.2021 längst in Verzug.

### IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 11, 711, 709 S. 1 und S. 2 ZPO.

**Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro 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.

Lambert  
Richterin

Verkündet am 09.02.2021

Holst, JFAng'e  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt  
Stuttgart, 10.02.2021



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