

Az.: 7 U 537/19  
10 O 1361/18 LG Erfurt



## Protokoll

aufgenommen in der öffentlichen Sitzung des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena,  
7. Zivilsenat, am Dienstag, 10.12.2019

### Gegenwärtig:

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED]  
als Vorsitzende

Richterin am Landgericht [REDACTED]

Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED]

Von der Zuziehung eines Protokollführers gem. § 159 Abs. 1 ZPO wurde abgesehen.

In dem Rechtsstreit

†  
- Kläger und Berufungskläger -

### Prozessbevollmächtigte:

gegen

**Volkswagen AG**, vertreten durch d. Vorstandsvorsitzenden Herbert Diess, Berliner Ring 2,  
38440 Wolfsburg  
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

### Prozessbevollmächtigte:

wegen PKW Kauf

erscheinen bei Aufruf der Sache:

1. für den Kläger in Terminsvollmacht für die [REDACTED],  
[REDACTED],
2. für die Beklagte Rechtsanwältin [REDACTED] in Untervollmacht für [REDACTED]  
[REDACTED] schriftliche Untervollmacht vom 09.12.2019 zur Akte reichend.

Die Vorsitzende trifft die Feststellungen zu den Formalien der Berufung. Beanstandungen haben sich nicht ergeben.

Die Vorsitzende führt in den Sach- und Streitstand ein.

Die Sach- und Rechtslage wird erörtert.

Die Parteivertreter verhandeln.

Der Klägervertreter stellt die Anträge aus der Berufungsbegründung vom 15.07.2019 (Bl. 327 d. A.), dies jedoch mit der Maßgabe, dass Abänderung des erstinstanzlichen Urteils mit dem Az.: 10 O 1361/18 und nicht 10 O 1361/19 beantragt werde.

**Laut diktiert, vorgespielt und genehmigt.**

Darüber hinaus stellt er die Anträge aus dem Schriftsatz vom 02.12.2019 (Bl. 425 d. A.).

Die Beklagtenvertreterin stellt den berufungszurückweisenden Antrag aus dem Schriftsatz vom 28.06.2019 (Bl. 324 d. A.).

Die Vorsitzende teilt die vorläufige Rechtsauffassung des Senats mit wie folgt:

Der Senat neigt dazu, der in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung zu folgen, wonach die Beklagte aus §§ 826, 31 BGB dem Grunde nach haftet. Der Senat tendiert mithin dazu, ein sittenwidriges schädigendes Verhalten der Beklagten anzunehmen. Da der Schadensersatzanspruch des Klägers bereits mit dem Erwerb des (mangelbehafteten) Fahrzeugs entstanden ist, führt die im Juli 2017 erfolgte Nachrüstung (Software-Update) nicht zu einer anderen Betrachtung. Der Schaden ist einmal eingetreten; mag im Kauf- und Gewährleistungsrecht der Kunde auf eine Nachbesserung verwiesen werden können, das Deliktrecht kennt eine solche Option nicht. Mit dem von ihr angeführten Gesichtspunkt der Naturalrestitution vermag die Beklagte auch eine nachträgliche Schadensbeseitigung durch das Software-Update nicht erfolgreich zu begründen. Denn der Schaden des Klägers besteht nicht in einem „schlechteren“, mangelbehafteten Fahrzeug, sondern in dem Abschluss des ungewollten Kaufvertrags, mithin in der Belastung mit der ungewollten Kaufpreisverbindlichkeit. Als Naturalrestitution im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB käme mithin überhaupt nur ein Freihaltungsanspruch in Betracht bzw. - da der Kaufpreis hier ja lange geflossen ist - liegt ein Fall des § 251 Abs. 1 1. Alternative BGB (Unmöglichkeit der Herstellung) vor, mit der Folge, dass Ersatz in Geld zu leisten ist.

Entgegen seiner Ansicht muss sich der Kläger indes den gezogenen Nutzungsvorteil anrechnen lassen (Vorteilsausgleich). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem aktuellen Tachostand des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs.

Die Sitzung wird sodann um 11.45 Uhr kurz unterbrochen, damit der Klägervorteiler Rücksprache mit dem Kläger bzw. der Kanzlei Rechtsanwälte Klamert & Partner nehmen kann.

Die Sitzung wird um 11.55 Uhr in gleicher Präsenz fortgesetzt und der Klägervorteiler teilt mit, dass der Tachostand heute morgen 07.30 Uhr 132.947.00 Kilometer betrug.

Die Beklagtenvertreterin stellt den hiermit aktuell mitgeteilten Tachostand unstrittig.

Der Klägervorteiler verweist sodann des Weiteren darauf, dass der Kläger sich weiterhin der Musterfeststellungsklage nicht angeschlossen hat.

Beide Parteivorteiler verweisen abschließend darauf, vergleichsbereit zu sein.

Der Klägervorteiler teilt indes mit, heute zum Abschluss eines Vergleichs nicht bevollmächtigt zu sein und bittet vor diesem Hintergrund um die Anberaumung eines Verkündungstermins mit großzügiger Frist.

**beschlossen und verkündet:**

1. Den Parteivorteilern wird aufgegeben, bis spätestens 10.01.2020 schriftsätzlich mitzuteilen, ob die Vergleichsgespräche zum Erfolg geführt haben oder noch erfolgversprechend erscheinen.
2. Termin zur Verkündung einer Entscheidung wird bestimmt auf

**Dienstag, den 04.02.2020, 10.00 Uhr, Saal 11, Thüringer Oberlandesgericht.**

gez.

██████████  
Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht

gez.

██████████  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
zugleich für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übertragung vom Tonträger.

Der Tonträger wird frühestens 1 Monat nach Zugang des Protokolls gelöscht.

*beschluss*

*b.w.v. aa*

Beglaubigt  
Jena, 13.12.2019

\_\_\_\_\_, Justizsekretärin  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

