

2 O 470/18



Landgericht Krefeld

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

Klägers,

Rechtsanwälte Hahn, Alter Steinweg 1,
20459 Hamburg,

gegen

Beklagten,

Prozessbevollmächtigte:

1. die Audi AG,
2. die Dr. Ing. h.c.f. Porsche AG,
3. die Tölke & Fischer GmbH & Co. KG,

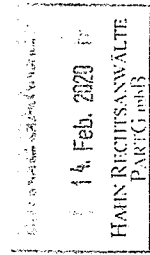
Prozessbevollmächtigte

zu 1:

zu 2:

zu 3:

hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld



Fla TB 28.02.2020
Fla W 16.03.2020
Fla BBk 14.04.2020
Fla SW 14.05.2020

auf die mündliche Verhandlung vom 04.12.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Streyll, die Richterin am Landgericht Kley und die Richterin Thiemann

für Recht erkannt:

1.

Die Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 3) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 76.755,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.06.2016 Zug-un-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Porsche Macan S Diesel, 3,0-Liter-V6 (Euro 8), mit der Fahrzeug-Identifikationsnummer sowie abzüglich einer Nutzungserschädigung in EUR zu zahlen, die sich nach folgender Formel berechnet:

(76.755,12 EUR x (Kilometerstand bei Rückgabe des Fahrzeuges - 10 km)) : 250.000 km.

2.

Die Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 3) werden als Gesamtschuldner verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.752,90 EUR freizustellen.

3.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 3) mit der Rücknahme des vorbezeichneten Fahrzeuges in Annahmeverzug befinden.

4.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 3) verpflichtet sind, an den Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des vorbezeichneten Fahrzeuges mit illegaler Motorsoftware resultieren.

5.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

6. Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2) und zu 3) zu 2/3. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) werden dem Kläger auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) und zu 3) tragen diese selbst.

7. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt im Rahmen des sog. VW-Abgasskandals von den Beklagten die Rückzahlung des an die Beklagte zu 3) geleisteten Kaufpreises von 76.755,12 EUR für einen Porsche Macan, unter Abzug einer Nutzungsentschädigung in streitiger Höhe als Schadensersatz, weil in dem Fahrzeug eine Motorsteuerung installiert sei, die die Abgaswerte unzulässig manipulierte. Ferner begehrt er die Feststellung, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Verzug befinden sowie die Feststellung, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, Schadensersatz an den Kläger zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit der manipulierenden Motorsoftware resultieren.

Der Kläger und die Beklagte zu 3) schlossen am 13.06.2016 einen Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug. Das Fahrzeug wurde am 16.09.2016 an den Kläger ausgeliefert und hatte bei Übergabe eine Laufleistung von 10 km. Der Kläger zahlte den Bruttokaufpreis in Höhe von 76.755,12 EUR, da er als Arzt nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Die Beklagte zu 3) vertreibt Fahrzeuge der Beklagten zu 2), einer PKW-Herstellerin. Die Beklagte zu 2) hat den im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor von der Volkswagen AG zugekauft.

In dem Wagen ist ein 3,0-Liter, V6 Zylinder Dieselmotor nach der Schadstoffnorm EU6 und einer Leistung von 262 PS eingebaut. Dieser Motor wurde vom Kraftfahrtbundesamt überprüft. Die Überprüfung hat ergeben, dass die in dem Motor verbaute Motorsoftware zur Optimierung der Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren beigetragen hat. Die betroffenen Fahrzeuge nutzen unter

festgelegten Bedingungen (bestimmte Ansaugluft-, Motor-, Abgas- und Umgebungstemperatur sowie Drehzahl u. a.) eine schadstoffmindernde Aufheizstrategie. Die Bedingungen müssen kumulativ vorliegen, damit die Aufheizstrategie anspringt. Die zu den Parametern gehörenden Werte sind so eng gefasst, dass die Aufheizstrategie nahezu ausschließlich im Prüfzyklus (NEFZ) unter den dort definierten Prüfbedingungen wirkt. Schon kleinere Abweichungen in Fahrprofil und Umgebungsbedingungen führen zur Abschaltung der Aufheizstrategie und zu einer Verschlechterung der Stickoxidwerte (NOx). Ferner verwenden die Fahrzeuge eine Dosierstrategie, durch die der SCR-Katalysator zur Abgasnachbehandlung bei Erreichen einer AdBlue-Restreichweite von 2.400 km die Dosierung von AdBlue einschränkt, wodurch wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems vermindert wird.

Das KBA stufte dies mit Bescheid vom 10.07.2018 als unzulässige Abschaltfeinrichtungen ein und ordnete am gleichen Tag einen verpflichtenden Rückruf der betroffenen Fahrzeuge an. Das KBA gab ein Software-Update für das klägerische Fahrzeug per Bescheid frei, das die vorgenannte Abschalt-Software entfernen soll; ausweislich dieses Bescheids werden die Grenzwerte für Schadstoffemissionen eingehalten, bleibt die Motorleistung unverändert und es werden die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Verbrauchswerte und CO₂-Emissionen bestätigt. Die Auswirkungen des Software-Updates auf den dauerhaften Betrieb des Fahrzeugs sind umstritten.

Unter Bezugnahme auf den Abgasskandal und unter Fristsetzung verlangte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 18.09.2018 gegenüber der Beklagten zu 1) und zu 2) Zahlung von Schadensersatz Zug-um-Zug gegen Rückübernahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Mit anwaltlichem Schreiben gleichen Datums verlangte er gegenüber der Beklagten zu 3) unverzüglich Nacherfüllung, erklärte unter Fristsetzung den Rücktritt und focht den streitgegenständlichen Kaufvertrag hilfsweise an.

Der Kläger behauptet:

Der 3,0-Liter-Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei – im Ergebnis vergleichbar zu der Motorreihe EA189 – durch eine doppelte Abschaltfeinrichtung manipuliert. Tatsächlich überschritten die NOx-Werte im normalen Fahrbetrieb

überwiegend die Grenzwerte um ein Vielfaches. Auf einem Prüfstand hingegen werde - unstreitig - die Motorsteuerung automatisch so geschaltet, dass die gesetzlichen Grenzwerte eingehalten würden. Zudem beeinflusse das aufgespielte Update den Dieselmotor des streitgegenständlichen Fahrzeugs negativ. So sei durch das Aufspielen des Updates insbesondere das erzielte Kennfeld zur AdBlue-Dosierung dahingehend verändert, dass die diesbezügliche Dosiermenge deutlich über die in diesem Zusammenhang einschlägigen Herstellerangaben liege. Zudem werde durch das Update der Verschleiß erhöht und die Leistungswerte erheblich reduziert. Auch habe das Fahrzeug durch das Bekanntwerden des Mangels einen Wertverlust erlitten. Der Mindwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs belaufe sich auf mindestens 30%. Einer Nachfristsetzung zur Nacherfüllung habe es nicht bedurft, da diese schon wegen des gestörten Vertrauensverhältnisses unzumutbar sei.

Der Kläger hat ursprünglich beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 76.755,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 16.09.2016 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Porsche Macan S Diesel, 3,0-Liter-V6- Diesel (Euro 6), abzüglich der Zahlung einer Nutzungsentschädigung in 5.985,36 EUR pro gefahrenem km seit dem 16.09.2016, die sich nach folgender Formel berechnet: (76.755,12 EUR x gefahrene Kilometer) : 500.000 km;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, den Kläger von außegerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.752,90 Euro freizustellen.
3. festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des PKWs des Klägers, Porsche Macan S Diesel, 3,0-Liter-V6-Diesel (Euro 6), in Annahmeverzug befinden;
4. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, an den Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeuges Porsche Macan S Diesel, 3,0-Liter-V6-Diesel (Euro 6) mit illegaler Motorsoftware resultieren.

In der mündlichen Verhandlung vom 04.12.2019 hat der Kläger seinen Klageantrag zu 1) dahingehend abgeändert, dass eine Nutzungsentschädigung nicht mehr in Höhe der bezifferten 5.985,36 EUR abzuziehen ist.

Er beantragt nunmehr,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 76.755,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 16.09.2016 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Porsche Macan S Diesel, 3,0-Liter-V6- Diesel (Euro 6), abzüglich der Zahlung einer Nutzungsentschädigung pro gefahrenem km seit dem 16.09.2016, die sich nach folgender Formel berechnet: (76.755,12 EUR x gefahrene Kilometer) : 500.000 km;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, den Kläger von außegerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.752,90 Euro freizustellen.
3. festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des PKWs des Klägers, Porsche Macan S Diesel, 3,0-Liter-V6-Diesel (Euro 6), in Annahmeverzug befinden;
4. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, an den Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeuges Porsche Macan S Diesel, 3,0-Liter-V6-Diesel (Euro 6) mit illegaler Motorsoftware resultieren.

Die Beklagten beantragen jeweils,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten behaupten:

Die Diskrepanz der Stickoxidemissionen zwischen den Messungen im Prüfstand und im realen Fahrbetrieb seien auf den sog. Warmlaufmodus des SCR-Katalysators zurückzuführen. Zudem meint die Beklagte, die Emissionsgrenzwerte der Abgasnormen müssten im normalen Fahrbetrieb nicht erreicht werden.

Die Beklagte zu 1) ist deshalb der Ansicht, der Wagen sei nicht mangelhaft gewesen. Selbst wenn aber ein Mangel vorgelegen habe, sei er unerheblich, da der Mangelbeseitigungsaufwand unter Einbeziehung der Entwicklungskosten mit weniger als 100,00 € zu kalkulieren sei. Ferner wäre ein etwaiger Mangel durch das Software-Update vollständig beseitigt worden. Das Software-Update führe auch nicht zu irgendwelchen Nachteilen oder negativen Folgen für Verbrauch, Leistung, Abgaswerte oder Haltbarkeit. Abgesehen davon hätte der Kläger eine Frist zur Nacherfüllung setzen müssen.

Die Beklagte zu 2) behauptet, das Software-Update sei bereits vor dem Kauf des PKW aufgespielt gewesen. Dasselbe Update sei nach dem Kauf des PKW auf Anweisung des KBA im Herbst 2016 nochmalig durchgeführt worden.

Die Beklagte zu 3) ist der Ansicht, die Beklagte zu 3) befinde sich nicht im Annahmeverzug, da der Kläger ihr das streitgegenständliche Fahrzeug nicht in einer den Annahmeverzug auslösenden Weise angeboten habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. In der mündlichen Verhandlung vom 18.09.2019 hat der Bescheid vom Kraftfahrtbundesamt vom 08.12.2017 vorgelegen und das Gericht den Parteien mitgeteilt, dass es davon ausgeht, dass der streitgegenständliche Motor mit dem vom KBA geprüften Motor identisch ist.

Entscheidungsgründe:

- I. Die Klage ist zulässig.

Insbesondere fehlt der Feststellungsklage – Antrag zu 4) – im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 2) und zu 3) für Schäden, die dem Kläger aus der Manipulation des streitgegenständlichen Fahrzeugs entstehen, nicht das Feststellungsinteresse. In Ansehung des Leistungsantrags auf Zahlung von Schadensersatz ist der vorgenannte Feststellungsantrag dahingehend auszulegen, dass die Schadensersatzpflicht der Beklagten für weitere, über den Leistungsantrag hinausgehende Schäden, festgestellt werden soll.

Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde (§ 256 ZPO).

1. Das Feststellungsinteresse im Sinne eines rechtlichen Interesses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das Feststellungsurteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (MüKo ZPO, 5. Aufl., § 256 Rn.39). Eine Gefährdung liegt regelmäßig darin, dass der Beklagte das Recht eines Klägers ernstlich bestreitet (MüKo ZPO, 5. Aufl., § 256 Rn. 46). So ist es vorliegend, die Beklagten weisen die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche zurück. Insbesondere bestreiten sie, dass es im Rahmen der Abgasaffäre zu einer sittenwidrigen Schädigung gekommen sei. Sie sind der Ansicht, keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut und bei Käufern auch keine unzutreffenden für die Kaufentscheidung maßgeblichen Erwartungen geweckt zu haben.

2. Der Feststellungsantrag zu 4) ist auch nicht wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig.

Mangels Vollstreckbarkeit des Feststellungsurteils in der Hauptsache fehlt das Feststellungsinteresse regelmäßig, falls der Kläger sein Leistungsziel genau benennen und deshalb auf Leistung klagen kann. In Schadensfällen wie dem vorliegenden kommt es entscheidend darauf an, ob der Kläger die Schadenshöhe bereits insgesamt endgültig beziffern kann; ist das nicht der Fall, weil die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, kann ein Kläger in vollem Umfang die Feststellung der Ersatzpflicht begehren (vgl. BGH, MDR 2016, 766). Zwar sind bereits zum jetzigen Zeitpunkt viele der von dem Kläger geltend gemachten Schäden bezifferbar (insbesondere der ggf. zurückzahlende Kaufpreis). Es erscheint allerdings – wie bei Vermögensschäden notwendig (vgl. BGH, NJW 2015, 1683) – hinreichend wahrscheinlich, dass über die bereits bezifferbaren Schäden hinausgehend noch unbezifferbare Schäden entstehen können.

Auch nach Aufspielen des Software-Updates besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit weiterer, noch unbezifferbarer Schäden. Es besteht insbesondere die Gefahr, dass sich an dem streitgegenständlichen Fahrzeug vor der tatsächlichen Rückabwicklung durch das Software-Update bedingte Spät- oder Folgeschäden realisieren. Insoweit besteht nämlich nach Durchführung des Software-Updates ein begründeter Mangelverdacht, da insbesondere negative Folgen des Updates auf die Haltbarkeit des Fahrzeugs zu befürchten sind (hierzu unter II. 1. b.). Aus der hinreichend wahrscheinlichen Realisierung des Verdachts können dem Kläger noch unbekannt und unbezifferbare Schäden entstehen, sodass er ein Feststellungsinteresse hat. Es besteht daher die Gefahr, dass das streitgegenständliche Fahrzeug vor der faktischen Rückabwicklung stillgelegt wird. In diesem Fall könnten dem Kläger ggf. Mietwagenkosten oder sonstige Transportkosten entstehen. Die Gefahr der Stilllegung ist schon deswegen nicht fernliegend oder theoretisch, weil das KBA das Software-Update verbindlich vorgeschrieben hat. Sanktion eines Verstoßes ist letztlich der Erlass einer Stilllegungsverfügung. Inzwischen gibt es auch öffentliche Äußerungen des KBA über ein derartiges Vorgehen nach Ablauf der für das Update abgelaufenen Frist. Belanglos ist es, ob der Kläger/die Klägerin seinerseits durch die Verweigerung des Software-Updates gegen Pflichten oder Obliegenheiten verstößt, die ggf. anspruchsmindernd oder anspruchsausschließend in Bezug auf derartige Schadenspositionen wirken können. Derartige Fragen sind nicht im Rahmen der Zulässigkeit zu klären. Das Feststellungsinteresse hängt nicht von der Schlüssigkeit der Klage ab, sondern nur davon, ob der geltend gemachte Schaden in tatsächlicher Hinsicht hinreichend wahrscheinlich ist.

II.

Die Klage ist im tenorierten Umfang begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 3) als Gesamtschuldner den eingeklagten Anspruch auf Rückabwicklung des streitgegenständlichen Kaufvertrages, auf Feststellung des Annahmeverzuges mit der Rücknahme des Wagens sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige Schäden.

1.

Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 2) einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges gerichteten Schadensersatzanspruch wegen der

Verwendung der manipulierenden Motorsoftware. Die Beklagte zu 2) haftet insoweit nach §§ 826, 831 BGB.

a)

Der Kläger wurde durch einen Mitarbeiter der Beklagten zu 2) gem. § 826 BGB vorsätzlich sittenwidrig geschädigt.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtkarakter, 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 vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft, vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (vgl. BGH, NJW 2014, 383).

Die manipulierende Motorsoftware hat ein Mitarbeiter der Beklagten zu 2) entweder selbst programmiert oder deren Programmierung veranlasst. Die Beklagte zu 2) hat unstreitig den Motor für den streitgegenständlichen Wagen konstruiert und hergestellt. Hierzu gehört die Programmierung der Motorsoftware einschließlich der Softwareteile, die auf einem Abgasprüfstand die Motorsteuerung übernehmen. Selbst wenn die Beklagte zu 2), wofür es keinerlei Anhaltspunkte oder Parteivortrag gibt, die Programmierarbeiten durch Dritte hat ausführen lassen, so wäre dies auf Anweisung und nach Vorgaben der Beklagten zu 2) geschehen. Es erscheint ausgeschlossen, dass ein solcher Dritter der n die manipulierende Software ohne deren Wissen oder ohne deren Bemerkten untergeschoben haben könnte.

Dieser Mitarbeiter der Beklagten hat massenhaft und mit erheblichem technischem Aufwand gesetzliche Umweltvorschriften ausgehebelt (vgl. BGH, Beschluss vom 08.01.2019, VIII ZR 225/17) und zugleich Kunden manipulierend beeinflusst, indem er im Prüfstandmodus das Emissionskontrollsystem anders steuerte, die Motorsteuerung nur bei der Prüfstandfahrt in einen Modus mit höherer Abgasrückführung und dadurch bedingt geringeren NOx-Werten brachte (den von der Beklagten zu 2) sog. Modus 1), wohingegen der Motor im realen Fahrbetrieb (dem von der Beklagten zu 2) sog. Modus 0) eine geringere Abgasrückführung und damit höhere NOx-Werte aufwies. So hat er die Erwartung der Autokäufer

hintergangen, dass die Abgas- und Verbrauchswerte zwar nicht mit denen des realen Fahrbetriebs übereinstimmen müssen, aber doch in einer gewissen Korrelation zueinander stehen und eine Aussage über den realen Fahrbetrieb sowie den Vergleich zu anderen Fahrzeugen zulassen: Niedrige Werte im Prüfstandmodus lassen auch niedrige Werte im realen Fahrbetrieb erwarten und umgekehrt.

Der Mitarbeiter der Beklagten zu 2) hat nicht einfach nur die Abgasvorschriften außer Acht gelassen und massenhafte, erhebliche Umweltverschmutzung herbeigeführt, sondern mit der Abschalteinrichtung zugleich ein System zur planmäßigen Verschleierung dieses Vorgehens gegenüber den Aufsichtsbehörden und den Verbrauchern geschaffen, um der Beklagten zu 2) einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen oder sie wettbewerbsfähig zu halten, weil diese entweder nicht über eine Technik verfügte, um die gesetzlichen Abgasvorschriften einzuhalten, oder weil diese aus Gewinnstreben den Einbau der ansonsten notwendigen Vorrichtungen unterließ. Die daraus zu entnehmende Gesinnung, aus Unfähigkeit oder Gewinnstreben massenhaft die Käufer der so produzierten Autos bei ihrer Kaufentscheidung zu täuschen, die Wettbewerber zu benachteiligen und die Umwelt so zu schädigen, dass Gesundheitsgefahren drohen, weil die Schadstoffwerte (NOx) erhöht werden, lässt das Verhalten insgesamt als sittenwidrig erscheinen (ähnlich LG Oldenburg, Urt. v. 12.05.2017 - 6 O 119/16; LG Hildesheim, Urt. v. 17.01.2017 - 3 O 139/16; LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16).

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass auf dem Fahrzeug zum Zeitpunkt des Kaufs keine unzulässige Abschalteinrichtung mehr vorhanden war. Die Beklagte zu 2) behauptet zwar, dass bei dem Fahrzeug schon im Werk ein Software-Update durchgeführt wurde, welches mit dem nach Kauf identisch sei. Die Beklagte ist insoweit ihrer sekundären Darlegungs- und Beweislast aber nicht hinreichend nachgekommen. Der Kläger hat ein Schreiben der Porsche Deutschland GmbH vom 07.12.2018 zur Akte gereicht, in dem dem Kläger mitgeteilt wird, dass das Kraftfahrbundesamt für das streitgegenständliche Fahrzeug eine verpflichtende Rückrufaktion angeordnet habe. Auf Grund dieses verpflichtenden Rückrufs ist nunmehr die Beklagte zu 2) im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast gehalten, substantiiert darzulegen, dass auf das streitgegenständliche Fahrzeug das genannte Software-Update bereits ab Werk aufgespielt wurde und dieses mit dem nach Kauf durchgeführten Update identisch ist. Dazu reicht der pauschale Vortrag zur Identität der beiden Updates nicht aus. Die Beklagte zu 2) vermag auch nicht ausreichend

darzulegen, wieso das Kraftfahrbundesamt unstreitig einen verpflichtenden Rückruf angeordnet hat, wenn doch bereits das identische Update auf das Fahrzeug aufgespielt wurde. So wäre es soch durchaus möglich gewesen, dass das Kraftfahrbundesamt diese Anordnung nur für Fahrzeuge eines bestimmten Baujahres trifft. Eben so ist es in Bezug auf viele andere Fahrzeuge ja auch geschehen.

b) Der Mitarbeiter der Beklagten zu 2) handelte auch vorsätzlich.

Die Rechtsprechung interpretiert das Vorsatzerfordernis extensiv und verlangt nicht, dass der Handelnde die Schädigung eines anderen angestrebt oder als sichere Folge des eigenen Handelns akzeptiert hat. § 826 BGB setzt demnach kein absichtliches oder arglistiges Verhalten in dem Sinne voraus, dass es dem Täter gerade auf die Schädigung des Dritten ankommen müsste. Darüber hinaus ist es nicht erforderlich, dass der Täter den Erfolgseintritt für sicher gehalten hat, sondern es reicht das Bewusstsein, dass die Schädigung im Bereich des Möglichen liegt sowie das billige Inkaufnehmen des Schädigungsrisikos (MüKo BGB, 7. Aufl., § 826 Rn. 27).

Die Abgassoftware wurde allein zu dem Zweck eingebaut, die Abgaswerte der Dieselmotoren zu beschönigen und in der Folge dafür zu sorgen, dass die Dieselmotoren trotz des Überschreitens der vorgeschriebenen Grenzwerte eine Euro-5-Zulassung erhalten. Damit verbunden war, dass die betroffenen Fahrzeuge mit den falschen Werten beworben werden und die Kunden ihrer Kaufentscheidung diese Werte sowie die entsprechende Einklassifizierung in die EU-5-Abgasnorm zu Grunde legen. All das war für den Mitarbeiter der Beklagten zu 2) ersichtlich. Eine fahrlässige Programmierung scheidet aus, es ist vielmehr einziger Sinn dieser manipulierenden Softwareteile, den Rechtsverkehr (Zulassungsbehörden, Kunden und Wettbewerber) zu täuschen.

c) Es kann dahinstehen, ob der Vorstand oder ein sonstiger Organvertreter der Beklagten zu 2) im Sinne von § 31 BGB die Softwaremanipulation veranlasst hat oder von ihr wusste. Denn jedenfalls muss sich die Beklagte gem. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB das sittenwidrig schädigende Verhalten desjenigen Mitarbeiters zurechnen

lassen, der für die Programmierung der verwendeten Abgassoftware verantwortlich war oder sie in Auftrag gegeben hat. Der entsprechende Mitarbeiter ist hierbei nämlich im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses als Arbeitnehmer der Beklagten zu 2) tätig geworden und war damit deren Verrichtungsgehilfe.

d)

Der Beklagten zu 2) ist es auch nicht gelungen, sich zu exkulpieren. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl und Überwachung der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB). Hierzu hätte es der beweispflichtigen Beklagten zu 2) obliegen, konkret dazu vorzutragen, welcher Mitarbeiter für die Manipulationen verantwortlich war und inwieweit die Beklagte hinsichtlich dieses konkreten Mitarbeiters kein Auswahl- bzw. Überwachungsverschulden traf. Entsprechenden Vortrag ließ die Beklagte allerdings vermissen.

e)

Ferner ist dem Kläger durch das Verhalten des Mitarbeiters der Beklagten zu 2) ein Schaden entstanden.

Da der Schadensersatz dazu dient, den konkreten Nachteil des Geschädigten auszugleichen, ist der Schadensbegriff im Ansatz subjektbezogen. Deshalb kann jemand auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass er durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, und dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist (vgl. BGH, NZM 2005, 270; BGH, MDR 2015, 89). 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 (vgl. BGH, NZM 2005, 270; BGH, MDR 2015, 89). Mithin kann der Kläger im Wege des Schadensersatzes verlangen, dass die Beklagte die wirtschaftlichen Folgen des Kaufs dadurch ungeschehen macht, dass sie den

Kaufpreis gegen Herausgabe des Fahrzeugs erstattet (vgl. LG Hildesheim, Urteil vom 17.01.2017 – 3 O 139/17).

Die sittenwidrigen Handlungen des Mitarbeiters der Beklagten zu 2) führten nämlich dazu, dass sich der Kläger bei dem Kauf des streitgegenständlichen PKW von falschen Vorstellungen getragen sah. Er ging davon aus, dass er ein ordnungsgemäß programmiertes Fahrzeug erwerben würde, dessen Abgas- und Verbrauchswerte im Prüfstandmodus mit den Abgas- und Verbrauchswerten beim realen Fahren in gewisser Korrelation stehen. Dieser Umstand wurde ihm aber nur vorgetäuscht, stattdessen wurde sein Wagen in der oben dargestellten Weise mit manipulierter Motorsoftware konstruiert und produziert.

Diese Fehlvorstellung war für den Kauf des streitgegenständlichen PKW auch kausal. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung kann davon ausgegangen werden, dass der Käufer einen für den eigenen Gebrauch vorgesehenen PKW nur dann erwirbt, wenn dieser nicht manipuliert ist. Anders als etwa im Kapitalanlagerecht (s. zur Kausalität dort BGH, NJW-RR 2008, 1004 Rdn. 12ff.) geht es vorliegend nicht um falsch erteilte (Detail-) Informationen (so aber Oechsler, NJW 2017, 2867), bei denen in der Tat unklar sein kann, ob sie die Kaufentscheidung tatsächlich beeinflusst haben. Es geht vielmehr um die grundsätzliche Erwartung eines jeden Käufers, dass der Hersteller einer Kaufsache sich jedenfalls bemüht, diese ordnungsgemäß zu konstruieren und zu produzieren. Ein Käufer wird zwar nicht davon ausgehen (dürfen), hierbei könne es - der Wirtschaftlichkeit geschuldet - nicht zu Fehlern, Unsorgfältigkeiten oder Nachlässigkeiten kommen; auch wird er nicht davon ausgehen (dürfen), ein Hersteller betreibe immer den höchsten Aufwand. Er wird aber ohne weiteres davon ausgehen, der Hersteller werde nicht systematisch und planmäßig manipulierte Ware konstruieren und produzieren. Dies ist eine Grundannahme jeden Wirtschaftsverkehrs, deren Relevanz für einen konkreten Kaufabschluss ein Käufer kaum wird direkt beweisen können, weil es sich um eine innere Tatsache handelt; weil es sich aber um eine solche grundlegende (und berechnete) Käufererwartung handelt, kann sie nach der Lebenserfahrung ohne Weiteres als gegeben unterstellt werden - ähnlich wie man etwa im Rahmen des § 123 BGB die Kausalität nach der Lebenserfahrung ohne Weiteres annimmt bei Täuschungen über verkehrswesentliche Eigenschaften einer Kaufsache (vgl. MuKo BGB, 7. Aufl., § 123 Rdn. 83).

An einem kausalen Schaden des Klägers fehlt es auch nicht deshalb, weil dieser das streitgegenständliche Fahrzeug erst nach der am 22.09.2015 veröffentlichten Ad hoc-Mitteilung der Beklagten zu 2) erwarb, in welcher diese mitgeteilt hatte, dass bei Fahrzeugen mit Motoren vom Typ EA 189 mit einem Gesamtvolumen von weltweit rund elf Millionen Fahrzeugen eine auffällige Abweichung zwischen Prüfstandswerten und realem Fahrbetrieb festgestellt worden sei (a.A. OLG Köln BeckRS 2019, 13405, Rn. 39 ff., das auch bereits die Sittenwidrigkeit verneint). Auch die im Anschluss hieran in breiter Öffentlichkeit geführte Diskussion und in Presse, Funk und Fernsehen erfolgte Berichterstattung führen zu keinem anderen Ergebnis. Denn weder hat die insoweit beweisbelastete Beklagte bewiesen noch ist sonst ersichtlich, dass der Kläger gerade von der Manipulation seines konkreten Fahrzeugs Kenntnis hatte, das er zu erwerben beabsichtigte (zutreffend Heese, NJW 2019, 257, 262). Ebenso wenig ist bewiesen oder sonst ersichtlich, dass dem Kläger die Bedeutung der Manipulation und die sich daraus ergebenden bzw. noch drohenden Konsequenzen in technischer und rechtlicher Hinsicht zumindest aus seiner Laiensicht hinreichend klar gewesen wären (Heese, ebenda). Bei Kauf von einem Vertragshändler musste ein Käufer aufgrund der Schwere des Fehlverhaltens auf Beklagenseite auch nicht damit rechnen, dass ihm ein von diesen Vorwürfen betroffenes Fahrzeug überhaupt noch ohne Hinweis überlassen worden wäre (Heese, ebenda). Auch beim Kauf von einem Dritten wird die Kausalkette nicht unterbrochen, der Schaden vielmehr lediglich an den Letztkäufer weitergegeben, ohne dass hierdurch eine Haftung der Beklagten zu 2) aus Gründen der Adäquanz oder des Schutzzwecks der Norm entfallen würde.

Dem Schaden des Klägers steht auch nicht entgegen, dass an seinem Fahrzeug auf Kosten der Beklagten zu 2) ein Softwareupdate durchgeführt wurde. Das nach dem Kauf durchgeführte Softwareupdate ändert nichts an der Manipulation der Willensbildung des Klägers, welche beim Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs stattgefunden hat. § 826 BGB schützt den loyalen und angemessenen Umgang der Personen untereinander (Reichold in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 826 BGB, Rn. 1). Die Manipulation des Klägers kann nicht im Nachhinein durch ein Update, welches lediglich die Auswirkungen des Mangels beseitigen kann, rückgängig gemacht werden. Der Schutzbereich des § 826 BGB ist auch weiterhin betroffen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass derzeit die dauerhaften Auswirkungen des Updates auf das Fahrzeug noch nicht absehbar sind. Ob die durch das Softwareupdate nachgerüsteten Fahrzeuge in ihrer Beschaffenheit

durch das Update negativ beeinflusst werden, wird sich erst durch einen längerfristigen Massenbetrieb der nachgerüsteten Fahrzeuge zeigen. Bis dahin besteht der konkrete und nicht ausräumbare Mangelverdacht, dass die Fahrzeuge durch das Update negativ beeinflusst werden, sei es im Hinblick auf eine Verminderung der Motorleistung, einer Erhöhung des Kraftstoffverbrauchs oder einer Steigerung des CO₂-Ausstoßes (LG Saarbrücken, Urteil vom 07. Juni 2017 – 12 O 174/16 –, Rn. 35, juris).

Der Kläger muss sich nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung jedoch die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019 – 13 U 142/18 –, Rn. 113 ff., juris).

Dem steht nicht entgegen, dass das Fahrzeug von dem Kläger gesetzeswidrig genutzt wurde. Bei der Nutzungsherausgabe im Rahmen des § 826 BGB kommt es darauf an, den Schaden auszugleichen, welcher durch den Vertrag entstanden ist. Der Schaden ist bei dem Kläger aber nicht in der vollen Höhe des Kaufpreises eingetreten, denn dieser erlangte dafür die Nutzungsmöglichkeit eines Fahrzeugs. Dieses war zwar in rechtlicher Hinsicht mangelhaft, konnte aber tatsächlich ohne Einschränkungen durch den Kläger genutzt werden (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019 – 13 U 142/18 –, Rn. 124 f., juris), sodass sich dieser jedenfalls Aufwendungen für eine anderweitige Fortbewegungsmöglichkeit ersparte. Wenn eine Nutzungsentschädigung vorliegend nicht zu berücksichtigen wäre, würde dies zu einer Besserstellung des Käufers führen und gegen das Bereicherungsverbot verstoßen (Armbrüster, ZIP 2019, 837, 846 m.w.N.). Dies wird umso deutlicher, wenn berücksichtigt wird, dass die Besserstellung der einzelnen Käufer erheblich voneinander abweichen würde, je nachdem wie viele Kilometer diese mit dem Fahrzeug bereits zurückgelegt haben. Der Umstand, dass die Beklagte wegen Arglist haftet, ändert hieran nichts. Im deutschen Recht ist als Rechtsfolge dieser Schadensersatzhaftung nach den §§ 249 ff. BGB lediglich der Schadensausgleich, nicht jedoch – wie etwa im US-amerikanischen Recht – ein Strafschadensersatz geschuldet (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. März 2019 – 13 U 142/18 –, Rn. 116 ff., juris; Armbrüster, ebenda).

Da der Wertersatz für die gezogenen Nutzungen auf den Zeitpunkt des Leistungsaustauschs zu bemessen ist, musste er über die Laufleistung abstrakt bestimmt werden. Der Wertersatz bestimmt sich dann nach folgender Formel:

(Bruttokaufpreis × gefahrene Kilometer) + Restnutzungsdauer

Die Höhe der gefahrenen Kilometer ergibt sich aus einer Subtraktion des bei Rückgabe abzulesenden Kilometerzählerstandes und des Kilometerstandes zum Zeitpunkt des Kaufs (in Höhe von 10 km). Die Restnutzungsdauer ergibt sich aus einer Subtraktion der Höhe der zu erwartenden Gesamtlauflistung, die die Kammer gemäß § 287 ZPO auf mindestens 250.000 km schätzt (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1199), und des Kilometerstandes beim Kauf des streitgegenständlichen PKW; sie beläuft sich daher auf 240.000 km.

2. Der Feststellungsantrag des Klägers im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 2) für weitere Schäden, die dem Kläger aus der Manipulation des streitgegenständlichen Fahrzeuges entstehen, ist ebenfalls aus bereits vorgenannten Gründen begründet. Der Anspruch des Klägers folgt hinsichtlich der Beklagten zu 2) aus §§ 826, 831 BGB.

3. Der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 2) auf Verzinsung des zurückzuerstattenden Kaufpreises folgt bis Rechtshängigkeit aus §§ 849, 246 BGB und beträgt vier Prozentpunkte über dem Basiszinssatz (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 29. April 2019 – 16 U 30/19 –, Rn. 2, 24, juris, i.V.m. LG Bonn, Urteil vom 16. Januar 2019 – 1 O 138/18 –, Rn. 67, juris). Der Zinsanspruch gem. §§ 849, 249 BGB besteht nur in Höhe von vier Prozentpunkten. Die Zinsen können gem. § 187 Abs. 1 BGB erst ab dem 17.09.2016 verlangt werden, da der Tag der Übergabe des streitgegenständlichen Fahrzeuges nicht mitgerechnet wird. Seit dem 26.09.2018 folgt der Zinsanspruch aus §§ 286 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2, 288 Abs. 1 BGB.

4. Ferner hat der Kläger einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten zu 2). Diese war wegen der (jedenfalls konkludent und spätestens mit ihrem Klageabweisungsantrag) verweigerten Entgegennahme des streitgegenständlichen Kfz gem. §§ 298, 293 BGB in Verzug. Der Kläger hat der Beklagten zu 2) mit anwaltlichem Schreiben vom 18.09.2018 unter Fristsetzung bis zum 25.09.2018 den PKW ordnungsgemäß abholbereit angeboten. Das nach § 256

ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht, weil die Feststellung der erleichterten Vollstreckung des geltend gemachten Leistungsanspruchs dient und hierzu erforderlich ist, siehe § 756 ZPO (vgl. BGH, Urteil v. 13.12.2001 - VII ZR 27/00 Rdn. 27).

5. Hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten folgt der Anspruch gegen die Beklagte zu 2) aus §§ 826, 249 BGB. Er besteht in Höhe von 1.752,90 EUR.

6. Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 3) einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises von 76.755,12 EUR abzüglich der von ihm gezogenen Nutzungen Zugum-Zug gegen Rückgabe des im Tenor bezeichneten Fahrzeuges (§§ 346 Abs. 1, 348 i.V.m. § 437 Nr. 2, §§ 440 Satz 1 Mod. 3, 323 Abs. 1 BGB).

Der Kläger ist mit Schreiben vom 18.09.2018 wirksam wegen Mangelhaftigkeit von dem Kaufvertrag mit der Beklagten zu 3) über den streitgegenständlichen Porsche Macan S zurückgetreten. Der PKW wies bei Gefährübergang einen Sachmangel auf. Eine Frist zur Nacherfüllung war entbehrlich und die Pflichtverletzung war nicht unerheblich; diese beiden Voraussetzungen des Rücktrittsrechts hängen eng miteinander zusammen.

a. Der Ist-Zustand des Wagens wich bei Gefährübergang vom Soll-Zustand ab. Das Kfz erfüllte die Euro-6-Abgasnorm nicht. Damit fehlte ihm jedenfalls eine Beschaffenheit, wie sie bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die ein Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB).

Zur Beschaffenheit eines Kaufgegenstands können alle Eigenschaften gehören, die der Sache selbst anhaften sowie alle Beziehungen einer Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsanschauung Einfluss auf die Wertschätzung haben oder die Brauchbarkeit der Sache beeinflussen und ihr unmittelbar anhaften (vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, 75. Aufl. § 434 Rdn. 10). Ein Emissionsverhalten des Motors entsprechend der Euro-6-Abgasnorm (bzw. allgemein der gesetzlichen Abgasvorschriften) stellt eine solche Eigenschaft dar. Die Klägerin durfte bei ihrer

Kaufentscheidung davon ausgehen, dass der erworbene Wagen die für ihn geltenden Abgasvorschriften einhält und die dazugehörigen (und auch in der Werbung bzw. den Prospekten zum Fahrzeugtyp angegebenen) Emissionswerte korrekt ermittelt wurden. Tatsächlich wurde die Einhaltung der Euro-6-Norm nur wegen des Einsatzes manipulierender Software und damit nicht vorschriftsgemäß sichergestellt. Wäre die Software nicht eingesetzt worden, wären im Prüfverlauf die gesetzlichen vorgeschriebenen NOx-Emissionswerte überschritten worden.

Allerdings leugnen die Beklagten einen Mangel. Sie berufen sich darauf, der Motor verfüge nicht über eine unzulässige Abschalt einrichtung des Emissionskontrollsystems, die im Prüfstandmodus geschaltet worden sei. Dieser Einwand greift jedoch aus mehreren Gründen nicht durch.

Zunächst hätte sich das KBA kaum veranlasst gesehen, die Nachbesserung für verpflichtend zu erklären, wenn die Emissionen ohnehin den gesetzlichen Vorgaben entsprochen hätten; der Hersteller des streitgegenständlichen Motors hätte sich ohne Notwendigkeit wohl nicht veranlasst gesehen, massenhaft eine derart aufwändige und kostspielige Nachbesserung aus reiner Kulanz anzubieten.

Abgesehen davon geht der Vortrag der Beklagten zur Mangelhaftigkeit schon am Kern des Problems vorbei. Der Mangel wird sogar zugestanden, wenn sie behauptet, eine unzulässige Abschalt einrichtung sei nicht zum Einsatz gekommen, weil eine Diskrepanz der Stickoxidemissionen im Prüfstand einerseits und im normalen Fahrbetrieb andererseits zu begründen vermag. Denn der Prüfstandmodus gibt zwar nicht den realen Fahrbetrieb wieder, die Motorsteuerung muss aber jedenfalls im Wesentlichen identisch wie dort funktionieren (ähnlich LG Bochum, Urteil v. 16.03.2016 - 2 O 425/15). Nur so wird gewährleistet, dass die Abgas- und Verbrauchswerte, die nicht mit denen des realen Fahrbetriebs übereinstimmen müssen, in einer gewissen Korrelation zueinander stehen und eine Aussage über den realen Fahrbetrieb sowie den Vergleich zu anderen Fahrzeugen zulassen: Niedrige Werte im Prüfstandmodus lassen auch niedrige Werte im realen Fahrbetrieb erwarten und umgekehrt. Die Fahrzeuge müssen die Prüfstandsituation zwar erkennen können, damit die Fahrzeugassistenzsysteme nicht falsch reagieren (etwa deshalb, weil sich hier die Hinterräder nicht mitdrehen), der Prüfstandmodus dient aber nicht dazu, die Emissionsschutzwerte zu ermitteln, die auch im realen

Straßenverkehr vorliegen. Davon kann bei dem Motor im klägerischen Fahrzeug nicht ausgegangen werden. Denn wie die Beklagte selbst vorträgt, führt der sog. Warmlaufmodus dazu, dass sich der SCR-Katalysator nach einem Kaltstart schneller aufheizt, damit die Stickoxidemissionen auch in den ersten Betriebsminuten nach einem Kaltstart effizient reduziert werden. Eben dieser Warmlaufmodus war aber nach den Ausführungen der Beklagten im realen Straßenbetrieb nicht ausreichend, so dass im realen Straßenbetrieb im Vergleich zum Prüfstand veränderte Stickoxidemissionen erzielt werden. Da nur die Prüfstandfahrt Grundlage der EG-Typengenehmigung ist und nur dessen Werte öffentlich (in Prospekten und der Werbung) bekannt gemacht werden, werden Kunden (und auch die Genehmigungsbehörde) über die Aussagekraft der Messwerte und die im realen Fahrbetrieb zu erwartenden Emissionswerte getäuscht (ähnlich LG Bochum, Urteil v. 16.03.2016 - 2 O 425/15).

b. Durch das Aufspielen des Software-Updates wurde der Mangel nicht vollständig beseitigt. Vielmehr besteht ein erheblicher und berechtigter Mangelverdacht fort. Der Verdacht eines Mangels kann seinerseits einen Sachmangel darstellen, wenn er qualitätsmindernd ist. Der Verdacht muss dabei der Sache offenkundig anhaften und einen der Mangelatbestände erfüllen (Weidenkaff, in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 434 Rn. 58). So liegt der Fall hier.

Gerade im Fall der Durchführung des Software-Updates besteht der Verdacht von Spät- und Folgeschäden. Es ist nicht auszuschließen, dass die Beseitigung der Manipulations-Software negative Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch und die Motorleistung haben würde. Im Gegenteil, derartige Befürchtungen wurden gerichtsbekannt auch von Fachleuten mehrfach öffentlich geäußert und beruhen auf der nahelegenden Überlegung, warum die Herstellerin des Motors nicht schon bei der konzernweiten Entwicklung der Motoren zur Erstellung einer entsprechenden Software in der Lage gewesen sei bzw. warum sie nicht schon viel früher, nämlich schon weit vor Bekanntwerden des Abgasskandals, die Entwicklung der jetzt in Aussicht gestellten Software unternommen habe. Sie beruhen weiter auf dem bekannten Zielkonflikt zwischen günstigen Stickoxidwerten und günstigen Kohlendioxidwerten. Die Beklagte hat den berechtigten Mangelverdacht der Klägerin auch nicht durch einen Gegenbeweis ausgeräumt.

Der sog. Abgasskandal war Gegenstand breiter öffentlicher Wahrnehmung. Auch die Nachbesserungsversuche der Herstellerseite wurden samt der Möglichkeit vorgenannter negativer Folgen kontrovers in der Öffentlichkeit diskutiert, sodass von einer Kenntnis eines durchschnittlich informierten Käufers von den möglichen negativen Folgen eines Software-Updates auszugehen ist. Mithin haftet der Verdacht eines Mangels allen von dem sog. Abgasskandal betroffenen Fahrzeugen offenkundig an.

Dieser Mangelverdacht wirkt sich negativ auf die Verkäuflichkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugs aus, sodass ihm ein merkantiler Minderwert anhaftet, der einen selbstständigen Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB darstellt. Jedenfalls besteht aber das begründete und nahegelegende Risiko eines bleibenden merkantilen Minderwerts. Bereits das Bestehen eines solchen naheliegenden Risikos eines bleibenden merkantilen Minderwerts ist ausreichend (vgl. LG Kempten Endurteil vom 29.03.2017 – 13 O 808/16 m.w.N.; LG Ravensburg, Urteil vom 09.01.2018 - 2 O 171/17).

Die Klägerin kann sich auch auf diesen Minderwert berufen, obwohl ihr das Fahrzeug als Leasingnehmerin nur zur Nutzung überlassen wurde. Denn die Klägerin macht keinen eigenen Anspruch, sondern einen Anspruch aus abgetretenen Recht der Leasinggeberin geltend, die Eigentümerin des Fahrzeugs ist.

c.

Dem Rücktritt des Klägers steht nicht entgegen, dass er der Beklagten zu 3) nach Aufspielen des Updates keinen weiteren Nachbesserungsversuch zugelassen hat und der Beklagten zu 3) hierzu auch keine Frist setzte. Denn ein weiteres Nachbesserungsverlangen ist schon gem. § 326 Abs. 5 BGB sowie gem. § 440 Satz 1 Mod. 3 BGB wegen Unzumutbarkeit entbehrlich.

Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 233 f.), eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses der Parteien, die Art der Sache und der Zweck, für den der Verbraucher sie benötigt, die Art des Mangels und die Begleitumstände der Nacherfüllung; die Unzumutbarkeit ist allein aus der Perspektive des Käufers, also

des Klägers, zu beurteilen, eine Interessenabwägung findet nicht statt (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2014, § 440 Rdn. 23 f.).

aa.

Der Kläger musste der Beklagten zu 3) neben dem Aufspielen des Updates keine weitere Frist zur Nacherfüllung setzen, da schon das Aufspielen des Updates und auch eine weitere Nacherfüllung jedenfalls ungeeignet sind, den Mangel des merkantilen Minderwerts zu beheben. Eine solche Mangelbehebung ist unmöglich, sodass es einer Fristsetzung für seine Behebung nicht bedarf (vgl. LG Ravensburg, Urteil vom 09.01.2018 - 2 O 171/17).

bb.

Ferner war eine Fristsetzung in Bezug auf weitere Nacherfüllungsversuche wegen Unzumutbarkeit gem. § 440 Satz 1 Mod. 3 BGB entbehrlich.

Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 233 f.), eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses der Parteien, die Art der Sache und der Zweck, für den der Verbraucher sie benötigt, die Art des Mangels und die Begleitumstände der Nacherfüllung; die Unzumutbarkeit ist allein aus der Perspektive des Käufers, also des Klägers, zu beurteilen, eine Interessenabwägung findet nicht statt (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2014, § 440 Rdn. 23 f.).

Die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung gründet sich auf eine nachhaltige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses, auch wenn die Herstellerin des Fahrzeugs nicht Partei des Prozesses ist. Denn die Beklagte zu 3) kann eine Nachbesserung schon deshalb nicht eigenständig durchführen, weil sie auch für weitere Nachbesserungsversuche nicht ohne die Herstellerin des Fahrzeugs ausführen kann. Sie benötigt wiederum von der Herstellerin des Fahrzeugs entwickelte Lösungsansätze und ggfs. weitere Softwareupdates, deren Installation nur ein untergeordneter Akt der gesamten Nachbesserung darstellt. Hinsichtlich der Nachbesserung ist die Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs daher Erfüllungsgehilfin im Sinne der Vorschrift des § 278 BGB des Verkäufers, und der Kläger müsste sich auf sie verlassen, obwohl sie sich als unzuverlässig erwiesen hat. Dies ist ihm zweifelsohne nicht zuzumuten. Daran, dass dem Kläger eine Nachbesserung im Sinne des § 440 Satz 1

BGB unzumutbar ist, ändert auch die Tatsache nichts, dass die Nachbesserung unter der behördlichen Aufsicht des Kraftfahrtbundesamtes stattfände. Denn die Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat das Kraftfahrtbundesamt schon einmal getäuscht und es ist keineswegs ausgeschlossen, dass sie auch bei der Nachbesserung der betroffenen Fahrzeuge Maßnahmen ergreift, mit denen das Kraftfahrtbundesamt nicht rechnet und die deshalb ebenso unentdeckt blieben wie die ursprünglich verwendete "Schummelsoftware".

Abgesehen davon ist auch das Vertrauensverhältnis zu der Beklagten zu 3) selbst zerstört, denn der Kläger darf aufgrund der faktischen Nähe der Beklagten zu 3) zu der Beklagten zu 2), die die von Volkswagen entwickelten Motoren verwendet und zukaufen, die Befürchtung haben, dass die Beklagte zu 3) eher in deren Lager steht und deren wirtschaftliche Interessen verfolgt bzw. bevorzugt, als den berechtigten Belangen der Kunde nachzukommen. Denn die Beklagte zu 3) hätte ohne die Fahrzeughersteller den Wagen erst gar nicht liefern können und sie ist für sämtliche Reparatur- und Serviceleistungen in der Zukunft auf diese angewiesen. Die Beklagte zu 3) will als Teil eines selektiven Vertriebssystems beim Verkauf ihrer Fahrzeuge vom guten Ruf des Herstellers profitieren, muss dann aber im Fall des erheblichen Ansehensverlustes des Herstellers und dessen arglistigem Verhalten im Gegenzug hinnehmen, dass der Kunde eine Nachbesserung durch den Hersteller ablehnt. Wegen der Brisanz des Abgasskandals, des im Raum stehenden Vorwurfs eines millionenfachen Betrugs und stets neuen Enthüllungen über das Ausmaß des Skandals ist nachvollziehbar, dass der Kläger nicht mehr darauf vertraut, dass die Nacherfüllung in seinem Interesse erfolgt und er objektiv über alle Umstände und mögliche Folgemängel informiert wird. Dies gilt umso mehr als die Beklagte zu 3) den Mangel noch während des Prozesses leugnet und damit offenbar das angekündigte Software-Update als bloße Kulanzmaßnahme hinstellen will.

d.

Nach den Umständen des vorliegenden Falles ist im Rahmen der Interessenabwägung auch nicht von einer nur unerheblichen Pflichtverletzung im Sinne § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB auszugehen, die einen Rücktritt ausschließen würde.

Wann von einer Unterschreitung der Erheblichkeitsschwelle im Sinne dieser Vorschrift auszugehen ist, bedarf einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen, wobei die Bedeutung des Mangels in der Verkehrsanschauung und alle

Umstände des Einzelfalles zu würdigen sind (vgl. BGH, Urteil v. 15.06.2011 - VIII ZR 139/09). Für die Beurteilung ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen (vgl. BGH, Urteil v. 15.06.2011 - VIII ZR 139/09 Rdn. 9). Insbesondere sind dabei der für die Mangelbeseitigung erforderliche Aufwand, die Qualität des Vertragsgegenstandes, die Anzahl der Mängel, die Auswirkung auf die beeinträchtigte Leistung und die für die Kaufentscheidung maßgeblichen Kriterien heranzuziehen (vgl. Beck'scher Online-Kommentar BGB-Schmidt, Stand 01.08.2016, § 323 Rdn. 39). Auch ist eine Arglist des Verkäufers im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung zu berücksichtigen. Bei unbehebbareren Mängeln, mit den der Käufer dauerhaft leben müsste, ist grundsätzlich von einer Erheblichkeit auszugehen (Ernst in: MüKo BGB, 7. Aufl., § 323 Rn. 248, 251).

Im vorliegenden Fall begründet der Mangelverdacht einen merkantilen Mindewert des streitgegenständlichen Fahrzeugs, der nicht durch Nacherfüllung behoben werden kann, sodass grundsätzlich von einer Erheblichkeit der Pflichtverletzung auszugehen ist. Umstände, die ausnahmsweise eine andere Bewertung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil ist aus der Sicht der Klägerin im Rahmen der Interessenabwägung zu beachten, dass sie der Mangel aufgrund der Unabsehbarkeit möglicher negativer Spätfolgen schwer trifft. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin einen Vertrauensverlust erlitten hat, der auch Auswirkungen auf das zukünftige Vertrauen in das Fahrzeug zeigt.

e.

Aufgrund des wirksamen Rücktritts sind gemäß § 346 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren. Die Beklagte zu 3) hat den Kaufpreis zu erstatten und erhält neben dem Wagen auch die Gebrauchsvorteile ersetzt, die der Kläger durch die Nutzung hatte (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Auf den zurückzuerstattenden Kaufpreis in Höhe von 76.755,12 EUR hat sich der Kläger deshalb eine Nutzungsentschädigung anrechnen zu lassen.

Da der Wertersatz auf den Zeitpunkt des Leistungsaustauschs zu bemessen ist, musste er angesichts des Streits der Parteien über die Laufleistung abstrakt bestimmt werden. Die Kammer schätzt die zu erwartende Gesamtleistung des Fahrzeuges gemäß § 287 ZPO auf mindestens 250.000 km (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1199). Der Wertersatz bestimmt sich dann nach folgender Formel:

(Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer) : Restnutzungsdauer

Der Kilometerstand bei Kauf betrug 10, so dass die Restnutzungsdauer 240.000 km ist.

7. Ferner hat der Kläger einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten zu 3). Diese war wegen der verweigerten Rückgabe und Rücküberreignung des streitgegenständlichen Kfz gem. §§ 298, 293 BGB in Verzug. Der Kläger hat der Beklagten zu 3) mit Schreiben vom 18.09.2018 unter Fristsetzung bis zum 25.09.2018 den PKW ordnungsgemäß abholbereit angeboten. Die Frist verstrich fruchtlos. Das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers besteht, weil die Feststellung der erleichterten Vollstreckung des geltend gemachten Leistungsanspruchs dient und hierzu erforderlich ist, siehe § 756 ZPO (vgl. BGH, Urteil v. 13.12.2001 - VII ZR 27/00 Rdn. 27).

8.

Der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 3) des zurückerstattenden Kaufpreises folgt aus §§ 286, 288 Abs. 1 BGB. Er beträgt fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz und besteht seit dem 26.09.2018. Gem. § 187 Abs. 1 BGB besteht ein Anspruch auf Verzugszinsen am Tag nach Ablauf der gesetzten Frist.

9.

Die Beklagten haften für die Rückabwicklung als Gesamtschuldner gem. § 421 BGB. Die Ansprüche des Klägers gegen beide Beklagten sind auf dasselbe Leistungsinteresse gerichtet. Sie hängen eng miteinander zusammen. Daran ändert die Tatsache, dass sich der Anspruch gegen die Beklagte zu 3) aus Vertrag, derjenige gegen die Beklagte zu 2) dagegen aus Delikt ergibt, nichts (vgl. BGHZ 59/97). Denn jedenfalls hat der Kläger dieses einheitliche Leistungsinteresse nur einmal zu beanspruchen.

10.

a.

Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.752,90 EUR als Verzugsschaden gegen die Beklagte zu 3) nach §§ 286, 288 BGB nicht zu. Das Antwortschreiben vom 18.09.2018 hat

den Verzug der Beklagten zu 3) erst begründet. Eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht ersichtlich.

b.

Dagegen ist dieser Anspruch von dem sich gegen die Beklagte zu 2) ergebenden Schadensersatzanspruch erfasst. Dies gilt auch für die mit dem Klageantrag zu Ziffer 2. geltend gemachten Zinsanspruch. Insoweit ergibt sich der Anspruch gegen die Beklagte zu 2) aus § 849 BGB. Der Höhe nach ergibt sich der Zinssatz aus § 246 BGB. Er ist aber auf die Zeit bis zur Geltendmachung des Verzugszinsschadens für die Zahlungspflicht aus Ziffer 1. begrenzt; ohne diese Begrenzung erhielte der Kläger den Kaufpreis doppelt verzinst.

III.

Im Übrigen ist die Klage unbegründet.

Dem Kläger stehen gegen die Beklagte zu 1) die geltend gemachten Ansprüche nicht zu.

1.

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte zu 1) auf Schadensersatz gem. § 826 BGB Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rücküberreignung des streitgegenständlichen PKW unter Abzug einer Nutzungsentschädigung. Die Beklagte zu 1) ist weder Herstellerin des streitgegenständlichen Motors, noch des PKW. Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

2.

Dem Kläger steht in Ermangelung eines Leistungsanspruchs (Ziff. III. 1.) der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.752,90 EUR als Verzugsschaden gegen die Beklagte zu 1) nach §§ 286, 288 BGB nicht zu.

3.

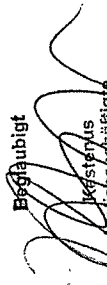
Die Beklagte zu 1) befindet sich nicht im Annahmeverzug, mit der Rücknahme des streitgegenständlichen PKW. Als nicht für die Herstellung des Motors und des PKW Verantwortliche, ist sie nicht die richtige Anspruchsgegnerin.

4. Mit gleicher Begründung ist die Beklagte zu 1) auch nicht verpflichtet, weitere Schäden, die aus der Ausstattung des PKW mit der manipulierten Abgassoftware resultieren, zu erstatten.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 S. 1, 2. Alt., 100 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.

Der Streitwert wird auf bis zu 76.755,12 EUR festgesetzt.

Streyl Kley Thiemann

Beglaubigt

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Landgerichts Krefeld.

