
Datum: 26.01.2021
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 23 U 73/19
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:0126.23U73.19.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 11 O 127/18

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten zu 1. wird das am 30.04.2019 verkündete Urteil des Einzelrichters der 11. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Berufung des Klägers wird hinsichtlich der geänderten Berufungsanträge zu 1. als unzulässig verworfen, im Übrigen zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

A.

1
2
3

Der Kläger schloss am 26.04.2016 mit der A... einen Leasingvertrag (Anlage K 30) über einen Porsche Macan S Diesel V6 TDI. Vertraglich waren ein sogenanntes „Kilometerleasing“, bei dem nur die gefahrenen Kilometer vergütet werden, und eine Nutzungsdauer von 36 Monaten vereinbart. Die Leasinggeberin hatte das Fahrzeug von der Beklagten zu 1., die als unabhängige Händlerin autorisiert ist, Fahrzeuge der Marke Porsche zu vertreiben, für einen Kaufpreis in Höhe von 88.483,25 € erworben. Es ist mit einem 3,0 Liter Dieselmotor des Typs EA 897, Schadstoffnorm Euro 6, ausgestattet, der von der B... entwickelt worden war.

Ausweislich Ziffer XIII. der Leasingbedingungen haftet der Leasinggeber nach Übergabe des Fahrzeugs nicht gegenüber dem Leasingnehmer nach den mietrechtlichen Sach- und Rechtsmängelvorschriften. Stattdessen tritt der Leasinggeber alle Ansprüche wegen eines Mangels, die ihm gegenüber dem Verkäufer des Leasinggegenstandes aufgrund des Mangels zustehen, mit der Maßgabe ab, dass in dem Fall des Rücktritts vom Kaufvertrag etwaige Zahlungen des Verkäufers des Leasinggegenstandes an den Leasinggeber zu leisten sind. 4

Mit vorgerichtlichem Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 12.10.2017 (Anlage K 31) an die Beklagte zu 1. erklärte der Kläger die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung und den Rücktritt vom Kaufvertrag mit der Begründung, das geleaste Fahrzeug sei von dem sogenannten „Abgasskandal“ betroffen, und forderte die Beklagte zu 1. erfolglos zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 26.10.2017 auf. Die Beklagte zu 1. wies den Rücktritt mit Schreiben vom 25.10.2017 (Anlage K 32) mit der Begründung zurück, das Fahrzeug halte die gesetzlichen Vorschriften ein. Gleichzeitig bot sie dem Kläger die Installation eines Software-Updates, das zuvor mit Schreiben des Kraftfahrtbundesamtes (im Folgenden „KBA“) vom 12.09.2016 (GA Bl. 525) freigegeben worden war, als freiwillige und kostenlose Servicemaßnahme an. 5

Am 10.07.2018 erließ das KBA einen Änderungsbescheid zur EG-Emissionstypgenehmigung (Anlage B 20, GA Bl. 529). Hierin qualifizierte das KBA die konkrete Bedatung des Warmlaufmodus als unzulässige Abschaltvorrichtung. Das KBA ordnete deren Beseitigung durch die Umrüstung bereits produzierter Fahrzeuge durch Einbringung der vom KBA freigegebenen Software an. 6

Am 26.04.2019 gab der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Leasingzeit mit einer Laufleistung von 50.000 km an die Leasinggeberin zurück (Rückgabeprotokoll GA Bl. 725). 7

Mit seiner Klage hat der Kläger erstinstanzlich aus abgetretenem Recht der Leasinggeberin gegen die Beklagte zu 1. unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung Rückzahlung des für das Fahrzeug gezahlten Kaufpreises nebst Zinsen an die Leasinggeberin Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs und die Feststellung des Annahmeverzugs begehrt. Gegenüber der Beklagten zu 2. als Herstellerin des Fahrzeugs hat er die Feststellung der Ersatzpflicht für Schäden begehrt, die aus der „Manipulation des Fahrzeugs“ resultieren. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (Bl. 349 ff. GA) Bezug genommen. 8

Das Landgericht hat der Klage gegenüber der Beklagten zu 1. stattgegeben und sie gegenüber der Beklagten zu 2. mangels Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen. Gegen dieses Urteil wenden sich der Kläger und die Beklagte zu 1. mit ihren Berufungen. 9

Der Kläger hat mit seiner Berufung hinsichtlich der Beklagten zu 1. zunächst geltend gemacht, das Landgericht habe die Nutzungsentschädigung unzutreffend, weil zu hoch berechnet. Weiter vertritt der Kläger die Ansicht, gegen die Beklagte zu 1. bestehe auch der vom Landgericht abgewiesene Anspruch auf Freistellung von ihm entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus dem Gesichtspunkt des Verzugs, im Übrigen aus § 439 Abs. 2 BGB. Gegenüber der Beklagten zu 2. verfolgt der Kläger sein Schadensersatzbegehren weiter, zunächst im Rahmen des bereits erstinstanzlich gestellten Feststellungsantrags und eines Antrags auf Freistellung von Rechtsanwaltskosten. Er sieht sein Feststellungsinteresse insbesondere wegen der Möglichkeit von Steuernachforderungen begründet. Er meint, der Umstand, dass er das Fahrzeug an die Leasinggeberin zurückgegeben habe, lasse seinen Schaden nicht entfallen. Dieser bestehe unter anderem in sämtlichen auf den Leasingvertrag erbrachten Zahlungen. Darüber hinaus drohe eine Vielzahl weiterer Schäden.

