



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

Vla ZR 419/21

Verkündet am:  
6. Februar 2023  
Bachmann  
Justizfachangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 256 Abs. 1; BGB § 826 H, § 31

Der Käufer eines vom sogenannten "Dieselskandal" betroffenen Fahrzeugs hat ein Interesse an der Feststellung, dass der Hersteller aufgrund des unverjährten Anspruchs aus §§ 826, 31 BGB die Leistung großen Schadensersatzes schuldet, wenn auf Veranlassung des Herstellers nachträglich ein Software-Update aufgespielt wird, das ein Thermofenster enthält, und die Möglichkeit besteht, dass dieses Thermofenster durch das Kraftfahrt-Bundesamt beanstandet wird. Auf die Funktionsweise des Thermofensters im Einzelnen kommt es ebenso wenig an wie auf die tatsächlich vom Kraftfahrt-Bundesamt mit Rücksicht auf das Thermofenster getroffenen Maßnahmen.

BGH, Urteil vom 6. Februar 2023 - Vla ZR 419/21 - OLG Oldenburg  
LG Oldenburg

Der VIa. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 2023 durch die Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Menges als Vorsitzende, die Richterin Möhring, die Richter Dr. Götz, Dr. Rensen und die Richterin Dr. Vogt-Beheim

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 23. September 2021 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Klageantrags zu 1 zu Lasten der Klägerin entschieden worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels in Bezug auf den Klageantrag zu 1 das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg vom 10. Dezember 2020 in Ziffer 1 der Entscheidungsformel abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die auf der Implementierung einer Umschaltlogik in die zur Steuerung des Motors des Fahrzeugs VW Touran (Fahrzeug-Identifizierungsnummer ) eingesetzte Software beruhen, und die Verpflichtung dahingeht, die Klägerin als Alleingläubigerin durch die Gewähr großen Schadensersatzes so zu stellen, als hätten sie und H. E. das Fahrzeug im Jahr 2012 nicht erworben.

Von den Kosten des ersten und des zweiten Rechtszugs tragen die Klägerin 10% und die Beklagte 90%. Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen der Verwendung einer Abschalt-einrichtung in einem Kraftfahrzeug in Anspruch.

2 Die Klägerin und ihr Ehemann H. E. kauften im Jahr 2012 von einem Dritten einen von der Beklagten hergestellten, gebrauchten VW Touran mit einer Laufleistung von bis dahin 16.254 km zu einem Preis von 24.500 €. Das Fahrzeug ist mit einem ebenfalls von der Beklagten hergestellten Dieselmotor der Baureihe EA 189 ausgerüstet, dessen zur Steuerung eingesetzte Software eine vom Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) als unzulässige Abschalt-einrichtung bewertete und beanstandete Umschaltlogik vorsieht. Im April 2016 setzten sich die Klägerin und ihr Ehemann unter anderem wegen des Kraftfahrzeugs auseinander, das von der Klägerin übernommen wurde. Die Vereinbarung enthält eine Abtretungsklausel. Die in dem Fahrzeug implementierte Motorsteuerungssoftware wurde später einem vom KBA freigegebenen Software-Update unterzogen.

3 Die Klägerin hat die Beklagte mit der am 5. Dezember 2019 anhängig gemachten Klage, die der Beklagten nach Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses am 20. Dezember 2019 am 22. Januar 2020 zugestellt worden ist, wegen der Umschaltlogik auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Im ersten Rechtszug hat sie zum einen die Feststellung einer Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihr diejenigen Schäden zu ersetzen, die aus der Manipulation ihres Fahrzeugs folgten (Klageantrag zu 1). Zum anderen hat sie die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangt (Klageantrag zu 2). Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das von der Klägerin vollumfänglich verteidigte Urteil abgeändert, die Klage den Feststellungsantrag betreffend als unzulässig und wegen des Freistellungsantrags als unbegründet abgewiesen.

- 5 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten gerichteten Klageantrag weiter. Sie hat klargestellt, dass sie nur noch den großen Schadensersatz geltend mache.

Entscheidungsgründe:

6 Die in Übereinstimmung mit der Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2018 - III ZR 497/16, NJW 2019, 215 Rn. 11 ff.) ausschließlich die Abweisung der Klage wegen des Feststellungsantrags und die entsprechende Abänderung des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht betreffende Revision ist zulässig und begründet.

