

# ROLAND CZAIKOWSKI

Rechtsanwalt & Fachanwalt für Verkehrsrecht

## **Amtliche Leitsätze:**

- 1. Ein Geschädigter, der durch das deliktische Handeln eines Dritten (hier: Fahrzeughersteller) zum Abschluss eines Kaufvertrages (hier: über ein Dieselfahrzeug mit Prüfstanderkennungssoftware) bestimmt worden ist, kann, wenn er die Kaufsache behalten möchte, als Schaden von dem Dritten den Betrag ersetzt verlangen, um den er den Kaufgegenstand - gemessen an dem objektiven Wert von Leistung und Gegenleistung - zu teuer erworben hat (sogenannter kleiner Schadensersatz).**
- 2. Für die Bemessung dieses kleinen Schadensersatzes ist grundsätzlich zunächst der Vergleich der Werte von Leistung (Fahrzeug) und Gegenleistung (Kaufpreis) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch eine nachträgliche Maßnahme (hier: Software-Update) des Schädigers, die gerade der Beseitigung der Prüfstanderkennungssoftware dienen sollte, ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen; dabei sind etwaige mit dem Software-Update verbundene Nachteile in die Bewertung des Vorteils einzubeziehen.**
- 3. In den so zu bemessenden Schaden (Minderwert) sind Nachteile, die mit der Prüfstanderkennungssoftware oder dem Software-Update (Vorteilsausgleichung) verbunden sind, bereits "eingepreist". Für eine Feststellung der Ersatzpflicht für diesbezügliche weitere Schäden ist daher kein Raum.**

## URTEIL

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 2021 durch den Vorsitzenden Richter Seiters, den Richter Offenloch, die Richterin Müller sowie die Richter Dr. Allgayer und Böhm für Recht erkannt:

### **Tenor:**

Die Revisionen der Klägerin und der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 11. Dezember 2019 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte 95%, die Klägerin trägt 5%.

Von Rechts wegen

### **Tatbestand:**

**1**Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche im Zusammenhang mit dem sogenannten Dieselskandal geltend.

**2**Die Klägerin erwarb von einem Autohaus am 9. Juli 2015 einen von der Beklagten hergestellten, gebrauchten **VW** Passat Variant 2.0 TDI, Erstzulassung Februar 2012, Laufleistung 58.500 km, zum Kaufpreis von 22.730 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA189, Schadstoffnorm Euro 5 ausgestattet. Die im Zusammenhang mit dem Motor ursprünglich verwendete Software erkannte, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wurde, und schaltete in diesem Fall vom regulären Abgasrückführungsmodus 0 in einen Stickoxidoptimierten Abgasrückführungsmodus 1 (Prüfstanderkennungsoftware). Es ergaben sich dadurch auf dem Prüfstand geringere Stickoxid-Emissionswerte als im normalen Fahrbetrieb. Die Grenzwerte der Euro 5-Norm wurden nur im Modus 1 eingehalten.

**3**Im Jahr 2015 ordnete das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) gegenüber der Beklagten den Rückruf der mit dieser Software ausgestatteten Fahrzeuge an, weil es die Software als unzulässige Abschalteneinrichtung einstufte. Die Beklagte entwickelte in der Folge ein Software-Update, das vom KBA freigegeben und auch im Fahrzeug der Klägerin aufgespielt wurde.

**4**Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zum Ersatz des Minderwerts, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, der jedoch mindestens 5.682,50 € (25% des Kaufpreises) betrage, nebst Zinsen zu verurteilen. Der Minderwert entspreche dem aufgrund des Einsatzes der Motorsteuerungssoftware eingetretenen Wertverlust aller Fahrzeuge der Produktionslinie. Neben der Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat sie zudem die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten beantragt, der Klägerin weiteren über den Minderungsbetrag hinausgehenden Ersatz zu bezahlen für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs resultieren würden.

**5**Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht im Wege des Grundurteils die Ansprüche auf Ersatz des Minderwerts und auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung gegen die Abweisung des Feststellungsantrags hat es im Wege des Endurteils zurückgewiesen. Mit den vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter, die Beklagte hält an ihrem Ziel der vollständigen Klageabweisung fest.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