- Der Kläger hat im Berufungsverfahren zunächst angekündigt zu beantragen, 11
- unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils 12
- die Beklagte zu 1. zu verurteilen, an die A... 88.483,25 € nebst Zinsen hieraus in 13
Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen Zug um
Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKW Porsche Macan S Diesel, FIN:
WP1ZZZ95Z..., und Zug um Zug gegen Zahlung einer noch von der Beklagten zu 1.
darzulegenden Nutzungsentschädigung für die Nutzung des Pkw,
- festzustellen, dass die Beklagte zu 2. verpflichtet ist, der Klägerpartei 14
Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs Macan S
Diesel, FIN: WP1ZZZ95Z , durch die Beklagte zu 2. resultieren,
- die Beklagten jeweils getrennt, nicht gesamtschuldnerisch, zu verurteilen, die 15
Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei
entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von jeweils 3.398,64 € freizustellen.
- Diese Anträge hat er im Verlauf des Berufungsverfahrens geändert und beantragt nunmehr, 16
1. festzustellen, dass sich das Kaufvertragsverhältnis zwischen der Leasinggeberin A... und 17
der Beklagtenpartei zu 1. gemäß Kaufvertrag über den Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN:
WP1ZZZ95Z durch die Rücktrittserklärung und durch die Anfechtung der Klagepartei in ein
Abwicklungsverhältnis umgewandelt hat,
- hilfsweise, 18
- die Beklagtenpartei zu 1. zu verurteilen, an ihn 36 Leasingraten à 742,12 €, 19
insgesamt 26.716,32 €, sowie die einmalige Sonderzahlung in Höhe von 11.900,00 € und
Nutzungsentgelt für den Teilmonat April in Höhe von 123,69 €, jeweils nebst Zinsen hieraus
in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.10.2017 zu zahlen;
2. a) die Beklagtenpartei zu 2. zu verurteilen, an ihn 36 Leasingraten à 742,12 €, 20
insgesamt 26.716,32 €, sowie die einmalige Sonderzahlung in Höhe von 11.900,00 € und
Nutzungsentgelt für den Teilmonat April in Höhe von 123,69 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe
von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.10.2017 zu zahlen;
- b) festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 2. verpflichtet ist, ihm Schadensersatz zu zahlen 21
für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagtenpartei zu 2. das Fahrzeug

Porsche Macan S Diesel, FIN: WP1ZZZ95Z dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr,

hilfsweise,

22

b) festzustellen, dass die Beklagtenpartei zu 2. verpflichtet ist, ihm Schadensersatz zu leisten für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagtenpartei zu 2. in den Motor des Fahrzeugs Porsche Macan S Diesel, FIN: WP1ZZZ95Z eine unzulässige Abschaltvorrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickoxidemissionswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass dies zu einem höheren NOx-Ausstoß führt;

23

3. die Beklagtenparteien jeweils getrennt, nicht gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihn von den durch die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von jeweils 3.398,64 € freizustellen.

24

Hilfsweise stellt er für den Fall, dass der Senat die Antragsumstellung für nicht sachdienlich ansieht, die ursprünglich angekündigten Anträge.

25

Zudem beantragt der Kläger,

26

die Berufung der Beklagten zu 1. zurückzuweisen.

27

Die Beklagte zu 1. beantragt,

28

das angefochtene Urteil im Umfang ihrer Beschwer abzuändern und die Klage abzuweisen und

29

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

30

Sie vertritt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags die Ansicht, das Landgericht habe die Tatbestandsvoraussetzungen eines Rücktrittsrechts des Klägers zu Unrecht bejaht. Insbesondere sei es fehlerhaft davon ausgegangen, dass das Setzen einer Frist zur Nacherfüllung wegen Unzumutbarkeit der Nacherfüllung entbehrlich gewesen sei. Zudem sei ein Rücktritt gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB und gemäß § 377 HGB ausgeschlossen.

31

Die Beklagte zu 2. beantragt,

32

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

33

Sie verteidigt das angefochtene Urteil in dem sie betreffenden Umfang und meint, ein einen Anspruch aus § 826 BGB begründendes Verhalten ihrerseits sei auch deshalb zu verneinen, weil der Motor - unstreitig - nicht von ihr, sondern von der B... entwickelt worden sei. Deshalb habe nicht sie den unzulässigen Abschaltmechanismus entwickelt oder eingebaut. Sie sei zudem selbst in der Anfangszeit des sog. „Dieselskandals“, jedenfalls bis zum Abschluss des Leasingvertrages am 26.04.2016 auf eigene Nachfragen bei Audi über die Betroffenheit des streitgegenständlichen Motortyps getäuscht worden.

34

B.

35

Die Berufung des Klägers ist hinsichtlich der geänderten Berufungsanträge zu 1. unzulässig. 36
Im Übrigen ist sie zwar zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Die Berufung der
Beklagten zu 1. ist zulässig und begründet.

