Oberlandesgericht Köln, 24 U 112/21

Datum:	10.03.2022
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	24. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	24 U 112/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2022:0310.24U112.21.00

Vorinstanz:	Landgericht Bonn, 19 O 60/20

Tenor:

I.

Auf die Berufung des Klägers wird das am 3.5.2021 verkündete Urteil des Einzelrichters der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 9 O 60/20 – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 12.422,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.05.2020 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKW Skoda Superb 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) A nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Kfz-Brief.

2.

Es wird weiter festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Ziffer 1) genannten PKWs in Annahmeverzug befindet.

3.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, den Kläger von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.099,56 € freizustellen.

4.

Es wird festgestellt, dass der unter Ziffer 1) zugesprochene Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.

5.

Es wird festgestellt, dass sich der Rechtstreit in der Hauptsache in Höhe von 2.136,92 € erledigt hat.

6.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen der Kläger zu 25 % und die Beklagte zu 75 %. Die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz trägt die Beklagte.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe 1

I. 2

Mit der Klage verlangt der Kläger von der Beklagten Rückabwicklung des am 08.04.2015 geschlossenen Kaufvertrags über ein Neufahrzeug der Marke Skoda Superb 2.0 TDI zum Kaufpreis von 40.500 € (brutto). In dem Fahrzeug ist ein Motor des Typs EA288 Euro 6 mit SCR-Katalysator verbaut. 3

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Ergänzend ist auszuführen, dass bereits in erster Instanz unstreitig war, dass das Fahrzeug über eine Prüfstandserkennung in Form einer Fahrkurvenerkennung verfügt, die bewirkt, dass auch nach Erreichen einer optimalen Betriebstemperatur des SCR-Katalysators von 200° C die bis dahin gegebene hohe Abgasrückführungsrate (nachfolgend AGR-Rate) weiter parallel bestehen blieb, was außerhalb des Prüfstands nicht der Fall war. Die Strategie war gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt (nachfolgend KBA) im Typenzulassungsverfahren nicht offengelegt worden. Die Beklagte hat erstinstanzlich hierzu 4

behauptet, die Beibehaltung der hohen AGR-Rate im allerletzten Teil des Prüfzyklus im Neuen Europäischen Fahrzyklus (nachfolgend NEFZ) sei für das Einhalten der gesetzlich vorgeschriebenen Emissionsgrenzwerte nicht relevant. Diese würden auch bei Abschaltung der Prüfstandserkennung eingehalten.

Der Kilometerstand zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung des Senats betrug 207.979 km. 5

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Dem Kläger stehe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 17.372,75 €, Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Skoda Superb zu, insbesondere nicht aus § 826 BGB oder aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB. Er habe bereits nicht hinreichend substantiiert zu dem Vorhandensein von unzulässigen Abschalteinrichtungen im Motor seines Fahrzeugs vorgetragen. Seine Behauptung, in seinem Fahrzeug sei eine Manipulationssoftware verbaut, die im Kern so funktioniere wie die des EA 189, stehe in unauflösbaren Widerspruch zu der Behauptung, die Abgasrückführung werde temperaturgesteuert reduziert. Letzteres sei gerade nicht prüfstandabhängig. Seine Behauptung, das Fahrzeug sei mit einem Thermofenster ausgestattet, das außerhalb des Temperaturbereichs von 20° bis 30° Grad die Abgasrückführung reduziere, sei aus der Luft gegriffen. Gleiches gelte für den Vortrag einer angepassten AdBlue-Einspritzung und von drehzahlabhängigen Modifikationen des Emissionsverhaltens und auch für die übrigen „Abschalteinrichtungen“. Der Vortrag sei spekulativ. Hierfür spreche auch die Tatsache, dass es bezüglich des streitgegenständlichen Fahrzeugs weder ein Einschreiten durch das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) noch einen verbindlichen Rückruf gegeben habe. Auch soweit der Kläger auf die Applikationsrichtlinie der Beklagten vom 18.11.2015 zum Motor EA288 Bezug nehme, sei dem kein greifbarer Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Abschalteinrichtung zu entnehmen. Der substantiierte Vortrag der Beklagten hierzu sei nachvollziehbar. Auch zum behaupteten Vorsatz sei der Vortrag des Klägers unsubstantiiert. 6

Andere deliktische Ansprüche kämen nicht in Betracht. Die von dem Kläger geltend gemachten Forderungen seien nicht von § 27 EG-FGV a.F. als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB erfasst. Gleiches gelte für § 6 Abs. 2 EG-FGV in Verbindung mit Art. 19 der Richtlinie 2007/46/EG sowie für Art. 4, 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (nachfolgend VO (EG) 715/2007). 7

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seine erstinstanzlichen Klageanträge weiterverfolgt. Zur Begründung macht er geltend: In seinem Fahrzeug seien bei der Auslieferung unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut gewesen. Die Abgasnachbehandlung mittels eines SCR-Katalysators in Kombination mit AdBlue sei unter Einsatz einer Prüfstandserkennung erfolgt. Das streitgegenständliche Fahrzeug habe über eine Akustikfunktion verfügt, die bewirkt habe, dass die Abgaswerte auf dem Prüfstand eingehalten worden seien, auf der Straße hingegen in einen anderen Modus geschaltet worden sei mit der Folge, dass eine Abgasreinigung nur unzureichend erfolgt sei. Es sei zudem ein sog. Thermofenster vorhanden, was ebenfalls unzulässig sei. Schließlich habe die Beklagte ein manipuliertes „On-Board-Diagnose-System“ (OBD) verwendet, das gleichfalls als unzulässige Abschalteinrichtung einzustufen sei. Das Landgericht habe seinen diesbezüglichen Vortrag nicht mangels Substantiierung zurückweisen dürfen. Indem seinen 8

Beweisangeboten nicht nachgegangen worden sei, sei sein Recht auf rechtliches Gehör verletzt worden. Das Landgericht habe fehlerhaft verkannt, dass ihm gegen die Beklagte sowohl ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB als auch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB sowie aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zustehe. Daneben sei das Landgericht fehlerhaft über den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB hinweggegangen.

