



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Innsbruck als Berufungsgericht hat durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Ulrich Heller als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Thomas Rath und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Birgit Berchtold in der Rechtssache der klagenden Partei **Alois E** „, Pensionist, vertreten durch die Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, gegen die beklagte Partei **PORSCHE Inter Auto GmbH & Co KG**, Zweigniederlassung Porsche Kufstein, 6330 Kufstein, Rosenheimer Straße 11, vertreten durch die Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, wegen Aufhebung eines Vertrages (Streitinteresse EUR 31.704,92 s.A.) und Feststellung (Streitinteresse EUR 500,--) über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 29.400,-- s.A.) gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 14.2.2018, 8 Cg 26/16y-38, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

- I. Der Berufung wird **teilweise** Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin **abgeändert**, dass sie einschließlich des unangefochten in Teilrechtskraft erwachsenen Teiles und des bestätigten Teiles insgesamt zu lauten hat:

„1. Der zwischen der klagenden Partei und der beklagten Partei am 22.1.2014 abgeschlossene Vertrag über den Erwerb des KFZ Audi Q3 mit der

Fahrzeugidentifikationsnummer WAUZZZ8U7ER078056 wird
aufgehoben.

2. a. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Händen ihrer Vertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution einen Betrag von EUR 28.900,-- samt 4 % Zinsen seit 23.3.2016 Zug um Zug gegen die Rückstellung des KFZ Audi Q3 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer WAUZZZ8U7ER078056 zu zahlen.

b. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei habe Zug um Zug gegen die Rückstellung des KFZ Audi Q3 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer WAUZZZ8U7ER078056 einen weiteren Betrag von EUR 2.804,92 samt 4 % Zinsen seit 22.1.2014 sowie das Zinsenmehrbegehren von 4 % Zinsen aus EUR 28.900,-- vom 22.1.2014 bis 22.3.2016 werden **abgewiesen.**

3. Das Begehren, es werde festgestellt, dass die beklagte Partei der klagenden Partei für alle weiteren Schäden hafte, die daraus resultierten, dass die klagende Partei den Kaufvertrag vom 22.1.2014 über das Kraftfahrzeug Audi Q3 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer WAUZZZ8U7ER078056 mit der beklagten Partei abgeschlossen habe, und die entweder bereits eingetreten seien, aber noch nicht bezifferbar seien und/oder die in Zukunft noch eintreten werden, wird **abgewiesen.**

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Händen ihrer Vertreter binnen 14 Tagen die mit EUR 18.326,30 (darin EUR 2.511,55 USt und EUR 3.257,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz zu ersetzen."

II. Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei zu Händen ihrer Vertreter binnen 14 Tagen die mit EUR 2.505,12 (darin EUR 417,52 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

III. Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 5.000,--, nicht aber EUR 30.000,--.

IV. Die (ordentliche) Revision ist **z u l ä s s i g**.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte ist ein Autohandelsunternehmen mit Sitz in 5020 Salzburg und ist im Firmenbuch des Landesgerichtes Salzburg zu FN 175466p eingetragen. Unter der Adresse Rosenheimerstraße 11, 6330 Kufstein, befindet sich eine Zweigniederlassung der Beklagten. Fahrzeugherstellerin ist die Volkswagen AG in Deutschland, die zum VW Konzern gehört.

Der Volkswagenkonzern gliedert sich in die Konzernbereiche Automobile und Finanzdienstleistungen. Der Konzernbereich Automobile setzt sich aus den beiden Bereichen "PKW" sowie "Nutzfahrzeuge und Powerengineering" zusammen. Die Aktivitäten des Automobilbereichs umfassen die Entwicklung von Fahrzeugen und Motoren, die Produktion und den Vertrieb von PKW's, Nutzfahrzeugen, LKW's und Bussen sowie das Geschäft mit Originalteilen, Großdieselmotoren, Turbomaschinen, Spezialgetrieben, Komponenten der Antriebstechnik und Prüfsystemen.

Marken und Tochtergesellschaften der Volkswagen AG sind Audi, Skoda Auto, Seat, Bentley, Lamborghini, Bugatti, Volkswagen Nutzfahrzeuge, Volkswagen PKW, Scania, MAN, Ducati und Porsche.

Generalimporteurin der Marke Audi ist in Österreich die Porsche Austria GmbH & Co OG. Sie ist mit der Umsetzung des Software-Updates der Volkswagen AG in Österreich betraut und in diesem Sinne Bevollmächtigte der deutschen Herstellerin Volkswagen AG. Seit 30.9.2016 steht für das Fahrzeug des Klägers ein Software-Update der Volkswagen AG zur Verfügung.

Am 22.1.2014/2.4.2014 erwarb der Kläger von der Beklagten einen PKW der Marke Audi Q3, 2,0 TDI Daylight mit der Fahrzeug-Nr. WAUZZZ8U7ER078056 (idF kurz: Audi) um einen Kaufpreis von EUR 34.074,--. Derzeit existiert für dieses Fahrzeug noch eine EG Typgenehmigung. Eine solche wird bzw. wurde vom Kraftfahrbundesamt unter Berücksichtigung der EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (EG-FGV) erteilt. Es handelt sich um ein Fahrzeug des Motortyps EA189.

Bei einem Verstoß gegen die Typgenehmigungsvorschriften der EG-FGV sind Sanktionen bis zu einem Widerruf der Typgenehmigung möglich. Die Rechnung vom 2.4.2014 enthält folgenden Zusatz: Treibstoff Diesel, 137 g/km CO₂, 0,1129 g/km NO_x, 0,0002 g/km Partikelaustritt ermittelt per 28.2.2014.

Beim Fahrzeug des Klägers hat eine Beeinflussung durch Einbau einer Software, wonach im Prüfstand ein niedrigerer Emissionsausstoß vorgetäuscht wird, als bei Realbedingungen tatsächlich erfolgt, vor der EG-Typgenehmigung durch das Kraftfahrbundesamt, Import des Fahrzeugs nach Österreich durch die Generalimporteurin und Vorverkauf an den Kläger stattgefunden: Das Fahrzeug verfügt über eine von seiner Herstellerin eingebaute Software, die den Prüfstandzyklus erkennt und den Emissionsausstoß sodann beeinflusst ("optimiert").

Das Kraftfahrbundesamt ist jene Behörde in Deutschland, welche die EG-Typgenehmigung erteilt. Es ist dem deutschen Verkehrsministerium zugeordnet. Dasselbe Kraftfahrbundesamt, welches den von der "Optimierungssoftware" betroffenen Fahrzeugen des Volkswagenkonzerns ursprünglich die EG-Typgenehmigung erteilt hatte, überprüfte in weiterer Folge und überprüft nach wie vor, ob die von ihm (Kraftfahrbundesamt) als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der VO (EG 715/2007) beurteilte "Optimierungssoftware" von der Herstellerin erfolgreich entfernt worden ist.

In Österreich wäre die typgenehmigende Behörde das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie. Dieses hat das Fahrzeug des Klägers nicht EG-typ-

genehmigt. Es gibt stets einen Mitgliedstaat, der die EG-Typgenehmigung für ein bestimmtes Fahrzeug erteilt, diese Genehmigung gilt dann in allen übrigen Mitgliedsstaaten. Die Herstellerin des Fahrzeugs hat die Aufgabe, nach Erteilung der EG-Typgenehmigung für jedes einzelne produzierte Fahrzeug der Serie ein "COC-Papier" (Certificate of Conformity) zu erstellen. Dieses bestätigt jedem Käufer, dass es eine EG-Typgenehmigung für das Fahrzeug gibt. Dieses "COC-Papier" ist weiters die Voraussetzung dafür, dass das betreffende Fahrzeug - wie jenes des Klägers - in der österreichischen Zulassungsdatenbank angelegt und zugelassen werden kann. Der Käufer sucht eine Zulassungsstelle auf, diese kann auf die Daten in der Datenbank zugreifen und überprüfen, ob das jeweilige Fahrzeug, wie hier jenes des Klägers, über das COC-Papier verfügt und daher in Österreich zum Verkehr zugelassen werden kann. Generalimporteurin für das Fahrzeug des Klägers ist in Österreich die Porsche Austria GmbH & Co KG in Salzburg.

Die Zulassung des Audi in Österreich erfolgte am 2.4.2014 durch die UNIQA Wörgl. Der Zulassungsschein enthält unter anderem folgende Daten:

V9 Abgasklasse/-verhalten nach Euro 5/630/212J

CO 0.2397

NO_x 0,129

Kraftstoffverbrauch gesamt 5,2 l/100 km

CO₂ 137g/km

Im September 2015 erfuhr der Kläger aus diversen Medienberichten erstmals davon, dass Mitarbeiter des Volkswagenkonzerns die Software verschiedener Fahrzeuge in unzulässiger Weise beeinflusst haben könnten.

Er ging zunächst (fälschlich) davon aus, dass sein Fahrzeug von einer "Optimierung" nicht betroffen sei, bis er im Oktober 2015 und danach im Frühjahr 2016 zwei Schreiben erhielt, welche unter anderem nachstehenden Inhalt aufwiesen:

"Stichoxidwerte (NO_x) bei Dieselmotor ER189

Sehr geehrter Herr

Sicherlich haben Sie in den Medien die aktuelle Diskussion über Dieselmotoren verfolgt. Wir möchten Sie darüber informieren, dass an Ihrem/n nachfolgend angeführten Fahrzeug/en Nacharbeiten erforderlich sein werden:

Kennzeichen:	Marke:	Type:	Fahrgestellnummer:
KU-2AOL	Audi	8IJ	WAUZZZ8U7ER078056

Bitte seien Sie jedoch versichert, dass Ihr Fahrzeug technisch sicher und fahrbereit ist! Im Sinne einer raschen und zielsicheren Kundeninformation wurde uns ausnahmsweise gestattet, Sie über die zentrale Genehmigungsdatenbank zu informieren.