I. 37

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1. hat in der Sache Erfolg und führt zur Abweisung 38
der Klage auch ihr gegenüber. Das Landgericht hat zu Unrecht die Beklagte zur Rückzahlung
des Kaufpreises an die Leasinggeberin verurteilt und den Annahmeverzug der Beklagten zu
1. festgestellt. Der vom Landgericht zugesprochene Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB besteht
nicht, weil zugunsten der Leasinggeberin als Käuferin kein Rücktrittsgrund besteht. Dahin
stehen kann deshalb, ob der Kläger Ansprüche aus einem erklärten Rücktritt nach
Beendigung des (Finanzierungs-)Leasingvertrages und Rückgabe des Fahrzeugs an die
Leasinggeberin überhaupt noch geltend machen kann, was der Senat ohne näheren Vortrag
zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Leasinggeberin
und der Absprachen für die Zeit nach Beendigung des Vertrags nicht für zweifelsfrei hält (a.
A. OLG Hamm, Urteil vom 10.12.2019 – 13 U 86/18, BeckRS 2019, 35115 Rn. 152, beck-
online).

Allerdings war das Fahrzeug im gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB maßgeblichen Zeitpunkt 39
des Gefahrübergangs wegen der unzulässigen Abschaltvorrichtung mangelhaft, wie das
Landgericht unter Bezugnahme auf die Auffassung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom
08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133) zutreffend ausgeführt hat. Der Mangel war
auch bis zur Rücktrittserklärung am 12.10.2017 noch nicht beseitigt; das Software-Update hat
der Kläger weder bis dahin noch danach aufspielen lassen. Gleichwohl hat die
Rücktrittserklärung ein Rückabwicklungsverhältnis nicht begründet, weil der Kläger der
Beklagten zu 1. nicht die nach § 323 Abs. 1 BGB erforderliche angemessene Frist zur
Nacherfüllung gesetzt hat. Diese Fristsetzung war entgegen der Ansicht des Landgerichts
nicht gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB oder § 440 Satz 1 Fall 3 BGB entbehrlich. Gemäß § 323
Abs. 2 Nr. 3 BGB ist eine Fristsetzung entbehrlich, wenn im Falle einer - wie hier - nicht
vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der
beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. § 440 Satz 1 BGB sieht die
Fristsetzung weitergehend unter anderem dann als entbehrlich an, wenn sie dem Käufer
unzumutbar ist. Die Voraussetzungen beider Vorschriften, insbesondere auch des weiter
gefassten § 440 Satz 1 BGB, liegen nicht vor.

Bei der Beurteilung der „besonderen Umstände“ oder der Unzumutbarkeit kommt es 40
maßgeblich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der (ohne Fristsetzung erfolgten)
Rücktrittserklärung an, wobei alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Dazu
zählen neben Art und Ausmaß einer Beeinträchtigung der Interessen des Käufers etwa auch
die Zuverlässigkeit des Verkäufers sowie ein dadurch möglicherweise gestörtes
Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien. Die Unzumutbarkeit kann sich zwar aus der
Person des Verkäufers ergeben, insbesondere daraus, dass infolge einer arglistigen
Täuschung des Verkäufers das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört ist. Im vorliegenden
Fall steht allerdings allein eine Arglist des Fahrzeugherstellers, der Beklagten zu 2., oder des
Herstellers des Motors, der B..., nicht aber des Beklagten zu 1. als Händler und Verkäufer in
Rede. Schon deshalb ist nicht ersichtlich, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den
Kaufvertragsparteien gestört gewesen sein könnte. Der Beklagten zu 1. ist eine etwaige
Arglist der Beklagten zu 2. als Herstellerin in diesem Rahmen nicht zuzurechnen, wie das
Landgericht selbst anführt.

Die Frage, ob die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung auch daraus folgen kann, dass das Vertrauen in den Hersteller des betreffenden Produkts nachhaltig gestört ist, ohne dass dem Verkäufer selbst ein Fehlverhalten anzulasten ist, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet (bejahend: OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 06.12.2018 – 17 U 4/18, BeckRS 2018, 35868, beck-online; LG Köln, Urteil vom 01.06.2018 – 16 O 126/17, BeckRS 2018, 26989, beck-online; LG Heilbronn, Urteil vom 02.05.2018 – 6 O 401/17, BeckRS 2018, 8039, beck-online; verneinend: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 31.08.2018 – 25 U 17/1 – NJW-RR 2019, 114, beck-online; LG Dortmund – Urteil vom 26.03.2019 – 12 O 182/18, BeckRS 2019, 7402, beck-online). Der Senat sieht es jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden als durchaus zumutbar an, der Beklagten als Verkäuferin Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Die Möglichkeit einer Software-Lösung stand schon zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung im Raum; bereits im September 2016 stand ein „freiwillig“ entwickeltes Software-Update für den streitgegenständliche Porsche Macan zur Verfügung. Die Beklagte zu 1. hat dem Kläger unmittelbar nach der Rücktrittserklärung auch das Aufspielen eines Software-Updates angeboten. Hierzu hätte der Kläger der Beklagten zu 1. Gelegenheit geben müssen. Es mag nahe liegen, dass eine Nachbesserung in Form einer geänderten Software von demjenigen entwickelt wird, der auch die ursprüngliche mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehene Software entwickelt hat, hier also der B.... Warum allein daraus eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung folgen soll, erschließt sich dem Senat nicht. Nach Aufdeckung des sog. „Diesel-Skandals“ geschah die Entwicklung von Abhilfen nicht durch den Hersteller des Motors allein, sondern in Abstimmung mit dem KBA; soweit Software-Lösungen angeboten wurden, waren sie vom KBA geprüft und freigegeben. Im Übrigen hat - wie erwähnt - die Beklagte zu 1. als Verkäuferin selbst jedenfalls nicht arglistig gehandelt. Es kommt deshalb nicht weiter darauf an, dass die Käuferin (die Leasinggeberin) selbst Teil des Konzerns der Beklagten zu 2. ist, was von Bedeutung sein könnte, falls man eine Zurechnung innerhalb des Konzerns in Betracht ziehen wollte.