**6**Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (9 U 3/19, veröffentlicht in BeckRS 2019, 32200) darauf gestützt, dass der Klägerin der mit den Leistungsanträgen geltend gemachte Schadensersatzanspruch dem Grunde nach aus §§ 826, 31 BGB zustehe. Die Klägerin habe durch den Abschluss des ungewollten Kaufvertrags über das Fahrzeug einen Schaden erlitten, weil dieses mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet gewesen sei und wegen der deshalb drohenden Betriebsbeschränkung oder -untersagung für ihre Zwecke nicht voll brauchbar gewesen sei. Das Gericht habe keine Zweifel, dass die Klägerin das Fahrzeug in Kenntnis der Software und der damit verbundenen Gefahren nicht gekauft hätte. Die Beklagte habe den Schaden der Klägerin durch einen oder mehrere Repräsentanten im Sinne von § 31 BGB zurechenbar verursacht. Die Beklagte habe lediglich bestritten, dass ein Organ der Beklagten im Sinne eines Vorstandsmitglieds im aktienrechtlichen Sinne verantwortlich sei. An einem wirksamen und umfassenden Bestreiten für sonstige Repräsentanten der Beklagten fehle es, abgesehen davon habe sie ihrer diesbezüglichen sekundären Darlegungslast nicht genügt. Der oder die Repräsentant(en) hätte(n) auch vorsätzlich gehandelt. Die Schadenszufügung sei sittenwidrig gewesen. Die besondere Verwerflichkeit liege nicht nur in der Masse der Geschädigten und in dem hohen Schaden für diese, sondern auch in der für die Endabnehmer nicht durchschaubaren planmäßigen Täuschung des KBA. Die Beklagte habe das Verfahren für die Erteilung der Typgenehmigung regelrecht entgegen den berechtigten Verhaltenserwartungen des Geschäftsverkehrs in einer Weise konterkariert, die weder für die Behörden noch für den Nutzer erkennbar gewesen sei.

**7**Die Klägerin könne den von ihr beehrten „kleinen Schadensersatz“ verlangen. Als Vermögensschaden im Rahmen von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung sei grundsätzlich der Differenzschaden in Form des negativen Interesses zu ersetzen. Der Geschädigte könne Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen, wahlweise aber auch den Vertrag bestehen lassen und Ersatz des durch die unerlaubte Handlung bedingten Mehraufwands verlangen. Das geschehe bei einem Kaufvertrag in der Weise, dass der Geschädigte so behandelt werde, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren

Preis abzuschließen. Diese für Fälle der (quasi-)vertraglichen Haftung entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die auch für Dritte gelte, die nicht Vertragspartner seien, sei auf die deliktische Haftung übertragbar. Es gehe hier nicht um das Erfüllungsinteresse wie etwa bei Schadensersatz in Höhe der (fiktiven) Mangelbeseitigungskosten, sondern um den Teil des Kaufpreises, um den der Geschädigte das Fahrzeug in Unkenntnis des Mangels zu teuer erworben habe.

**8**Der Feststellungsantrag sei unzulässig, wobei offenbleiben könne, ob die Klägerin ein ausreichendes Feststellungsinteresse geltend gemacht habe. Denn jedenfalls sei der Antrag zu unbestimmt. Er lasse nicht erkennen, aus welchen konkreten Handlungen der Beklagten der Klägerin Schäden entstanden sein könnten. Wann, in welcher Weise und in welchem Umfang das Fahrzeug von der Beklagten manipuliert (also behandelt oder verändert) worden sei, ergebe sich aus dem Antrag auch im Lichte des gesamten Klägervorbringens nicht. Mit der Manipulation des Fahrzeugs könne die Verwendung der als unzulässigen Abschalteneinrichtung qualifizierten Motorsteuerungssoftware gemeint sein, aber auch das spätere Aufspielen des Softwareupdates oder auch noch weitere Umstände der Herstellung des Fahrzeugs oder einer späteren Einwirkung auf das Fahrzeug. Dies zu klären, sei in einem Verfahren, in dem Anwaltszwang bestehe, Aufgabe der Klagepartei gewesen. Das Gericht habe einen Hinweis zur Frage der Bestimmtheit des Feststellungsantrags erteilt, ohne dass die Klagepartei darauf reagiert habe.

II.

**9**Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen steht der Klägerin der mit der zulässigen Leistungsklage verfolgte Anspruch auf den sogenannten kleinen Schadensersatz (Ersatz des Minderwerts) dem Grunde nach zu.

**101.** Rechtsfehlerfrei ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Leistungsklage hinreichend bestimmt ist. *Im Hinblick auf die dem Gericht bei der Bemessung der Schadenshöhe gemäß § 287 Abs. 1 ZPO zustehenden Freiheiten hat die Klägerin die Höhe des von ihr geforderten Minderwerts in das Ermessen des Gerichts gestellt, zugleich aber einen Mindestbetrag sowie die tatsächlichen Grundlagen für die Schadensschätzung angegeben.* Dies genügt den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (vgl. Senatsurteile vom 30. April 1996 - VI ZR 55/95, BGHZ 132, 341, 350, juris Rn. 33; vom 13. Oktober 1981 - VI ZR 162/80, NJW 1982, 340, juris Rn. 6; vom 1. Februar 1966 - VI ZR 193/64, BGHZ 45, 91, 93, juris Rn. 12; BGH, Urteile vom 28. Oktober 1998 - XII ZR 255/96, NJW 1999, 353, 354, juris Rn. 11; vom 24. April 1975 - III ZR 7/73, MDR 1975, 741, juris Rn. 30 f.; vom 13. Dezember 1951 - III ZR 144/50, BGHZ 4, 138, 141 f., juris Rn. 7).

**112.** Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hält dessen Beurteilung, dass die Beklagte der Klägerin gemäß §§ 826, 31 BGB dem Grunde nach zum

Schadensersatz verpflichtet ist, revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Die insoweit von der Revision der Beklagten erhobenen Einwände entsprechen im Wesentlichen den in dem Verfahren VI ZR 252/19 von ihr angeführten Argumenten. Sie greifen aus den im Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 genannten Gründen auch hier nicht durch. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Gründe der genannten Entscheidung verwiesen.

**123.** Frei von Rechtsfehlern ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, dass auch im Rahmen der deliktischen Haftung gemäß § 826 BGB ein Anspruch auf den sogenannten kleinen Schadensersatz besteht.

**13a)** Gemäß § 249 Abs. 1 BGB hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dabei kommt es darauf an, den Geschädigten wirtschaftlich möglichst so zu stellen, wie er ohne das schadenstiftende Ereignis stünde (Senatsurteile vom 21. Dezember 2004 - VI ZR 306/03, BGHZ 161, 361, 369 f., juris Rn. 20; vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 15/14, VersR 2015, 75 Rn. 25; jeweils mwN).

**14b)** Für die deliktische Haftung ist zu beachten, dass diese nicht das Erfüllungsinteresse oder positive Interesse erfasst, weil sie nicht an das Bestehen einer Verbindlichkeit und deren Nicht- oder Schlechterfüllung anknüpft. Sie beschränkt sich vielmehr auf das „Erhaltungsinteresse“ (Senatsurteil vom 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09, BGHZ 188, 78 Rn. 8) und damit das negative Interesse (Senatsurteil vom 25. November 1997 - VI ZR 402/96, NJW 1998, 983, 984, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 14. Mai 2012 - II ZR 130/10, NJW 2012, 3510 Rn. 14; Beschluss vom 9. Juni 2020 - VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 25). Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn sie neben einer vertraglichen Schadensersatzpflicht besteht. Der durch eine unerlaubte Handlung Geschädigte hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, besser zu stehen, als er stünde, wenn der Schädiger die unerlaubte Handlung nicht begangen hätte. Dieser Grundsatz findet bei einem Kaufvertrag jedenfalls dann Anwendung, wenn dieser aufgrund falscher Angaben eines Dritten zustande gekommen ist. Die im Gewährleistungsrecht verankerte Besserstellung des Käufers ist nur gerechtfertigt, weil sie auf einem Rechtsgeschäft beruht, denn nur dieses, nicht aber die unerlaubte Handlung, kann den Käufer besserstellen, als er vorher stand. Der Käufer kann nur von dem Verkäufer Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die unerlaubte Handlung eines Dritten kann nicht dazu führen, dass dieser haftungsrechtlich wie ein Verkäufer behandelt wird. Allerdings muss das negative Interesse nicht notwendigerweise geringer sein als das positive Interesse des Geschädigten an der Vertragserfüllung. So ist anerkannt, dass die Anwendung der Differenzhypothese in dem Fall, in dem der Geschädigte nachweist, dass er ohne die für den Abschluss des Vertrages ursächliche Täuschungshandlung einen anderen, günstigeren Vertrag - mit dem Verkäufer oder einem Dritten - abgeschlossen hätte, im Ergebnis das Erfüllungsinteresse verlangen

kann, und zwar deswegen, weil der Schaden in diesem Ausnahmefall dem Erfüllungsinteresse entspricht (Senatsurteil vom 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09, BGHZ 188, 78 Rn. 8-10).

**15c)** Nach diesen Grundsätzen kann ein Geschädigter, der durch ein deliktisches Handeln eines Dritten zum Abschluss eines Kaufvertrages bestimmt worden ist, von diesem verlangen, so gestellt zu werden, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Will er die Kaufsache behalten, kann er hingegen nicht Ersatz der Kosten verlangen, die zur Mängelbeseitigung erforderlich sind. Denn damit beansprucht er das Erfüllungsinteresse, weil er im Ergebnis so gestellt werden möchte, als hätte der Verkäufer den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt (Senatsurteil vom 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09, BGHZ 188, 78 Rn. 11). Er kann allerdings, wenn er die Kaufsache behalten möchte, als Schaden den Betrag ersetzt verlangen, um den er den Kaufgegenstand - gemessen an dem objektiven Wert von Leistung und Gegenleistung - zu teuer erworben hat. Denn dabei handelt es sich nicht um das Erfüllungs-, sondern um das Erhaltungsinteresse.

**16aa)** Für die Fälle der Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten, die ebenfalls auf das negative Interesse, den sogenannten Vertrauensschaden (s. nur BGH, Urteil vom 19. Mai 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35 Rn. 21 mwN), beschränkt ist, ist dies anerkannt. Es ist ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der durch die Verletzung einer Aufklärungspflicht zum Vertragsschluss veranlasste Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne das schadenstiftende Verhalten, also etwa bei Offenbarung bzw. zutreffender Darstellung der für den Vertragsentschluss maßgeblichen Umstände, stünde (BGH, Urteile vom 6. April 2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876, juris Rn. 17; vom 19. Mai 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35 Rn. 21; vom 6. Februar 2018 - II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 9; vom 25. September 2018 - II ZR 27/17, juris Rn. 9). Dabei kann er zwischen zwei Möglichkeiten des Schadensausgleichs wählen. Er kann entweder die Rückabwicklung des Vertrages verlangen oder stattdessen an dem Vertrag festhalten und den Ersatz der durch das Verschulden des anderen Teils veranlassten Mehraufwendungen verlangen (sog. „kleiner Schadensersatz“, vgl. BGH, Urteile vom 25. Mai 1977 - VIII ZR 186/75, BGHZ 69, 53, 57 f., juris Rn. 18 f.; vom 27. September 1988 - XI ZR 4/88, ZIP 1988, 1464, 1467, juris Rn. 19; vom 3. Februar 2003 - II ZR 233/01, DStR 2003, 1494, 1495 f., juris Rn. 14; vom 19. Mai 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35 Rn. 21 f. mwN; vom 6. Februar 2018 - II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 11 ff.; vom 25. September 2018 - II ZR 27/17, juris Rn. 12). In letzterem Fall wird der zu ersetzende Vertrauensschaden auf die berechtigten Erwartungen des Geschädigten reduziert, die durch den zustande gekommenen Vertrag nicht befriedigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35 Rn. 21 mwN). Bei einem Kaufvertrag geschieht dies durch die Herabsetzung der Leistung des Geschädigten auf das tatsächlich angemessene Maß. Der Geschädigte wird damit so behandelt, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Sein Schaden ist danach

der Betrag, um den er den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat. Da es sich hierbei nur um die Bemessung des verbliebenen Vertrauensschadens und nicht um die Frage einer Anpassung des Vertrages handelt, braucht der Geschädigte in diesem Fall auch nicht nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte (vgl. BGH, Urteile vom 25. Mai 1977 - VIII ZR 186/75, BGHZ 69, 53, 58, juris Rn. 19; vom 6. April 2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2877, juris Rn. 17; vom 19. Mai 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35 Rn. 22; vom 6. Februar 2018 - II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 13 mwN). Maßgeblich für die Bemessung dieses „kleinen Schadensersatzes“ ist grundsätzlich der Vergleich der Werte von Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGH, Urteile vom 6. Februar 2018 - II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 20; vom 25. September 2018 - II ZR 27/17, juris Rn. 11).

**17bb)** Diese Grundsätze sind auch auf den Vertreter des Vertragspartners anwendbar, der durch eine unerlaubte Handlung den Abschluss eines Vertrages herbeigeführt hat und deshalb deliktsrechtlich haftet (BGH, Urteil vom 20. März 1987 - V ZR 27/86, NJW 1987, 2511, 2512, juris Rn. 20). Dies gilt selbst dann, wenn er nicht zugleich die Voraussetzungen für eine Eigenhaftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss erfüllt (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1987 - V ZR 153/86, VersR 1988, 386, 387, juris Rn. 12).

**18cc)** Für die vorliegende Fallkonstellation der Haftung der Beklagten aus § 826 BGB gilt im Ergebnis nichts Anderes (ebenso: OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 29. Oktober 2019 - 17 U 102/18, juris Rn. 10; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22. November 2019 - 17 U 70/19, juris Rn. 29; OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 12. Dezember 2019 - 14 U 92/19, juris Rn. 2-4; Förster in BeckOK BGB, Stand, 1.5.2021, § 826 Rn. 59; Heese, NJW 2019, 257, 262; a. A.: OLG Frankfurt, Urteil vom 17. Juni 2020 - 17 U 732/19, juris Rn. 47 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 27. Februar 2020 - I-34 U 129/19, juris Rn. 24; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Dezember 2019 - 13 U 670/19, juris Rn. 23 ff.; OLG Karlsruhe, BeckRS 2019, 40215 Rn. 21; OLG München, BeckRS 2019, 35659 Rn. 14; OLG München, Urteil vom 10. August 2020 - 21 U 2719/19, juris Rn. 33-40; OLG Oldenburg, BeckRS 2020, 1973 Rn. 10; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Dezember 2019 - 7 U 72/19, juris Rn. 28 ff.; Thüringisches OLG, Urteil vom 17. Juli 2020 - 4 U 25/19, juris Rn. 52).

**19(1)** Die Klägerin ist durch das vom Berufungsgericht festgestellte Verhalten der Beklagten, das einer bewussten arglistigen Täuschung gleichsteht (Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 25), zum Abschluss des Kaufvertrags über das Fahrzeug veranlasst worden. Dabei ist es unerheblich, dass die Beklagte weder (quasi-)vertraglich mit der Klägerin verbunden war noch als Vertreterin des Fahrzeugverkäufers den Vertragsschluss herbeigeführt hat (entgegen OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Dezember 2019 - 13 U 670/19, juris Rn. 23). Maßgeblich im Rahmen der deliktischen Haftung sind zwar, anders als bei einer Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss, nicht der „Vertrauensschaden“ und die

berechtigten Erwartungen des Geschädigten, die durch den zustande gekommenen Vertrag nicht befriedigt werden. Maßgeblich ist aber das Interesse des Geschädigten an dem Erhalt seiner objektiven Vermögenslage (Erhaltungsinteresse) im Sinne einer ausgeglichenen Vermögensbilanz. So dient der Schadensersatzanspruch im Falle einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht nur, aber auch dem Ausgleich jeder nachteiligen Einwirkung durch das sittenwidrige Verhalten auf die objektive Vermögenslage des Geschädigten (Senatsurteile vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 47; vom 19. November 2013 - VI ZR 336/12, NJW 2014, 383 Rn. 28). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Schaden im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB nicht nur, aber gerade dann gegeben, wenn sich bei dem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, ein rechnerisches Minus gibt (Differenzhypothese, vgl. Senatsurteile vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 45; vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 15/14, WM 2014, 2318 Rn. 17). Schließt der Geschädigte infolge des vorsätzlichen, sittenwidrigen Verhaltens einen Vertrag, bei dem der objektive Wert der Gegenleistung (hier: Fahrzeug) den objektiven Wert seiner Leistung (hier: Kaufpreis) nicht erreicht, so liegt nach der Differenzhypothese ein Schaden vor. Eben den in dieser Differenz liegenden Schaden kann der Geschädigte ersetzt verlangen, um so die negative Einwirkung auf seine objektive Vermögenslage auszugleichen. Dieser Ausgleich dient nicht - wie etwa der Ersatz von Kosten für eine Mangelbeseitigung - dem Erfüllungsinteresse, sondern dem Erhaltungsinteresse (entgegen OLG München, Urteil vom 10. August 2020 - 21 U 2719/19, juris Rn. 33 ff.).

**20(2)** Anderes ergibt sich nicht daraus, dass im Rahmen des § 826 BGB ein Vermögensschaden unter Umständen schon in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung liegen kann, weil die Differenzhypothese einer normativen Kontrolle unterzogen wird (Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 45-48). Vielmehr hat dies lediglich zur Folge, dass im Fall der objektiven Werthaltigkeit als Schadensersatz nur die Erstattung des Kaufpreises (gegen Herausgabe des Fahrzeugs im Wege der Vorteilsausgleichung) verlangt werden kann. Besteht der Schaden im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB aber (außerdem) in einer Wertdifferenz zwischen geschuldeter Leistung und Gegenleistung (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 48), so kann stattdessen Ersatz dieser Differenz, mithin der sogenannte kleine Schadensersatz verlangt werden.

**21(3)** [Entgegen der Ansicht der Revision und der Rechtsprechung mancher Oberlandesgerichte](#) (OLG Frankfurt, Urteil vom 17. Juni 2020 - 17 U 732/19, juris Rn. 57; OLG Hamm, Urteil vom 27. Februar 2020 - I-34 U 129/19, juris Rn. 24; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Dezember 2019 - 13 U 670/19, juris Rn. 25; OLG Karlsruhe, BeckRS 2019, 40215 Rn. 21; OLG München, BeckRS 2019, 35659 Rn. 14) [kommt es im Rahmen des § 826 BGB weder darauf an, ob der](#)

Verkäufer sich auf den Kaufvertrag zu einem niedrigeren Kaufpreis eingelassen hätte, noch muss der Geschädigte darlegen und beweisen, dass zumindest er ohne die schädigende Handlung bereit gewesen wäre, den Kaufvertrag zu einem niedrigeren Kaufpreis zu schließen. Denn die im Rahmen dieser Haftung auszugleichende negative Einwirkung auf die objektive Vermögenslage durch den Abschluss eines Vertrages, bei dem der objektive Wert der Gegenleistung hinter der Leistung des Geschädigten zurückbleibt, tritt auch dann ein, wenn der Geschädigte in Kenntnis der Sachlage nicht nur von dem Abschluss des Vertrags mit seinem konkreten Inhalt, sondern vom Kauf überhaupt abgesehen hätte. Deshalb ist es entgegen der Ansicht der Revision auch kein Widerspruch, wenn der Geschädigte vorträgt, er hätte in Kenntnis der unzulässigen Abschaltleinrichtung (aus ex-ante-Sicht) von dem Erwerb des Fahrzeugs ganz Abstand genommen, nunmehr aber am Vertrag festhält und Ersatz der von ihm zu beweisenden Wertdifferenz verlangt (vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Mai 1977 - VIII ZR 186/75, BGHZ 69, 53, 57 f., juris Rn. 18 f.; a.A.: OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Dezember 2019 - 13 U 670/19, juris Rn. 27; OLG Karlsruhe, BeckRS 2019, 40215 Rn. 23; OLG Oldenburg, BeckRS 2020, 1973 Rn. 10). Ob sich - so die Revision - aus dem Urteil des II. Zivilsenats vom 6. Februar 2018 (II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 13) ableiten lässt, dass bei einem Anspruch aus culpa in contrahendo ein Minderwert nur ersetzt verlangt werden kann, wenn zumindest der Käufer bei Aufklärung vor Vertragsschluss damals einen Kauf zum Minderwert gewollt hätte (anders - ohne Abstellen auf die hypothetische Einstellung des Käufers - dagegen BGH, Urteile vom 25. Mai 1977 - VIII ZR 186/75, BGHZ 69, 53, 56 ff. juris Rn. 16-19; vom 2. Juni 1980 - VIII ZR 64/79, juris Rn. 17-24; vom 19. Mai 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35 Rn. 21-23), mag dahinstehen. Für den hier streitgegenständlichen deliktischen Schadensersatz nach § 826 BGB ist dies jedenfalls nicht nötig. *Hier hat der Geschädigte, der durch ein sittenwidriges Verhalten eines Dritten zu einem Vertragsschluss bewegt worden ist, den er ohne das sittenwidrige Verhalten nicht geschlossen hätte, die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten der Schadensberechnung. Er kann wirtschaftlich gesehen Rückgängigmachung des Vertrages gegenüber dem Dritten verlangen (= Kaufpreiserstattung abzüglich Nutzungsersatz Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs) oder, wenn er nunmehr am Vertrag festhalten will, Erstattung des objektiven Minderwerts zwischen Leistung und Gegenleistung.*

**22(4)** Aus den unter (3) genannten Gründen kommt es entgegen anderer Ansicht (OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Dezember 2019 - 7 U 72/19, juris Rn. 29-33) für die Ersatzfähigkeit des Minderwerts auch nicht darauf an, dass ohne die Schädigungshandlung der Beklagten das Fahrzeug auf dem Markt gar nicht zu erwerben gewesen wäre, der Geschädigte also den Vertrag nicht zu anderen Bedingungen, etwa einem niedrigeren Kaufpreis, hätte abschließen können.

**23d)** Im Streitfall kann die Klägerin demnach den Schaden ersetzt verlangen, der dadurch entstanden ist, dass sie infolge des vorsätzlichen sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten

einen Kaufvertrag über das Fahrzeug geschlossen hat, bei dem der objektive Wert der Gegenleistung (des Fahrzeugs) den objektiven Wert ihrer Leistung (des Kaufpreises) nicht erreicht. Diese Wertdifferenz wird im Betragsverfahren festzustellen sein. Abweichend von der allgemeinen Regel, dass es für die Berechnung des konkreten Schadens - sofern der Schuldner nicht bereits vorher seine Ersatzpflicht erfüllt - grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ankommt (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 57; BGH, Urteile vom 13. November 2012 - XI ZR 334/11, NJW 2013, 450 Rn. 23; vom 12. Juli 1996 - V ZR 117/95, ZIP 1996, 1382, 1384, juris Rn. 18), ist für die Bemessung des sogenannten kleinen Schadensersatzes dabei grundsätzlich zunächst der Vergleich der Werte von Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich (vgl. BGH, Urteile vom 25. September 2018 - II ZR 27/17, juris Rn. 11; vom 6. Februar 2018 - II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 20; vgl. auch Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 48: „im Zeitpunkt des Erwerbs“). Denn das Wertverhältnis der vertraglich geschuldeten Leistungen ändert sich nicht dadurch, dass eine der Leistungen nachträglich eine Auf- oder Abwertung erfährt; der Vertrag wird dadurch nicht günstiger oder ungünstiger. Dies schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 2018 - II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 21).

**24** Vorliegend sind in die Bemessung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Prüfstanderkennungsoftware verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, einzubeziehen. Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das Software-Update als nachträgliche Maßnahme der Beklagten, die gerade der Beseitigung der Prüfstanderkennungsoftware dienen sollte, ist als Vorteil zu berücksichtigen. Die Beweislast liegt insoweit bei der Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, NJW 2015, 468 Rn. 22 mwN). Die Beurteilung, ob und inwieweit sich durch das Software-Update die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung reduziert hat, bleibt dem Betragsverfahren vorbehalten. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob und inwieweit sich Nachteile tatsächlicher und rechtlicher Art, die dem Vortrag der Klägerin zufolge mit dem Software-Update verbunden sein sollen (Stilllegungsgefahr wegen Thermofenster, Risiken technischer Art, Gefahr von Steuernachforderungen), auf die Bewertung dieses Vorteils auswirken.

**254.** Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass der Klägerin der von ihr geltend gemachte Schadensersatzanspruch mit gewisser Wahrscheinlichkeit zumindest teilweise zusteht, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Damit sind sämtliche Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils (vgl. nur BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - VII ZR 103/16, NJW-RR 2019, 982 Rn. 16 mwN: Anspruch nach Grund und Höhe streitig, Anspruchsgrund geklärt, nach dem Sach- und Streitstand bestehende

Wahrscheinlichkeit, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht) erfüllt. Das Berufungsgericht ist bei seinen Ausführungen zur Frage der Ersatzfähigkeit des Minderwerts im Rahmen der deliktischen Haftung ersichtlich davon ausgegangen, dass hier nach dem Sach- und Streitstand der Wert des Fahrzeugs, dessen Brauchbarkeit mit dem genannten Risiko behaftet war, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wahrscheinlich den Wert des vereinbarten Kaufpreises nicht erreicht hat. Dies liegt nahe (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 48) und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. *Auch steht dem Erlass des Grundurteils die Möglichkeit einer infolge des Software-Updates reduzierten Wertdifferenz nicht entgegen; insbesondere ist in diesem Verfahrensstadium nicht von einer Reduzierung der Differenz auf Null auszugehen.*

III.

**26** Die Revision der Klägerin ist unbegründet, weil die Feststellungsklage jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden ist.

**271.** Der Revision der Klägerin ist allerdings darin Recht zu geben, dass der Feststellungsantrag auslegungsfähig und damit entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hinreichend bestimmt ist.

**28a)** Auch bei einer Feststellungsklage muss der Klageantrag im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bestimmt sein, damit über den Umfang der Rechtskraft des Feststellungsausspruchs keine Ungewissheit herrschen kann. Die erforderliche Bestimmtheit verlangt, dass das festzustellende Rechtsverhältnis genau bezeichnet wird. Dazu genügt es, dass der Kläger die rechtsbegründenden Tatsachen näher angibt. Soweit es sich um Schadensersatzansprüche handelt, ist eine bestimmte Bezeichnung des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses erforderlich (BGH, Urteile vom 20. März 2008 - IX ZR 104/05, NJW 2008, 2647 Rn. 21 mwN; vom 10. Januar 1983 - VIII ZR 231/81, MDR 1983, 661, 662, juris Rn. 39). Genügt die wörtliche Fassung eines Antrags nicht dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, ist er unter Heranziehung der Klagebegründung auszulegen (BGH, Urteil vom 8. Mai 2014 - I ZR 217/12, BGHZ 201, 129 Rn. 24).

**29b)** Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die wörtliche Fassung des Feststellungsantrags dem Bestimmtheitserfordernis nicht genügt. Dem Antrag, die Ersatzpflicht der Beklagten festzustellen für weitere Schäden, „die aus der Manipulation des Fahrzeugs VW Passat ... durch die Volkswagen AG resultieren“, lässt sich das zum Ersatz verpflichtende Ereignis („Manipulation“) nicht hinreichend sicher entnehmen.

**30c)** Der Feststellungsantrag lässt sich allerdings unter Heranziehung des klägerischen Vorbringens und insbesondere im Kontext mit dem Leistungsantrag dahingehend auslegen, dass es um die Ersatzpflicht der Beklagten für Schäden geht, die daraus resultieren, dass die Beklagte in das streitgegenständliche Fahrzeug die vom KBA im Oktober 2015 als unzulässig beanstandete Abschaltvorrichtung eingebaut und das Fahrzeug so in den Verkehr gebracht

hat. Denn der Einbau eben dieser Abschaltvorrichtung ist die Manipulation, auf die die Klägerin schon ihren Leistungsantrag auf Ersatz des Minderwerts und das Berufungsgericht das Grundurteil gestützt hat. Dafür, dass die „Manipulation“ des Fahrzeugs, auf die der mit der Feststellungsklage verfolgte „weitere Schadensersatz, der über den Minderungsbetrag hinausgeht“ abstellt, etwas Anderes sein soll als der Einbau der dem Leistungsantrag zugrundeliegenden unzulässigen Abschaltvorrichtung, ist nichts ersichtlich. Anderes ergibt sich nicht daraus, dass nach Auffassung der Klägerin auch das Software-Update eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters enthalten soll. Denn etwaige künftige Schäden, die unmittelbar auf das Software-Update zurückgehen sollen, wären, worauf die Revision der Klägerin zutreffend hinweist, mittelbar ebenfalls auf die ursprüngliche Manipulation durch die Prüfstanderkennungssoftware zurückzuführen.

**31** Das Schweigen der anwaltlich vertretenen Klägerin auf den Hinweis des Berufungsgerichts, dass an der Bestimmtheit des Feststellungsantrags hinsichtlich des Grundes der Haftung Zweifel bestünden, hat das Gericht von der Notwendigkeit, den Klageantrag auszulegen, nicht entbunden. Da die Auslegung hier zu einem eindeutigen Ergebnis führt, bedurfte es einer Klarstellung durch die Klägerin nicht.

**322.** Dennoch hat die Feststellungsklage keinen Erfolg. Denn die aus Sicht der Klägerin zu erwartenden künftigen Schäden sind nicht zusätzlich zum bereits eingetretenen Schaden ersatzfähig. Die Feststellungsklage erweist sich somit - ungeachtet des Vorliegens des Feststellungsinteresses, das nur für ein stattgebendes Urteil echte Prozessvoraussetzung ist (BGH, Urteile vom 24. Februar 1954 - II ZR 3/53, BGHZ 12, 308, 316, juris Rn. 11; vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 456/16, NJW 2018, 227 Rn. 16) - jedenfalls als unbegründet. Auch wenn die Klage in der Vorinstanz zu Unrecht als unzulässig abgewiesen worden ist, kann der Senat vorliegend in der Sache entscheiden, weil das Berufungsurteil einen Sachverhalt ergibt, der eine verwertbare tatsächliche Grundlage für eine rechtliche Beurteilung bietet, und weil im Falle einer Zurückverweisung der Sache ein anderes Ergebnis nicht möglich erscheint (vgl. Senatsurteil vom 29. Juni 2010 - VI ZR 122/09, NJW-RR 2010, 1554 Rn. 13; BGH, Urteil vom 7. Juli 1993 - VIII ZR 103/92, BGHZ 123, 137, 141 f., juris Rn. 12 mwN).

**33a)** Die Revision der Klägerin befürchtet künftige Schäden als Folge der aus ihrer Sicht nach wie vor bestehenden Stilllegungsgefahr; diese sei durch das Software-Update nicht gebannt, weil dieses ebenfalls über eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters verfüge. Infolge des Software-Updates drohten zudem Schäden am Fahrzeug, die außergewöhnliche Reparaturen (z.B. Austausch AGR-Ventil, Partikelfilter) notwendig machen könnten. Schließlich kämen Steuernachforderungen in Betracht, weil das Software-Update zu einem erhöhten Treibstoffverbrauch und damit verbunden zu erhöhten Kohlendioxidemissionen führe.

**34b)** Ein Ersatz dieser Schäden kommt nicht zusätzlich zu dem Begehren der Klägerin auf den sogenannten kleinen Schadensersatz (Ersatz des Minderwerts) in Betracht. Denn in die Bemessung dieses Schadens einschließlich der Bewertung eines etwaigen Vorteils durch das Software-Update im Rahmen der Vorteilsausgleichung (s.o. II. 3. d) sind die Nachteile, die mit der Prüfstanderkennungssoftware oder dem Software-Update verbunden sind, bereits „eingepreist“ (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1988 - XI ZR 4/88, ZIP 1988, 1464, 1467, juris Rn. 21; OLG Frankfurt, Urteil vom 17. Juni 2020 - 17 U 732/19, juris Rn. 63-65; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2020, 347 Rn. 26).

**35**Ob eine gesonderte Ersatzfähigkeit von Schäden infolge des Software-Updates in Betracht käme, wenn die Beklagte mit dem Aufspielen des Software-Updates einen eigenständigen Haftungsgrund verwirklicht hätte, kann hier dahinstehen. Denn ein solcher wäre vom Streitgegenstand des vorliegenden Feststellungsantrags nicht erfasst. Zudem sind weder Feststellungen getroffen noch rügt die Revision der Klägerin Vorbringen als übergegangen, auf das sich ein solcher Haftungsgrund stützen ließe.

Vorinstanzen:

LG Rottweil, Entscheidung vom 30.11.2018 - 3 O 136/18 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 11.12.2019 - 9 U 3/19 -