7 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, wie folgt begründet:

8 Die Feststellungsklage sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Frage, ob der Klägerin ein Rechtsschutzbedürfnis zustehe, könne nicht deshalb offenbleiben, weil die Klage unbegründet wäre. Denn der Klägerin stehe aufgrund des gemeinsam mit ihrem Ehemann getätigten Kaufs des Fahrzeugs im Jahr 2012 ein Schadensersatzanspruch zumindest in Höhe von 50% aus §§ 826, 31 BGB zu. Zwar sei eine Feststellungsklage nach der Rechtsprechung insgesamt zulässig, wenn die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen sei. Gleichwohl fehle es in den Fällen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach §§ 826, 31 BGB gegen Fahrzeughersteller in der Regel an dem erforderlichen Feststellungsinteresse. Denn der Klägerin sei eine Bezifferung ihrer Klage ohne weiteres möglich. Da keineswegs davon auszugehen sei, dass die Beklagte auf ein Feststellungsurteil hin Forderungen der Klägerin erfüllen werde, sondern dem Berufungsgericht eine Vielzahl von Streitigkeiten über die Rückabwicklung sowie die dabei vorzunehmende Anrechnung des Werts der gezogenen Nutzungen bekannt sei und auch der Minderwert eines mit einem Dieselmotor der Baureihe EA 189 ausgestatteten Fahrzeugs kontrovers diskutiert werde, sei anzunehmen, dass die Parteien zur Anspruchshöhe einen weiteren Rechtsstreit führen müssten. Dass künftig noch Schäden entstehen könnten,

stehe den Erwägungen zur Unzulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen. Denn die Möglichkeit einer verbundenen Leistungs- und Feststellungsklage trage dem Interesse des Geschädigten an der Erwirkung eines die Verjährung neuerlich hemmenden Titels hinreichend Rechnung. Zudem habe die Klägerin die künftig eventuell entstehenden Schäden nicht dargetan. Den Vortrag zur drohenden Stilllegung wegen des zunächst unterbliebenen Software-Updates habe die Klägerin anlässlich der mündlichen Verhandlung richtiggestellt. Das mit dem Software-Update implementierte Thermofenster begründe keinen Anspruch, weil es nicht auf die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten schließen lasse. Auch drohten keine Steuernachforderungen wegen eines erhöhten CO<sub>2</sub>-Ausstoßes. Damit sei nach der verstrichenen Zeit nicht mehr zu rechnen.

9           II.     Diese Erwägungen halten der Überprüfung im Revisionsverfahren nicht stand.

10           Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass ein nach § 256 Abs. 1 ZPO notwendiges Feststellungsinteresse zwar nicht damit begründet werden kann, dass der Kläger sich die Wahl zwischen großem und kleinem Schadensersatz offenhalten möchte (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 16; Urteil vom 1. Dezember 2022 - VII ZR 359/21, juris Rn. 18), dass aber eine Wahl zwischen großem und kleinem Schadensersatz noch im dritten Rechtszug getroffen werden kann und dieser Gesichtspunkt der Zulässigkeit einer Feststellungsklage danach nicht mehr entgegensteht (BGH, Urteil vom 2. Juni 2022 - VII ZR 160/21, juris Rn. 14).

11           Auch mit Rücksicht auf § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist eine entsprechende Erklärung jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn - wie hier ausweislich des Protokolls und der Ausführungen im angefochtenen Urteil (vgl. zur erforderlichen Dokumentation BGH, Urteil vom 20. Juni 2005 - II ZR 366/03, NJW-RR 2005, 1518; Beschluss vom 30. Juni 2011 - IX ZR 35/10, NJW-RR 2011, 1556 Rn. 5 ff.;

jeweils mwN) - ein nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO gebotener, hinreichend konkreter (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juni 2005 - V ZR 271/04, NJW 2005, 2624 mwN) Hinweis unterblieben ist (BGH, Beschluss vom 1. August 2022 - VIa ZR 110/21, juris Rn. 22). Im Hinblick auf den zuletzt genannten, von der Klägerin gerügten Gesichtspunkt der Verletzung der Hinweispflicht kann der Berücksichtigung der erst im dritten Rechtszug vorgenommenen Wahl auch nicht entgegengehalten werden, dass die Klägerin ihre Bereitschaft zur Fahrzeugrückgabe nicht schon zuvor erklärt habe (vgl. zu diesem Einwand BGH, Urteil vom 4. August 2022 - III ZR 228/20, NJW-RR 2022, 1288 Rn. 13).

12 Der Bundesgerichtshof hat weiter entschieden, dass es bei - wie hier - teilweise bereits entstandenen Schäden für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage und das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse nicht auf eine Wahrscheinlichkeit weiterer Schäden ankommt, sondern dass insofern die bloße Möglichkeit weiterer Schäden ausreicht. Daran fehlt es nur dann, wenn aus Sicht des Klägers bei verständiger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt eines weiteren Schadens wenigstens zu rechnen. Dann ist der Kläger wegen des bereits eingetretenen Schadens auf die vorrangige Leistungsklage beschränkt (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2021 - VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 28; Urteil vom 1. Dezember 2022 - VII ZR 359/21, juris Rn. 22).

13 Die danach nur erforderliche Möglichkeit weiterer Schäden kann im Falle eines mit dem Software-Update der zur Steuerung der Motoren der Baureihe EA 189 verwendeten Software verbundenen Thermofensters nicht verneint werden. Denn mit Rücksicht insbesondere auf die maßgebende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 47) können auch bei verständiger Würdigung weder behördliche Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Thermofenster noch hieraus folgende, weitere Vermögensschäden der Fahrzeugkäufer, etwa in Form

von Stilllegungskosten, hinreichend sicher ausgeschlossen werden (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2022 - VII ZR 359/21, juris Rn. 23). Aus dem von der Revisionserwiderung zitierten Urteil des Senats vom 31. Oktober 2022 (VIa ZR 591/21, juris Rn. 16 ff.) ergibt sich zugunsten der Beklagten nichts anderes. Diese Entscheidung befasst sich tragend mit dem zu verneinenden Feststellungsinteresse in den Fällen der Geltendmachung eines Anspruchs aus §§ 826, 852 Satz 1 BGB (vgl. im Anschluss daran BGH, Urteil vom 1. Dezember 2022 - VII ZR 363/21, juris Rn. 12 ff.). Die Implementierung eines Thermofensters war dort nicht festgestellt. Entscheidend für das Bestehen eines Feststellungsinteresses ist indessen das Vorhandensein eines Thermofensters. Der Käufer eines vom sogenannten "Dieselskandal" betroffenen Fahrzeugs hat ein Interesse an der Feststellung, dass der Hersteller aufgrund des unverjährten Anspruchs aus §§ 826, 31 BGB die Leistung großen Schadensersatzes schuldet, wenn auf Veranlassung des Herstellers nachträglich ein Software-Update aufgespielt wird, das ein Thermofenster enthält, und die Möglichkeit besteht, dass dieses Thermofenster durch das Kraftfahrt-Bundesamt beanstandet wird. Auf die Funktionsweise des Thermofensters im Einzelnen kommt es ebenso wenig an wie auf die tatsächlich vom Kraftfahrt-Bundesamt mit Rücksicht auf das Thermofenster getroffenen Maßnahmen.

- 14            Dies hat das Berufungsgericht übersehen, indem es dem mit dem Software-Update verbundenen Thermofenster lediglich im Hinblick auf die Rechtfertigung eines neuen, vom ursprünglich begründeten Anspruch nach §§ 826, 31 BGB zu unterscheidenden Schadensersatzanspruchs gemäß §§ 826, 31 BGB Bedeutung beigemessen und in diesem Zusammenhang Ausführungen zur mangelnden Sittenwidrigkeit gemacht hat. Dagegen hat es die Bedeutung der Implementierung eines Thermofensters im Zuge der Beseitigung der ursprünglich vorhandenen Umschaltlogik als Fortsetzung der mit dem Einsatz der Umschaltlogik begründeten Kausalkette nicht berücksichtigt.

15            III.        Die Feststellungsklage ist daher in der in der Revisionsinstanz klar-  
gestellten Form zulässig, so dass das Berufungsurteil, soweit es den Feststel-  
lungsantrag in Gänze als unzulässig abgewiesen hat, aufzuheben ist (§ 562  
Abs. 1 ZPO). Die Klägerin konnte die Wahl zwischen dem kleinen und großen  
Schadensersatz ohne Rücksicht auf das Bestehen einer auf §§ 826, 31 BGB be-  
ruhenden ursprünglichen Gesamt- oder Mitgläubigerschaft oder den Fortbestand  
der Ehe allein treffen. Die Abtretung im April 2016 umfasste, was der Senat durch  
Auslegung selbst ermitteln kann, da das Berufungsgericht dies - von seinem  
Standpunkt aus folgerichtig - unterlassen hat und weitere Feststellungen nicht zu  
erwarten sind (BGH, Urteil vom 23. November 2022 - VIII ZR 59/21, juris Rn. 16),  
den Anspruch aus §§ 826, 31 BGB und nach § 401 BGB auch das Wahlrecht  
zwischen kleinem und großem Schadensersatz (BGH, Beschluss vom 23. Juni  
2021 - VII ZB 15/18, WM 2021, 1604 Rn. 23), sofern es die Klägerin nicht ohne-  
hin schon anfänglich allein hätte ausüben können. Einer Zurückverweisung an  
das Berufungsgericht bedarf es nicht, denn der Senat ist in der Lage, eine eigene  
Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

16            Hat die Vorinstanz die Klage als unzulässig abgewiesen, so ist es dem  
Revisionsgericht trotz fehlender tatrichterlicher Ausführungen zur Begründetheit  
des erhobenen Anspruchs nicht schlechthin verwehrt, selbst in der Sache zu ent-  
scheiden. § 563 Abs. 3 ZPO bringt den allgemeinen prozessrechtlichen Grund-  
satz, von einer Zurückverweisung abzusehen, wenn der Rechtsstreit bereits zur  
Endentscheidung reif ist, im Revisionsrecht zur Geltung. Das Revisionsgericht  
kann auf die sachliche Berechtigung der Klage eingehen, wenn das Berufungs-  
urteil einen Sachverhalt ergibt, der für die rechtliche Beurteilung eine verwertbare  
tatsächliche Grundlage bietet, und bei Zurückverweisung der Sache ein anderes  
Ergebnis nicht möglich erscheint. Der Bundesgerichtshof hat folglich schon mehr-  
fach eine vom Berufungsgericht zu Unrecht als unzulässig behandelte, in jeder

Hinsicht unschlüssige Klage als unbegründet abgewiesen oder der Klage stattgegeben, weil das Revisionsgericht dem Urteil denselben unstreitigen Sachverhalt zugrunde legen konnte, auf dem die Prozessabweisung beruhte (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1991 - IX ZR 38/91, NJW 1992, 436, 438; Urteil vom 27. Februar 2018 - VI ZR 86/16, NJW 2018, 2489 Rn. 30 mwN).

17            Diese Befugnis besteht nicht nur dann, wenn sich das Klagebegehren auf ein in allen Teilen unstreitiges Geschehen gründet. Vielmehr genügt es, dass die streitigen Tatsachen nicht mehr entscheidungserheblich werden können und das Streitverhältnis nicht nach § 139 ZPO weiterer Aufklärung bedarf. Hätte das Berufungsgericht bei zutreffender verfahrensrechtlicher Behandlung der Klage sofort eine Entscheidung in der Sache treffen können, besteht keine Veranlassung, den Parteien durch eine Zurückverweisung Gelegenheit zur weiteren Ergänzung ihres Vorbringens zu geben. In einem solchen Falle hat nunmehr das Revisionsgericht die Entscheidung zu treffen, die an sich schon in der Berufungsinstanz hätte ergehen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1991 - IX ZR 38/91, NJW 1992, 436, 438).

18            So verhält es sich hier. Das Berufungsgericht hat dem Einbau eines Thermofensters lediglich aus Rechtsgründen keine Bedeutung beigemessen (vgl. dagegen BGH, Urteil vom 1. Dezember 2022 - VII ZR 359/21, juris Rn. 23). Tatsächlich ergibt sich aus dem Einbau des Thermofensters die Möglichkeit weiterer Schäden und damit das umfassende Feststellungsinteresse der Klägerin. Die Gegenrüge der Revisionserwiderung, das Berufungsgericht habe keine Feststellungen zur genauen Funktionsweise des Thermofensters getroffen, bleibt aus Rechtsgründen ohne Folge, weil allein das Vorhandensein eines Thermofensters ausreicht, um die Möglichkeit weiterer Schäden zu begründen. Das Streitverhältnis ist im Übrigen vollständig dahin geklärt, dass der Klägerin aufgrund der Vereinbarung aus dem Jahr 2016 als Alleingläubigerin ein (unverjährter, vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022 - VII ZR 292/21, juris Rn. 10 ff.) Anspruch gegen

die Beklagte aus §§ 826, 31 BGB wegen des ursprünglichen Einbaus der Umschaltlogik zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 12 ff.).

- 19 Die Sachentscheidung des Senats erschöpft sich allein deshalb nicht in der Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils durch Zurückweisung der Berufung im Umfang der Revision, weil die zwischenzeitlich seitens der Klägerin getroffene Wahl zu berücksichtigen und - im Gegensatz zum Urteilsausspruch des ersten Rechtszugs - ausschließlich die Verpflichtung zum Ersatz des großen Schadensersatzes festzustellen ist, der, ohne dass es in der Entscheidungsformel insoweit eines Vorbehalts bedürfte, der Vorteilsausgleichung unterliegt.

Menges

Möhring

Götz

Rensen

Vogt-Beheim

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 10.12.2020 - 16 O 3137/19 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 23.09.2021 - 14 U 7/21 -