Eine Fristsetzung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil eine Nachbesserung unmöglich gewesen wäre. Die als Nachbesserung zu Verfügung stehende geänderte Motorsteuerungssoftware war durch das KBA geprüft und als geeignet befunden worden, den Sachmangel der unzulässigen Abschaltvorrichtung und der damit latent drohenden Betriebsuntersagung zu beseitigen. Der Bescheid des KBA vom 10.07.2018 über die Anordnung nachträglicher Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung (Anlage B 20, Bl. 529 ff GA) gab der Beklagten zu 2. nämlich auf, die produzierten Fahrzeuge unter Verwendung des vom KBA freigegebenen Datenstandes der Motorsteuerungssoftware umzurüsten. Ebenso hat das KBA im Rahmen des vorangegangenen freiwilligen Rückrufs mit Schreiben vom 12.09.2016 (Anlage Annex 1b, Bl. 525 GA) das Ergebnis der Überprüfung der Nachrüstsoftware mitgeteilt und die „erste Stufe zur Umrüstung der im Verkehr befindlichen ... Fahrzeuge“ freigegeben. Das KBA hat hier auch ausdrücklich bestätigt, bei der Überprüfung keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen in Bezug auf die Umgebungstemperatur festgestellt zu haben. Soweit die Berufung nunmehr das ursprüngliche - vor Aufspielen des Softwareupdates - Vorhandensein eines „Thermofensters“ als Sachmangel in den Vordergrund stellt, hätte das Softwareupdate mithin auch dies beseitigt. Jedenfalls ist entgegenstehender Sachvortrag des Klägers nicht ersichtlich.

Eine Ungeeignetheit des Updates oder eine Unzumutbarkeit seiner Verwendung zur Nachbesserung wegen möglicher Folgeprobleme ist nicht ersichtlich. Zutreffend mag sein, dass das KBA zu keinem Zeitpunkt die Dauerhaltbarkeit des Motors oder des Fahrzeugs insgesamt überprüft hat, wie der Kläger in der Replik seines Prozessbevollmächtigten vorgetragen hat. Dies entbindet den Kläger aber nicht von substantiiertem Sachvortrag zu etwaigen Folgemängeln, die er für die Leasingzeit befürchtet. Im Übrigen bezieht sich der

42

43

weitere Sachvortrag in der Replik auf den – nicht streitgegenständlichen – Motor der Baureihe EA 189. Die begründete Befürchtung, die Sache werde trotz Nacherfüllung nicht mangelfrei sein, mag zwar in Einzelfällen die Unzumutbarkeit begründen können (Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl., § 440, Rn 8). Dieser Auffassung scheint sich auch das Landgericht angeschlossen zu haben. Nicht ausreichend ist aber der subjektive Verdacht eines trotz Nachbesserung verbleibenden Nachteils, der auf einem Misstrauen gegenüber dem Hersteller beruht. Es bedarf vielmehr konkreter Anhaltspunkte im Zeitpunkt des Rücktritts dafür, der Mangel selbst werde nicht beseitigt oder die Beseitigung führe zu weiteren – neuen – Sachmängeln des Fahrzeugs. Derartiges ist dem Vortrag des Klägers nicht zu entnehmen. Pauschale Behauptungen genügen ebenso wenig wie der Hinweis auf Unwägbarkeiten oder nicht geklärte Langzeitfolgen (so auch OLG Nürnberg, Urteil vom 24.04.2018 – 6 U 409/17 – NZV 2018, 315, beck-online; OLG Saarbrücken, Urteil vom 28.08.2019 – 2 U 94/18 – NJW-RR 2019, 1453, beck-online).