Volkswagen und Audi arbeiten gemeinsam mit größtem Einsatz daran, eine mit den Behörden abgestimmte technische Lösung zu entwickeln. Die Fertigstellung wird jedoch aufgrund der Motorenviefalt noch einige Zeit in Anspruch nehmen. Selbstverständlich übernimmt Audi die Kosten für alle dafür erforderlichen Reparaturmaßnahmen an Ihrem Fahrzeug.

Sobald die technischen Maßnahmen zur Verfügung stehen, werden wir Sie nochmals schriftlich informieren.

Wir bedauern zutiefst, dass Ihr Vertrauen in die Marke Audi derzeit auf die Probe gestellt wird. Wir werden alles in unserer Macht Stehende daran setzen, ihr Vertrauen durch eine offene und transparente Kommunikation zurückzugewinnen und würden uns freuen, sie auch weiterhin zu unseren Kunden zählen zu dürfen. ..."

"Sehr geehrte Damen und Herren,

das Fahrzeug mit der von Ihnen eingetragenen Fahrgestellnummer BAUZZ-Z8U7ER078056 ist von der Rückrufaktion Diesel Abgas EA189 (23Q4) betroffen. Die Audi AG wird Sie hiezu kontaktieren. ..."

Die Tatsache, dass Mitarbeiter der Herstellerin mit oder ohne Billigung des Vorstandes die Software bestimmter Fahrzeugtypen zu ihren (Herstellerin) Gunsten, nämlich zur Erhöhung der Absatzzahlen beeinflusst haben, hat das Vertrauen des Klägers in die Herstellerin, aber auch in die Generalimporteurin und die Beklagte als Vertrags-

händlerin nachhaltig erschüttert. Daher war er nicht bereit, sein Fahrzeug dem seit 30.9.2016 von der Herstellerin zur Verfügung gestellten Software-Update bei der Generalimporteurin unterziehen zu lassen, zumal er auch befürchtete, dieses könnte die Leistungsfähigkeit des PKW negativ beeinflussen und unter anderem zu einem Mehrverbrauch führen oder das Fahrzeug gar beschädigen.

Das Fahrzeug des Klägers gehört zur Type 8U/XCFFBF1/FM6BB002R8U617MJEM1 und verfügt über einen Hubraum von 1968 m³ sowie eine Leistung von 103 KW. Die Erstzulassung erfolgte am 2.4.2014. Am 1.7.2017 hatte der Kläger damit bereits 30.726 km zurückgelegt.

Der Antrieb erfolgt mit Diesel. Als Genehmigungsgrundlage diente die EG-Betriebserlaubnis vom 4.11.2013. Der Audi fällt laut Zulassung in die Abgasklasse Euro 5/630/2012J mit einem Wert V1 für CO von 0,2397 und V3 von NO_x 0,1129, der Kraftstoffverbrauch beträgt für 100 km 5,2 l, der CO₂-Ausstoß 137 g/km.

Nach Bekanntwerden der gezielten "Optimierung der Software" durch den Volkswagenkonzern im September 2015 wurde in Deutschland eine eigene Untersuchungskommission "Volkswagen" des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI Deutschland) eingerichtet, welche am 22.4.2016 einen Bericht zur Situation der Volkswagen AG erstattet hat. Der Bericht beschäftigt sich mit Untersuchungen und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen zu Volkswagen, Ergebnissen der Felduntersuchung des Kraftfahrbundesamts zu unzulässigen Abschaltvorrichtungen der Dieselfahrzeuge und stellt diverse Schlussfolgerungen auf.

Die Volkswagen AG hat gegenüber der Untersuchungskommission des BMVI am 30.9.2015 eingeräumt, dass sich in bestimmten in der EU typgenehmigten Dieselfahrzeugen unzulässige Abschaltvorrichtungen befinden. Hierbei handelt es sich überwiegend um Fahrzeuge der Emissionsklasse Euro 5 mit Motoren der Baureihe EA189, deren Produktion mit Ausnahme leichter Nutzfahrzeuge zwischenzeitlich eingestellt worden ist. Eines der betroffenen Fahrzeuge ist jenes des Klägers.

Betroffen sind Dieselaggregate mit 2,0-, 1,6- und 1,2- l Hubraum. EU-weit sind rund 8,5 Mio Dieselkraftfahrzeuge betroffen. Die Felduntersuchung des Kraftfahr-Bundesamtes ergab, dass die von Mitarbeitern des Volkswagen-Konzerns installierte Software als unzulässige Abschaltvorrichtung das Emissionsverhalten der betroffenen Fahrzeuge verändert.

Das Kraftfahr-Bundesamt ist nach Durchführung dieser Feldversuche selbst zur Auffassung gelangt, dass die Manipulation der Software durch den Volkswagen-Konzern als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 einzustufen ist. Das Kraftfahr-Bundesamt ist eine Dienststelle des deutschen Verkehrsministeriums.

Das Kraftfahr-Bundesamt hat am 14.10.2015 einen Bescheid gem. § 25 Abs 2 EG-FZG erlassen, wonach für bereits im Verkehr befindliche Fahrzeuge nachträgliche Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung angeordnet werden können, um die Vorschriftsmäßigkeit zu gewährleisten. Mit diesem Bescheid wird der Volkswagen Konzern veranlasst, Fahrzeuge mit den Motoren der Baureihe EA 189 in die Werkstätten zu rufen, um die unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen und so die Vorschriftsmäßigkeit herzustellen. Noch nicht zugelassenen Neufahrzeugen ist hingegen laut diesem Bescheid im Einklang mit der EG-Typgenehmigungsrichtlinie 2007/46/EG die Zulassung zum Straßenverkehr zu verweigern. Das deutsche Bundesministerium für Verkehr hat die für die Fahrzeugzulassung zuständigen obersten Behörden der Länder schriftlich hierüber informiert. Neufahrzeuge können erst zugelassen werden, wenn im Rahmen der Rückrufaktion von VW die unzulässige Abschaltvorrichtung entfernt worden ist. Das gilt auch für die betroffenen Neufahrzeuge der Marken Audi, Seat und Skoda in Deutschland. Für bereits zugelassene Fahrzeuge besteht derzeit kein Zulassungshindernis. Die Untersuchungskommission wertet das von VW zur Verfügung gestellte Software-Update derzeit als geeignete Maßnahme im Sinne dieser Ausführungen (Nebenbestimmungen), besteht jedoch auf einer Überprüfung und Freigabe im Einzelfall

durch das Kraftfahr-Bundesamt bzw. dessen technische Dienste. Dadurch soll überprüft werden, ob die Fahrzeuge nach Entfernung der unzulässigen Abschalt-einrichtung alle Emissionsanforderungen der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 inklusive Überprüfung der Einhaltung der Motorleistung und des CO₂-Emissionswertes der ursprünglichen Typgenehmigung sowie die Geräuschvorschriften gemäß Richtlinie 70/157/EWG bzw. Verordnung (EU) Nr. 540/2014 einhalten.

Die Untersuchungskommission rät für die Zukunft außerdem zu einer obligatorischen Offenlegung und anlassbezogenen Prüfung der Steuerungssoftware durch unabhängige Überwachungsorgane.

Das Fahrzeug des Klägers ist von der im Untersuchungsbericht genannten Rückrufaktion betroffen und ein Update verfügbar.

Folgen österreichische Zulassungsbesitzer dem Rückruf nicht, wird durch die Behörde, das ist in Österreich das Bundesministerium für Verkehr, Innovation, Technologie und Verkehr (BMVIT), eine Überprüfung gem. § 56 KFG 1967 angeordnet. Bei dieser muss vom Zulassungsbesitzer der Nachweis durch Bestätigung des Bevollmächtigten der Herstellerin erbracht werden, dass die erforderlichen Umrüstmaßnahmen durchgeführt worden sind. Wenn er diesen Nachweis nicht erbringen kann, droht dem Kläger eine Aufhebung der Zulassung. Er hat daher nur die Wahl, das von der Herstellerin angebotene Update entweder umgehend durch die Generalimporteurin als Bevollmächtigte der Herstellerin auf seinem Fahrzeug anbringen zu lassen, oder den jederzeit drohenden unmittelbaren Entzug der EG-Typgenehmigung und damit den Entzug der Zulassung in Kauf zu nehmen.

(...)

Es kann aus technischer Sicht nicht festgestellt werden, ob das Fahrzeug des Klägers die behördlich vorgeschriebenen Emissionsgrenzwerte, d.h. Euro 5 Abgasnorm im europäischen Testzyklus, ohne Abschalt-einrichtung erfüllen kann. (...)

Der „Mindererlös“ aufgrund der Optimierungssoftware der beklagten Partei zeigt zur Zeit noch kaum Auswirkungen auf die Verkaufszahlen des VW-Konzerns. Im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung 1. Instanz beträgt der Mindererlös nur ca. EUR 500,--.

Abgesehen von der verbotenen Abschaltvorrichtung war das Fahrzeug des Klägers im Übergabezeitpunkt verkehrs- und betriebssicher.

Mit Schreiben vom 6.2.2015 forderte die Porsche Austria GmbH & Co OG als Generalimporteurin und Bevollmächtigte bzw. Beauftragte der Herstellerin den Kläger auf, sich mit dem Audi Servicebetrieb zwecks Vereinbarung eines Termins in Verbindung zu setzen, zumal die Möglichkeit bestehe, dass an seinem Fahrzeug ein Spannstift der Ventilmechanik an der Regelklappe für die Abgasrückführung herauswandern könne.

Mit Schreiben vom 3.10.2016 forderte die Porsche Austria GmbH & Co OG als Generalimporteurin und Bevollmächtigte bzw. Beauftragte der Herstellerin den Kläger dazu auf, einen Termin zu vereinbaren u.a.:

„Rückruf Stickoxidwerte Nox bei Dieselmotor EA 189

Sehr geehrter Herr

Wir bedauern sehr, dass Ihr Vertrauen in die Marke Audi derzeit auf die Probe gestellt wird, und möchten uns zunächst in aller Form bei Ihnen entschuldigen. Es tut uns leid Ihnen mitteilen zu müssen, dass auch Ihr Fahrzeug von der Stickoxidproblematik betroffen ist.

In einem begrenzten Fertigungszeitraum wurden Dieselmotoren verbaut, durch deren Motorsteuergeräte-Software die Stickoxidwerte (Nox) im Vergleich zwischen Prüfstand (NEFZ) und realem Fahrbetrieb verschlechtert werden. Daher ist eine Umprogrammierung des Motorsteuergerätes erforderlich.

Das deutsche Kraftfahr-Bundesamt hat als zuständige Typengenehmigungsbehörde bestätigt, dass die Umprogrammierung keine Auswirkungen auf Kraftstoffverbrauchswerte, CO₂-Emissionen und Motorleistung hat und die Grenzwerte für die Schadstoffemissionen eingehalten werden. Die technische Lösung für Ihr nachfolgend angeführtes Fahrzeug steht nun zur Verfügung:

Kennzeichen:	Marke:	Type:	Fahrgestellnummer:
KU-2AOL	Audi	Q3	WAUZZZ8U7ER078056

Bitte setzen Sie sich mit einem Audi-Betrieb Ihrer Wahl in Verbindung, damit ein Termin vereinbart werden kann. Falls es Ihre Terminplanung erfordert, kann die Umprogrammierung auch im Zuge eines in Kürze geplanten Werkstattaufenthaltes durchgeführt werden. Die Maßnahme wird je nach Arbeitsumfang ca. 1 Stunde in Anspruch nehmen und ist für Sie selbstverständlich kostenlos..."

Die Durchführung des Updates benötigt maximal eine Stunde. Die Kosten für die Arbeitszeit und allenfalls notwendige Ersatzteile trägt die Herstellerin.

Der Händlereinkaufspreis des Fahrzeugs beträgt am 12.7.2012 EUR 18.096,-- + EUR 450,-- und damit EUR 18.546,--. Der Brutto-Listenpreis des Fahrzeugs beträgt EUR 38.241,--. Da der Kläger das Fahrzeug um brutto EUR 34.074,-- erworben hat, beträgt der Nachlass EUR 4.167,--, was 10,9 % entspricht.

Der Kläger hat das Fahrzeug um einen marktüblichen Kaufpreis erworben.

Durch die Anmeldung eines Fahrzeuges ergibt sich ein Wertverlust von rund 5 %. Für das Stehen des Fahrzeuges über ein Jahr ohne Nutzung sind weitere rund 5 % anzusetzen.

Die erhöhte Wertminderung durch Verlust der Neuheit wird somit mit 10 % bzw. EUR 3.407,45 angesetzt. Die Gesamtlauflistung des Fahrzeuges ist mit rund 250.000 km anzunehmen. Zum 1.7.2017 ergibt sich nach dem linearen, nutzungs- bzw. lauffleistungsbedingten Modell bei einer Lauflistung von 30.726 km ein Benutzungsentgelt von EUR 4.188,--.

Ob der Kläger nach dem 1.7.2017 noch weitere Kilometer mit dem Fahrzeug zurückgelegt hat, kann nicht festgestellt werden.

In diesem Umfang steht der vom Erstgericht festgestellte Sachverhalt im Berufungsverfahren unangefochten fest.

Der **Kläger** begehrt von der Beklagten zuletzt die Aufhebung des verfahrensgegenständlichen Kaufvertrags sowie Zahlung von EUR 31.704,92 s.A. Zug um Zug gegen die Rückstellung des Fahrzeugs. Hilfsweise wird in Form von vier weiteren Eventualbegehren Verbesserung, Preisminderung in Höhe von EUR 10.422,20 und Feststellung der Gewährleistungspflicht der Beklagten begehrt (Punkt 1. des Klagebegehrens). Darüber hinaus begehrt der Kläger zusätzlich zum Haupt- und den Eventualbegehren in Pkt. 2. des Klagebegehrens die Feststellung der Haftung der Beklagten für künftige Schäden bzw. für bereits eingetretene, aber noch nicht bezifferbare Schäden, resultierend aus dem abgeschlossenen Kaufvertrag.

Zusammengefasst brachte er dazu - im Wesentlichen gestützt auf den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt - vor, dass das Fahrzeug einen wesentlichen Mangel aufweise, indem es die zugesicherten, behördlich vorgeschriebenen Emissionsgrenzwerte und die zugesicherten Verbrauchsangaben nicht einhalte. Es sei dieser Mangel ein Konstruktionsfehler, weil er die gesamte Gattung betreffe, aber auch ein Mangel einer ausdrücklich zugesagten Eigenschaft, nämlich dass das KFZ die Anforderungen der Euro 5 - Klasse bzw. die im Prospekt angegebenen Verbrauchswerte erfülle. Es bestehe die Gefahr, dass durch die Nichteinhaltung der behördlich vorgeschriebenen Emissionswerte die EG-Typengenehmigung entzogen werde, es sei überdies ein wesentlich geringerer Wiederverkaufspreis beim Fahrzeug zu erzielen. Bereits der Umstand, dass am Fahrzeug eine "Schummel-Funktion" mittels einer Software installiert sei, stelle einen Mangel dar. Es sei eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft eines KFZ, dass keine Software mit "Schummel-Funktion" installiert und dass eine Überprüfung der wahren NOx-Werte im europäischen Testzyklus möglich sei. Die Manipulation des Fahrzeugs, wie sie durch die unzulässige Software in der Motorsteuerung vorgenommen worden sei, sei gemäß Art 5 Abs 2 der EG-VO 715/2007 unzulässig, es handle sich hierbei um eine bewusste Manipulation des Fahrzeugs am Rollenprüfstand. Dass ein Fahrzeug beim Kauf über eine mit Dauerwirkung ausgestattete und unbefristete Typengenehmigung verfüge,

könne gewöhnlich vorausgesetzt werden. Hinzukomme, dass die Angaben im Werbeprospekt und in den Verkaufsunterlagen Zusagen über konkrete Eigenschaften des Fahrzeugs, insbesondere die Schadstoffklasse, darstellten, die jedoch tatsächlich nicht eingehalten worden seien. Zusammengefasst liege aufgrund des Eingeständnisses des VW-Konzerns, eine unzulässige Abschaltvorrichtung installiert zu haben, der nicht gesicherten Möglichkeit der Ermittlung der tatsächlichen Emissionswerte sowie der Nichteinhaltung der zugesicherten Eigenschaften laut Zulassungsbescheinigung ein Mangel im Sinne des § 922 ABGB vor.

Die Verbesserung des Mangels sei unmöglich, da die vorzunehmende Verbesserung nur unter gleichzeitiger Beeinträchtigung anderer zugesicherter Eigenschaften wie Leistung und/oder Verbrauch des KFZ erfolgen könne. Für den Kläger sei die Verbesserung unzumutbar, weil die Beklagte sich zur Verbesserung des Mangels einer Software bedienen wolle, welche von einem arglistig täuschenden Unternehmen entwickelt worden sei. Die Beklagte selbst habe keine (andere) Möglichkeit, den Mangel zu verbessern, sie müsse sich der Dienste von VW bedienen.

Der Kläger hätte den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, hätte er gewusst, dass das Fahrzeug den genannten Mangel aufweise. Dieser Irrtum sei von der Beklagten durch den Hinweis, das Fahrzeug erfülle die Emissionsgrenzwerte, veranlasst worden. Selbst wenn man davon ausginge, der Irrtum sei nicht durch die Beklagte veranlasst, läge ein gemeinsamer Irrtum vor, der ebenso zur Vertragsanfechtung berechtige.

Die Preisminderung werde vorläufig mit 30 % des Bruttokaufpreises, sohin mit EUR 10.222,20 beziffert.

Das Feststellungsinteresse sei gegeben, weil nicht vorhersehbar sei, welche Auswirkungen die Software-Manipulation auf das Fahrzeug in Zukunft habe, insbesondere könne sich die Vorgangsweise von VW auf Gebrauchtwagenpreise und damit den Wiederverkaufswert des KFZ auswirken.

Das Benutzungsentgelt werde in Höhe des anteiligen, linearen Wertverlusts über die gesamte mögliche Nutzungsdauer nach der Berechnungsformel "*Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer/erwartete Gesamtleistung*" errechnet, dieses beziffere der Kläger mit einem Betrag von EUR 4.595,--. Der Klagsbetrag errechne sich aus dem Bruttokaufpreis (EUR 34.074,--) abzüglich Vorteilsausgleich (EUR 4.595,--) zuzüglich getätigter Aufwendungen (Anhängervorrichtung, Fahrradheckträger und Gummimatten) von EUR 2.225,92, sohin mit insgesamt EUR 31.704,92.

Die **Beklagte** bestritt, dass ein Mangel vorliege. Das Fahrzeug verfüge über eine aufrechte Typengenehmigung; jedenfalls wäre ein allfälliger Mangel verbesserungsfähig. Die Emissionsgrenzwerte, konkret die Stickoxidwerte, seien nicht Gegenstand des Verkaufsgesprächs gewesen. Die Beklagte sei nicht passiv legitimiert, die klagsweise behaupteten Ansprüche seien gegenüber dem Hersteller geltend zu machen. Der Kläger sei in keiner Weise bei der Nutzung des Fahrzeugs eingeschränkt, ein Nachteil für ihn liege nicht vor. Auf die Emissionswerte im normalen Straßenbetrieb komme es nicht an, maßgebend seien die Emissionsgrenzwerte unter Laborbedingungen. Es sei auch unrichtig, dass mit der Einspielung eines Software-Updates negative Auswirkungen verbunden seien, insbesondere sei die Behauptung, dies würde zu einem Mehrverbrauch und zu einer Abnahme der Leistung des Fahrzeugs führen, vollkommen unsubstantiiert. Negative Folgen für Motorleistung, Kraftstoffverbrauch die CO₂-Emission nach Durchführung der technischen Maßnahmen seien nicht zu erwarten. Nachteilige Auswirkungen auf den Verkehrswert des Fahrzeugs habe die Einspielung der Software ebenfalls nicht. Im Übrigen liege keine verbotene Abschaltvorrichtung im Sinne der genannten EG-VO vor.

Die Klage sei unschlüssig, weil der Kläger nicht konkret darlege, worin die behauptete Manipulation liege, sodass auch Gewährleistungsansprüche nicht geltend gemacht werden könnten. Das Fahrzeug weise die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften

auf, das Thema "Schadstoffausstoß" oder "Emissionsklasse" sei beim Erwerb des Fahrzeugs nicht besprochen worden. Wenn der Kläger besonderes Interesse an der Umweltfreundlichkeit des Fahrzeugs gehabt haben sollte, liege darin nur ein einseitiges Motiv, das nicht zur Vertragsanfechtung berechtige. Jedenfalls aber trage der Kläger die Behauptungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Unmöglichkeit der Verbesserung im Sinne des § 932 Abs 4 ABGB; tatsächlich liege, falls überhaupt, ein behebbarer Mangel vor. Auch sei ein allfälliger Mangel geringfügig und berechtige nicht zur Wandlung. Die Verbesserung sei für den Kläger zumutbar; es entstehe vielmehr der Eindruck, dass dieser versuche, unter Verweis auf das Software-Update, welches den Gebrauch des Fahrzeugs nicht beeinträchtige und mit geringem Aufwand installiert werden könne, einen finanziellen Vorteil zu erlangen. Die für das Fahrzeug erteilte EG-Typengenehmigung sei unverändert wirksam und auch nicht aufgehoben. Die im Zulassungsschein angegebenen Werte seien nicht Vertragsgegenstand.

Das vom Kläger geltend gemachte Benutzungsentgelt sei wesentlich höher anzusetzen: Dieses errechne sich aus der Differenz zwischen dem konkret angemessenen Kaufpreis im Zeitpunkt des Kaufvertrags und dem Händlereinkaufspreis als Weiterverkaufspreis, also jenem Preis, den der Kläger bei Veräußerung des konkreten Fahrzeugs erzielen hätte können, im Zeitpunkt des Wandlungsbegehrens.

Ein allfälliger Irrtum sei unwesentlich, nicht kausal für den Vertragsabschluss und von der Beklagten nicht veranlasst. Eine Vertragsanfechtung wegen Irrtums werde ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner den Irrtenden so stelle, wie dieser stünde, wenn seine irrige Vorstellung zuträfe, sodass der Kläger durch die Durchführung der angebotenen technischen Überarbeitung klaglos gestellt sei. Auch ein gemeinsamer Irrtum berechtige nicht automatisch zur Anfechtung des Kaufvertrags. Der bloße Umstand, dass beide Parteien irrten, rechtfertige nicht, den Anfechtungsgegner mit jenen Nachteilen zu belasten, die mit einer Rückabwicklung des Vertrags gegen

seinen Willen verbunden seien. Eine Wertminderung am Fahrzeug sei nicht eingetreten.

Das Feststellungsbegehren sei nicht berechtigt, da der Beklagten weder ein rechtswidriges noch ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen sei, diese habe vom Einbau der gegenständlichen Software ebenso wie der Kläger keine Kenntnis gehabt.

Das **Erstgericht** gab dem Hauptbegehren auf Aufhebung des abgeschlossenen Kaufvertrags statt und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von EUR 28.900,-- s.A., Zug um Zug gegen Rückstellung des Fahrzeugs. Ein Mehrbegehren auf Zahlung von weiteren EUR 2.804,92 s.A. sowie ein Zinsenmehrbegehren wurden abgewiesen. Darüber hinaus gab das Erstgericht dem in Punkt 2. des Klagebegehrens erhobenen Begehren auf Feststellung der Haftung der Beklagten für bereits eingetretene aber noch nicht bezifferbare oder zukünftige Schäden aus dem Abschluss des Kaufvertrages statt.

Dieser Entscheidung legte es neben dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt die weiteren in US 11 bis 26 getroffenen Feststellungen zugrunde, auf welche das Berufungsgericht verweist (§ 500a ZPO).

Auszugsweise hervorgehoben werden daraus die folgenden Feststellungen, wobei die von der Beklagten in ihrer Berufung angefochtenen Feststellungen in Fettdruck wiedergegeben werden:

Vor dem Erwerb des Audis hatte sich der Kläger dreimal einen Mercedes, je einmal einen Renault R19 und einen Renault R5, zweimal einen Citroen GS und einen Fiat 127 gekauft. Schon die Mercedes- und die Renault-Modelle waren "Dieselfahrzeuge". Beim Erwerb dieser Fahrzeuge legte der Kläger vor allem noch auf einen günstigen Preis Wert. Bereits zu Beginn der 1990er Jahre erwarb er seinen ersten Diesel-PKW, weil er ihn für leichter bedienbar hielt als einen "Benziner", sein

Motor starb nicht so leicht ab. Im Jahr 2014 sah sich der Beklagte wiederum nach einem neuen Fahrzeug um. Nunmehr, d.h. in fortgeschrittenem Alter und mit wesentlich mehr Fahroutine, legte er vor allem Wert auf eine passende Sitzhöhe und damit auf Bequemlichkeit. Der Kläger achtet nunmehr auch vermehrt auf die potentielle Umweltbelastung durch Dieselfahrzeuge. Er fasste zunächst den Erwerb eines Mercedes GLA der Euro-6-Klasse ins Auge, doch bei diesem PKW sagte ihm die Sitzhöhe nicht zu. Er sah er sich als nächstes einen Audi Q 3 mit Automatik-Ausführung an, bis er sich für den vorliegenden Audi Q 3 entschied. Anlässlich eines Gesprächs mit dem Verkäufer erwähnte der Kläger zwar die CO₂- und NO_x-Werte dieses Pkws nicht, er vertraute jedoch darauf, dass die Angaben dazu in den Prospekten der Volkswagen AG korrekt waren, die er sich zuvor angesehen hatte. Er vertraute den Schilderungen des VW-Konzerns im Internet und in den Medien über den „sauberen Diesel“. So enthält der Werbeprospekt für das Fahrzeug des Klägers u.a. folgende Aussage:

„Unterwegs in Richtung Fahrspaß.

Einsteigen, losfahren, neue Pläne umsetzen. Immer auf dem Sprung sein.

Im Audi Q3 bringen Sie TFSI- und TDI-Motoren nach vorn. Alle effizient und dynamisch. Von 103 bis 155 KW, bis zu 230 km/h schnell. Mit dem Start-Stopp-System und der Rekuperation sparen Sie aktiv Kraftstoff und reduzieren den CO₂-Ausstoß. Bei jeder Fahrt. ...

Kraftstoffverbrauch in l/100 km: innerorts 12,2; außerorts 6,9; kombiniert 8,8; CO₂-Emission in g/km: kombiniert 206; Effizienzklasse E...“

Der Werbeprospekt der Herstellerin nennt eigens den Kraftstoffverbrauch in Litern pro 100 km, die CO₂-Emission in Gramm pro Kilometer, die EU-Abgasnorm EU5 und verweist auf das von der EU vorgeschriebene Messverfahren RL 80/1269/EWG in der geltenden Fassung.

Hätte das Kraftfahr-Bundesamt im Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung für die vorliegende Fahrzeugserie gewusst bzw. erkannt, dass Mitarbeiter des VW-Konzerns, mit oder ohne Billigung bzw. Wissen seines Vorstandes, eine Software zur Optimierung der Emissionen am Prüfstand eingebaut haben, so hätte es die EG-Typgenehmigung nach der genannten EG-Verordnung niemals erteilen dürfen.

(2) Ob das Kraftfahr-Bundesamt seinerseits der genannten EU-Verordnung hinreichend Rechnung getragen hat, indem eine Überprüfung der Fahrzeugserien bislang nur im Prüfmodus, nicht jedoch im realen Straßenbetrieb erfolgt ist, kann nicht festgestellt werden.

Ob das Update beim Fahrzeug des Klägers dazu führt, dass die verbotene Abschaltvorrichtung entfernt wird, ohne die in der EG-Typgenehmigung und/oder Zulassung angegebene Motorleistung, das maximale Drehmoment, die Geräuschemissionswerte, die Bedingungen für Dauerhaltbarkeit der emissionsmindernden Einrichtungen sowie des Kraftstoffverbrauchs zu beeinträchtigen, kann sohin nicht festgestellt werden.

Daher können im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung 1. Instanz Dauer- und Spätfolgen für den Kläger aufgrund des Erwerbs des Pkws (aufgrund des Einbaus der verbotenen Abschaltvorrichtung durch die Herstellerin) nicht mit hoher und schon gar nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts führte das Erstgericht aus, dass beim Fahrzeug des Klägers eine verbotene Abschaltvorrichtung im Sinne der VO (EG) Nr. 715/2007 vorliege. Hinzukomme, dass Art. 5 Abs 1 der Verordnung bestimme, dass der Hersteller das Fahrzeug so ausrüste, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert seien, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren

Durchführungsmaßnahmen entspreche. Eine vertragskonforme, autonome Auslegung des Begriffes der "normalen Betriebsbedingungen" könne nur ergeben, dass damit nicht der Prüfstand, sondern der Realbetrieb des Fahrzeugs gemeint sei; allerdings halte das Erstgericht zur Klärung des Begriffes eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof für angezeigt.

Öffentliche Äußerungen des Verkäufers und des Herstellers seien maßgeblich für den Inhalt der von der Beklagten übernommenen Verpflichtung; dass derartige Äußerungen nicht in die Kaufentscheidung miteingeflossen seien, obliege der Beweispflicht der Beklagten. Im vorliegenden Fall sei aufgrund der getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass der von der Herstellerin und der Generalimporteurin beworbene NOx-Ausstoß bzw. Schadstoffverbrauch die Kaufentscheidung des Klägers maßgeblich mitbeeinflusst habe. Im Übrigen sei es eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft, von deren Vorhandensein der Kläger ausgehen habe können, dass der von ihm erworbene Audi verkehrs- und betriebssicher sei und über die nötigen gemeinschaftsrechtlichen und innerstaatlichen Genehmigungen bzw. Zulassungen verfüge, d.h., letztlich auch der genannten EG-Verordnung 715/2007 entspreche. Da in Ermangelung der Offenlegung der Inhalte des Software-Updates nicht nachgewiesen werden habe können, ob nach Durchführung des Updates das Fahrzeug des Klägers jene Eigenschaften aufweise, welche für die EG-Typgenehmigung ausschlaggebend seien, sei das Fahrzeug nach wie vor mit einem wesentlichen Mangel behaftet. Zudem müsse der Kläger jederzeit damit rechnen, dass das Kraftfahr-Bundesamt bzw. das BMVIT ein Fahrverbot für seinen Pkw aussprechen könnten. Das Fahrzeug sei daher mit einem wesentlichen Mangel behaftet, der darin bestehe, dass es über eine verbotene Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung (EG) 715/2007 verfüge. Dieser Mangel sei nicht geringfügig im Sinne des § 932 ABGB.

Ob der Mangel behebbbar sei, habe im vorliegenden Verfahren nicht geklärt werden können, weil die dafür beweisbelastete Beklagte bzw. die Herstellerin als ihre

Erfüllungsgehilfin im Sinne des § 1313a ABGB dem Gericht und dem Sachverständigen nicht die notwendigen Softwareabschnitte des Updates zur Verfügung gestellt hätten, obwohl sich die Beklagte permanent auf diese berufen habe. Die Negativfeststellung gehe zu Lasten der Beklagten, sodass davon auszugehen sei, dass der Mangel nicht verbesserbar sei. Jedenfalls aber sei die Verbesserung unzumutbar im Sinne des § 932 Abs 4 ABGB, weil die Herstellerin den Kläger bewusst über den Schadstoffausstoß und das Kraftfahr-Bundesamt als EG-Typgenehmigungsbehörde über den Stickoxid-Ausstoß und das Vorliegen einer verbotenen Abschaltvorrichtung getäuscht habe. Es sei dem Kläger daher nicht zumutbar, von eben dieser Herstellerin nunmehr ein Update zu beziehen, sodass der Kläger ein Recht auf Wandlung habe. Er müsse sich ein angemessenes Benützungsentgelt anrechnen lassen, welches entsprechend dem Vorbringen der Klägerin mit der Formel "Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer : erwartete Gesamtleistung" mit EUR 5.100,-- berechnet werde. Der Kläger habe daher Anspruch auf Zahlung von EUR 28.900,-- s.A. Zug um Zug gegen Rückstellung des Fahrzeugs.

Das Feststellungsbegehren sei infolge der getroffenen Negativfeststellung zu den Spät- und Dauerfolgen, verursacht durch die hartnäckige Weigerung der Beklagten, die erforderlichen Software-Abschnitte vorzulegen, berechtigt.

Während die Klagsabweisung eines Mehrbegehrens auf Zahlung von EUR 2.804,92 s.A. und die Abweisung eines Zinsenmehrbegehrens unangefochten in Teilrechtskraft erwachsen, erhob die **Beklagte** gegen den klagsstattgebenden Teil der Entscheidung eine **Berufung** und beantragte unter Ausführung einer Beweis- sowie einer Rechtsrüge die Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinne einer vollinhaltlichen Klagsabweisung, hilfsweise die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

Der Kläger beantragte in seiner fristgerecht erstatteten Berufungsbeantwortung, dem Rechtsmittel der Gegenseite keinen Erfolg zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt:

I. Zum Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung:

1. Der Kläger bekämpft die im Sachverhalt mit (1) hervorgehobene Feststellung und begehrt stattdessen folgende Ersatzfeststellung:

„Es kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger das gegenständliche Fahrzeug nicht gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass im klagsgegenständlichen Fahrzeug eine Software eingebaut ist, welche NOx-Werte im Prüfbetrieb beeinflusst.“

Nach Ansicht des Klägers habe das Erstgericht es verabsäumt, ausreichend nachvollziehbar darzulegen, weshalb der Kläger das Fahrzeug nicht gekauft hätte. Tatsächlich sei ein bestimmter NOx-Wert für den Kläger im Zuge der Kaufgespräche nicht wesentlich gewesen, wie sich sowohl aus der Aussage des Klägers als auch der Aussage des Zeugen entnehmen lasse. Es sei lebensfremd, anzunehmen, dass ein Kunde mit den Vorstellungen des Klägers bei Kenntnis über das Vorhandensein der verfahrensgegenständlichen Software das Fahrzeug nicht gekauft hätte. Auch das OLG Innsbruck habe in der Berufungsentscheidung 4 R 136/16f ausgeführt, dass kein Zweifel bestehe, dass der Begriff NOx-Werte im Zeitpunkt Oktober 2013 für den Durchschnittskonsumenten nichtssagend gewesen sei und offensichtlich die Kaufentscheidung nicht beeinflusst habe.

Hiezu wurde erwogen:

1.1. Die angefochtene und die gewünschte Ersatzfeststellung stehen nicht im Austauschverhältnis zueinander:

Das Erstgericht stellte fest, dass der Kläger das Fahrzeug nicht erworben hätte, hätte er gewusst oder geahnt, dass eine Software zur Optimierung des Emissionsausstoßes die Nox-Werte eingebaut ist und dass die NOx-Werte im Prüfbetrieb und im realen Straßenbetrieb nicht übereinstimmen.

Die Berufungswerberin zielt auf eine Ersatzfeststellung ab, welche lediglich (generell) darauf abstellt, dass eine die NOx-Werte im Prüfbetrieb beeinflussende Software eingebaut ist, ohne dass hierbei zwischen den Werten im realen Straßenbetrieb und auf dem Prüfstand unterschieden wird.

1.2. Was den ersten Teil der angefochtenen Feststellung betrifft, nämlich dass der Kläger das Fahrzeug mit einer Software zur Optimierung des Emissionsausstoßes im Prüfbetrieb nicht gekauft hätte, erachtet das Berufungsgericht diese Feststellung als unbedenklich: Dass ein Konsument nicht bereit wäre, ein Fahrzeug zu kaufen, welches mit einer den Emissionsausstoß in unzulässiger Weise manipulierenden Software ausgestattet ist, erachtet das Berufungsgericht vor dem Hintergrund, dass dies zu den in US 17 und 18 festgestellten Problemen mit der Zulassungsbehörde führen kann, als unbedenklich und vermag auch die Beklagte nicht stichhaltig darzulegen, weshalb ein Konsument bereit sein sollte, ein derartiges Fahrzeug zu übernehmen, dies ganz unabhängig von der angegebenen Höhe der NOx-Werte.

In diesem Umfang wird die bekämpfte Feststellung daher als das Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung übernommen.

1.3. Darauf, ob die auf dem Prüfstand gemessenen NOx-Werte mit dem realen Straßenbetrieb übereinstimmen, kommt es in rechtlicher Hinsicht nicht an; die Problematik ist vielmehr, dass die auf dem Prüfstand gemessenen Werte manipuliert und „geschönt“ wurden. Insoweit erübrigt sich daher eine Auseinandersetzung mit der Richtigkeit dieses Teils der angefochtenen Feststellung (vgl RIS-Justiz RS0042386).

2. Die Beklagte bekämpft darüber hinaus die in US 19 getroffene Feststellung des Erstgerichts im Zusammenhang mit der Überprüfung der Fahrzeugserien im

Prüfmodus, welche im oben wiedergegebenen Sachverhalt mit **(2)** gekennzeichnet und in Fettdruck hervorgehoben wurde.

Sie wünscht stattdessen nachstehende Ersatzfeststellung:

„Das Kraftbundesamt hat der genannten EU-Verordnung hinreichend Rechnung getragen, indem es die Überprüfung der Fahrzeugserien nur im Prüfmodus, nicht jedoch im realen Straßenbetrieb durchgeführt hat.“

Die Frage, ob die Art und Weise der vom Kraftfahrbundesamt vorgenommenen Überprüfung der Fahrzeugserien der EU-Verordnung entspricht, ist eine solche der rechtlichen Beurteilung, nicht hingegen eine Tatsachenfeststellung. Schon aus diesem Grund erübrigt sich ein Eingehen auf die Richtigkeit der getroffenen „Feststellung“.

2.2. Darüber hinaus erübrigt sich eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Beweisrüge, wenn der angefochtenen Feststellung keine rechtliche Relevanz zukommt (vgl. RIS-Justiz RS0042386).

Entscheidend ist im vorliegenden Sachverhalt nicht, ob ein Fahrzeug auf dem Prüfstand niedrigere Werte als im realen Fahrbetrieb aufweist, sondern vielmehr, dass die Motorsteuerung auf dem Prüfstand derart manipuliert wurde, dass der Motor in einen vom Fahrbetrieb abweichenden Modus mit höherer Abgasrückführung schaltete.

Eine weitere Auseinandersetzung mit der Richtigkeit der getroffenen „Feststellung“ kann daher unterbleiben.

Der Beweisrüge der Beklagten ist somit der Erfolg zu versagen.

II. Zum Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Die Beklagte wiederholt im Rahmen ihrer Rechtsrüge im Wesentlichen ihren bereits im erstinstanzlichen Verfahren eingenommenen Rechtsstandpunkt und macht geltend, dass keine unzulässige Abschaltvorrichtung in das Fahrzeug eingebaut worden sei,

dass die Emissionsgrenzwerte lediglich am Prüfstand einzuhalten seien und dass die Voraussetzungen für ein Vorabentscheidungsverfahren nicht vorlägen; weiters führt sie aus, dass kein Rechtsmangel vorliege, dass ein allfälliger Mangel behebbar und die Durchführung der technischen Maßnahmen zumutbar sei; das Wandlungsbegehren sei nicht berechtigt. Eine Verpflichtung zur Offenlegung des Software-Updates bzw des Quellcodes treffe die Beklagte nicht, sie sei bloß Vertragshändlerin der Generalimporteuren und weder in der Lage, noch dazu verpflichtet, dem Kläger die bei einem Dritten befindliche Software vorzulegen. Allein durch die Nähe zum Beweis sei eine Verschiebung der Beweislast nicht gerechtfertigt, dies auch dann, wenn erhebliche Beweisschwierigkeiten für die mit dem Beweis belastete Partei vorlägen. Das Benützungsentgelt sei durch das Erstgericht unrichtig berechnet, für ein Feststellungsbegehren fehle die Grundlage, da die Beklagte kein Verschulden treffe und der Produzent nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers sei.

Dazu wurde erwogen:

1. Die §§ 922, 923 ABGB bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Übergeber gewährleistungspflichtig wird. Wer einem anderen die Sache gegen Entgelt überlässt, leistet nach § 922 Abs 1 ABGB Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht.

1.1. Welche konkreten Eigenschaften bzw welche Verwendungsmöglichkeit die versprochene Leistung haben muss, ergibt sich aus dem Vertrag (2 Ob 135/10g; *P. Bydlinski*, KBB⁵ § 922 Rz 8 mwN). § 922 ABGB enthält die Vermutung, dass die Leistung (unter anderem) die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat und dass sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann (2 Ob 135/10g mwN). Der geschuldete Vertragsgegenstand wird daher durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die ausdrücklich oder stillschweigend zugesicherten Eigenschaften bestimmt. Ob eine Eigenschaft als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des

Vertragspartners erschließen durfte. Seine berechtigte Erwartung ist an der Verkehrsauffassung zu messen. Der Verkaufsgegenstand muss der Natur des Geschäfts oder der geschlossenen Verabredung entsprechend benützt und verwendet werden können (RIS-Justiz RS011433; 9 Ob 50/10h; 8 Ob 57/14m uva).

1.2. Ob eine Sache dem Vertrag entspricht, ist auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer aufgrund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in dem der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann. Nach § 922 Abs 2 Satz 2 ABGB entfällt die Bindung des Übergebers an öffentliche Drittäußerungen, etwa des Produzenten, nur in drei Fällen, nämlich wenn er die Äußerungen weder kannte noch kennen konnte, wenn die Aussagen beim Abschluss des Vertrages berichtet wurden oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten. Ob eine Sache dem Vertrag entspricht, ist daher nach dem ersten Satz des § 922 Abs 2 ABGB auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer aufgrund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder bestimmter dritter Personen (Hersteller, EWR-Importeur, Quasi-Hersteller), vor allem in der Werbung erwarten kann (RIS-Justiz RS0127170).

2. Eine Mangelhaftigkeit der Sache kann sowohl in einem Sach- als auch in einem Rechtsmangel liegen:

2.1. Sachmängel sind Mängel, die der Sachsubstanz einer Sache anhaften (*Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 923 ABGB Rz 3); ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die rechtliche Position verschafft, die er ihm nach dem Vertrag verschaffen muss. Nicht nur privatrechtliche Fehler, sondern auch öffentlich-rechtliche kommen in Betracht, so etwa das Fehlen einer Betriebsanlagenbewilligung, einer baubehördlichen Bewilligung, aber auch eine jederzeit widerrufbare Baubewilligung. So bedeutet die Erklärung, ein Haus zu verkaufen, nach der Verkehrsauffassung - sofern nicht besondere Umstände gegen

diesen Erklärungssinn sprechen - ein Haus zu verkaufen, für das eine unwiderrufliche Baubewilligung erteilt worden ist (vgl. *Reischauer in Rummel ABGB*³ § 923 Rz 4, 8).

2.2. Das Oberlandesgericht Linz hat zur Frage, ob die Verwendung einer die Abgasrückführung im Prüfstandsbetrieb beeinflussende Software, einen Rechtsmangel begründe, die Rechtsansicht vertreten, dass kein (Rechts-)Mangel vorliege, solange alle Genehmigungen aufrecht seien, das Fahrzeug für den Straßenverkehr zugelassen sei und uneingeschränkt benützt werden dürfe (6 R 190/16b; 6 R 191/16z mwN). Die denkbare Aufhebbarkeit der Genehmigungen oder der Zulassung erachtete das Oberlandesgericht Linz als nicht vergleichbar mit der Möglichkeit eines jederzeitigen Widerrufs einer erteilten Baubewilligung.

2.3. Das Landesgericht Wels schloss sich in einer Berufungsentscheidung zu 22 R 201/17s der in der deutschen Judikatur überwiegenden Rechtsansicht an, dass eine derartige Software als Sachmangel im Sinne des § 434 Abs 1 Nr 2 BGB zu qualifizieren sei, und verwies dazu auf die vorliegenden (erstinstanzlichen) Urteile zahlreicher Gerichte in Deutschland.

Zwischenzeitlich liegen - soweit überblickbar - Berufungsentscheidungen der Oberlandesgerichte München (3 U 4316/16) und Nürnberg (6 U 409/17) vor, in welchen ebenfalls ausgesprochen wurde, dass ein Fahrzeug, welches mit einer Software ausgestattet ist, die ausschließlich auf dem Rollenprüfstand einen anderen - niedrigeren - Schadstoffaustausch generiert als er im echten Betrieb zu erwarten wäre, einen erheblichen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs 1 Satz 3 BGB aufweise, weil das Fahrzeug einen wesentlichen Qualitätsaspekt nicht erfülle, indem der Käufer mit dem Entzug einer Betriebserlaubnis rechnen müsse.

2.4. Letztlich kommt es darauf, ob der Einbau einer den Schadstoffaustausch manipulierenden Software als Sach- oder als Rechtsmangel zu qualifizieren ist, nicht an:

Der erkennende Berufungssenat des Oberlandesgerichtes Innsbruck teilt die vom Landesgericht Wels als Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht, dass zwar ein durchschnittlicher Autokäufer üblicherweise beim Kauf eines Neu- oder Gebrauchtwagens bei einem Kfz-Händler davon ausgehe bzw ausgehen müsse, dass im „Realbetrieb“ die Verbrauchswerte gegenüber dem „Prüfstand“ erhöht seien; er müsse aber nicht annehmen, dass das ihm angebotene Fahrzeug mit einer Software ausgestattet ist, von der Manipulationen im Testbetrieb gesteuert werden, die dafür verantwortlich sind, dass die am Prüfstand gemessenen Werte verzerrt und geschönt werden.

Es kann daher (auch) nach der Ansicht des erkennenden Senats als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft angesehen werden, dass in einem Fahrzeug keine Software eingebaut ist, die die am Prüfstand zu messenden Werte manipulativ verändert und dass ein Käufer auf Grund dieses Umstandes damit rechnen muss, dass ihm die Zulassung entzogen werden könnte. Das Vorhandensein einer derartigen „Schummel-Software“, die bewirkt, dass in Österreich der Entzug der Zulassung drohen kann, wenn das von VW entwickelte Software-Update nicht aufgespielt wird, ist daher als Abweichung vom vertraglich Geschuldeten und als Mangel anzusehen, dies unabhängig davon, ob der Mangel als Sach- oder Rechtsmangel zu qualifizieren ist.

Anzumerken ist, dass hier nicht maßgeblich ist, ob die Werte am Prüfstand und im realen Straßenverkehr – bei unbeeinflusstem Modus des Motors - übereinstimmen, weshalb sich die vom Erstgericht angeregte Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zur Frage, ob die Bestimmung des Art 5 Abs 1 der VO (EG) 715/2007 auf die Abgaswerte am Prüfstand oder im Realbetrieb des Fahrzeugs abstellt, erübrigt.

2.5. Daran, dass es sich beim Einbau der beschriebenen Software um eine verbotene Abschaltvorrichtung im Sinne des Art 5 Z 2 VO (EG) 715/2007 handelt, kann kein Zweifel bestehen:

Dies zeigt schon der Umstand, dass das Kraftfahrtbundesamt in Deutschland in dieser Software für Neufahrzeuge ein Zulassungshindernis sieht und für bereits zugelassene Fahrzeuge die Entfernung der unzulässigen Abschaltvorrichtung mit Bescheid vom 14.10.2015 anordnete (US 17). Hervorzuheben ist ferner, dass die Volkswagen AG selbst gegenüber der Untersuchungskommission des BMFI am 23.9.2015 eingeräumt hatte, dass sich in bestimmten in der EU-typgenehmigten Dieselmotoren *unzulässige* Abschaltvorrichtungen befänden (US 16).

In Art 5 Z 2 der VO wird die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ausdrücklich untersagt; Ausnahmen werden nur für konkret genannte Ausnahmefälle vorgesehen, nämlich wenn

- a) die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten;
- b) die Einrichtung nicht länger arbeitet, als zum Anlassen des Motors erforderlich ist;
- c) die Bedingungen in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen erhalten sind.

Dass diese Ausnahmen hier zuträfen, behauptet auch die Beklagte nicht.

2.6. Zusammengefasst weist das Fahrzeug nicht die mit dem Kauf eines Neuwagens gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften auf und ist daher als mangelhaft im Sinne der §§ 922 ff ABGB zu qualifizieren.

3. Nach § 932 Abs 2 ABGB sollen die Gewährleistungsbehelfe der Preisminderung und der Wandlung nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen.

3.1. Ein „Umsteigen“ auf den Sekundärbehelf der Wandlung setzt (u.a.) voraus, dass der aktuelle Zustand der zu verbessern versuchten Sache einen nicht bloß geringfügigen Mangel darstellt. Der Begriff des geringfügigen Mangels wurde Art 3 Abs 6 der Verbrauchsgüterkauf-RL entnommen und ist daher richtlinienkonform zu interpretieren. Die RL gibt allerdings keine näheren Anhaltspunkte dafür, was unter einer „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ zu verstehen ist, sodass in der Literatur strittig ist, welche Kriterien zur Beurteilung der Geringfügigkeit heranzuziehen sind .

Das Fehlen besonders bedungener, sohin ausdrücklich zugesicherter, nicht gewöhnlicher Eigenschaften ermöglicht regelmäßig die Wandlung (vgl RIS-Justiz RS0120610); nach den Gesetzesmaterialien zu § 932 Abs 4 ABGB liegt ein geringfügiger Mangel dann vor, wenn die Auflösung des Vertrages angesichts des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre, wobei es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme (*Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 62 ff, insb Rz 65).

Nach *Zöchling-Jud* (aaO Rz 66 f) liegt ein geringfügiger Mangel dann vor, wenn der Übernehmer den Vertrag auch in Kenntnis des Mangels abgeschlossen hätte, wenn auch zu anderen Konditionen (geringerer Preis). Der Übernehmer sei also nur dann zur Wandlung berechtigt, wenn er den Vertrag in Kenntnis des Mangels nicht abgeschlossen hätte und das für den Übergeber nach der Natur des Geschäfts oder der besonderen Vereinbarung erkennbar war.

Die Rechtsprechung geht grundsätzlich davon aus, dass bei der Prüfung, ob ein die Wandlung ausschließender geringfügiger Mangel im Sinne des § 932 Abs 4 ABGB vorliegt, eine auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalls bezogene objektive Abwägung der Interessen der Vertragspartner vorzunehmen ist (RIS-Justiz RS0119978). Dabei sind sowohl die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Aufhebung des Vertrags im Hinblick auf die damit verbundenen Folgen für die Parteien, aber auch die „Schwere“ des Mangels zu berücksichtigen. Die subjektive

Einstellung des Übernehmers - seine Motive bzw der von ihm verfolgte Zweck - muss unbeachtet bleiben, soweit diese subjektive Einstellung dem Übergeber bei Abschluss des Vertrages nicht erkennbar war. War hingegen der mit dem Erwerb vom Übernehmer angestrebte Zweck bzw sein Motiv bei Vertragsabschluss erkennbar, ist bei der vorzunehmenden Interessenabwägung neben dem objektiven Gewicht des Mangels auch der deklarierte Erwerbszweck mitzuberücksichtigen (RIS-Justiz RS0119978[T1]).

In 6 Ob 143/07h erachtete der Oberste Gerichtshof die mangelhafte Ausführung eines Ofens, welcher zu einer bescheidmäßigen Untersagung des Betriebs führte, als der Annahme eines geringfügigen Mangels entgegenstehend. Die Behebbarkeit des Mangels an sich und ein allfällig geringerer Behebungsaufwand sind für die Beurteilung der Geringfügigkeit eines Mangels nicht alleine ausschlaggebend. Diesen Kriterien kommt nur im Rahmen der Interessenabwägung Bedeutung zu (2 Ob 205/10a).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, dann kommt einem Mangel, bei dem in einem Fahrzeug eine manipulierte Software eingebaut ist, die ohne Verbesserungsmaßnahmen den Verlust der Zulassung bedeuten kann, erhebliche Bedeutung zu, ist doch das Ziel eines Käufers eines (Neu-)fahrzeugs unzweifelhaft darauf gerichtet, mit diesem Fahrzeug – entsprechende Instandhaltung und Erfüllen der Voraussetzungen nach § 57 KFG vorausgesetzt – unbefristet am Straßenverkehr teilnehmen zu können. Der vorliegende Mangel ist daher als nicht bloß geringfügig im Sinne der angeführten Grundsätze zu qualifizieren; weshalb eine Interessenabwägung hier zugunsten des Verkäufers ausfallen sollte, ist nicht ersichtlich, könnte doch das einzige Argument hierfür die ohne besonderen Aufwand vorzunehmende Einspielung eines Software-Updates sein. Dies erachtet das Berufungsgericht jedoch aus den noch darzulegenden Erwägungen für nicht zumutbar.

3.2. Voraussetzung für die sofortige Inanspruchnahme des Gewährleistungsbehelfs der Wandlung ist ferner, dass entweder eine Verbesserung oder ein Austausch unmöglich ist, für den Übergeber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand oder für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist, ein erheblicher Verzug des Übergebers mit der Verbesserung vorliegt *oder* schließlich, wenn dem Übernehmer Verbesserung oder Austausch aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind. (RIS-Justiz RS0122927)

3.2.1. Die Verbesserung ist nach den getroffenen Feststellungen ohne großen Aufwand möglich, die Durchführung des Updates benötigt maximal eine Stunde, die Kosten hierfür trägt die Herstellerin.

Grundsätzlich ist der die Wandlung begehrende Kläger für das Vorliegen der Voraussetzungen der sofortigen Inanspruchnahme des sekundären Gewährleistungsbehelfs der Wandlung behauptungs- und beweispflichtig (vgl. 5 Ob 191/05g zur Beweislast bei sofortiger Inanspruchnahme der Preisminderung), also auch dafür, dass eine Verbesserung nicht möglich ist.

Das Erstgericht traf dazu, ob die Vornahme des Updates zur Entfernung der verbotenen Abschaltvorrichtung zu einer Beeinträchtigung der Motorleistung, der Geräuschemissionen, des maximalen Drehmoments, des Kraftstoffverbrauchs oder der Bedingungen für die Dauerhaltbarkeit der emissionsmindernden Einrichtungen führen werde (und damit eine Verbesserung nicht, jedenfalls nicht ohne nachteilige Begleiterscheinungen möglich ist), eine Negativfeststellung (US 19). In der rechtlichen Beurteilung ist ausgeführt, dass es nicht zu Lasten des Klägers gehen könne, wenn die Herstellerin als Erfüllungsgehilfin der Beklagten dem Gerichtssachverständigen das notwendige Material zur Überprüfung der Auswirkungen der Optimierungssoftware nicht zur Verfügung stellte.

Zutreffend weist die Berufung darauf hin, dass die Herstellerin nicht Erfüllungsgehilfin des Händlers im Sinne des § 1313a ABGB ist. Es entspricht ständiger Rechts-

sprechung, dass derjenige, der nach dem Inhalt des Kaufvertrags nicht zur Herstellung der Kaufsache verpflichtet ist, nicht für jedes Verschulden des Produzenten haftet und der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers ist (RIS-Justiz RS0022662; 6 Ob 94/09f). Der Händler haftet dem Käufer gegenüber nur für die Erfüllung der ihn selbst treffenden Pflichten (Auswahl eines geeigneten Erzeugers, einwandfreie Lagerung der Ware, Hinweis auf Gefahren, ordnungsgemäße Verpackung etc).

Die getroffenen Negativfeststellungen gehen daher zu Lasten des Klägers, dem der Beweis nicht gelungen ist, dass eine Verbesserung des vorliegenden Mangels nicht möglich wäre.

3.2.2. Dies schadet jedoch nicht, weil der Übernehmer auch dann sofort die Wandlung verlangen kann, wenn ihm die Verbesserung aus „triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar ist“. Es geht dabei um Fälle, in denen es dem Übernehmer „nicht zu verdenken“ ist, dass er sich nicht mehr auf die Verbesserung der Sache durch den Veräußerer oder Werkunternehmer einlassen will. Auch hier gilt, dass im Allgemeinen eine Mangelhaftigkeit der Leistung nicht den Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Übergebers begründet. Es ist aber möglich, dass die Art des Mangels, sein Zustandekommen und andere Umstände eine Unfähigkeit oder Gefährlichkeit des Übergebers sehr wahrscheinlich machen oder manifestieren. In diesen Fällen soll der Übernehmer nicht auf die primären Gewährleistungsbehelfe verwiesen sein. Zu solchen „triftigen Gründen“ gehören beispielsweise sicherheitsrelevante Umstände (etwa eine unzulängliche Reparatur an der Bremsanlage eines KFZ, die zu einem Bremsversagen geführt hat) und andere Fehler, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Übergebers nahelegen. Auch Beleidigungen, arglistige Täuschungen oder die Erfüllung eines Straftatbestandes gegenüber dem Käufer bei Vertragsabschluss oder anlässlich der Erfüllung können solche triftigen Gründe sein. Soweit der Übergeber die (Verbesserungs-)Leistung durch Erfüllungsgehilfen erbringen lässt, ist bei der

Beurteilung der (Un-)Zumutbarkeit auf die Person des Gehilfen abzustellen (*Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 57 mwN).

Im vorliegenden Fall ist zwar, wie dargelegt, die Herstellerin nicht Erfüllungsgehilfin der Beklagten und es hat auch die Beklagte selbst den Kläger - mangels eigener Kenntnis - nicht arglistig getäuscht. Allerdings muss sich die Beklagte bei der Verbesserung wiederum einer Software bedienen, die von der Herstellerin entwickelt wurde (vgl US 23, 25). Nach Ansicht des erkennenden Senates ist es dem Kläger nicht zuzumuten, eine Software aufspielen zu lassen, die von demselben Unternehmen entwickelt wurde, das seine Vertragspartner und die Zulassungsbehörde zuvor durch die Installation einer die Emissionswerte in unzulässiger Weise manipulierenden Software bereits vorsätzlich getäuscht hatte, weshalb es nicht zu beanstanden ist, dass der Kläger eine Verbesserung nicht vornehmen lassen will (vgl auch LG Wels 22 R 201/17s = RIS-Justiz RWE0000080).

Als **Zwischenergebnis** kann daher festgehalten werden, dass der Kläger zur Wandlung des Kaufvertrages - Zug um Zug - gegen Rückgabe des PKW berechtigt ist.

4. Soweit die Beklagte die Höhe des vom Erstgericht ermittelten Benützungsentgelts bekämpft, ist ihr entgegenzuhalten:

4.1. Bei rückwirkender Beseitigung eines Benützungstitels - hier eines Kaufvertrags - gebührt demjenigen, dessen Sache benützt worden ist, ein angemessenes Benützungsentgelt, wenn ein Rechtsgrund für die Unentgeltlichkeit der Benützung nicht vorliegt. Dieser Anspruch auf Benützungsentgelt ist kein Schadenersatzanspruch, er setzt daher weder Verschulden auf Seite des Benutzers noch einen Schaden des Eigentümers der benutzten Sache voraus. Es kommt primär auf den Nutzen des Benutzers an, die durch Wandlung bewirkte Aufhebung des Vertrags löst daher bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche aus. Es kann also der Käufer den bereits dem Verkäufer geleisteten Kaufpreis zurückfordern. Andererseits kann der Verkäufer, wenn das nach Rücktritt vom Vertrag

zurückzustellende Objekt gebraucht wurde, ein angemessenes Benützungsentgelt fordern (vgl 1 Ob 214/02f mwN; *P. Bydlinski* in KBB⁵ § 921 Rz 4). Der Anspruch auf Zahlung eines Benützungsentgelts ist ein bereicherungsrechtlicher Anspruch, der dem Verkäufer gegen den Käufer zusteht, wenn die im Wege der Rückabwicklung des Kaufvertrags zurückzustellende Sache gebraucht wurde.

4.2. Soweit daher die Beklagte einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch geltend macht, müsste sie diesen entweder materiell-rechtlich im Wege der Aufrechnung mit der Klagsforderung geltend machen oder durch Einwendung einer Gegenforderung im Prozess (vgl 22 R 201/17s LG Wels).

Beides setzt eine ziffernmäßig bestimmte Forderung der Beklagten voraus, welche hier nicht erhoben wurde: Der Kläger ließ sich auf den Kaufpreis ein Benützungsentgelt in Höhe von EUR 4.595,-- anrechnen; die Beklagte bestritt zwar die Höhe des berücksichtigten Benützungsentgelts und wendete ein, dass es jedenfalls höher sei als das vom Kläger in Anrechnung gebrachte (Schriftsatz vom 8.11.2016 ON 10) und wendete sich gegen die vom Kläger vorgenommene Berechnung (Schriftsatz vom 23.1.2018 ON 34), eine ziffernmäßig bestimmte Forderung erhob sie jedoch nicht; insbesondere wendete sie dem Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises gegenüber keine Gegenforderung ein. Damit ist die Berücksichtigung eines höheren als vom Kläger bereits in Anrechnung gebrachten Benützungsentgelts nicht möglich und es ist auf die Berufungsausführungen zur Berechnung des Benützungsentgelts nicht weiter einzugehen.

5. Der prozessökonomische Zweck der Feststellungsklage ist es, die Rechtslage dort zu klären, wo ein von der Rechtsordnung anerkanntes Bedürfnis zur Klärung streitiger Rechtsbeziehungen besteht, sei es, um weitere Streitigkeiten zu vermeiden, sei es, um eine brauchbare Grundlage für weitere Entscheidung zu schaffen (RIS-Justiz RS0037422). Das Vorliegen des Feststellungsinteresses ist Voraussetzung für einen

Feststellungsanspruch des Klägers (RIS-Justiz RS0039177). Ein solches besteht, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein schuldhaftes rechtswidriges Verhalten für einen künftigen Schadenseintritt ursächlich sein könnte (RIS-Justiz RS0038865). Auch für gewährleistungsrechtliche Ansprüche besteht ein Feststellungsinteresse, wenn noch nicht feststeht, welche einklagbare Rechtswirkung (Wandlungsanspruch, Preisminderungsanspruch oder Verbesserungsanspruch bzw Schadenersatzanspruch) der Leistungsstörung entspringt (RIS-Justiz RS0018668). Wenn künftig eintretende Schäden aus dem Schadensereignis hingegen schlechthin und absolut auszuschließen sind, liegt ein Feststellungsinteresse nicht vor (vgl RIS-Justiz RS0038865 [T1]).

Im vorliegenden Fall stützt der Kläger sein Feststellungsinteresse darauf, dass nicht vorhersehbar sei, welche Auswirkungen die manipulierte Software bzw. das Aufspielen des Updates auf sein Fahrzeug in der Zukunft habe. Im Hinblick darauf, dass ohnedies dem Wandlungsbegehren des Klägers stattgegeben wird, ist es jedoch für den Kläger irrelevant, ob durch die bestehende Software oder das Aufspielen des Software-Updates in irgendeiner Form negative Auswirkungen auf das Fahrzeug entstehen (könnten). Es fehlt daher am rechtlichen Interesse an der Feststellung einer Haftung der Beklagten für zukünftige Schäden, sodass die Berufung, soweit sie sich gegen die Klagsstattgebung hinsichtlich des Feststellungsinteresses wendet, Folge zu geben ist und die angefochtene Entscheidung insoweit abzuändern ist, als das Feststellungsbegehren abzuweisen ist.

Die Abänderung der Entscheidung in der Hauptsache zieht eine neue Kostenentscheidung für das Verfahren erster Instanz nach sich:

Der Kläger ist bei einem Streitinteresse von EUR 32.204,92 mit der in Teilrechtskraft erwachsenen Abweisung eines Leistungsbegehrens von EUR 2.804,92 s.A. und dem

Feststellungsbegehren mit einem Feststellungsinteresse von EUR 500,-- unterlegen, sohin mit rund 10 % seines Begehrens.

Die Kostenentscheidung wird daher auf § 43 Abs 2 ZPO gestützt. Die Klägerin hat Anspruch auf vollen Kostenersatz auf Basis einer Bemessungsgrundlage von EUR 28.900,--. Die Beklagte hat Einwendungen im Sinne des § 54 Abs 1a ZPO nicht erstattet; offenbare Unrichtigkeiten, die von Amts wegen wahrzunehmen wären, haften dem Kostenverzeichnis nicht an. Zu berücksichtigen war allerdings, dass bei den Barauslagen nicht Anspruch auf Ersatz des verzeichneten Kostenvorschusses für die Gebühren des Sachverständigen, sondern lediglich Anspruch auf Ersatz der tatsächlich aufgelaufenen Gebühren besteht; die Sachverständigengebühren wurden von der klagenden Partei im Ausmaß von EUR 2.550,-- (Beschluss ON 29, Tagsatzungsprotokoll ON 36) getragen; der restlich erlegte Kostenvorschuss von EUR 1.250,-- wurde mit einer Auszahlungsanordnung vom 14.2.2018 (ON 39) wiederum an die klagende Partei überwiesen.

Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren basiert auf §§ 50, 43 Abs 2 ZPO.

Auch im Berufungsverfahren ist die Beklagte mit rund 10 % durchgedrungen, sodass die Klägerin wiederum Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Berufungsbeantwortung auf Basis einer Bemessungsgrundlage von EUR 28.900,-- hat.

Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes bestand kein Grund, von der vom Kläger selbst vorgenommenen Bewertung abzugehen.

Die ordentliche Revision wurde zugelassen, da im Hinblick auf die Vielzahl der von der manipulierten Software durch den Volkswagen-Konzern betroffenen Fahrzeuge der Entscheidung eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt und eine oberstgerichtliche Rechtsprechung dazu, ob ein Verbesserungsbegehren

unzumutbar ist, wenn die Verbesserung zwar nicht von einem Erfüllungsgehilfen des Verkäufers, aber von jenem Produzenten, der zuvor die zur Vortäuschung niedrigerer Abgaswerte auf dem Prüfstand manipulierte Software installierte, vorzunehmen wäre, soweit überblickbar, nicht besteht.

Oberlandesgericht Innsbruck
Abteilung 2, am 3.8.2018
Dr. Ulrich Heller, Senatspräsident

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG