



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

Vla ZR 6/21

vom

9. Mai 2022

in dem Rechtsstreit

Der VIa. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Mai 2022 durch die Richterin Dr. Menges als Vorsitzende, die Richterin Dr. Krüger, die Richter Dr. Götz, Dr. Rensen und die Richterin Wille

beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 30. Juni 2021 gemäß § 552a Satz 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss auf Kosten des Klägers zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 4.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagten - im Revisionsverfahren nur noch die Beklagte zu 2 - wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Zusammenhang mit der Abgasrückführung auf Schadensersatz in Anspruch.
- 2 Der Kläger erwarb im Februar 2014 bei der Beklagten zu 1 einen gebrauchten Audi A4 2.0 TDI Quattro zum Preis von 15.500 €. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten zu 2 hergestellten Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet. Der Motor verfügte über eine Steuerungssoftware, die erkannte, ob das

Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wurde. In diesem Fall schaltete sie in einen Betriebsmodus, der die Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Stickoxidgrenzwerts gewährleistete. Im normalen Fahrbetrieb wurde dagegen ein Betriebsmodus aktiviert, der zu einem höheren Stickoxidausstoß führte.

- 3            Der Kläger hat in erster Instanz die (frühere) Beklagte zu 1 auf Zahlung und Feststellung in Anspruch genommen, die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 2 begehrt und die Beklagten auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Anspruch genommen. Das Landgericht hat dem Feststellungsantrag im Verhältnis zur Beklagten zu 2 stattgegeben und die Klage gegen die (frühere) Beklagte zu 1 und den Freistellungsantrag gegen beide Beklagte abgewiesen. Dagegen haben innerhalb der Berufungsfrist der Kläger und die Beklagte zu 2 Berufung eingelegt. Später hat der Kläger die Beklagte zu 2 hilfsweise auf Zahlung von 20.023,16 € (Kaufpreis zuzüglich behaupteter Schäden aufgrund des aufgespielten Software-Updates) abzüglich einer vom Gericht anhand einer Gesamtlauflistung von 350.000 Kilometern zu schätzenden Nutzungsentschädigung nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs in Anspruch genommen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers „zurückgewiesen“ und auf die Berufung der Beklagten zu 2 die Klage insgesamt abgewiesen. Es hat die Revision „im Hinblick auf die Abweisung der Feststellungsklage gegen die Beklagte zu 2 zugelassen“. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagte zu 2 beantragt, begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, soweit die Revision zugelassen worden ist.

## II.

- 4            Das Berufungsgericht hat den gegen die Beklagte zu 2 gerichteten Feststellungsantrag als unzulässig erachtet, weil es an dem erforderlichen Feststellungsinteresse des Klägers fehle. Insoweit bestünden bereits Bedenken, weil der

Kläger sein Rechtsschutzziel nicht konkretisiert habe, sondern sich nach seiner Erklärung in der Berufungsverhandlung die Wahl offenhalten wolle, ob er die Rückabwicklung des Kaufvertrags begehren oder das Fahrzeug behalten und den behaupteten „merkantilen Minderwert“ ersetzt verlangen werde. Jedenfalls könne nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass dem Kläger ersatzfähige und noch nicht bezifferbare Schäden drohten. Die bei Rückabwicklung des Kaufvertrags anzurechnende Nutzungsentschädigung könne errechnet werden. Steuerliche Nachteile seien nicht ersichtlich. Ein „merkantiler Minderwert“ sei im Rahmen des deliktischen Schadensersatzanspruchs, der ausschließlich auf Rückabwicklung des ungewollten Kaufvertrags gerichtet sein könne, nicht ersatzfähig. Das Feststellungsinteresse könne auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit bejaht werden.

- 5 Die Erweiterung der gegen die Beklagte zu 2 gerichteten Klage auf den auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gerichteten Hilfsantrag sei unzulässig, weil die gegen die Abweisung des Freistellungsantrags gerichtete Berufung des Klägers mangels ordnungsgemäßer Begründung unzulässig sei und er den hilfsweise gestellten Leistungsantrag erst nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist geltend gemacht habe.

### III.

- 6 Die Revision ist gemäß § 552a Satz 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für ihre Zulassung nicht vorliegen und sie keine Aussicht auf Erfolg hat.

- 7 1. Der Kläger wendet sich mit seiner Revision allein gegen die Abweisung des gegen die Beklagte zu 2 gerichteten Feststellungsantrags. Das Berufungsgericht hat die im Tenor des angefochtenen Urteils ausgesprochene Revisionszulassung wirksam auf diesen Antrag beschränkt. Die Zulässigkeit des Feststellungsantrags kann in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht selbständig beurteilt

werden, ohne dass ein Widerspruch zu der Entscheidung des Berufungsgerichts über den gegen die Beklagte zu 2 hilfsweise gerichteten, aus anderen Gründen erfolglosen Leistungsantrag zu befürchten wäre (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 2020 - X ZR 85/19, GRUR 2021, 462 Rn. 12; Urteil vom 29. Juli 2021 - III ZR 192/20, ZUM-RD 2021, 612 Rn. 32; Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 8/21, WM 2022, 731 Rn. 17, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ).

- 8            2. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht (mehr) vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Rechtsfrage aufgeworfen, ob in Fällen des sogenannten Dieselskandals ein Feststellungsinteresse des Geschädigten daraus folgen kann, dass ihm aus § 826 BGB auch der sogenannte kleine Schadensersatz und danach ein Ausgleich für einen „merkantilen Minderwert“ des Fahrzeugs zusteht. Diese Rechtsfrage ist durch das nach Erlass des Berufungsurteils ergangene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 2021 dahin geklärt, dass auch im Rahmen der deliktischen Haftung gemäß § 826 BGB ein Anspruch auf den sogenannten kleinen Schadensersatz besteht (VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 12 ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, WM 2022, 543 Rn. 7 ff.). Höchststrichterlich ebenfalls geklärt ist inzwischen, dass ein Kläger sein Feststellungsinteresse nicht darauf stützen kann, dass er sich die Wahl offenhalten möchte, ob er von dem beklagten Fahrzeughersteller den sogenannten großen oder den sogenannten kleinen Schadensersatz verlange (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 16 bis 19; Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 24/20, juris Rn. 12; Urteil vom 22. Februar 2022 - VI ZR 415/20, BB 2022, 724 Rn. 10; Urteil vom 2. Mai 2022 - VIa ZR 122/21, zVb, Rn. 17).

9 3. Die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg.

10 a) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 2 unzulässig ist, weil es an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse des Klägers fehlt.

11 aa) Der Kläger kann sein Feststellungsinteresse nicht darauf stützen, dass er sich - wie die Revision anführt - weiterhin die Wahl offenhalten möchte, ob er von der Beklagten den Ersatz des großen oder des kleinen Schadens verlangt. Ihm war es möglich und zumutbar, bereits bei Klageerhebung sein Wahlrecht auszuüben und zu entscheiden, ob er den sogenannten großen oder den sogenannten kleinen Schadensersatz geltend macht (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 16 bis 19; Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 24/20, juris Rn. 12; Urteil vom 22. Februar 2022 - VI ZR 415/20, BB 2022, 724 Rn. 10; Urteil vom 2. Mai 2022 - VIa ZR 122/21, zVb, Rn. 17).

12 bb) Der Kläger kann sein Feststellungsinteresse auch nicht damit begründen, dass ihm im Rahmen einer Leistungsklage die Bezifferung des großen oder des kleinen Schadensersatzes unmöglich oder unzumutbar wäre. Bei der Entscheidung für den sogenannten großen Schadensersatz hätte er die auf den zu erstattenden Kaufpreis anzurechnenden Nutzungsvorteile selbst schätzen oder - wie im Rahmen des hilfsweise gestellten Leistungsantrags geschehen - die Bewertung der Nutzungsvorteile in das Ermessen des Gerichts stellen und lediglich die tatsächlichen Grundlagen für dessen Ermessensausübung angeben können (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 22; Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 24/20, juris Rn. 13). Bei der Wahl des sogenannten kleinen Schadensersatzes hätte der Kläger den Minderwert selbst schätzen oder sich darauf beschränken können, einen Mindestbetrag und die tatsächlichen Grundlagen für die ins Ermessen des Gerichts gestellte Schadensschätzung anzugeben (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230,

224 Rn. 10; Urteil vom 5. Oktober 2021, aaO, Rn. 21; Urteil vom 2. Mai 2022 - VIa ZR 122/21, zVb, Rn. 20).

13 cc) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass sich das Feststellungsinteresse des Klägers auch nicht aus drohenden weiteren Schäden ergibt. Solche Schäden müssen zwar entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht wahrscheinlich, sondern nur möglich sein (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 397/19, NJW 2020, 2806 Rn. 29; Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 28; Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 24/20, juris Rn. 14; Urteil vom 22. Februar 2022 - VI ZR 415/20, BB 2022, 724 Rn. 12). Selbst wenn bei verständiger Würdigung mit den vom Kläger angeführten Schäden tatsächlich zu rechnen wäre, wären sie jedoch aus Rechtsgründen nicht stets ersatzfähig.

14 Steuernachforderungen, Stilllegungskosten und schädliche Auswirkungen des Software-Updates stellen jedenfalls im Rahmen des kleinen Schadensersatzes keine selbständig zu ersetzenden Vermögenseinbußen dar (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 17 und 33; Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 24/20, juris Rn. 14; Urteil vom 22. Februar 2022 - VI ZR 415/20, BB 2022, 724 Rn. 12; Urteil vom 2. Mai 2022 - VIa ZR 122/21, zVb, Rn. 23). Ein „merkantiler Minderwert“ ist im Rahmen des großen Schadensersatzes nicht ersatzfähig. Auf eine Schadensentwicklung der einen oder der anderen Art kann der Kläger sein Feststellungsinteresse nicht stützen, weil er sich nicht für die Geltendmachung des großen oder des kleinen Schadensersatzes entschieden hat (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021, aaO, Rn. 33; Urteil vom 8. Februar 2022, aaO; Urteil vom 22. Februar 2022, aaO).

15 Soweit die Revision anführt, dem Kläger entstünden in Gestalt der Kraftfahrzeugsteuer und der Versicherungsprämien ständig weitere Kosten nach Vertragsschluss, hat sie nicht aufgezeigt, dass der - für drohende weitere Schäden aus dem Fahrzeugerwerb darlegungspflichtige (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020

- VI ZR 397/19, NJW 2020, 2806 Rn. 29; Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 28) - Kläger in den Tatsacheninstanzen entsprechenden Vortrag gehalten hat (§ 559 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen wären solche Aufwendungen nicht ersatzfähig, weil es sich um gewöhnliche laufende Betriebskosten im Rahmen der vorgesehenen Nutzung des Fahrzeugs handelt (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 291/20, VersR 2022, 324 Rn. 10).

16            dd) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann ein Feststellungsinteresse des Klägers schließlich auch nicht daraus hergeleitet werden, dass die Beklagte zu 2 bereits auf ein Feststellungsurteil leisten würde (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 23).

17            b) Danach ist die Sache - im Sinne einer Zurückweisung der Revision - zur Endentscheidung reif. Es bedarf nicht einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO), um dem Kläger Gelegenheit zu geben, einen Leistungsantrag zu stellen. Das Berufungsgericht hat in dritter Instanz nicht

(mehr) angegriffen entschieden, weder könne der Kläger eine mangels ordnungsgemäßer Begründung im Verhältnis zur Beklagten zu 2 unzulässige Berufung um einen Zahlungsantrag erweitern noch bestehe nach Ablauf der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO die Möglichkeit, einen Zahlungsantrag im Wege der Anschlussberufung einzuführen. Dabei hat es sein Bewenden.

Menges

Krüger

Götz

Rensen

Wille

**Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.**

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 27.05.2019 - 10 O 218/18 -

OLG Jena, Entscheidung vom 30.06.2021 - 2 U 611/19 -