Der Kläger hat ursprünglich den Antrag angekündigt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 14.559,75 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Rückübereignung des Fahrzeugs Skoda Superb 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) A. 9

Schließlich hat er den Rechtsstreit im Hinblick auf die Laufleistung des Fahrzeugs im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz in Höhe von 2.136,92 € einseitig für erledigt erklärt. 10

Der Kläger beantragt nunmehr, 11

das am 3.5.2021 verkündete Urteil des Einzelrichters der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 9 O 60/20 – abzuändern und 12

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 12.422,83 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Rückübereignung des Fahrzeugs Skoda Superb 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) A nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Kfz-Brief; 13 14

- 2. hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm Schadenersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung i. S. v. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug Skoda Superb 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) A resultieren. 15 16

Ferner beantragt der Kläger, 17

- 3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der im Antrag zu 1) genannten Zug- um-Zug-Leistung in Annahmeverzug befindet; 18 19

- 4. festzustellen, dass der in Antrag zu Ziff. 1 bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrührt; 20 21

- 5. die Beklagte zu verurteilen, ihn von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.613,24 € freizustellen. 22 23

Die Beklagte beantragt, 24

25

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Die Fahrkurvenerkennung habe keine unzulässige Abschalteinrichtung dargestellt, da sie keinen Einfluss auf die Einhaltung der Grenzwerte gehabt habe. Mangels Grenzwertkausalität sei daher auch nicht vom Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung auszugehen. Diese Rechtsauffassung vertrete nunmehr auch das KBA unter Hinweis auf Artikel 5 Abs. 2 Buchst. c) VO (EG) 715/2007. Dem seien zahlreiche Gerichte gefolgt. 26

Mit nachgelassenem Schriftsatz trägt die Beklagte vor, das streitgegenständliche Fahrzeug weise einen Typprüfwert von lediglich 58,5 mg/km NOx auf. Dieser Wert befinde sich in einem so deutlichen Abstand zum NOx-Grenzwert von 80 mg/km, so dass bei sachverständiger Einschätzung erkennbar gewesen sei, dass das Hochhalten der AGR im allerletzten Streckenabschnitt des NEFZ keinen Einfluss auf die Einhaltung der Grenzwerte haben konnte. 27

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 28

II. 29

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. 30

1. 31

Der Kläger hat gegen die Beklagte unter Berücksichtigung einer anzurechnenden Nutzungsentschädigung in Höhe von 28.077,17 € einen Anspruch auf Zahlung von 12.422,83 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges aus §§ 826, 31 BGB. 32

a) 33

Das Verhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger ist als objektiv sittenwidrig zu qualifizieren. 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. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, NJW 2021, 921; BGH, NJW 2020, 1962 m.w.Nachw.). Da für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als (nicht) sittenwidrig in einer Gesamtschau (BGH, NJW 2020, 1962) dessen Gesamtcharakter zu ermitteln ist, ist ihr das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen (BGH, NJW 2020, 2798). 34

35

Hiernach ist das Verhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger als objektiv sittenwidrig zu qualifizieren.

aa) 36

Das streitgegenständliche Fahrzeug war im Ursprungszustand mit einer unzulässigen und prüfstandsbezogenen Abschalteinrichtung ausgestattet. 37

Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 hat der Hersteller von ihm gefertigte Neufahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die vorgegebenen Emissionsgrenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO (EG) 715/2007) 38

und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO (EG) 715/2007) erreicht wird (BGH, NJW 2019, 1133 Rn. 10). Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 715/2007) greifen (vgl. auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7 - 3000 - 031/16, S. 12 ff.). Dabei ist eine "Abschalteinrichtung" gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 definiert als jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird (BGH, NJW 2019, 1133). Zu einem solchen Konstruktionsteil zählt auch eine in den Rechner der Motorsteuerung integrierte oder auf ihn einwirkende Software, da sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems Einfluss nimmt und dessen Wirksamkeit verringert. Dabei sind nicht nur Technologien und die Strategie der Nachbehandlung von Abgasen erfasst, sondern auch solche, mit denen - wie vorliegend mithilfe der Abgasrückführung - die Emissionen im Vorhinein, das heißt bei ihrer Entstehung, verringert werden (vgl. BGH, NJW 2021, 2958; EuGH, NJW 2021, 1216). 39

Ausgehend von diesen weitgefassten Bestimmungen handelt es sich bei der im Fahrzeug des Klägers bei seiner Auslieferung installierten Software um eine unzulässige Abschalteinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007. Denn die Software war unstreitig in der Lage, zu erkennen, ob sich das Fahrzeug in einem Prüfzyklus zur Ermittlung der Emissionswerte befand. Mit dieser Prüfstandserkennung war auch unstreitig ein verändertes Emissionsverhalten des Fahrzeugs verknüpft. Denn wenn mittels Fahrkurvenerkennung eine Prüfung gemäß NEFZ erkannt wurde, führte dies dazu, dass in diesem Fall eine hohe AGR-Rate auch nach Erreichen einer optimalen Betriebstemperatur des SCR-Katalysators von 200° C beibehalten wurde, während im Straßenbetrieb die AGR-Rate heruntergeregelt wurde. Dabei stellt auch die Beklagte nicht in Frage, dass diese veränderte Strategie der Abgasrückführung auch einen Einfluss auf den Ausstoß an Stickoxiden (NOx-Werte) hatte, auch wenn sie in Abrede stellt, dass die Minderung zur Einhaltung des gesetzlich vorgeschrieben Grenzwerts erforderlich war. 40

41

bb)

Soweit Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 715/2007 in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschalteinrichtungen gestattet, sind die hierfür erforderlichen (engen) Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt. 42

aaa) 43

Dass die bezeichnete Softwarefunktion erforderlich gewesen wäre, um den Motor vor einer Beschädigung oder einem Unfall zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) VO (EG) 715/2007) behauptet die Beklagte nicht und ist auch sonst nicht ersichtlich. 44

bbb) 45

Es handelt sich auch nicht um eine Abschalteinrichtung, die nicht länger arbeitet, als dies zum Anlassen des Motors erforderlich ist (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b) VO (EG) 715/2007), denn die optimale Betriebstemperatur des SCR-Systems wird - was ohne weiteres nachvollziehbar ist - nach dem Vortrag der Beklagten nicht unmittelbar nach dem Motorstart, sondern erst nach einer gewissen Zeit und Fahrstrecke erreicht, so dass die veränderte Strategie der AGR schon in keinem zeitlichen Zusammenhang mit dem Anlassen des Motors steht. 46

ccc) 47

Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt aber auch keine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c) VO (EG) 715/2007 vor. Demnach ist eine Abschalteinrichtung zulässig, wenn "die Bedingungen in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen enthalten sind“. Diese - ausgehend vom Wortlaut zunächst schwer verständliche - Ausnahme ist, wie eine frühere Fassung des Verordnungsentwurfs zeigt, nur dann anwendbar, wenn die Bedingungen, "unter denen die Einrichtung arbeitet", im Emissionsprüfverfahren im Wesentlichen "berücksichtigt" sind (vgl. dazu den Kommissionsentwurf vom 21. Dezember 2005, KOM [2005] 683 endg., S. 18). Die in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c) VO (EG) 715/2007 vorgesehene Privilegierung ist daher nur dann einschlägig, wenn die Abschalteinrichtung deshalb greift, weil dies durch die Prüfverfahren zur Emissionsmessung im Wesentlichen vorgegeben wird (siehe auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7 - 3000 - 031/16, S. 18). Dass durch die demgegenüber geänderte Formulierung in der verabschiedeten Fassung der VO (EG) 715/2007 ein anderer Aussagegehalt beabsichtigt war, ist nicht ersichtlich (vgl. BGH, NJW 2019, 1133). Da nichts dafür spricht - und von der Beklagten auch nicht behauptet wird -, dass die im Fahrzeug des Klägers vorhandene Abschalteinrichtung durch die Prüfverfahren zur Emissionsmessung vorgegeben war, greift die Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. c) VO (EG) 715/2007 vorliegend nicht. 48

Dass mit dieser Vorschrift – wie von der Beklagten behauptet - eine „Grenzwertkausalität“ eingeführt werden sollte, wonach eine Abschalteinrichtung zulässig ist, solange der vorgeschriebene Grenzwert auch dann eingehalten wird, wenn die Abschalteinrichtung deaktiviert wird, ist weder dem Wortlaut zu entnehmen noch im Rahmen einer teleologischen oder historischen Auslegung in die Regelung hineinzuinterpretieren. So erscheint es bereits zweifelhaft, ob der vorgeschriebene Grenzwert überhaupt eine „Bedingung“ i.S. der genannten Norm darstellt, da dieser mit dem Ablauf der Prüfung gemäß NEFZ in keinem inhaltlichen Zusammenhang steht, sondern sich allein auf das Ergebnis der Prüfung bezieht. 49

Darüber hinaus würde ein Normverständnis, wonach eine Abschalteinrichtung zulässig sein soll, solange auch bei ihrer Deaktivierung der Grenzwert eingehalten würde, die Ausnahmevorschrift uferlos ausweiten und letztlich das Erfordernis einer Prüfung gemäß NEFZ entwerten. Das Ziel der Verordnung ist eine Verbesserung der Luftqualität und die Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte. Dieses Ziel sollte durch eine erhebliche Minderung der Stickstoffoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen, insbesondere durch die in der Euro-6-Stufe festgelegten Grenzwerte, erreicht werden (vgl. Erwägung (6) VO (EG) 715/2007). In konsequenter Umsetzung der Ziele der Verordnung war die Durchführung eines Typengenehmigungsverfahrens vorgesehen, in dem die Fahrzeuge in einem standardisierten Verfahren (NEFZ) auf die Einhaltung der NOx-Emissionen hin überprüft werden sollten. Es entspricht Sinn und Zweck einer solchen Prüfung, dass sich ein objektiver Dritter – ggf. auch die Genehmigungsbehörde selbst - von der Erfüllung der gesetzlich geforderten Voraussetzungen, also der Einhaltung der NOx-Grenzwerte, überzeugen kann. Das war vorliegend aufgrund der Prüfstandserkennung mit sich daran anschließender veränderter Abgasbehandlung indes strukturell nicht möglich. Durch die Verwendung der Prüfstanderkennung lief das Fahrzeug auf dem NEFZ mit einem anderen Emissionsverhalten als unter realen Bedingungen. Bei einer solchen Steuerung lassen die im NEFZ ermittelten Werte jedoch keinen – auch keinen mittelbaren - Schluss auf die wirklichen Werte im Realbetrieb oder bei einem Betrieb nach Maßgabe des NEFZ im unmanipulierten Zustand mehr zu. Auch wenn – dem Vortrag der Beklagten folgend – die gesetzlichen NOx-Grenzwerte für das streitgegenständliche Fahrzeug mit dem Motor EA288 Euro 6 (SCR) auch bei Abschaltung der Prüfstanderkennungssoftware auf dem genormten Prüfzyklus eingehalten worden wären, machte es die von der Beklagten installierte Software für jeden Prüfer unmöglich, sich von der Einhaltung der Grenzwerte durch eine eigene Messung selbst zu überzeugen. Dass der Normgesetzgeber eine solch sinnentstellte Prüfung ermöglichen wollte, ist ausgeschlossen. Andernfalls hätte er schlicht auf das Prüfverfahren verzichten und die Zusagen der Hersteller, dass die gesetzlichen NOx-Grenzwerte auf dem NEFZ eingehalten werden, zur alleinigen Grundlage für die Erteilung der Typengenehmigung machen können.

Die hiervon abweichende Auffassung der Beklagten, die darauf hinausläuft, dass Manipulationen der Messungen auf dem Prüfstand beliebig erlaubt sein sollen, solange die Grenzwerte bei Deaktivierung der entsprechenden Software eingehalten würden, führt den Sinn und Zweck des Testverfahrens, verlässliche Ergebnisse in Bezug auf die Einhaltung der Grenzwerte zu liefern, ad absurdum, weil dann nämlich nicht einmal mehr die unter Prüfbedingungen ermittelten Werte verlässlich, sondern bereits verfälscht sind, und dementsprechend die Testwerte nicht mehr den geringsten Schluss auf die Werte im Realbetrieb zulassen (vgl. Schlussanträge der Generalanwältin EUGH C-693/18, Nr. 124, 125; EuGH, NJW 2021, 1216 Rn. 98). 50

Die von der Beklagte angenommene „Grenzwertkausalität“ lässt sich auch nicht den Entscheidungen des EuGH und des BGH entnehmen. Zwar heißt es insoweit beim EuGH: „… die Leistung des Emissionskontrollsystems bei diesen Verfahren zu verbessern und so die Zulassung des Fahrzeugs zu erreichen“ (EuGH, NJW 2021, 1216 Rn. 102). Auch der BGH formuliert: „… bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen, um auf diese Weise die Einhaltung der (andernfalls nicht erreichten) Emissionsgrenzwerte sicherzustellen“ (vgl.: BGH, NJW 2019, 1133 Rn 13). Dies ist indes den Besonderheiten der den Entscheidungen zugrundeliegenden Fallkonstellationen geschuldet. Die von der Beklagten beim Motor EA 189 eingesetzte Umschaltlogik diente gerade dazu, der Genehmigungsbehörde die ansonsten nicht gegebene Einhaltung der Grenzwerte vorzuspiegeln (vgl. BGH, NJW 2020, 1962). Daraus lässt sich 51

aber - anders als die Beklagte offenbar meint - nicht der Umkehrschluss ziehen, dass es sich bei der Grenzwertkausalität um ein (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal einer unzulässigen Abschalteinrichtung handelt, das auch bei einer prüfstandsbezogenen Abschalteinrichtung zum Tragen kommt.

cc) 52

Nach Maßgabe dieser Grundsätze stellt sich der Einsatz der unzulässigen Abschalteinrichtung durch die für die Beklagten handelnden Personen als besonders verwerflich dar. Mit der Beantragung der EG-Typgenehmigung wird zumindest stillschweigend erklärt, dass das Fahrzeug auf dem Prüfstand unter den gleichen Bedingungen betrieben wird, wie auf der Straße, soweit nicht aus technischer Hinsicht eine Abweichung bspw. aus Sicherheitsgründen erforderlich ist, wie es bspw. hinsichtlich der Abschaltung von ESP oder ABS auf dem Rollenprüfstand der Fall sein soll. Dass das Kriterium der Prüfstandsbezogenheit geeignet ist, um zwischen nur unzulässigen Abschalteinrichtungen und solchen zu unterscheiden, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, ist auch in der Rechtsprechung des BGH anerkannt (vgl. BGH, NJW 2021, 3721; BGH, NJW 2021, 1814; BGH, NJW 2021, 921). Wer im Prüfverfahren zur Typengenehmigung bewusst ein Fahrzeug vorführt, welches über eine Prüfstandserkennung verfügt und daran emissionsmindernde Maßnahmen knüpft, handelt im Bewusstsein, die Behörde über das Emissionsverhalten des Fahrzeuges zu täuschen. 53

Die vorliegende Situation ist insbesondere auch nicht mit der Installation eines sog. Thermofensters vergleichbar. Kennzeichnend für diese temperaturgesteuerte Abgasrückführungsstrategie ist gerade, dass diese sowohl auf als auch außerhalb des Prüfstands in gleichem Maße zur Anwendung kommen kann. Daher ist in der Installation eines Thermofensters nicht ohne Weiteres eine sittenwidrige Schädigung zu erblicken. Vielmehr muss feststehen, dass die verantwortlichen Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der Software in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden und dass sie den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen haben, was bei einer nicht-prüfstandsbezogenen Steuerung bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte gerade nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann (vgl. BGH, NJW 2021, 3721 m.w.Nachw.). So liegt der Fall hier jedoch nicht. Dass die Beklagte bei Beantragung der EG-Typgenehmigung oder dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs davon ausgegangen ist, mit der Regelung in Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. c) VO (EG) 715/2007 werde den Fahrzeugherstellern die Möglichkeit eingeräumt, im Typengenehmigungsverfahren ein prüfstandsbezogen manipuliertes Fahrzeug vorzuführen und damit - wie dargelegt - das Prüfungsverfahren ad absurdum zu führen, hält der Senat für ausgeschlossen. Auch das spätere tatsächliche Verhalten der Beklagten spricht gegen eine solche Bewertung durch die Beklagte im Zeitpunkt der Typengenehmigung. Letztlich hat die Beklagte im Zuge der Aufdeckung der Manipulationen im EA189-Motor auch die entsprechende Software aus den Fahrzeugen mit dem EA288-Motor entfernt. Zwar mag dies auch unter dem Eindruck der öffentlichen Berichterstattung zu dem Dieselskandal im Zusammenhang mit dem Motor EA 189 erfolgt sein. Die von der Beklagten mithin antizipierte Bewertung durch die Öffentlichkeit und ggf. auch durch das KBA in Bezug auf die auch im Motor EA 288 verbaute Prüfstandserkennung stützen die Auffassung des Senats, dass niemand – auch nicht die Entscheidungsträger der Beklagten - davon ausgegangen ist, dass eine prüfstandsbezogene Änderung der Emissionsstrategie, ob mit oder ohne Einhaltung der Grenzwerte, ohne sachlichen Grund zulässig sein könnte. 54

55

Ein Grund, der den bewussten Einsatz der unzulässigen Abschalteinrichtung rechtfertigen und die Verwerflichkeit des Handelns ausschließen würde, ist nicht ersichtlich. Zwar ist für den Senat - anders als beim Motor EA189 – auch nicht erkennbar, welches Ziel die Beklagte mit der prüfstandsbezogenen Manipulation der EA288-Motoren mit SCR-Katalysator verfolgte. Aufgrund der Prüfstandsbezogenheit der Abschalteinrichtung, die bereits die Verwerflichkeit des Handelns der Beklagten indiziert, wäre es aber Aufgabe der Beklagten gewesen, rechtfertigende Gründe für den Einsatz der Software vorzutragen. Zu den Gründen, die die Beklagte bei Fahrzeugen mit EA 288-Motor und SCR-Katalysator zu der Installation der geänderten AGR-Strategie auf dem Prüfstand veranlasst haben, schweigt diese jedoch beharrlich. Die Beklagte hat sich auch auf Nachfrage des Senats zu den Gründen des Einsatzes einer - wie sie vorträgt – nicht grenzwertkausalen Abgasstrategie nicht erklärt. Auch in diesem Punkt unterscheidet sich die vorliegende Fallkonstellation erheblich von den Fällen, in denen der BGH über einen Anspruch nach § 826 BGB wegen Einsatz eines Thermofensters zu entscheidenden hatte und in denen er ein verwerfliches Handeln der Fahrzeughersteller verneint hat (BGH, NJW 2021, 1814). Anders als im vorliegenden Fall haben die Hersteller für die Implementierung einer derartigen temperaturbezogenen Steuerungssoftware – ungeachtet deren sachlicher Richtigkeit - eine jedenfalls in Ansatz nachvollziehbare Begründung vorgebracht und ihr Vorgehen mit einer technischen Notwendigkeit erklärt.

dd) 56

Die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten dauerte auch im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses durch den Kläger noch an, denn die Beklagte hat das KBA jedenfalls vor Abschluss des Kaufvertrages durch den Kläger im April 2015 nicht über die prüfstandsbezogene Abschalteinrichtung in Kenntnis gesetzt. 57

b) 58

Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) der Beklagten die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat. Die Beklagte ist dem Vortrag des Klägers nicht ausreichend entgegengetreten, dass die Entscheidung zur Verwendung der Abschalteinrichtung in dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp von verantwortlichen Personen der Beklagten getroffen wurde, so dass dieses Verhalten der Beklagten gemäß § 31 BGB zuzurechnen ist. Die Beklagte trifft insofern eine sekundäre Darlegungslast (vgl. BGH, NJW 2020, 1962), der sie mit ihrem pauschal negierenden Vortrag nicht gerecht geworden ist. Zur Überzeugung des Senats steht vielmehr fest, dass zumindest der Leiter der Entwicklungsabteilung und die für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Beklagten verantwortlichen vormaligen Vorstände von der Entwicklung und Verwendung der Software zum Zeitpunkt der Typgenehmigung Kenntnis hatten und dies gebilligt und, wenn nicht angeordnet, so zumindest nicht unterbunden haben. Die Programmierung der prüfstandsbezogenen Abschalteinrichtung setzt denknotwendig eine aktive, im Hinblick auf dieses Ergebnis gewollte präzise Programmierung der Motorsteuerungssoftware voraus und schließt die Annahme einer fahrlässigen Herbeiführung dieses Zustands aus. 59

Bei der Entwicklung und der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung handelte es sich um eine grundlegende, alle Konzernfahrzeuge mit Motoren der Serie EA288 mit SCR-Katalysator betreffende Entscheidung, die mit erheblichen Risiken für den gesamten Konzern und auch mit persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden war. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Strategieentscheidung nicht etwa von einem untergeordneten Mitarbeiter im Alleingang, sondern von einem Vorstand oder einem 60

sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter, dessen Verhalten der Beklagten gemäß § 31 BGB zuzurechnen ist, getroffen oder jedenfalls gebilligt worden war. Da sich die Unzulässigkeit der verwendeten Motorsteuerungssoftware aufdrängt, konnte daraus ohne Weiteres der Schluss auf ein diesbezügliches Bewusstsein eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters gezogen werden, ferner auf dessen Bewusstsein, dass angesichts der mit der Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung verbundenen, die volle Brauchbarkeit des Fahrzeugs einschränkenden Risiken niemand ein solches Fahrzeug - zumindest nicht ohne einen erheblichen Abschlag vom Kaufpreis - erwerben würde (vgl. BGH, NJW 2021, 918).

c) 61

Dem Kläger ist durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten auch ein Schaden entstanden, §§ 826, 249 Abs. 1 BGB. Der Schaden liegt in dem Abschluss des Kaufvertrags über das bemakelte Fahrzeug. 62

In ständiger Rechtsprechung nimmt der BGH an, dass ein Schaden nicht nur dann gegeben ist, wenn sich bei dem vorzunehmenden Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, ein rechnerisches Minus ergibt. Vielmehr bejaht der BGH auch bereits dann einen Schaden, wenn jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, also wenn er auch trotz objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleidet, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Im Fall einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung dient der Schadensersatzanspruch nicht nur dem Ausgleich jeder nachteiligen Einwirkung durch das sittenwidrige Verhalten auf die objektive Vermögenslage des Geschädigten. Vielmehr muss sich der Geschädigte auch von einer auf dem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belastung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können. Schon eine solche stellt unter den dargelegten Voraussetzungen einen gemäß § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht (BGH, NJW 1998, 302; BGH NJW-RR 2015, 549). 63

In Anwendung dieser Grundsätze liegt der Schaden hier im Abschluss des Kaufvertrags über das streitgegenständliche Fahrzeug, den der Kläger in Kenntnis der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung nicht geschlossen hätte. Das Fahrzeug des Klägers wies im Zeitpunkt des Erwerbs eine unzulässige Abschalteinrichtung auf. Damit drohte dem Fahrzeug eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde nach § 25 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EG-FGV iVm. § 48 VwVfG. Nach diesen Vorschriften kann das KBA eine rechtswidrige Typgenehmigung ganz oder teilweise zurücknehmen, insbesondere wenn festgestellt wird, dass Fahrzeuge mit einer Übereinstimmungsbescheinigung nicht mit dem genehmigten Typ übereinstimmen. Irrelevant ist, dass das KBA sich letztlich gegen eine solche Maßnahme entschieden und mit der Feststellung begnügt hat, dass der zulässige Grenzwert nicht überschritten werde. Wegen der Bindung jeden Verwaltungshandelns an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) stand bei Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung i.S. von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 –ungeachtet des späteren tatsächlichen Verhaltens des KBA – objektiv die Gefahr eines Einschreiten der zuständigen Behörde konkret im Raum. Das spätere Verhalten des KBA war hierbei weder absehbar noch 64

bestand hierauf ein Rechtsanspruch. Auf den Erwerb eines solchen Fahrzeugs hätte sich in Kenntnis der Umstände kein verständiger Käufer eingelassen. Dies hat sich die Beklagte in sittenwidriger Weise im eigenen geschäftlichen Interesse zu Nutze gemacht.

Der im April 2015 unter Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Klägers sittenwidrig herbeigeführte ungewollte Vertragsschluss, der im Rahmen des § 826 BGB den Schaden begründet, würde auch nicht durch ein Software-Update – die Beklagte behauptet, ein solches sei eingespielt worden -, mit dem die unzulässige Abschalteinrichtung entfernt wird, rückwirkend zu einem gewollten Vertragsschluss werden. 65

d) 66

Die Beklagte handelte zudem mit Schädigungsvorsatz. 67

Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz enthält ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Dabei braucht der Täter nicht zu wissen, welche oder wie viele Personen durch sein Verhalten geschädigt werden. Es reicht aus, dass er die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher anderer auswirken könnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen hat (BGH, NJW 2020, 1962; BGH NJW 2004, 2971). Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich Fahrlässigkeit gegeben (BGH, NJW 2017, 250; BGH, NJW-RR 2012, 404). Es kann aber durchaus gerechtfertigt sein, im Einzelfall aus dem Wissen einer natürlichen Person auf deren Willen zu schließen (BGH, NJW 2017, 250). Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist (BGH, NJW 2019, 3638). 68

Der Schädigungsvorsatz des Leiters der Entwicklungsabteilung und des für die Entwicklung zuständigen Vorstandes der Beklagten ergibt sich daraus, dass diese von der Verwendung der in die Motorsteuerung implementierten prüftstandsbezogenen Abschalteinrichtung und damit der Täuschung des KBA bei der Typenzulassung wussten. Mithin war ihnen auch das Risiko eines Widerrufs der Typenzulassung bzw. einer Betriebsuntersagung in Bezug auf die betroffenen Fahrzeuge bewusst. Dass niemand ein solches Fahrzeug in Kenntnis dieses Risikos kaufen würde – jedenfalls nicht zu einem regulären Preis – war den handelnden Personen ohne Zweifel gegenwärtig. Auch wenn sie davon überzeugt gewesen sein sollten, die Manipulation werde nicht aufgedeckt werden, schließt dies den Vorsatz nicht aus, weil der Schaden im ungewollten Vertragsschluss, nicht dagegen in einer etwaigen Betriebsuntersagung liegt (vgl. BGH, NJW 2020, 1962). 69