- II.** 44
- Die Berufung des Klägers ist teilweise unzulässig, teilweise unbegründet. 45
1. Unzulässig ist die Berufung des Klägers gegenüber der Beklagten zu 1. hinsichtlich des Hauptantrags. Der Kläger begehrt nunmehr die Feststellung, dass sich das Kaufvertragsverhältnis zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten zu 1. durch die Rücktrittserklärung und durch die Anfechtung des Klägers in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt hat. Mit diesem Ziel ist die Berufung des Klägers deshalb unzulässig, weil er durch die angefochtene Entscheidung nicht beschwert ist. Das Landgericht hat ein derartiges Rückabwicklungsverhältnis angenommen und dem erstinstanzlich gestellten Leistungsantrag stattgegeben. Mit seinem Feststellungsantrag begehrt der Kläger weniger als er erstinstanzlich bereits erhalten hat. Die Berufung dient damit nicht, wie zu ihrer Zulässigkeit erforderlich, der Beseitigung einer durch das angefochtene Urteil begründeten Beschwerde. Im Übrigen wäre der Antrag nach den vorstehenden Ausführungen unter I. jedenfalls unbegründet; darauf, dass Rücktrittserklärung und Anfechtung nicht gleichrangig zur Begründung eines Rückabwicklungsverhältnisses führen können, sei nur am Rande hingewiesen. 46
2. Die Berufung des Klägers ist auch mit dem gegenüber der Beklagten zu 1. verfolgten Hilfsantrag unzulässig. Mit diesem Antrag begehrt der Kläger von der Beklagten zu 1. Erstattung der Leasingraten nebst Zinsen. Legt ein Kläger zum Zwecke der Klageänderung Berufung ein, so muss die geänderte Klage die Beseitigung der vorinstanzlichen Beschwerde anstreben, wenn auch nur zu einem Teil (BGH, Urteil vom 14.03.2012 ? XII ZR 164/09 – NJW-RR 2012, 516, beck-online; BGH, Beschluss vom 18.12.2014 – IX ZB 77/13 – BeckRS 2015, 1265, beck-online; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 263 Rn. 44). Das ist hier nicht der Fall, weil der Kläger den Antrag erstmals im Berufungsverfahren stellt, das Landgericht also über einen derartigen Anspruch nicht entschieden hat. Dabei führt der Kläger (ausschließlich) einen neuen Streitgegenstand auch deshalb ein, weil er erstinstanzlich lediglich aus abgetretenem Recht aufgrund des Kaufvertrags zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten zu 1. vorgegangen ist. Nunmehr klagt er (wohl) aus eigenem Recht, weil er es war, der die erstattet verlangten Leasingraten schuldet. 47
- Die Klage wäre insoweit jedenfalls unbegründet. Einen Anspruch gegen die Beklagte zu 1. auf Erstattung der Leasingraten hat der Kläger nicht näher begründet; woraus er sich ergeben soll, ist nicht ersichtlich. 48

3. Die zulässige Berufung des Klägers hat auch insoweit keinen Erfolg, als er weiter hilfsweise gegenüber der Beklagten zu 1. die ursprünglichen Anträge aus der Berufungsbegründung stellt. Insoweit ist seine Berufung zulässig, weil er mit der Anrechnung eines geringeren Betrages für gezogene Nutzungen und mit der Freistellung von Rechtsanwaltskosten die Beseitigung einer Beschwerde durch das angefochtene Urteil begehrt. Die Berufung ist aber unbegründet, wie aus den Ausführungen oben unter I. folgt.

4. Gegenüber der Beklagten zu 2. ist die Berufung des Klägers zulässig. Der Kläger erweitert insoweit seine Klage und geht von der erstinstanzlichen, vom Landgericht als unzulässig abgewiesenen Feststellungsklage zur Leistungsklage über. Die Berufung ist mit diesem Ziel zulässig, aber unbegründet. 50

a) Hinsichtlich des Antrags zu 2. a) ist die Klage nunmehr zwar mit dem Leistungsantrag zulässig. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte zu 2. aus § 826 BGB aber nicht zu. Allein der Umstand, dass in dem streitgegenständlichen Porsche Macan eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut gewesen sein mag, rechtfertigt nicht bereits den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch die Beklagte zu 2. In subjektiver Hinsicht ist ein Schädigungsvorsatz der Beklagten zu 2. erforderlich, den der Senat verneint. Für diese Beurteilung ist maßgeblich, dass der streitgegenständliche Motor nicht von der Beklagten zu 2., sondern von der B... entwickelt und hergestellt wurde. Der Senat schließt sich insoweit den bislang zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug Porsche Macan oder Cayenne ergangenen, weitgehend einhelligen Urteilen von Oberlandesgerichten an (OLG Koblenz, Urteil vom 30.09.2020 - 5 U 1970/19, juris; OLG Köln, Beschluss vom 09.09.2020 - 8 U 12/20, juris; OLG München, Beschluss vom 09.09.2020 - 27 U 1634/20, juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 05.12.2019 - 16 U 61/18, Anlagenkonvolut B 21, Bl. 629 ff. GA; a. A. der 13. Zivilsenat des OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.01.2020 - I-13 U 81/19, juris). Der Vortrag des Klägers im vorliegenden Verfahren zeigt keine weiteren zusätzlichen Gesichtspunkte auf. Die Beklagte zu 2. hat auch im vorliegenden Verfahren einen Annex 1 (Bl. 517 ff. GA) mit einer Sachverhaltsdarstellung mit detaillierten Angaben zum Geschehensablauf, Bescheinigungen der B... vom 24.11.2015 (Annex 1a, Bl. 524 GA), vom 21.03.2016 (Annex 1c, Bl. 526 GA) und vom 04.07.2016 (Annex 1d, Bl. 527 GA) vorgelegt, in denen B... gegenüber den Beklagten zu 2. das Nichtvorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen bestätigt. Sie legen nahe, dass die Beklagte zu 2. selbst von der B... als der Herstellerin des Motors getäuscht oder über das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen im Ungewissen gelassen wurde. Das gilt jedenfalls für die Zeit bis zum Abschluss des Leasingvertrages am 26.04.2016. 51

Es kommt hinzu, dass die Beklagte zu 2. ihrer eingehenden Sachverhaltsdarstellung (Annex 1) zufolge den streitgegenständlichen Motor gerade deshalb von dritter Seite bezogen und nicht selbst entwickelt hat, weil sie über keine Erfahrungen mit der Entwicklung von Dieselmotoren verfügte, sondern in der Vergangenheit lediglich Otto-Motoren entwickelt hatte. Deshalb mag es zwar - wie von dem Kläger ausgeführt - in allgemeiner Hinsicht zutreffen, dass die Beklagte zu 2. auch über zur Motorenentwicklung geeignete Fachleute verfügte. Der Bezug eines Motors von dritter Seite belegt indes gerade, dass die Beklagte zu 2. - offenbar mangels Erfahrung - in die Entwicklung von Dieselmotoren gerade nicht einsteigen wollte. Das wiederum spricht dafür, dass sie auch keine Detailkenntnisse über die Funktionen des Motors besaß, wie sie bei einem Motorenentwickler zu erwarten gewesen wären. 52

Vor diesem Hintergrund stellt sich der Vortrag des Klägers zu den Kenntnissen der Beklagten zu 2. hinsichtlich der unzulässigen Abschaltvorrichtungen lediglich als die Wiedergabe von 53

Mutmaßungen und Spekulationen dar. Es mag sein, dass auf Seiten der Beklagten zu 2. Fachkompetenz in einem Umfang vorhanden gewesen war, die eine Überprüfung des zugekauften Motors auch hinsichtlich unzulässiger Abschaltvorrichtungen ermöglicht hätte. Anhaltspunkte dafür, dass dies tatsächlich geschehen wäre und die Beklagte zu 2. wider besseres Wissen im hier maßgeblichen Zeitpunkt im April 2016 (Abschluss des Leasingvertrages) ein von Stilllegung bedrohtes Fahrzeug weiter in den Verkehr gebracht hätte, liegen indes nicht vor. Vielmehr musste die Beklagte zu 2. nach Bekanntwerden der Dieselproblematik bei C... im Herbst 2015 zunächst sich selbst darüber klar werden, ob auch ihre Modelle betroffen waren. Hierzu gab es bis April 2016 die im einzelnen in der Sachverhaltsdarstellung (Annex 1) beschriebenen Schritte einschließlich der Bestätigungen von Audi, dass unzulässige Abschaltvorrichtungen nicht vorhanden seien. Zudem fanden Gespräche mit dem KBA statt, die in eine freiwillige Rückrufaktion im Herbst 2016 mündeten. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Klägers durch die Beklagte zu 2. sieht der Senat bei dieser Sachlage nicht. Dabei kann dahin stehen, ob gegenüber der Beklagten zu 2. ein Fahrlässigkeitsvorwurf wegen einer zu einzelnen Zeitpunkten unzureichenden, obwohl gebotenen Überprüfung des Motors begründet sein könnte. Das genügt jedenfalls nicht für den Tatbestand des § 826 BGB.

Soweit der Kläger im Ungewissen über die bei der Beklagten zu 2. seinerzeit vorhandenen Kenntnisse ist, besteht entgegen der Auffassung des Klägers keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu 2., der sie nicht genügt hätte. Denn diese kommt erst dann zum Tragen, wenn die primär darlegungs- und beweisbelastete Partei Anknüpfungstatsachen schlüssig vorgetragen hat und sich daraus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit ihres Vortrags ergibt (OLG München Beschluss vom 09.09.2020 - 27 U 1634/20, juris m. w. Nachw.). Der Bundesgerichtshof hat für die sekundäre Darlegungslast gegenüber C... hinsichtlich der Kenntnis des Vorstands daran angeknüpft, dass es sich bei der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung um eine grundlegende, weltweit alle Fahrzeuge mit Motoren der Serie EA189 betreffende Strategieentscheidung handelte, die mit erheblichen Risiken für den gesamten Konzern und auch mit persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden war. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof den beklagten Motorhersteller für verpflichtet gehalten mitzuteilen, welche Ermittlungen mit welchem Ergebnis er insoweit angestellt habe und über welche Erkenntnisse er insoweit verfüge (BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962). Das zeigt den grundlegenden Unterschied zum vorliegenden Fall: Eine derartige Strategieentscheidung gab es bei der Beklagten zu 2. nicht, jedenfalls nicht bezogen auf die Entwicklung des Motors einschließlich seiner Komponenten (Software). Allenfalls mag von einer Strategieentscheidung in dem Sinne gesprochen werden können, dass kein eigener Motor entwickelt, sondern ein Fremdfabrikat verwendet werden sollte. Warum trotzdem Kenntnisse bei der Beklagten zu 2. von unzulässigen Abschaltvorrichtungen in einem Umfang vorhanden gewesen sein sollten, die eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung begründen könnten, ist dem auf Vermutungen beschränkten pauschalen Vortrag des Klägers nicht zu entnehmen.

54

Selbst wenn man diesen Vortrag aber genügen lassen wollte, um eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu 2. anzunehmen, so hätte die Beklagte zu 2. dieser genügt (s. Annex 1, Bl. 517 ff. GA). Denn sie hat einerseits zu der Entwicklung und Produktion des streitgegenständlichen Motors durch die B... vorgetragen und dessen Zukauf nachvollziehbar damit erläutert, dass sie selbst bis zur Entscheidung, ebenfalls Dieselmotoren in sogenannte SUVs zu verbauen, lediglich Erfahrung mit Otto-Motoren hatte, während die B... über langjährige Erfahrung mit Dieselmotoren verfügte. Andererseits hat sie substantiierten Vortrag zu den Umständen der durch die B... vermittelten Kenntniserlangung von Auffälligkeiten respektive der Unzulässigkeit der Motorsteuerung gehalten. Es wäre vor

55

diesem Hintergrund, eine sekundäre Darlegungslast unterstellt, erneut Sache des Klägers, sich mit diesen Ausführungen dezidiert zu befassen und darzulegen, dass und wodurch welche für die Beklagte zu 2. handelnde Person schon früher Kenntnis hatte, woran es aber - abgesehen von Behauptungen „ins Blaue“ - fehlt (vgl. OLG Köln Beschluss vom 09.09.2020 - 8 U 12/20, juris).

Der Senat ist auch nicht der Auffassung, die Beklagte zu 2. müsse sich das Wissen anderer Konzernunternehmen (hier der B...) zurechnen lassen. Auf welcher Grundlage dies vertreten werden könnte, ist nicht ersichtlich. Der streitgegenständliche Motor wie auch dessen Steuerung wurden samt Software bei einem konzernzugehörigen Unternehmen zugekauft und fertig „modular“ übernommen. 56

Auch wenn man dem nicht folgen und eine Haftung der Beklagten zu 2. aus § 826 BGB grundsätzlich für möglich halten wollte, wäre ein Anspruch des Klägers zu verneinen. Ihm ist nämlich kein Schaden entstanden, weil er die Leasingraten als Gegenleistung für eine Gebrauchsüberlassung des streitgegenständlichen Fahrzeugs auf Zeit gezahlt hat, die er uneingeschränkt erhalten hat. Zwar kann durch das - unterstellt sittenwidrige - Verhalten der Beklagten zu 2. der Kläger dazu veranlasst worden sein, den Leasingvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug abzuschließen. In der Eingehung dieser ungewollten Verbindlichkeit kann grundsätzlich auch insoweit ein Schaden gesehen werden, als das Fahrzeug bei einer möglicherweise drohenden Betriebsuntersagung für die Zwecke des Klägers nicht in vollem Umfang nutzbar wäre (BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962; auch für den Leasingvertrag OLG Hamm, Urteil vom 10.12.2019 – 13 U 86/18, BeckRS 2019, 35115 Rn. 152, beck-online). 57

Im vorliegenden Fall ist indes die Besonderheit zu beachten, dass nicht ein Kaufvertrag zu beurteilen ist, der in einem Austausch von Eigentum und Besitz an der Kaufsache gegen Geld besteht. Vielmehr geht es um einen Finanzierungsleasingvertrag, der für die vertraglich vereinbarte Zeit von 3 Jahren die Leasinggeberin zur Gebrauchsüberlassung auf Zeit verpflichtete. Gegenstand des Vertrages selbst ist damit allein die Gebrauchsüberlassung. Damit kann Anknüpfungspunkt für die Beurteilung eines Schadens allein die Nutzbarkeit des Fahrzeugs sein. Während der Laufzeit des inzwischen beendeten Leasingvertrags war der Kläger indes tatsächlich Nutzungsbeschränkungen aufgrund der angeblichen „Manipulationssoftware“ nicht unterworfen. Vielmehr konnte er das Fahrzeug trotz der unterstellten „Bemakelung“ uneingeschränkt im Straßenverkehr nutzen. 58

Das Schadensrecht dient aber dazu, dem Geschädigten aus Gründen der „korrigierenden Gerechtigkeit“ einen Ausgleich für seinen Verlust zu gewähren. Dieses das Schadensersatzrecht beherrschende Prinzip einer Naturalrestitution zielt mithin auf die Herstellung eines gedachten schadensfreien Zustands ab. Wenn in diesem Zusammenhang die Zahlung eines Geldbetrages gefordert wird, dient auch dieser der Restitution. Hiermit wäre es jedoch unvereinbar, dem Kläger im Wege des Schadensersatzes einen Geldbetrag zuzusprechen, obwohl trotz der „Bemakelung“ des Fahrzeugs über die Laufzeit des Leasingvertrags hinweg keine Einschränkung in der Gebrauchstauglichkeit und damit keine Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Klagepartei gegeben war. Die Zubilligung eines Schadensersatzes würde damit real zu einem Gewinn des Klägers führen, der dem Schadensersatzrecht fremd ist (so OLG Bamberg, Beschluss vom 22.07.2020 – 3 U 321/19, BeckRS 2020, 32652, beck-online; a. A. OLG Hamm, Urteil vom 10.12.2019 - I-13 U 86/18, juris). Eine Nutzungsbeschränkung ergibt sich entgegen der Ansicht der Berufung auch nicht aus dem oben bereits erwähnten Bescheid des KBA vom 10.07.2018 (Anlage B 20, Bl. 529 GA), mit dem das KBA nachträglich Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung anordnete. 59

Eine Betriebsstilllegung während der Vertragslaufzeit ist gerade nicht erfolgt und jetzt wegen der Beendigung des Vertrages ausgeschlossen. Auch mangels Schadens besteht daher kein Anspruch auf Schadensersatz.

Auch wenn man dies anders sehen wollte, führte jedenfalls die Anrechnung der Nutzungsvorteile vorliegend zu einem Ausschluss des klägerischen Anspruchs (OLG Bamberg, a.a.O.). Der Kläger muss sich im Rahmen des Vorteilsausgleichs die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen lassen. Deren Wert lässt sich anders als in sonstigen Fällen eines Autokaufs nicht anhand der linearen Wertminderung berechnen, weil letztere der Tatsache nicht gerecht wird, dass der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug nicht zu Eigentum erworben hat, sondern ihm das Fahrzeug lediglich für 36 Monate im Wege des Kilometerleasings überlassen wurde.

60

Beim Finanzierungsleasing wie dem streitgegenständlichen Vertrag finden die Regeln des Mietrechts Anwendung (OLG Bamberg, a.a.O. m w. Nachw.). Der Gebrauchsvorteil einer gemieteten bzw. zur Nutzung überlassenen Sache bestimmt sich jedoch in anderer Weise als bei einem Kaufvertrag. Bei einem Kaufvertrag hat sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises die Nutzbarkeit bis zur Gebrauchsuntauglichkeit der Sache erkaufte. Interessengerecht ist es deshalb, den Wert einer zeitanteiligen Benutzung durch den dem Verhältnis von tatsächlicher zu möglicher Benutzungszeit entsprechenden Teil des Kaufpreises zu bestimmen. Das ist im vorliegenden Fall anders. Hier ist darauf abzustellen, dass die Leasingrate, mit der der Leasingnehmer das Recht auf die zeitweilige Nutzung des Vertragsgegenstandes erwirbt, daran ausgerichtet ist, dass hierdurch und durch die Verwertung des Gegenstandes nach Ablauf der Nutzungszeit der Leasinggeber eine Vollamortisation einschließlich eines Gewinns erreicht wird (BGH, VIII ZR 265/12, NJW 2013, 2420). Der Nutzungsvorteil des Klägers an dem geleaste Fahrzeug muss sich daher spiegelbildlich an den marktüblichen Leasinggebühren für das Fahrzeug anlehnen (vgl. hierzu BeckOGK/Mössner, 1.4.2020, BGB § 100 Rn. 11.4.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.01.2020 - 17 U 2/19). Mit der Zahlung der Leasingraten im vorliegenden Fall ist damit der Wert der ungestörten Nutzung des PKW erfasst. Ein weitergehender Schaden des Klägers ist nicht ersichtlich.

61

b) Hinsichtlich des Antrags zu 2. b) ist die Klage bezogen auf Haupt- und Hilfsantrag unzulässig. Der Kläger begehrt insoweit die Feststellung einer Ersatzpflicht der Beklagten für weitergehende, also offenbar über den Ersatz der Leasingraten hinausgehende Schäden, die dem Kläger durch die unzulässige Prüfstandserkennungssoftware entstanden sein sollen. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klage unzulässig ist, da es an dem nach § 256 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt. Welche weiteren Schäden der Kläger nach Beendigung des Leasingvertrages befürchtet und ob solche Schäden möglich sind, lässt sich dem Vortrag des Klägers nicht entnehmen.

62

Soweit er auf die Möglichkeit etwaiger Steuernachforderungen abstellt, besteht keine hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen künftigen Schaden in Form einer Neufestsetzung der Steuer. Die Bemessungsgrundlage für die für Personenkraftwagen zu entrichtende Kraftfahrzeugsteuer ist in § 8 Nr. 1 KraftStG geregelt. Maßgeblich sind die Kohlendioxidemissionen und der Hubraum. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 KraftStG sind für die Beurteilung der Schadstoff-, Kohlendioxid- und Geräuschemissionen, anderer Bemessungsgrundlagen technischer Art sowie der Fahrzeugklassen und Aufbauarten die Feststellungen der Zulassungsbehörden verbindlich. Die Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug ist während der Laufzeit des Leasingvertrags unstrittig nicht entzogen oder - von der Einfügung von Nebenbestimmungen abgesehen - abgeändert

63

worden. Weshalb gleichwohl eine Neufestsetzung drohen sollte, legt der Kläger nicht dar. Soweit er auf einen „CO₂-Skandal“ bei der Beklagten zu 2. abstellt und behauptet, dass Steuernachforderungen drohten, sollte sich tatsächlich herausstellen, dass auch diese Werte manipuliert worden seien, ist der Presseberichterstattung zu entnehmen, dass noch unklar sei, welche Modelle betroffen seien; dies seien wohl Panamera, 911, Boxster und Cayenne, also nicht das streitgegenständliche Fahrzeug. Zu den von ihm behaupteten Schäden an den Dieselpartikelfiltern und den AGR-Ventilen legt der Kläger keine Einzelheiten dar. Soweit er darauf abstellt, für das Fahrzeug seien Aufwendungen zu tätigen, hätte er diese nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Leasingzeit beziffern können.

Nichts anderes gilt für den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag in der Fassung der Berufungsbegründung (Bl. 460 GA). Darüber hinaus ist dieser Antrag nicht bestimmt genug, da er das eines Schadensersatzpflicht auslösende Verhalten der Beklagten zu 2. lediglich mit „Manipulation des Fahrzeugs“ umschreibt, was vollständig offen lässt, worin die „Manipulation“ zu sehen sein soll. 64

5. Daraus folgt auch, dass ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagten auf Freistellung von den ihm entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht besteht. 65

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 66

Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen. 67

Berufungsstreitwert: bis 140.000,00 € 68