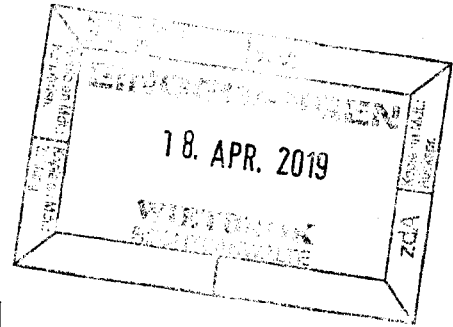


13 O 133/18

Verkündet am 15.04.2019

aez.

als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle



## Landgericht Kiel

### Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Wietbrok**, Eißendorfer Pferdeweg 36, 21075 Hamburg, Gz.: VW-21/18-FW

gegen

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

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatz

hat die 13. Zivilkammer des Landgerichts Kiel durch den Richter   als Einzelrichter auf Grund  
der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2019 für Recht erkannt:

Die Beklagtenpartei wird verurteilt, der Klägerpartei 27.819 € nebst Zinsen in Höhe von  
fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.06.2018 zu bezah-  
len, Zug-um Zug gegen Rückübereignung und Rückgabe des PKW VW Passat Variant 2,0  
| TDI BMT Comfortline DSG Getriebe, |

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

## Tatbestand

Die Klagpartei begehrt Schadenersatz von der Beklagten als Herstellerin des Motors seines von einem Autohändler erworbenen Fahrzeugs im Zusammenhang mit dem sogenannten Abgaskandal.

Die Klagpartei erwarb den streitgegenständlichen Pkw, VW Passat Variant 2.0 TDI BMT mit der Fahrzeugidentifikationsnummer XXXXXXXXXXXX am 10.10.2014 bei der Autohaus f XXXXXXXXXXXX GmbH inklusive Anhängerkupplung Endpreis von 27.819,- €. (Anlage K1a und K1b).

Die Beklagte ist Entwicklerin und Herstellerin des in dem Fahrzeug verbauten Dieselmotors EA189. Das Fahrzeug wurde als der Schadstoffklasse Euro 5 zugehörig verkauft.

Für den betrieb dieses Motors setzte die Beklagte eine Software ein, die zwei unterschiedliche Betriebsmodi zur Steuerung der Abgasrückführung kannte. Im Modus 1 kam es zu einer höheren Abgasrückführung und somit zu einem geringeren Ausstoß von Stickoxiden als in Modus 0. Der Modus 1 war allerdings nur beim Durchfahren des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) aktiv. Im normalen Straßenverkehr wurde der im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Motor nur im Betriebsmodus 0 betrieben. Ab September 2015 wurde die Verwendung dieser Software mit zwei Betriebsmodi zur Fahrzeugsteuerung bekannt. Später ordnete das Kraftfahrtbundesamt den Rückruf derjenigen Fahrzeuge an, deren Motor mit der oben genannten Software ausgerüstet worden waren. Es gab der Beklagten auf, Maßnahmen zu entwickeln und nach Freigabe zu ergreifen, um die betroffenen Fahrzeuge in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen. Im Rahmen der nach der Entwicklung der notwendigen Software und ihrer Freigabe durch das Kraftfahrtbundesamt schließlich folgenden Rückrufaktion bot die Beklagte den Kunden und darunter auch der Klagpartei an, ihr Fahrzeug bzw. die hier installierte Software zur Motorsteuerung kostenfrei einem Software-Update zu unterziehen, das nach Aufspielen auf die betroffenen Fahrzeuge dazu führen sollte, dass auch im normalen Betrieb die öffentlich-rechtlichen Grenzwerte der Schadstoffklassen eingehalten würden. Nach der Installation des Updates würde der Motor des Fahrzeugs durchgängig in einem angepassten Modus 1 betrieben.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 09.04.2018 (Anlage K3) machte die Klagpartei gegenüber der Beklagten Schadensersatzansprüche in Form der Rückgabe der PKW gegen Erstattung des Kaufpreises mit Fristsetzung bis zum 23.04.2018 geltend.

Zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung besaß das Fahrzeug eine Laufleistung von 82.102 km.

Die Klagpartei meint, bei der in dem Fahrzeug eingesetzten Software handle es sich um eine illegale Abschaltvorrichtung. Das Fahrzeug sei deswegen mangelhaft.

Von der Manipulation der Motorprogrammierung habe der Vorstand der Beklagten zumindest gewusst, sodass auch die Beklagte aus unerlaubter Handlung selbst verantwortlich für den Abgaskandal und seine Folgen sei.

Sie behauptet zudem, dass sie das Fahrzeug nicht gekauft hätte, wenn sie davon gewusst hätte, dass das Abgasrückführungssystem über zwei Betriebsmodi verfügt und die Euro 5-Grenzwerte nur im Prüfmodus eingehalten werden. Die nunmehr angebotene Nachbesserung durch ein Software-Update sei ungeeignet, den Mangel zu beheben; zudem seien schädliche Auswirkungen auf den Motor zu befürchten. Eine Nachbesserung sei auch zumutbar.

Die Klägerin meint, eine Nutzungsentschädigung sei nicht zu zahlen. Es sei von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 500.000 km auszugehen.

Die Klagpartei beantragt,

1. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, der Klägerpartei EUR 27.819,-- nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.10. 2014 zu bezahlen, Zug-um Zug gegen Übereignung des PKW VW Passat Variant 2,0 | TDI BMT Comfortline DSG Getriebe, r
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des im Klagenantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von EUR 2.077,74 freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie meint, die in dem Motor eingesetzte Software sei keine unzulässige Abschaltvorrichtung, sondern es handle sich um eine zulässige Gestaltung. Die dem NEF-Zyklus zugrunde liegenden Regelungen forderten nur eine Einhaltung der festgelegten Abgaswerte unter Laborbedingungen, nicht jedoch im tatsächlichen Betrieb.

Die Beklagte behauptet, die Entwicklung und Verwendung des Programms im EA189-Motor sei von den Organen der Beklagten zudem nicht entschieden worden oder ihnen zur Kenntnis gelangt.

Die Nachrüstung führe zudem zu keinerlei Nachteilen für die Klagpartei. Es fehle auch an einem wirtschaftlichen Schaden. Es sei von einer Gesamtleistung von 200.000 bis 250.000 km auszugehen, wobei maßgeblich auf die Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeuges abzustellen sei.

Die Klagschrift ist am 19.06.2018 zugestellt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist überwiegend begründet.

Die Klagpartei hat einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises abzüglich des Nutzungsersatzes Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs aus § 826 BGB.

Gemäß § 826 BGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenen Weise einem anderen vorsätzlich einen Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Beklagte hat die Klagpartei im Sinne des § 826 BGB vorsätzlich sittenwidrig geschädigt.

Sittenwidrig ist ein Verhalten immer dann, wenn es nach seinem unter zusammenfassender Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermittelnden Gesamtcharakter in dem Sinne dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft, dass es mit grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar ist (vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.11.2013 - VI ZR 336/12 -, NJW 2014, S. 383 [Tz. 9] m.w.N.). Das OLG Köln (Beschl. v. 3.1.2019 - 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498, Tz. 18 - 23) hat hierzu folgendes ausgeführt:

*„Ein derartiger, als sittenwidrig zu bewertender Verstoß gegen die Rechts- und Sittenordnung kann rein tatsächlich nicht nur in einer bereits nach § 123 BGB rechtlich missbilligten Täuschung eines Vertragspartners oder eines später hinzutretenden Dritten liegen, sondern schon in der Veräußerung eines z.B. wegen eines Unfallschadens mangelhaften Kfz an einen Zwischenerwerber, wenn nämlich in dem konkreten Fall damit zu rechnen war, dass derselbe es unter Verschweigen des Mangels weiterveräußern würde (vgl. dazu etwa OLG Braunschweig, Urt. v. 13. April 2006 - 8 U 29/05 -, juris Rn. 21 ff. m.w.N. zur diesbezüglichen OLG-Rechtsprechung sowie Sprau, in: Palandt, BGB, 77. Aufl., § 826 Rn. 23).*

*Einerseits liegt der Verstoß gegen die für das Sittenwidrigkeitsurteil maßgebenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung hier nicht bereits in der Veräußerung einer mangelhaften Sache als solcher und ebenso wenig schon in einem diesbezüglichen Gewinnstreben des Erstverkäufers. Vielmehr gehört es durchaus zum gewöhnlichen Rechtsverkehr, auch mangelhafte Sachen entgeltlich zu veräußern.*

*Andererseits bedarf es auch nicht der Täuschung des Erstkäufers bzw. Weiterverkäufers durch den Schädiger bzw. Erstverkäufer, sondern es ist ebenso anstößig, wenn dem Zweitverkäufer die Eigenschaften der erworbenen und weiter zu veräußernden Ware genau bekannt sind, der Erstverkäufer und der Zweitverkäufer aber dahingehend kollusiv zusammenwirken, einem Dritten die betreffende Sache zu veräußern, von dem sie annehmen müssen, dass er über keine Kenntnisse hinsichtlich der betreffenden, nachteiligen Eigenschaft verfügt, aber in Kenntnis der Umstände von dem Geschäft Abstand nehmen würde. In einem solchen Fall liegt der Tatbeitrag des Erstverkäufers bereits in der Veräußerung der mangelbehafteten Sache. Die Sittenwidrigkeit seines Verhaltens ergibt sich aber*

*erst aus den weiteren Umständen, also der Kenntnis nicht nur des Mangels, sondern auch der bevorstehenden Weiterveräußerung an einen ahnungslosen Dritten. Darüber hinaus kommt es darauf an, dass der Erstverkäufer auch in der Vorstellung handelt, dass der Dritte in Kenntnis der Umstände von dem Erwerb Abstand nehmen würde.*

*Den vorstehenden Erwägungen ist zu entnehmen, dass es letztlich auch nicht darauf ankommt, inwiefern der Erstkäufer bzw. Zweitverkäufer von dem betreffenden Mangel Kenntnis hat. Ebenso gut ist eine Konstellation denkbar, bei der der Erstverkäufer über überlegene Kenntnis verfügt, die Sache also dem ahnungslosen Zweitverkäufer bzw. Weiterverkäufer in der Vorstellung veräußert, dass dieser den Mangel weder kennt noch entdeckt und die Sache schon deshalb ohne entsprechende Information an einen Dritten veräußern wird. Auch darin liegt eine sittenwidrige Veräußerung.*

*Schließlich kommt es für die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Erstverkäufers als solche auch nicht darauf an, ob die Täuschung des Dritten und Zweitkäufers tatsächlich gelingt. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass das Verhalten des Erstverkäufers zu dem Zeitpunkt der möglichen Täuschung bereits abgeschlossen ist. Maßgebend können demnach nur die Vorstellungen des Erstverkäufers sein.*

*Kurz: Sittenwidrig handelt, wer eine Sache, von deren Mangelhaftigkeit er weiß, in der Vorstellung in den Verkehr bringt, dass die betreffende Sache von dem Erwerber in unverändert mangelhaftem Zustand an einen ahnungslosen Dritte, die in Kenntnis der Umstände von dem Geschäft Abstand nähmen, veräußert werden wird.“*

Dem schließt sich das Gericht an.

Ob dabei eine Konstellation (wie diejenige des OLG Köln, a.a.O.) mit einem dazwischengeschalteten Zweitverkäufer vorliegt, oder nicht, ist gemäß den obigen Ausführungen ohne Belang.

Es findet dabei auch eine Zurechnung nach § 31 BGB zu Lasten der Beklagten statt. Auch insoweit schließt sich das Gericht den folgenden Ausführungen des OLG Köln (a.a.O., Tz. 24-33) an:

*„Im vorliegenden Fall haben Mitarbeiter der Beklagten den Motor EA 189 Eu5 mit einer Software zur Motorsteuerung ausrüsten lassen, die zwei Betriebsmodi und darunter einen im Sinne der Abgasrückführung optimierten Betriebsmodus vorsah, und auf dieser Grund-*

lage haben Mitarbeiter der Beklagten die Typengenehmigungen der so ausgerüsteten Fahrzeuge erwirkt, ohne die dafür zuständige Behörde hiervon in Kenntnis zu setzen. Darin allein liegt, wie der Senat bereits in den andere Zusammenhänge betreffenden Verfahren 18 U 112/17 und 18 U 134/17 ausgeführt hat, mit Rücksicht auf die daraus folgende Rechtsunsicherheit für die Typengenehmigung und die Betriebszulassung der entsprechend ausgerüsteten Fahrzeuge ein gravierender Mangel.

Hinzu kommt, dass die Mitarbeiter der Beklagten also damit rechnen mussten und zur Überzeugung des Senats auch tatsächlich damit rechneten, dass die so ausgerüsteten Fahrzeuge ohne Hinweis auf die Erwirkung der Typengenehmigung unter Einsatz einer manipulativ wirkenden Software mit zwei Betriebsmodi weiterveräußert werden würden.

Aus der Heimlichkeit des Einsatzes der Software gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt, den beteiligten Stellen und den potentiellen Kunden gegenüber ergibt sich schließlich mit hinreichender Sicherheit, dass die beteiligten Mitarbeiter der Beklagten auch in der Vorstellung handelten, dass der Einsatz der Software zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Typengenehmigung und der Betriebszulassung der so ausgestatteten Fahrzeuge führen könnte und dass potentielle Kunden Fahrzeuge, die derart mit rechtlichen Unsicherheiten belastet waren, nicht ohne weiteres erwerben würden.

Diese Kenntnisse und Vorstellungen sind der Beklagten nach § 31 BGB zuzurechnen, weil aufgrund des hier maßgebenden Sach- und Streitstandes davon auszugehen ist, dass der Vorstand der Beklagten nicht nur über umfassende Kenntnisse von dem Einsatz der oben geschilderten Software verfügte, sondern auch in der Vorstellung die Herstellung und die Inverkehrgabe der mangelbehafteten Motoren veranlasste, dass diese unverändert und ohne entsprechenden Hinweis weiter veräußert werden würden. [...]

Steht nämlich ein (primär) darlegungspflichtiger Anspruchsteller außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs und kennt der Anspruchsgegner alle wesentlichen Tatsachen, so genügt nach den höchstrichterlichen Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast das einfache Bestreiten seitens des Anspruchsgegners nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (vgl. BGH, Urt. v. 17. Januar 2008 - III ZR 239/06 -, juris Rn. 16 m.w.N. zur BGH-Rspr.).

Soll aber für diese höchstrichterliche Rechtsprechung überhaupt ein Anwendungsbereich

eröffnet sein, müssen schon die Anforderungen an die primären Darlegungen seitens des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der nach dem maßgebenden Tatbestandsmerkmal erforderlichen Tatsache beschränkt werden, denn zur Frage des Umfangs einer sekundären Darlegungslast kann man stets nur dann gelangen, wenn der Anspruchsteller die Voraussetzung der ihn treffenden primären Darlegungslast zu erfüllen vermag. Das aber kann mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Anspruchsteller in der von der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung erörterten Fällen jeweils außerhalb des Geschehensablaufs steht und ihm entsprechende Kenntnisse aus strukturellen Gründen fehlen, nur dann geschehen, wenn man allgemeine Behauptungen ausreichen lässt und von weiterer Substantiierung absieht.

Vor diesem Hintergrund reicht einerseits die Behauptung des Klägers aus, dass dem Vorstand der Beklagten sämtliche oben erörterten Umstände bekannt gewesen seien, während andererseits das Vorbringen der Beklagten zu den internen Geschehnissen im Zusammenhang mit der Beauftragung, der Bezahlung, dem Empfang, der Kontrolle und der Verwendung der oben erwähnten Motorsteuerungs-Software nicht einmal ansatzweise ausreichen. Da die Beklagte auch nicht konkret darlegt, dass und wie einzelne Mitarbeiter unter Ausschluss des Vorstandes die mangelhafte Software pflichtwidrig beauftragen, bezahlen und verwenden ließen, kann sich die Beklagte auch hierauf nicht berufen und muss es sowohl bei der Annahme umfassender Kenntnisse des Vorstandes der Beklagten als auch bei der Anwendung des § 31 BGB im Sinne einer Zurechnung bleiben.

Den vorstehenden Erwägungen ist zum einen ohne weiteres zu entnehmen, dass und inwiefern in dem Verhalten der Beklagten als Herstellerin des hier fraglichen Motors sehr wohl ein sittenwidriges Verhalten liegt.

Zum anderen ergibt sich aus den obigen Ausführungen des Senats, dass die an der Beauftragung, Entwicklung und Verwendung der Manipulations-Software beteiligten Mitarbeiter der Beklagten zur Überzeugung des Senats vorsätzlich gehandelt haben, dass die Beklagte ihrer Darlegungs- und Substantiierungspflicht hinsichtlich der internen Vorgänge im Zusammenhang mit der Manipulations-Software nicht ansatzweise hinreichend nachkommt und dass von einem analog § 31 BGB zuzurechnenden Vorsatz des Vorstands auszuge-



hen ist. Da die Beklagte auch weiterhin keine konkreten Details ihres Geschäftsbetriebs im Zusammenhang mit der Manipulations-Software darlegt, muss es hierbei bleiben.“

Durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten hat die Klagpartei auch einen Schaden erlitten. Auch insoweit verweist das Gericht auf die folgenden Ausführungen des OLG Köln (a.a.O., Tz. 34 - 36), denen es sich anschließt.

„Der Kläger hat den geltend gemachten Schaden schon durch den Erwerb des mit der bereits mehrfach erwähnten Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Fahrzeugs erlitten. Auf die Fragen, welchen Verkehrswert das Fahrzeug hatte und hat und worauf eine negative Entwicklung des Verkehrswertes des Diesel-Fahrzeugs des Klägers zurückgeht, kommt es nicht an.

Der Schaden des Klägers besteht im vorliegenden Fall bereits in dem Erwerb des mit der manipulativ wirkenden Software zur Motorsteuerung ausgerüsteten Fahrzeugs, weil das erworbene Fahrzeug infolge der eingesetzten Software hinter den Vorstellungen des Klägers von der allgemein ordnungsgemäßen Ausrüstung des zu erwerbende Pkw zurückblieb und sich dieses Zurückbleiben schon infolge der damit zunächst verbundenen Unsicherheiten für die Typengenehmigung und die Betriebszulassung nachteilig auf den Vermögenswert des Pkw auswirkte.

In welchem Umfang das genau der Fall war und inwiefern andere Gesichtspunkte hinzutreten, die zu einem erheblichen Wertverlust sämtlicher Diesel-Fahrzeuge führten und führen, ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles schon deshalb nicht relevant, weil der Kläger als Schadenersatz die Rückabwicklung des Erwerbs begehrt und nicht Zahlung irgendeiner Wertdifferenz verlangt. Ausschlaggebend ist hier allein, dass das Fahrzeug mit einer Software ausgestattet war, die zu Unsicherheiten hinsichtlich des Fortbestandes der Typengenehmigung und der Betriebszulassung führte sowie nach den verbindlichen Vorgaben des Kraftfahrtbundesamtes einen Rückruf und ein Update mit einer seitens des Kraftfahrtbundesamtes genehmigten Software des Herstellers erforderte.“

Der eingetretene Vermögensschaden, wegen dem auf die auch zutreffenden Tz. 37- 40 und 43

des Beschlusses des OLG Köln (a.a.O.) verwiesen wird, war auch kausal. Auch insoweit schließt sich das Gericht diesen Ausführungen an.

*„Die Beklagte hat den nach den vorstehenden Erwägungen eingetretenen Vermögensschaden auch im Sinne einer „condicio sine qua non“ (vgl. dazu Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl., Vorb. v. § 249 Rn. 25 m.w.N.) verursacht. Hätte sie nämlich die Motoren des Typs EA 189 nicht mit der manipulativ wirkenden Software zur Motorsteuerung ausgerüstet und die so ausgestatteten Motoren nicht zwecks Weiterverwendung an den Fahrzeughersteller veräußert, hätte die Klagpartei den hier streitgegenständlichen Pkw Audi A4 2.0 l TDI nicht erwerben können.*

*Das Vorgehen der Beklagten, die mit einer Manipulations-Software ausgerüsteten Motoren des Typs EA 189 durch Veräußerung an Fahrzeughersteller in den Verkehr zu bringen, war auch nicht nur unter ganz besonderen, außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Umständen geeignet den Schaden herbeizuführen (vgl. zur notwendigen Adäquanz Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl., Vorb. v. § 249 Rn. 25 m.w.N.). Vielmehr war es so, dass die Motoren gerade für den Einbau in die für die Veräußerung bestimmten Fahrzeuge vorgesehen waren und dass das heimliche Vorgehen hinsichtlich der eingesetzten Software nur dann sinnvoll war, wenn man davon ausging, dass auch die Fahrzeughersteller weder die zuständigen öffentlichen Stellen, noch Händler, noch Kunden informieren würden. Dementsprechend war der Eintritt solcher Schäden, wie sie die Klagpartei erlitten hat, nicht nur nicht gänzlich unwahrscheinlich, sondern sogar bei gewöhnlichem Lauf der Geschehnisse sicher zu erwarten.*

*Auch mit Rücksicht auf den Schutzzweck des hier verletzten Verhaltensgebots (vgl. zu den entsprechenden Einschränkungen der Haftung aus § 826 BGB Wagner, in: Münch-Komm-BGB, 7. Aufl., § 826 Rn. 46 m.w.N.) kommt hier kein anderes Ergebnis in Betracht. Denn oben ist bereits ausgeführt worden, dass sittenwidrig hier bereits das Inverkehrbringen der mit der Manipulations-Software ausgerüsteten Motoren des Typs EA 189 in der Vorstellung war, dass diese in Fahrzeuge eingebaut werden würden und diese Fahrzeuge ahnungslosen Kunden veräußert werden würden. Der Sinn des entsprechenden Verhaltensverbots liegt aber in der Vermeidung solcher Schäden, wie sie die Klagpartei hier erlitten hat.*

*Im Zusammenhang mit dem Schaden und der Kausalität ist abschließend klarzustellen, dass es nicht auf eine Täuschung über die Einhaltung von Grenzwerten der Euro-5-Norm im Alltagsbetrieb o.ä. Vorstellungen des Klägers als Käufer ankommt. Maßgebend für das Vorhandensein eines Schadens ist vielmehr lediglich die allgemeine Vorstellung des Klägers als Käufer eines für die Nutzung im Straßenverkehr bestimmten Pkw, dass die dafür notwendige Typengenehmigung und die Betriebszulassung ohne gegenüber den zuständigen öffentlichen Stellen verheimlichte Manipulation erwirkt wurden und dass es deshalb keine rechtlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Typengenehmigung und der Betriebszulassung und ausgehend von einer heimlichen Manipulation gibt und geben wird.  
[...]*

*Da der Schadenersatzanspruch des Klägers bereits mit dem Erwerb des Fahrzeugs entstanden ist und auf Restitution durch Rückabwicklung des Kaufs gerichtet ist, kann in der jüngst erfolgten Ausstattung des Fahrzeugs mit dem vom Kraftfahrtbundesamt erzwungenen Software-Update keine Erfüllung des Schadenersatzanspruchs liegen, und auch ein Entfallen des Schadens infolge eines überholenden Kausalverlaufs vermag die Beklagte insofern nicht hinreichend darzulegen, als sie nicht durch Offenlegung des Software-Updates in allen Details dartut, dass das Software-Update keine anderen negativen Auswirkungen haben kann. Angesichts dessen muss es bei dem hier vom Senat bejahten Schaden, der in dem Erwerb eines Fahrzeugs mit nicht gewollten Eigenschaften liegt und letztlich nur durch Rückabwicklung ausgeglichen werden kann, bleiben.“*

Das Gericht ist gemäß § 286 Abs. 1 ZPO auch davon überzeugt, dass die Klagpartei die hinreichende Vorstellung besaß, ein Fahrzeug zum Zwecke der Nutzung im Straßenverkehr zu erwerben und dies auch tat und nicht etwa glaubte, ein Fahrzeug zu erwerben, dessen Typengenehmigung und Betriebszulassung durch die Genehmigungs- und Zulassungsbehörden in Frage gestellt waren.

Soweit beklagtenseits vorgetragen wird, dass die Klagpartei auch in Kenntnis der Software das Fahrzeug erworben hätte, verfängt dies nicht. Denn insoweit kommt es zum einen auf die Vorstellung der Klagpartei an, die unzweifelhaft ein Fahrzeug mit bestandskräftiger Typenzulassung und Betriebsgenehmigung erwerben wollte. Die ergibt sich bereits daraus, dass die Klagpartei ein Fahrzeug erwerben wollte, das für die Nutzung im Straßenverkehr geeignet und bestimmt war

und nicht etwa ein Fahrzeug, dessen Nutzbarkeit im Straßenverkehr unsicher war (vgl. auch: OLG Köln, a.a.O., Tz. 42).

Auch der Vorsatz bezüglich des Schadens liegt vor.

Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zum vorsätzlichen Handeln der Mitarbeiter und der Zurechnung nach § 31 BGB verwiesen.

Die Beklagte hat der Klagpartei nach § 826 BGB in Verbindung mit §§ 249 ff BGB demnach einen Betrag in Höhe des Kaufpreises abzüglich des von der Klagpartei gezogenen Nutzungsvorteils zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

Die gezogenen Nutzungen hat sich die Klagpartei anrechnen zu lassen, weil andernfalls eine vom Schadensrecht nicht gedeckte Überkompensation stattfinden würde.

Die Berechnung des Nutzungsvorteils erfolgt, indem der Bruttokaufpreis mit den gefahrenen Kilometern multipliziert und das Produkt durch die zu erwartende Restlaufleistung des Fahrzeugs dividiert wird. Bei Fahrzeugen der gehobenen Mittelklasse mit ausdauernden Dieselmotoren – wie hier – wird eine Gesamtlaufleistung in der Rechtsprechung regelmäßig zwischen 200.000 – 300.000 km angenommen (Staudinger, BGB, 2012, § 346 Rn. 261). Das Gericht schätzt daher die Gesamtlaufleistung für das streitgegenständliche Fahrzeug gemäß § 287 ZPO auf 250.000 km. Eine Differenzierung zwischen der zu erwartenden Gesamtlaufleistung und einer ggf. niedrigeren Gesamtnutzungsdauer, findet dabei im Gesetz keine Stütze.

Die Klagpartei fuhr mit dem Fahrzeug 82.102 km.

Hieraus ergibt sich folgender, der Beklagten zustehender Nutzungersatz:  $27.819 \text{ €} \times 82.102 \text{ km}$  geteilt durch  $250.000 = 9.135,98 \text{ €}$ .

Dieser Betrag ist von dem Kaufpreis in Höhe von 27.819 € in Abzug zu bringen, so dass ein

Schadensersatzanspruch zum Schluss der mündlichen Verhandlung in Höhe von 18.683,02 € verbleibt.

Im Hinblick auf die mit einer Zug-um-Zug-Leistung verbundenen vollstreckungsrechtlichen Anforderungen gem. §§ 756, 765 ZPO ist ein entsprechender Feststellungsantrag auch ohne weiteres zulässig.

Annahmeverzug im Sinne des § 293 BGB ist im Hinblick auf das Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klagpartei vom 09.04.2018 nicht eingetreten, weil es an der Mitteilung eines Kilometerstandes für die abzuziehende Nutzungsentschädigung fehlte und daher die Beklagte diesen nicht berechnen konnte.

Annahmeverzug hätte gemäß § 298 BGB voraus gesetzt, dass die klagende Partei von der Beklagten die geschuldete Zahlung verlangt, was eine der Höhe nach bestimmte oder jedenfalls bestimmbare Forderung voraus setzt.

In der mündlichen Verhandlung teilt die klagende Partei die Lauffleistung zwar mit. Annahmeverzug scheidet nunmehr aber daran, dass die klagende Partei ohne Anrechnung eines Vorteilsausgleichs eine weitaus höhere Zahlung fordert als geschuldet. Das Gericht schließt sich insoweit den überzeugenden Ausführungen des LG Kiel (LG Kiel Ur. v. 18.5.2018 – 12 O 371/17, BeckRS 2018, 8903, beck-online) an:

*„Eine solche Zuvielforderung hindert den Eintritt des Annahmeverzugs (BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 275/04 –, BGHZ 163, 381-391, Rn. 27 ff.; KG Berlin, Urteil vom 19. Oktober 2017 – 8 U 230/15 –, Rn. 111; OLG Frankfurt, Urteil vom 13.07.2016 - 17 U 144/15; OLG Koblenz, Urteil vom 19. Juni 2008 – 6 U 1424/07 – OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.09.2007 - 7 U 169/06; MüKoBGB/Ernst BGB § 295 Rn. 4; a.A. Hager in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 298 BGB, Rn. 3; Niemeyer/König, NJW 2013, 3213). Die potenziell weit reichenden Folgen des Annahmeverzugs (§§ 300 ff. BGB) können dem Gläubiger billigerweise dann nicht aufgebürdet werden, wenn sich der Schuldner zur Herausgabe selbst gegen Erhalt der ihm seinerseits zustehenden Leistung nicht bereit erklärt. Wäre die klagende Partei entgegen ihres Klageantrags zur Herausgabe auch gegen Zahlung eines geringeren Betrags bereit, hätte sie der Beklagten ohne Schwierigkeiten ein*

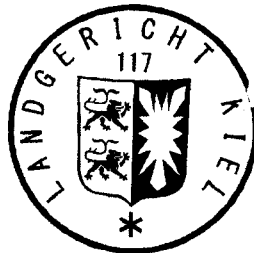
*entsprechendes wörtliches Angebot zukommen lassen können. Ohne ein solches Angebot kann eine solche Bereitschaft nicht unterstellt werden.“*

Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 291 Abs. 1, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Zinsbeginn folgt analog aus § 187 Abs. 1 BGB.

Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 958,19 € gegen die Beklagte aus §§ 826, 249 Abs. 1 BGB zu. Die Anwaltskosten belaufen sich der Höhe auf eine 1,3 Geschäftsgebühr nach einem Gegenstandswert von 18.683,02 € auf 845 €, zuzüglich Auslagenpauschale von 20,00 € sowie 19% Mehrwertsteuer in Höhe von 164,35 €, mithin insgesamt 1.029,35 €. Es handelt sich vorliegend sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch hinsichtlich des rechtlichen Schwierigkeitsgrades nicht um einen überdurchschnittlichen Fall. Die diskutierten Rechtsfragen sind Gegenstand diverser Gerichtsentscheidungen, die Beteiligten verwenden standardisierte Schreiben und Textbausteine formelmäßig in einer Vielzahl von Fällen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 und 2 ZPO.

Richter



Beglaubigt