e) 70

Bei der Ermittlung des dem Kläger entstandenen Schadens hat dieser sich im Wege des Vorteilsausgleichs in gewissem Umfang die Vorteile anrechnen zu lassen, die ihm im Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind (BGH, NJW 2020, 1962). Dies erkennt der Kläger vorliegend auch an. Die dem Kläger im Wege des Vorteilsausgleichs anzurechnenden Nutzungen belaufen sich auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung unstreitigen Laufleistung des PKW (207.979 km), eines Kaufpreises in Höhe von 40.500 € und einer vom Senat geschätzten Gesamtlaufleistung von 300.000 km auf 28.077,17 €. Dabei wendet der Senat die vom BGH in mehreren Entscheidungen 71

gebilligte Berechnungsmethode an, den Bruttokaufpreis mit den gefahrenen Kilometern zu multiplizieren und das Ergebnis durch die Restlaufleistung des PKW zum Erwerbszeitpunkt, die hier mit der Gesamtlaufleistung identisch ist, zu teilen (vgl. BGH NJW 2020, 1962; BGH NJW 2020, 2796).

Der erkennende Senat schätzt die Gesamtfahrleistung eines Dieselfahrzeugs in ständiger Rechtsprechung regelmäßig auf 300.000 km. Dies entspricht der Auffassung des hiesigen 18. Zivilsenats, der anhand einer Auswertung statistischer Daten des Kraftfahrtbundesamt von einer durchschnittlichen Nutzungsdauer eines Fahrzeugs von 15 Jahren und einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung von Dieselfahrzeugen von 20.000 km ausgegangen ist (vgl. OLG Köln BeckRS 2020, 6371 Rn. 31; ebenso OLG Köln BeckRS 2020, 35997 Rn. 36; OLG Köln BeckRS 2020, 29811 Rn. 38). Hiervon abzuweichen besteht auch in vorliegendem Fall keine Veranlassung. 72

2. 73

Der Anspruch des Klägers auf Rechtshängigkeitszinsen ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1, 2 BGB. Darüber hinausgehende Zinsen verfolgt der Kläger in der Berufungsinstanz nicht. 74

3. 75

Die Beklagte befindet sich mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs auch in Annahmeverzug. Annahmeverzug gemäß § 293 BGB setzt voraus, dass der Schuldner dem Gläubiger die Leistung so, wie sie geschuldet wird, anbietet (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 293 Rn. 9). Die Forderung eines nicht nur unerheblich höheren als des geschuldeten Betrags schließt ein ordnungsgemäßes Angebot der Zug um Zug zu erbringenden Leistung aus (vgl. BGH, BeckRS 2021, 20057 m.w.Nachw.). Für die Feststellung des Annahmeverzugs kommt es dabei auf den Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz an (vgl. BGH, a.a.O.; BGH NJW-RR 2021, 952). Der Kläger hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat seinen Klageantrag zuletzt dahingehend angepasst, dass er von der Beklagten die Zahlung von 12.422,83 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs verlangt hat und damit – wie sich aus dem Tenor ergibt – die Leistung so angeboten, wie geschuldet. Die Beklagte hat daraufhin weiterhin Klageabweisung beantragt. 76

4. 77

Der Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergibt sich aus §§ 826, 249 BGB. Dieser besteht indes nur in Höhe einer 1,3 Geschäftsgebühr und nicht wie vom Kläger beansprucht in Höhe einer 2,0 Geschäftsgebühr. Zwar wirft der streitgegenständliche Fall eine Fülle komplexer tatsächlicher und rechtlicher Probleme auf, jedoch handelt es sich gleichzeitig um ein Massenverfahren, in dem in den klägerischen Schriftsätzen erkennbar weitestgehend Textbausteine zur Anwendung kommen (vgl. OLG München, BeckRS 2021, 31619 Rn. 32 m.w.Nachw.). Besondere, speziell das vorliegende Verfahren betreffende Schwierigkeiten sind nicht ersichtlich. Auf der Basis eines Gegenstandswerts von bis zu 19.000 € (insoweit legt der Senat den Gegenstandswert zum Zeitpunkt der Klageerhebung zugrunde) errechnet sich damit ein Anwaltshonorar von 1.099,56 €. 78

5. 79

Soweit der Kläger seinen Antrag auf Rückzahlung des um einen Nutzungsersatz verminderten Kaufpreises in der Berufungsinstanz sinngemäß in Höhe von 2.136,92 € für 80

erledigt erklärt hat, ist die darin zu sehende Änderung des Klageantrags auf Feststellung, dass sich der Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache erledigt hat, zulässig. Der Kläger hat auch einen entsprechenden Feststellungsanspruch. Ursprünglich hat der Kläger in der Berufungsinstanz beantragt, an ihn einen Betrag in Höhe von 14.559,75 € zu zahlen. Hierbei ist er auf Basis eines Km-Standes von 192.150 km und einer Gesamtlaufleistung von 300.000 km von einer der Beklagten zustehenden Nutzungsentschädigung in Höhe 25.940,25 € ausgegangen. Durch die seit diesem Zeitpunkt gefahrenen Kilometer beläuft sich die Nutzungsentschädigung nunmehr auf 28.077,17 € (vgl. oben 1.e)), so dass die ursprünglich begründete Klage in Höhe von 2.136,92 € unbegründet geworden ist und sich folglich in dieser Höhe erledigt hat.

6. 81

Auch die Klage auf Feststellung, dass die Forderung unter Ziffer 1. aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung stammt, ist zulässig und begründet. 82

Das Interesse an der Feststellung, eine bestimmte Forderung stamme aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung, folgt aus dem Umstand, dass der Forderungsgrund nicht ohne weiteres Teil des Titels über den Bestand der Forderung wird, sich im Falle einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung aber aus eben diesem Forderungsgrund Privilegien des Forderungsinhabers ergeben können. So ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung gemäß § 393 BGB nicht zulässig. Diese Vorschrift gilt auch für eine juristische Person, die für die vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung eines verfassungsmäßig berufenen, in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen tätig werdenden Vertreters nach § 31 BGB haftet (vgl. BGH, WM 2022, 346). 83

Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Der Zahlungsanspruch des Klägers folgt aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung der Beklagten, nämlich aus einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung des Klägers durch die Beklagte, §§ 826, 31 BGB, so dass das behauptete Rechtsverhältnis besteht. 84

III. 85

Die Kostenentscheidung erster Instanz beruht auf §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO, die Kostenentscheidung zweiter Instanz beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 86

Hinsichtlich der Kosten erster Instanz war zur Berechnung der Kostenquote ein fiktiver Streitwert zu bilden, um dem wirtschaftlichen Gewicht der als Nebenforderungen ursprünglich geltend gemachten Deliktzinsen sowie der weiteren – nicht Streitwertrelevanten Klageanträge – gerecht zu werden. Insoweit errechnet sich zunächst ein fiktiver Streitwert in Höhe von 29.085,99 €. Dieser gibt sich aus der ursprünglichen Klageforderung in Höhe von 17.372,75 € (40.500 € – 23.127,26 €) zzgl. 8.100 € Deliktszinsen, zzgl. 500 € für den Antrag auf Feststellung eines Annahmeverzug, zzgl. 500 € für den Antrag auf Feststellung, dass der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung herrührt sowie zzgl. 2.613,24 € außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten. Ausgehend von einem Obsiegen in Höhe von 16.659,31 € (fiktiv) errechnet sich bis zur Teilklagerücknahme eine Quote von 45 % zu Lasten des Klägers und 55 % zu Lasten der Beklagten. Nach teilweiser Klagerücknahme durch den Kläger mit Schriftsatz vom 21.12.2020 in Bezug auf die Deliktszinsen reduzierte sich der fiktive Streitwert in erster Instanz auf 20.985,99 € bzw. nach weiterer einseitiger Teilerledigterklärung des Klägers in Höhe von 2.812,99 € in der mündlichen Verhandlung vom 12.4.2021 auf 18.672,99 € (Hauptforderung in Höhe von 14.559,75 € + 500 € 87

Feststellung Annahmeverzug + 500 € Feststellung vorsätzliche Handlung + 2.613,24 € außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten + 500 € Antrag auf Feststellung der Teilerledigung). Somit errechnet sich nach Rücknahme der Deliktszinsen eine Quote von 15 % zu Lasten des Klägers und 85 % zu Lasten der Beklagten, die letztlich auf eine Gesamtquote von 25 % zu Lasten des Klägers und 75 % zu Lasten der Beklagten zurückzuführen war.

Mit der Berufung hat der Kläger die Hauptforderung in Höhe von 14.559,75 €, den Antrag auf Feststellung eines Annahmeverzug, den Antrag auf Feststellung, dass der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung herrührt sowie die außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.613,24 € weiterverfolgt, so dass sich ein fiktiver Streitwert in Höhe von 18.672,99 € ergab. Den Antrag auf Feststellung, dass sich die Klage in Höhe eines Betrages von 2.812,99 € erledigt hat, hat der Kläger in der Berufungsinstanz nicht gestellt, so dass diesbezüglich Rechtskraft entsprechend der erstinstanzlichen Entscheidung eingetreten ist. In der mündlichen Verhandlung vom 20.1.2022 hat der Kläger den Rechtsstreit in Höhe von 2.136,92 € einseitig für erledigt erklärt, so dass sich ab diesem Zeitpunkt ein fiktiver Streitwert in Höhe von 16.536,07 € ergibt (Hauptforderung in Höhe von 14.559,75 € + 500 € Feststellung Annahmeverzug + 500 € Feststellung vorsätzliche Handlung + 2.613,24 € außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten + 500 € Antrag auf Feststellung der Teilerledigung). Mit Ausnahme der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten, die dem Kläger nur in Höhe von 1.099,56 € zugesprochen wurden, obsiegte der Kläger in der Berufungsinstanz, mithin betreffend eines fiktiven Streitwertes in Höhe von 15.563,57 €. Da die Zuvielforderung des Klägers verhältnismäßig geringfügig war und keine höhere Kosten veranlasst hat (die Rechtsverfolgungskosten wirken sich auf den Streitwert nicht aus), waren die Kosten der 2. Instanz nach § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO der Beklagten aufzuerlegen. 88

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 89

IV. 90

Die Revision ist in Anbetracht der höchstrichterlich bislang ungeklärten Frage, ob eine unzulässige Abschalteinrichtung auch dann vorliegenden kann, wenn diese nicht „grenzwertkausal“ ist, gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 ZPO zuzulassen. 91

Streitwert: bis 16.000 EUR 92

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE