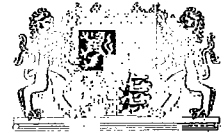


5  
**Landgericht Nürnberg-Fürth**  
Abteilung für Zivilsachen



Landgericht Nürnberg-Fürth Fürther Str. 110, 90429 Nürnberg

Rechtsanwälte  
Gansel  
Wallstraße 59  
10179 Berlin

für Rückfragen:  
Telefon: 0911/321-2687 o. -2214  
Telefax: 0911/321-2107

Zimmer: 233

Sie erreichen die zuständige Stelle am besten:  
Mo - Fr. 8.00 Uhr - 12.00 Uhr

Ihr Zeichen

[REDACTED]

Bitte bei Antwort angeben  
Akten- / Geschäftszeichen  
9 O 8068/17

Datum

16.10.2018

In Sachen

[REDACTED] ./ [REDACTED] u.a.  
wg. Abgasskandal

Sehr geehrte Damen und Herren Rechtsanwälte,

anbei erhalten Sie eine beglaubigte Abschrift des Urteils vom 16.10.2018 und eine Abschrift des Urteils vom 16.10.2018.

Mit freundlichen Grüßen

Schiebel, JOSEkr'in

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dieses Schreiben wurde elektronisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

**Hausanschrift**  
Fürther Str. 110  
90429 Nürnberg

**Haltestelle**  
U-Bahn Linien 1 und 11 in  
Richtung Fürth  
Haltestellen: Bärenschanze  
oder Maximilianstraße

**Nachtbriefkasten**  
Fürther Str.  
110  
90429 Nürnberg

**Kommunikation**  
Telefon:  
0911/321-01  
Telefax:  
0911/321-2878

# Landgericht Nürnberg-Fürth

Az.: 9 O 8068/17



## IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

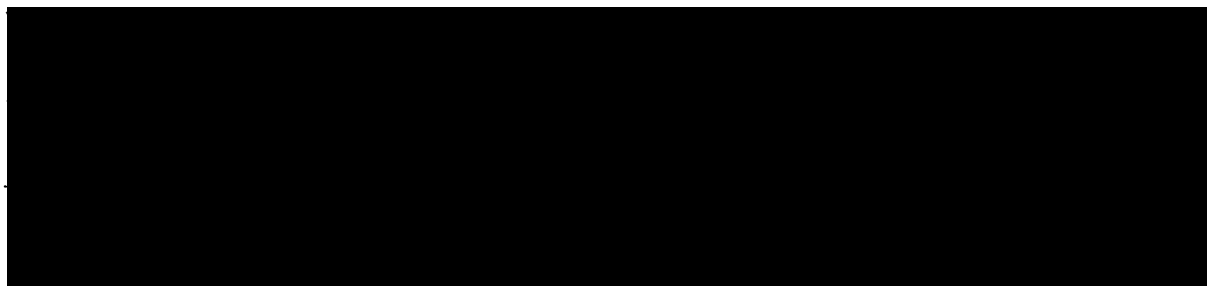
- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gansel**, Wallstraße 59, 10179 Berlin, Gz.: 52dmkn-2280-2282

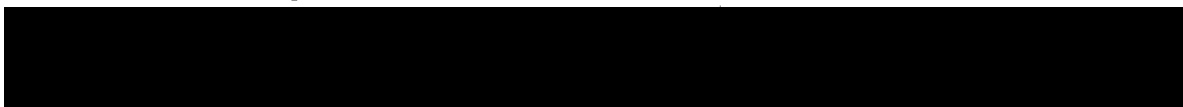
gegen

1)



2) **Volkswagen AG**, vertreten durch d. Vorstand Matthias Müller u.a., Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg  
- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:



wegen Abgassoftware

erlässt das Landgericht Nürnberg-Fürth - 9. Zivilkammer - durch den Richter am Landgericht Stumpf als Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24.04.2018 folgendes

## Endurteil

1. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger € 22.550,82 nebst Zinsen in Höhe von 4 % aus 25.575,41 € seit dem 02.November 2012 bis zum 12.01.2018 und in Höhe von 5 Pro-

*Handwritten notes:*  
FA ( 11.18 BA  
19.11.18  
19.12.18  
LW 2.00 not. Rtt

- zentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.01.2018 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Tiguan 2.0 TDI mit dem Kennzeichen HX-BZ-2205 und mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) WVGZZZ5NZDWO75947 nebst 2 Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.
2. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, den Kläger hinsichtlich der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 205,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 13.01.2018 freizustellen sowie an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.358,86 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 13.01.2018 zu zahlen.
  3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
  4. Der Kläger trägt 70 % der eigenen außergerichtlichen Kosten und der Gerichtskosten sowie die vollen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1). Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) tragen der Kläger 21 % und die Beklagte zu 2) 79 %. Die Beklagte zu 2) trägt außerdem 30 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten des Klägers.
  5. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

## Beschluss

Der Streitwert wird auf 29.600,00 € festgesetzt.

## Tatbestand

Der Kläger begehrt Neulieferung eines Fahrzeugs, hilfsweise Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen PKW nach Rücktritt gegenüber der Beklagten zu 1) und Rückabwicklung des Kaufvertrags als Schadensersatz gegen die Beklagte zu 2).

Am 02.11.2012 bestellte der Kläger bei der Beklagten zu 1) ein neues Fahrzeug VW Tiguan zum Kaufpreis von 28.600,00 € inkl. Nebenkosten (Anlage K1). Das mit dem Dieselmotor des Typs EA189 ausgestattete Fahrzeug wurde dem Kläger geliefert, der Kläger zahlte den Kaufpreis an die Beklagte zu 1).

Das Fahrzeug verfügte über eine Software mit zwei unterschiedlichen Betriebsmodi, die die Abgasrückführung steuerten. Im NOx-optimierten Modus 1, der im NEFZ aktiv war, kam es zu einer höheren Abgasrückführungsrate. Unter Fahrbedingungen, die im normalen Straßenverkehr vorzufinden waren, war der partikeloptimierte Modus 0 aktiv. Das Fahrzeug befand sich im normalen Straßenverkehr durchgehend im Modus 0. Nach der bereits erfolgten Installation des Software-Updates wird das Fahrzeug nur noch im adaptierten Modus 1 betrieben, der bisher im Ursprungs-Modus 1 in Prüfsituationen aktiv war.

Der Kläger ließ das von den Beklagten angebotene Software-Update am 07.11.2016 durchführen.

Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 13.11.2017 (Anlage K27) an die Beklagte zu 1) forderte der Kläger diese zur Neulieferung eines mangelfreien Fahrzeugs auf und trat hilfsweise (für den Fall, dass er mit dem Nacherfüllungsbegehren nicht durchdringen sollte) vom Vertrag zurück. Mit Schreiben vom 13.12.2017 wies die Beklagte zu 1) sowohl die Neulieferung als auch die Rückabwicklung des Vertrags ab.

Der Kläger behauptet, dass das Software-Update zu technischen Nachteilen führen könne. Auch nach der Durchführung des Software-Updates verbleibe merkantiler Minderwert.

Der Kläger beantragt:

1. *Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit gleichartiger technischer Ausstattung wie das Fahrzeug der Marke VW vom Typ Tiguan 2.0*

TDI mit dem Kennzeichen HX-BZ-2205 und mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) WVGZZZ5NZDWO75947 nachzuliefern. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Tiguan 2.0 TDI mit dem Kennzeichen HX-BZ-2205 und mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) WVGZZZ5NZDWO75947 nebst 2 Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.

2. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger € 28.600,00 nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit dem 02. November 2012 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Tiguan 2.0 TDI mit dem Kennzeichen HX-BZ-2205 und mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) WVGZZZ5NZDWO75947 nebst 2 Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft sowie Zahlung eines von den Beklagten noch darzulegenden Nutzungersatzes für die Nutzung des vorgenannten PKW, dessen Höhe gemäß § 287 ZPO in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch 6.049,18 € nicht übersteigen soll.

Hilfsweise:

3. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger € 28.600,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Januar 2018 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Tiguan 2.0 TDI mit dem Kennzeichen HX-BZ-2205 und mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) WVGZZZ5NZDWO75947 nebst 2 Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft sowie Zahlung eines von den Beklagten noch darzulegenden Nutzungersatzes für die Nutzung des vorgenannten PKW, dessen Höhe gemäß § 287 ZPO in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch 6.049,18 € nicht übersteigen soll.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Tiguan 2.0 TDI mit dem Kennzeichen HX-BZ-2205 und mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) WVGZZZ5NZDWO75947 durch die Beklagte zu 2) resultieren.

5. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) mit der Annahme der in den vorgenannten Anträgen genannten Zug um Zug Leistung im Annahmeverzug befindet.

6. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, den Kläger hinsichtlich der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.564,26 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, den Kläger hinsichtlich der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 205,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen sowie an den Kläger 1.358,86 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

*die Klage abzuweisen.*

Sie behaupten, durch das vom KBA genehmigte Software-Update würden keine technischen Nachteile für das Fahrzeug des Klägers entstehen. Die Beklagte zu 1) ist der Ansicht, dass der Rücktritt bereits mangels einer angemessenen Nachfristsetzung unwirksam sei. Schließlich wäre ein Mangel unerheblich, da das Aufspielen des Software-Updates mit einem geringen Zeit- und Kostenaufwand verbunden sei. Hinsichtlich der beantragten Ersatzlieferung beruft sich die Beklagte zu 1) auf Unmöglichkeit. Es habe einen Modellwechsel gegeben, so dass die Neulieferung eines aktuell gebauten VW Tiguan die Lieferung eines Aliuds darstellen würde.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist gegen die Beklagte zu 1) unbegründet und gegen die Beklagte zu 2) in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

## A. Ansprüche gegen die Beklagte zu 1:

### I. Ersatzlieferung

Ein Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung besteht nicht wegen Unmöglichkeit einer Ersatzlieferung, § 275 Abs. 1 BGB.

#### I.

1. Es ist unstrittig, dass der Kläger von der Beklagten ein Fahrzeug VW Tiguan der ersten Generation erworben hat, wobei diese Modellreihe seit Mai 2015 nicht mehr produziert wird. Die Lieferung eines anderen, eventuell am Markt vorhandenen (nicht gebrauchten) VW Tiguans der ersten Generation würde aus der Sicht des Klägers keine geeignete Mangelbeseitigungsmaßnahme darstellen, da entsprechende Fahrzeuge mit der streitgegenständlichen Software ausgestattet sind und das von der Beklagten bzw. von der Fahrzeugherstellerin angebotene Software-Update aus der Sicht des Klägers zu keiner Mangelbeseitigung führe. Der Kläger begehrt daher ein „fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion“ und damit einen VW Tiguan der zweiten Generation. Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass eine Nachlieferung unmöglich sei und hierzu ausführlich vorgetragen. Die interne Bezeichnung der ersten Modellgeneration des VW Tiguan laute „TYP 5N“, wobei die technische Grundlage die PQ35-Plattform sei. Das Nachfolgemodell des VW Tiguan werde intern als „TYP AD1“ bezeichnet, basiere auf dem neuen modularen Querbaukasten des Volkswagenkonzerns und unterscheide sich daher erheblich von der Vorgängergeneration. Es gebe auch enorme optische Unterschiede, u.a. sei der neue VW Tiguan flacher, aber sechs Zentimeter länger und drei Zentimeter breiter als das streitgegenständliche Fahrzeug. Die erste Modellgeneration unterscheide sich von der zweiten Modellgeneration außerdem durch eine höhere Leistung, eine andere Abgasnorm (Euro 6 statt Euro 5) und das Vorhandensein eines SCR-Katalysators. Außerdem habe ein VW Tiguan der zweiten Generation als Motorleistung 110 kW statt 103 kW. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf S. 33 ff. der Klageerwiderung Bezug genommen. Diesen Ausführungen ist die Klagepartei nicht substantiiert entgegen getreten, so dass sie als zugestanden zu werten sind, § 138 Abs. 3 ZPO.

2. Vorliegend ist von einem Modellwechsel auszugehen. Dies hat die Beklagte detailliert dargelegt.

a) Wer einen Neuwagen aus einer auslaufenden Serie gekauft hat, kann nicht Ersatzlieferung des Nachfolgemodells verlangen (Ball, NZV 2004, 217). Ist ein modellgleiches Fahrzeug nicht nachlieferbar, weil der Hersteller die Produktion dieses Modells entweder komplett oder in der ursprünglich bestellten Version (z.B. Motorisierung) eingestellt hat und kann der Verkäufer auch anderweitig (am Markt) keinen gleichartigen und (nicht oder!) gleichwertigen Ersatz beschaffen, liegt ein Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB vor (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 727, m.w.N.). Ein Fahrzeug wird im Wesentlichen durch Marke, Baureihe, Typ, Karosserie und Motor charakterisiert. Der Motorisierung kommt bei einem Neuwagenkauf besonderes Gewicht zu. Weicht die Motorisierung des nach Wunsch des Käufers zu liefernden Ersatzfahrzeugs von der Motorisierung des gelieferten Fahrzeugs bei sonst baugleichen Fahrzeugen erheblich ab, sind die Fahrzeuge objektiv nicht vergleichbar. Auf den Umstand, dass der Käufer sich mit einer anderen Motorisierung zufrieden geben würde, um ein Neufahrzeug zu erhalten, kommt es nicht an, da dem Käufer insofern kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zusteht (OLG Nürnberg, Urte. v. 15.12.2011, Az. 13 U 1161/11).

b) Die vom Kläger angestrebte Ersatzlieferung ist gemäß § 275 Abs. 1 BGB für die Beklagte unmöglich. Die seit Mai 2015 gebauten Fahrzeuge VW Tiguan der zweiten Generation weichen sowohl hinsichtlich der Karosserie, der Motorisierung, der Schadstoffklasse und - nach unbestrittenen Angaben der Beklagten - auch des Motortyps von dem streitgegenständlichen VW Tiguan der ersten Generation ab. Fahrzeuge VW Tiguan der zweiten Generation dürften auch bei sonst ähnlicher technischer Ausstattung einen höheren Marktpreis haben, da es sich auch in der allgemeinen Wahrnehmung um neuere Fahrzeuge handelt. Auch wenn die Abweichung in der Motorisierung von 7 kW allein möglicherweise für die Annahme der Unmöglichkeit nicht ausreichen würde, ist nach der Gesamtbetrachtung der stattgefundenen Änderungen von einem Modellwechsel auszugehen, so dass Fahrzeuge der ersten Generation des VW Tiguan als untergegangene Gattung zu werten sind. Eine Lieferung eines VW Tiguan der zweiten Generation würde daher der Lieferung eines Aliuds i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB gleichstehen. Unstreitig kann ein VW Tiguan der ersten Generation ohne streitgegenständliche Software am Markt nicht beschafft werden. Insofern kann sich der Kläger auch nicht auf das BGH-Urteil vom 07.06.2006, Az. VIII ZR 209/05, in dem der



BGH ausgeführt hat, dass die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen mangelfreien Sache auch beim Stückkauf nicht von vornherein ausgeschlossen sei, sofern überhaupt gleichartige und gleichwertige Sachen am Markt seien, berufen.

3. Gemäß § 439 BGB muss der Verkäufer als Ersatz eine Sache gleicher Art und gleichen Typs liefern (BeckOK BGB/Faust, § 439, Rn. 27). Hätte man vorliegend der Klage stattgegeben, hätte der Kläger jedoch einen Anspruch auf Lieferung eines höherwertigen Fahrzeugs, ohne - im Gegensatz zu den Rücktrittsfällen - einen Nutzungsersatz leisten zu müssen (§ 474 Abs. 5 S. 1 BGB). Die Lieferung eines Aliuds stellt keine Mangelbeseitigung dar (§ 439 Abs. 3 BGB).

## II. Rücktritt

Der Kläger ist nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten, so dass kein Rückgewährverhältnis entstanden ist (§§ 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 349, 437 Nr. 2 BGB).

### 1.

Dem Fahrzeug des Klägers hat bei Übergabe (§ 446 Satz 1 BGB) die (technisch) übliche Beschaffenheit (§ 434 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) gefehlt. Denn ein Programm, das entgegen gesetzlicher Vorschriften die auf dem Prüfstand erzielte Verringerung von Stickoxiden im Verkehr auf öffentlichen Straßen abschaltet, ist weder bei Fahrzeugen allgemein üblich noch vom vernünftigen durchschnittlichen Käufer zu erwarten (vgl. auch BeckOK BGB/Faust, § 434 BGB, Rn. 66, m.w.N.; OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 20.12.2017, Az. 18 U 112/117, [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)).

### 2.

Der Rücktritt war allerdings ohne eine Fristsetzung zur Nacherfüllung (§§ 323 Abs. 1, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB) unwirksam, da eine Fristsetzung dem Kläger - im Gegensatz zu den Fallkonstellationen bei noch nicht durchgeführtem Update, in denen zum Teil von Unzumutbarkeit der Fristsetzung ausgegangen werden kann (§ 440 S. 1, 3.Var. BGB bzw. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, vgl. auch LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 27.04.2017, Az. 9 O 3631/16 und 9 O 7324/16 und vom 21.11.2017, Az. 9 O 1915/17) - zumutbar war. Nach durchgeführtem Update muss der jeweilige Käufer konkrete, durch das Update für das jeweils streitgegenständliche Fahrzeug entstandenen

Nachteile, substantiiert darlegen und grundsätzlich dem Verkäufer eine Frist zur Behebung dieser Nachteile setzen (vgl. Hinweisbeschluss vom 24.07.2018, Bl. 409/410 d.A., auf den der Kläger nicht reagiert hat). In diesen Fallkonstellationen ist es zum einen bereits aus der Sicht des Käufers nicht mehr auf mögliche (sondern auf tatsächlich entstandene) Nachteile durch das Update abzustellen, da sich der Käufer trotz etwaiger Bedenken, auch hinsichtlich eines merkantilen Mindewerts des Fahrzeugs, bewusst auf das Update einlässt. Zum anderen sind individuelle technische Lösungen, bezogen auf konkrete Mängel bei konkretem Fahrzeug, grundsätzlich denkbar (vor dem Update wird von der Volkswagen AG für andere als 1,6 l-Motoren nur das Update angeboten). Vorliegend ist zwischen dem Aufspielen des Updates und dem Rücktritt ein erheblicher Zeitraum vergangen, ohne dass der Kläger substantiiert vorträgt, welche konkreten Nachteile des streitgegenständlichen Fahrzeugs ihn zum Rücktritt bewogen haben, und dies ohne Fristsetzung zur Mangelbeseitigung. Dass das Update vor dem Rücktritt durchgeführt wurde, ist unstrittig. Dass der Rücktritt vom Kaufvertrag in den Fällen der streitgegenständlichen Problematik des Motors EA189 grundsätzlich eine vorherige Fristsetzung voraussetzt, folgt aus dem Urteil des OLG Nürnberg vom 24.04.2018, Az. 6 U 409/17).

## B. Ansprüche gegen die Beklagte zu 2:

### I. Rückabwicklung

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1, 2.Alt. StGB zu. Die Beklagte haftet als mittelbare Täterin (§ 25 Abs. 1 Fall 2 StGB) für den durch die Beklagte zu 1) als vorsatzloses Werkzeug begangenen Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) dem Kläger auf Ersatz der ihm aus dem Kauf des streitgegenständlichen Pkw entstandenen Schäden (§ 823 Abs. 2 BGB).

#### 1.

In das streitgegenständliche Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Motor (EA 189) eingebaut worden, der eine unzulässige Abschaltvorrichtung aufweist. Dies steht fest auf Grund der der Beklagten bekannten Bescheide des KBA. Zudem stellt ein Programm, das eine auf dem Prüfstand erhöhte Rückführung und Verbrennung von Abgasen (Modus 1) bei Fahrten auf öffentlichen Straßen abschaltet (Modus 0), eine Konstruktion dar, mit der eine wirksame Kontrolle und Einschränkung der im normalen Betrieb zu erwartenden Emissionen (hier: Stickoxide) verhindert

wird.

Die streitgegenständliche Software stellt auch einen Sachmangel dar. Dem Fahrzeug des Klägers hat nämlich bei Übergabe (§ 446 Satz 1 BGB) die (technisch) übliche Beschaffenheit (§ 434 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) gefehlt. Denn ein Programm, das entgegen gesetzlicher Vorschriften die auf dem Prüfstand erzielte Verringerung von Stickoxiden im Verkehr auf öffentlichen Straßen abschaltet, ist weder bei Fahrzeugen allgemein üblich noch vom Käufer zu erwarten (vgl. auch BeckOK/Faust, § 434 BGB, Rn. 66, m.w.N.).

2.

Diese Tatsache war zum Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrags unstreitig weder dem Kläger noch der Händlerin bekannt. Die Beklagte ist aber verpflichtet gewesen (§ 13 StGB), als Herstellerin des Motors und des Fahrzeugs, über dessen (technische) Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben sowohl für den Erhalt der Typengenehmigung (Art. 4 Absatz 2 VO/EG 715/2007) die zuständige Behörde als auch, weil dies unterblieben gewesen ist, die Händler sowie - spätestens zum Zeitpunkt der Bestellung des Fahrzeugs - den jeweiligen Käufer eines Fahrzeugs mit einem solchen (manipulierten) Motor zu unterrichten.

a) Die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch Unterlassen ist gemäß § 13 Abs. 1 StGB nur dann strafbar, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. Zur Begründung der Strafbarkeit aus einem unechten Unterlassungsdelikt muss ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter positiv tätig zu werden. Die Gleichstellung des Unterlassens mit dem aktiven Tun setzt deshalb voraus, dass der Täter als „Garant“ für die Abwendung des tatbestandlichen Erfolges einzustehen hat. Alle Erfolgsabwendungspflichten beruhen auf dem Grundgedanken, dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen kommt für alle Personen in Frage, die eine von § 13 Abs. 1 StGB erfasste Pflicht zur Aufklärung anderer über vermögensrele-

vante Tatsachen haben. Unabhängig vom Entstehungsgrund muss diese Pflicht stets darauf gerichtet sein, unrichtigen oder unvollständigen Vorstellungen des Getäuschten über Tatsachen, die zu einer Vermögensschädigung führen können, durch aktive Aufklärung entgegenzuwirken (vgl. BGH NJW 2017, 2052, m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Beklagte hat unstreitig sowohl das Fahrzeug als auch den Motor EA189 hergestellt und den PKW in den Verkehr gebracht, ohne die Händler oder den Kläger über das Vorhandensein der streitgegenständlichen Software aufzuklären. Da sie außerdem in dem von ihr hergestellten Motor auch die streitgegenständliche Software eingesetzt hatte, wodurch die Typgenehmigung und damit die Vorschriftenmäßigkeit der Fahrzeuge als wertbildender Umstand beeinträchtigt worden war, bestand die Aufklärungspflicht gemäß § 13 StGB. Hätte die Beklagte die Händler über die eingesetzte Software aufgeklärt, ist zu erwarten, dass die Verkäuferin den Kläger darüber aufgeklärt hätte.

b)

Es bestand daher beim Kläger ein von der Beklagten durch Verschweigen verursachter Irrtum über das Vorhandensein einer Manipulationssoftware. Der Endabnehmer ist auch dann Opfer deliktischen Schädigung, wenn Zwischenhändler eingeschaltet werden. Der Kausalzusammenhang wird nämlich durch die Einschaltung von Zwischenhändlern nicht unterbrochen, wenn mit einem Weiterverkauf (was bei einem handelsüblichen PKW immer anzunehmen ist) zu rechnen ist (vgl. OLG Hamm, NJW 1997, 2121). Die Täuschung ist auch deshalb relevant, weil sie dem Käufer die Möglichkeit nimmt, von den Labormesswerten auf die realen Immissionswerte des Fahrzeugs schließen zu können. Eine informierte Entscheidung des Käufers, von verschiedenen Labormesswerten auf eine relativ höhere oder niedrigere reale Schadstoffbelastung zu schließen und in diesem Zusammenhang verschiedene Fahrzeugmodelle vergleichen zu können, wird durch die von der Beklagten begangene Täuschung unmöglich gemacht (vgl. Oechsler, NJW 2017, 2865).

3.

a) Mangels hinreichend konkreter Darlegungen der Beklagten ist davon auszugehen, dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter (vgl. § 31 BGB) der Beklagten die Anordnung traf, die streitgegenständliche Manipulationssoftware in den Motor EA 189 einzubauen und dies geheim zu halten. Genauere Feststellungen diesbezüglich sind aufgrund der Besonderheiten der streitgegenständlichen Problematik nicht erforderlich,

genauerer Vortrag hinsichtlich der bei der Beklagten verantwortlichen Personen kann von den Käufern, die in der Regel Verbraucher sind und keinerlei Kenntnisse über die Strukturen der Beklagten haben, nicht verlangt werden. Vielmehr ist es allein die Beklagte, die interne Ermittlungen durchführen lässt und Auskunft über die handelnden Personen geben könnte, was sie aber weder im vorliegenden Verfahren noch in anderen, dem Gericht bekannten gleichgelagerten Fällen tut. Ein Hinweis gemäß § 139 ZPO musste nicht erfolgen, da die Beklagte mehrfach geäußert hat, Einzelheiten zu handelnden Personen nicht mitteilen zu wollen. Auch nach Hinweisen anderer Gerichte (vgl. LG Offenburg, Urte. v. 12.05.2017, Az. 6 O 119/166, BeckRS 2017, 109841) erfolgte kein konkretisierender Vortrag diesbezüglich. Die Beklagte trägt hinsichtlich ihrer Entscheidungsstrukturen im Hinblick auf die streitgegenständliche Problematik die sekundäre Darlegungslast, insbesondere hinsichtlich des behaupteten Umstands, dass die Entscheidung unterhalb der Vorstandsebene getroffen worden sei (vgl. LG Paderborn, Urte. v. 07.04.2017, Az. 2 O 118/16). Diese Behauptung ist ohne nähere Begründung nicht glaubhaft. Vielmehr spricht bereits eine tatsächliche Vermutung dafür, dass eine Entscheidung mit dieser Tragweite (unstreitig sind von der streitgegenständlichen Problematik insgesamt mehr als zehn Millionen Fahrzeuge betroffen) nicht unterhalb der Vorstandsebene getroffen werden konnte. Hinzu kommt, dass angesichts der lange bekannten technischen Problematik, die Euro 5-Norm erfüllen zu müssen, ohne dass es gleichzeitig zu (nachteiligen) Leistungsänderungen oder Motorschäden kommt, für den Vorstand der Beklagten ein deutlicher Anlass zu einer genaueren Überprüfung der Abläufe in ihrem eigenen Unternehmen bei der Herstellung der Motoren bestanden hätte, als aus Sicht der für die Motorenentwicklung zuständigen Mitarbeiter die Auflösung dieser technischen Problematik auf einmal gelungen war (vgl. LG Krefeld, Urte. v. 19.07.2017, Az. 7 O 147/16, BeckRS 2017, 117776). Es handelt sich bei der Beklagten um einen sehr großen Autokonzern, bei dem die Entscheidungsstrukturen für Außenstehende nicht einsehbar sind, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ i.S.d. § 31 BGB weit zu verstehen ist, sodass es sich nicht zwingend um ein Vorstandsmitglied handeln muss. Es genügt, dass ihm durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind und er die juristische Person insoweit repräsentiert (Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 31 BGB, Rn. 6, m.w.N.). Hinzu kommt, dass auch nach BGH-Rechtsprechung die Frage der Wissenszurechnung von Organvertretern der juristischen Personen jedenfalls im Rahmen der Arglist nicht logisch-stringent, sondern nur in wertender Betrachtung zu entscheiden ist (vgl. BGH NJW 1996, 1339, m.w.N.). Daraus folgt, dass bereits aufgrund des bestehenden enormen Informationsgefälles zwischen den Kunden und der Beklagten diese jedenfalls im Rahmen der sekundären Darlegungslast die (Zwischen-)Ergebnisse der internen Ermittlungen vorzutragen hat. Für die Beklagte dürfte es i.Ü.

möglich sein, die Entscheidungsstrukturen hinsichtlich der streitgegenständlichen Problematik so nachvollziehbar darzulegen, ohne einzelne Personen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen, dass die oben geäußerte tatsächliche Vermutung widerlegt wird. Ein solcher Vortrag fehlt jedoch. Des Weiteren würde vorsätzliches Handeln der handelnden Personen, die sich möglicherweise gegenüber der Beklagten strafbar gemacht haben, eine Außenhaftung der Beklagten gegenüber den Kunden nicht ausschließen. Maßgeblich ist die Sicht der Kunden, die über die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen der Beklagten und den handelnden Mitarbeitern keine Kenntnis haben (vgl. BGH, Urt. v. 05.03.1998, Az. III ZR 183/96).

b) Schließlich kommt auch eine Haftung der Beklagten entsprechend § 31 BGB in Betracht, wenn man - der Beklagten folgend - annimmt, dass die Entscheidung über den Einsatz der streitgegenständlichen Software unterhalb der Vorstandsebene getroffen wurde, weil die Kontrollorgane der Beklagten nicht durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür gesorgt haben, dass die Tätigkeit ihrer leitenden Angestellten ausreichend überwacht wurde (vgl. BGH, Urt. v. 05.03.1998, Az. III ZR 183/96). Über den Wortlaut der §§ 30,31 BGB hinaus hat die Rechtsprechung eine Repräsentantenhaftung für solche Personen entwickelt, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren. Da es der juristischen Person nicht freisteht, selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, ob die Stellung des "Vertreters" in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt (BGH, Urt. v. 05.03.1998, Az. III ZR 183/96).

4.

a) Der Abschluss des Kaufvertrags und die anschließende Zahlung des Kaufpreises durch den Kläger an die Verkäuferin stellte eine Vermögensverfügung dar, die zur Schadensentstehung führte. Die Beklagte handelte in der Absicht, sich oder die Händler als Dritte i.S.d. § 263 StGB zu bereichern. Die unmittelbare Drittbereicherung der insoweit vorsatzlosen Zwischenhändler stellt sich als notwendige Voraussetzung der Erlangung eines eigenen Vermögensvorteils dar, weil ohne diese kein breiter Vertrieb der Fahrzeuge möglich wäre (LG Krefeld, a.a.O.). Die Bereicherungsabsicht bestand jedenfalls hinsichtlich aller mit der Beklagten verbundenen Händler, unab-

hängig davon, ob es sich um Neu- oder Gebrauchtfahrzeuge handelte. Insbesondere war der Beklagten bewusst, dass die von ihr hergestellten Fahrzeuge in der Regel mehrfach durch Händler weiterverkauft werden. Der Kläger hat (nachvollziehbar) vorgetragen, er hätte in Kenntnis der Abschaltvorrichtung den Vertrag nicht geschlossen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es nach der BGH-Rechtsprechung ausreichend ist, wenn die Täuschung für die Vermögensverfügung des Getäuschten zumindest mitbestimmend war, sie muss also nicht alleinige Ursache sein (vgl. BGH, NStZ 1999, 558). Selbst wenn die Leistung der Beklagten objektiv wertlos wäre, wäre ein Schaden des Käufers anzunehmen, wenn diese für die Zwecke des geschädigten Kontrahenten nicht voll brauchbar ist (vgl. LG Krefeld, a.a.O., m.w.N.). Dies ist vorliegend bereits deshalb der Fall, weil durch den Einsatz der Manipulationssoftware und die damit verbundene öffentliche Diskussion ein Weiterverkauf des Fahrzeugs nur unter Inkaufnahme eines nicht unerheblichen Preisnachlasses möglich ist, auch nach möglicher Durchführung des Software-Updates. Es liegt auch „Stoffgleichheit“ vor. Diese ist anzunehmen, wenn dieselbe Vermögensverfügung des Getäuschten, die den Täter oder einen Dritten bereichern soll, den Schaden unmittelbar herbeiführt, wobei ein der Höhe nach mit dem Schaden identischer Vorteil nicht vorausgesetzt wird (BGH, NJW 1988, 1397). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Der Erwerb des Fahrzeugs führte zur Schadensentstehung beim Kläger und gleichzeitig zum Vermögensvorteil bei der Händlerin und auch im Ergebnis bei der Beklagten. Die Beklagte muss die wirtschaftlichen Folgen des Kaufs dadurch ungeschehen machen, dass sie den Kaufpreis gegen Herausgabe des PKWs erstattet (vgl. LG Hildesheim, Ur. v. 17.01.2017, Az. 3 O 139/16). Die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs ergibt sich aus §§ 249 ff. BGB und entspricht im Ergebnis daher der der Rückabwicklung (vgl. BGH NJW 2011, 1962), wobei der Abzug der Nutzungsentschädigung im Rahmen der Vorteilsanrechnung erfolgt (vgl. BGH NJW 2015, 3160 zur Zug-um-Zug-Verurteilung bei fehlender Gleichartigkeit zwischen Ersatzanspruch und Vorteil). Diese errechnet sich aus der Multiplikation des Bruttokaufpreises und der von der Klagepartei zurückgelegten Fahrstrecke von 63.453 km geteilt durch die beim Kauf zu erwartende Laufleistung (300.000 km) und beträgt 6.049,18 €.

b) Das durchgeführte Software-Update führt zu keiner Schadensminderung oder zum Entfall des entstandenen Schadens. Denn die (technische) Tauglichkeit des Software-Updates ist umstritten. Das betrifft vor allem (etwaige) Schäden am Motor und dessen dauerhafte Haltbarkeit. Diese Gefahren sind durch die Freigabebestätigung des KBA nicht ausgeschlossen. Nach den Angaben des KBA sind u.a. die Schadstoff- und Geräuschemissionen, unveränderte Leistung des Motors sowie Kraftstoffverbrauchswerte überprüft worden. Damit fehlt aber die für die Käufer der betrof-

fenen Fahrzeuge entscheidende Aussage, dass auf Grund des Updates keine Schäden am Motor auftreten und er für die übliche Dauer halten werde. I.Ü. fehlen konkrete Angaben dazu, was genau geprüft wurde, also z.B. wie viele Fahrzeuge von einem Fahrzeugtyp, welche Vergleichswerte der Prüfung zugrunde lagen etc. Eine Garantie o.ä. hat die Beklagte außerdem bislang unstreitig nicht abgegeben. Die von der Beklagten inzwischen angebotenen „vertrauensbildenden Maßnahmen“ werden nur unter einer Vielzahl von Bedingungen gewährt, die einen enormen Streitpotential aufweisen und daher auch nicht als Garantie oder garantieähnliche Erklärung angesehen werden können. Eine verlässliche Erklärung der Beklagten, das Software-Update werde weder Schäden am Motor auslösen noch dessen Haltbarkeit verkürzen, wurde nicht vorgelegt. Eine Prüfung durch das KBA diesbezüglich erfolgte offenbar auch nicht, die Prüfung des KBA erfolgte nach dem Wortlaut des vorgelegten Schreibens im Hinblick darauf, ob die für die betroffenen Fahrzeuge vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen. Dass durch das Software-Update keinerlei Schäden am Fahrzeug entstehen, ist daher nicht sichergestellt. Würde das Software-Update zu Folgeschäden am Fahrzeug (z.B. Motorschäden, höherer Verbrauch, verminderte Leistung) führen, wären dies keine neuen Sachmängel, sondern die Mangelbeseitigung wäre gescheitert, so dass es nicht zu einem neuen Gewährleistungsprogramm inkl. Verjährungsneubeginn käme (vgl. Reinking/Eggert: Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 692a, m.w.N.). Hinzu kommt, dass nach BGH-Rechtsprechung der Käufer die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass es sich um das erneute Auftreten des Mangels und nicht um unsachgemäße Behandlung nach erneuter Übernahme durch den Käufer handelt, wenn dies nach vorausgegangener Nachbesserung durch den Verkäufer ungeklärt bleibt (BGH NJW 2011, 1664, m.w.N.). Es ist auch davon auszugehen, dass die betroffenen Fahrzeuge - auch nach der Durchführung des Updates - einen geringeren Wiederverkaufswert haben, dies bereits aufgrund der Berichterstattung in den Medien und der auch aktuell bestehenden Rechtsunsicherheit z.B. hinsichtlich drohender (Teil)Fahrverbote für Dieselfahrzeuge.

## II. Feststellungsantrag

Der Feststellungsantrag hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten zu 2) auf Ersatz weiterer Schäden ist unbegründet, weil kein substantiiertes Vortrag erfolgte, welche konkreten Schäden dem Kläger drohen. Insbesondere drohen dem Kläger keine behördlichen Maßnahmen, weil er das Update bereits ausführen ließ.



### III. Nebenforderungen

1.

Die Beklagte befindet sich nicht in Annahmeverzug gemäß § 293 BGB (analog), da es bereits an einem tatsächlichen oder wörtlichen Angebot fehlt. Ein solches ergibt sich insbesondere nicht aus dem als Anlage K27 vorgelegten Schreiben vom 13.11.2017.

2.

Dem Kläger steht auch ein Zahlungs- bzw. Freistellungsanspruch hinsichtlich der vorgerichtlichen Anwaltskosten zu. Die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts war erforderlich und zweckmäßig (vgl. BGH, NJW 2006, 1065), da der Sachverhalt nicht nur rechtlich, sondern auch technisch zu beurteilen ist, wobei ein Informationsgefälle zwischen der Beklagten, den Händlern und den Endkunden besteht. Die Rechtsanwaltskosten fallen bei Ansprüchen aus § 823 BGB in den Schutzbereich der verletzten Norm (BGH, a.a.O., Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 249 BGB, Rn. 22, m.w.N.). Die bei dem rechtsschutzversicherten Kläger wegen § 86 VVG bestandenen Bedenken hinsichtlich der Aktivlegitimation hat der Kläger durch die Vorlage des Schreibens der Versicherung vom 09.10.2018 ausgeräumt.

3.

Der Anspruch auf Zahlung der Zinsen in Höhe von 4 % gegen die Beklagte zu 2) ergibt sich aus §§ 848, 246 BGB. Als „Sache“ i.S.d. § 849 BGB ist auch Geld zu verstehen, nicht nur Bargeld (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 849 BGB, Rn. 1, m.w.N.; hier der vom Kläger an die Beklagte zu 1) gezahlte Kaufpreis). Der Schaden ist zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung festzustellen, wobei bei mehreren Wertveränderungen die Verzinsung im Rahmen des § 287 ZPO nach mittleren Werten berechnet werden kann (vgl. BeckOK BGB/Spindler, § 849, Rn. 4). Der zu verzinsende Anspruch war gemäß § 287 ZPO auf 25.575,41 € zu schätzen (mittlerer Wert zwischen dem Klageantrag und dem tenorierten Betrag).

### C. Kosten, Streitwert, vorläufige Vollstreckbarkeit

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 1 ZPO. Bei der Festsetzung des Streitwerts war zu berücksichtigen, dass der Antrag Ziff. 4 mit 1.000,00 € zu bewerten war, der Antrag Ziff. 5 keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert hatte und der Hilfsantrag nicht streitwerterhöhend gewirkt hat, da beide Anträge denselben Gegenstand betreffen (§ 45 Abs. 1 S. 3 GKG). Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1,2 ZPO.

### Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Landgericht Nürnberg-Fürth  
Fürther Str. 110  
90429 Nürnberg

einzulegen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.

Rechtsbehelfe können auch als **elektronisches Dokument** eingereicht werden. Eine einfache E-Mail genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht.

Das elektronische Dokument muss

- mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder
- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden.

Ein elektronisches Dokument, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen ist, darf wie folgt übermittelt werden:

- auf einem sicheren Übermittlungsweg oder
- an das für den Empfang elektronischer Dokumente eingerichtete Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) des Gerichts.

Wegen der sicheren Übermittlungswege wird auf § 130a Absatz 4 der Zivilprozessordnung verwiesen. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen zur elektronischen Kommunikation mit den Gerichten wird auf die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) in der jeweils geltenden Fassung sowie auf die Internetseite [www.justiz.de](http://www.justiz.de) verwiesen.

gez.

Stumpf  
Richter am Landgericht

Verkündet am 16.10.2018

gez.  
Schiebel, JOSEkr'in  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Nürnberg, 16.10.2018

Schiebel, JOSEkr'in  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt  
- ohne Unterschrift gültig