# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen - Beschluss vom 06.12.2024 - 4 U 16/24

## Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://www.oberlandesgericht.bremen.de/entscheidungen/detail.php?gsid=bremen88.c.25883.de&asl=bremen88.c.2335.de

Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 4 U 16/24 = 1 O 2063/21 Landgericht Bremen

B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

B.

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: […]

gegen

1. S.

2. […]

3. […]

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte zu 1: […]

Streitverkündete und Nebenintervenientin jeweils zur erstinstanzlichen Beklagten zu 3.:

F.

Prozessbevollmächtigte: […]

hat der 4. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen […] am 06.12.2024 beschlossen:

Seite 2 von 10
2
1.
Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.
2.
Die Parteien werden weiter darauf hingewiesen, dass der Senat die erstinstanzliche Nebenintervenientin als nicht am Berufungsverfahren beteiligt ansieht, sodass die Nebenintervenientin keinen wirksamen Antrag stellen können und in der Berufungsentscheidung nicht über die Kosten der Nebenintervention zu entscheiden sein dürfte.
3.
Die Parteien erhalten (auch gemäß § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO) eine Frist zur Stellungnahme von drei Wochen.
4.
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis 65.000,00 € festgesetzt.

Gründe:
I.
Die Klägerin nimmt die Beklagte zu 1. (im Folgenden Beklagte) wegen der behaupteten Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in einem Kraftfahrzeug (hier: Fiat Ducato, Capron Carado T447 Perfect 10, Multijet II 2,3 l, 109 kW, Euro-Norm 6) auf Schadensersatz in Anspruch, nachdem sie die ursprünglich auch gegen zwei weitere Beklagte gerichtete Klage bereits erstinstanzlich insoweit zurückgenommen hat.
Anstelle des Tatbestandes wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts vom 10.07.2024 einschließlich der dortigen Antragstellungen Bezug genommen.
Das Landgericht hat die Klage mit dem angefochtenen Urteil abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass Ansprüche aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung daran scheiterten, dass die von der Klägerin vorgetragenen Abschalteinrichtungen auf dem Prüfstand wie im Realbetrieb funktionierten und die Beklagte deshalb zumindest nicht sittenwidrig gehandelt habe. Das gelte sowohl für die Timer-Funktion, als auch

Seite 3 von 10
3
das Thermofenster und das OBD-System. Einen Anspruch auf sog. kleinen Schadensersatz könne die Klägerin nicht mit Erfolg geltend machen, weil der Schaden durch einen vorzunehmenden Vorteilsausgleich in Form gezogener Nutzungen und Restwert bereits kompensiert sei.
Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer rechtzeitig eingelegten und – nach Fristverlängerungen – begründeten Berufung, mit der die Klägerin das letzte erstinstanzliche Begehren gegen die Beklagte zu 1. weiterverfolgt. Jedenfalls bei der Timer-Funktion, die die Abgasrückführungsrate ca. 22 Minuten nach Beginn einer jeden Kaltstartfahrt moduliere, handele es sich offenkundig um eine unzulässige Abschalteinrichtung, so dass bereits wegen dieser Offensichtlichkeit auch ohne Prüfstandserkennung Sittenwidrigkeit anzunehmen sei. Auch beim Thermofenster habe die Beklagte eine eventuell rechtswidrige Verwendung zumindest billigend in Kauf genommen. Darüber helfe auch nicht die Untätigkeit der italienischen Behörden hinweg. Insbesondere habe im Kaufzeitpunkt im September 2017 noch keine Einschätzung der Behörden vorgelegen.
Ihr, der Klägerin, stehe aber zumindest ein Differenzschadensersatz zu, wobei eine Beschränkung auf 15% des Kaufpreises willkürlich und unhaltbar sei. Anrechenbare Vorteile seien der Klägerin nicht zugeflossen. Eine etwaige Vorteilsanrechnung führe zu unbilligen Ergebnissen. Insbesondere bei Wohnmobilen führe die praktische Anwendung der Gerichte dazu, dass in allen Verfahren der Schädiger entlastet werde. Deswegen sei das Verfahren auszusetzen, bis der EuGH über entsprechende Vorlagefragen entschieden habe. Bei der Restwertberechnung müssten aber mindestens der mangelbedingte Minderwert und die aus der Verknappung des Neuwagenangebots resultierende allgemeine Preissteigerung herausgerechnet werden.
Die Klägerin beantragt,
1.
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bremen vom 10.07.2024 (Az. 1 O 2063/21) die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 54.892,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Capron T 447 […] zu zahlen;

Seite 4 von 10
4
2.
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bremen vom 10.07.2024 (Az. 1 O 2063/21) festzustellen, dass sich die Beklagte

mit der Rücknahme des Fahrzeugs Capron T 447 […] in Annahmeverzug befindet;
hilfsweise zu den Anträgen zu 1. und 2.
3.
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 8.850,00 € zu zahlen.
Die Beklagte zu 1. sowie die Nebenintervenientin beantragen,
die Berufung zurückzuweisen und die Kosten der Nebenintervention der Klägerin aufzuerlegen.

II.
Die zulässige Berufung hat nach der Überzeugung des Senats keine Aussicht auf Erfolg. Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Beides ist hier nicht der Fall. Das Landgericht hat die Klage jedenfalls im Ergebnis zutreffend abgewiesen.
1.
Das Landgericht hat das Bestehen der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auf großen Schadensersatz (Hauptantrag zu 1.) jedenfalls im Ergebnis zutreffend verneint.
a)
Zutreffend hat das Landgericht Ansprüche der Klägerin aus § 826 BGB verneint.
Denn die Klägerin hat eine sittenwidrige Schädigung durch die Beklagte nicht ausreichend darlegen oder gar beweisen können. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt allerdings ihr, der Klägerin (BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19).
Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dabei bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Diese Grundsätze


5
gelten insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den ihrer Behauptung zugrunde liegenden Vorgängen hat. Eine Partei darf auch von ihr nur vermutete Tatsachen als Behauptung in einen Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen hat. Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei aber (allerdings auch erst) dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rnn. 12 f. m.w.N.).
aa) In welcher Ausgestaltung das Fahrzeug über ein Thermofenster verfügt, kann dahinstehen. Ein Anspruch bestünde selbst dann nicht, wenn das Thermofenster als unzulässige Abschalteinrichtung zu qualifizieren sein sollte. Denn auch dann fehlt es jedenfalls an der Sittenwidrigkeit seitens der Beklagten. Diese ist bei einer fehlenden Unterscheidung zwischen Realbetrieb und Prüfstand grundsätzlich nicht anzunehmen (BGH, Beschluss vom 10.11.2021 – VII ZR 415/21, juris Rn. 30). Dass das Fahrzeug hinsichtlich des Thermofensters auf dem Prüfstand anders arbeitet als unter realen Bedingungen, behauptet die Berufung nicht.
In diesem Fall wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur gerechtfertigt, wenn zu dem – hier unterstellten – Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden

Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen (BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 13). Umstände, die eine solche Bewertung zuließen, werden von der Klägerin nicht aufgezeigt. Die Berufung beschränkt sich lediglich auf die unsubstantiierte und nicht mit auch nur irgendwelchen Anhaltspunkten untermauerte Behauptung, die Beklagte hätte die rechtswidrige Verwendung des Thermofensters billigend in Kauf genommen. Dagegen spricht bereits, dass sowohl die zuständige italienische Typengenehmigungsbehörde als auch das Kraftfahrtbundesamt bekanntermaßen ein Thermofenster noch bis vor kurzem als Industriestandard für zulässig hielten.
bb) Ob das Fahrzeug über eine Timer-Funktion verfügt und diese als unzulässige Abschalteinrichtung anzusehen wäre, kann ebenfalls dahinstehen. Es kommt dann nicht


6
darauf an, ob die Klägerin überhaupt ausreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer solche Funktion benannt hätte. Denn auch insoweit fehlt es jedenfalls an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung. Eine solche wäre bei dem Timer wie beim Thermofenster im Grundsatz nur anzunehmen, wenn er auf dem Prüfstand in anderer Weise funktionierte als im Realbetrieb (OLG Bamberg, Hinweisbeschluss vom 17.08.2022 – 10 U 56/22, BeckRS 2022, 54610, Rnn. 43 ff.; nachfolgend OLG Bamberg, Beschluss vom 07.09.2022 – 10 U 56/22; bestätigt von BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, BeckRS 2023, 38141, 16; vgl. auch OLG München, Endurteil vom 22.02.2024 – 24 U 7266/22, BeckRS 2024, 2791, Rn. 12; OLG Naumburg, Urteil vom 05.12.2022 – 12 U 90/22, BeckRS 2022, 47369, Rn. 9). Das aber behauptet die Berufung nicht.
Auch im Übrigen legt die Klägerin keine durchgreifenden Umstände dar, die für eine Sittenwidrigkeit sprächen. Da bei einem Timer, der laut Klägervortrag die Abgasrückführung nach 22 Minuten verändern soll, wobei die Prüfung des NEFZ 20 Minuten dauert, diese Funktion nicht exakt auf den Prüfstand zugeschnitten ist, kann dahinstehen, ob das als ausreichendes Indiz für eine sittenwidrige Verwendung anzusehen wäre. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann die Sittenwidrigkeit der Verwendung eines etwaigen Timers auch nicht auf eine „offensichtliche“ Unzulässigkeit gestützt werden. Denn der Timer wird von der zuständigen italienischen Typengenehmigungsbehörde (wenn auch vielleicht fehlerhaft) nicht beanstandet (vgl. OLG Celle, Urteil vom 17.10.2024 – 7 U 274/22, BeckRS 2024, 30961, Rn. 78 a.E.; OLG Brandenburg, Urteil vom 19.03.2024 – 3 U 55/23, BeckRS 2024, 9876, Rnn. 44 ff.). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Behörde sich schon im Kaufzeitpunkt zu einer etwaigen Zulässigkeit des Timers geäußert hatte. Allein die Tatsache, dass die zuständige Typengenehmigungsbehörde im Nachgang die Auffassung vertritt, nicht einschreiten zu müssen, zeigt, dass die Unzulässigkeit nicht offensichtlich ist.
cc) Eine – in der Berufung ohnehin nicht mehr thematisierte – behauptete Manipulation des OBD-Systems kann für sich genommen keine unzulässige Abschalteinrichtung darstellen, weil das lediglich der Überwachung dienende OBD-System (Art. 3 Nr. 9 der VO (EG) 715/2007) bereits keine Veränderungen an Funktionen des Emissionskontrollsystems vornimmt und deswegen schon keine Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) 715/2007 darstellt.


7
b)
Aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit europäischen Nomen des Abgasrechts kann ein Anspruch auf großen Schadensersatz, also auf Rückzahlung des Kaufpreises (abzüglich Nutzungsentschädigung und Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges) nicht hergeleitet werden, weil sich der sich aus den Normen ergebende Schutz nicht auf das Interesse des Käufers erstreckt, nicht an dem Vertrag festgehalten zu werden

(BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 19).
2.
In Ermangelung eines Anspruches aus § 826 BGB auf Rückzahlung des (ggf. verminderten) Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges verbietet sich die begehrte Feststellung eines Annahmeverzuges seitens der Beklagten.
3.
Ob der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB – Ansprüche aus § 826 BGB bestehen nicht (s.o.). – der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf kleinen Schadensersatz dem Grunde nach zusteht, kann dahinstehen. Denn dieser Anspruch scheitert jedenfalls daran, dass die Klägerin in der Höhe keinen Schaden mehr hat.
Beim Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB ist der ersatzfähige Schaden derjenige, um den das Fahrzeug zu teuer erworben wurde, also die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem schädigungsbedingt tatsächlich niedrigerem Wert. Dabei sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges anspruchsmindernd zu berücksichtigen, soweit sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeuges bei Abschluss des Kaufvertrages (Kaufpreis abzüglich Schadensbetrag) überschreiten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist geklärt, dass durch Nutzungsvorteile der Schaden sogar vollständig aufgezehrt sein kann, ohne dass der Bundesgerichtshof eine Vorlage an den EuGH für erforderlich gehalten hätte (BGH, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22, NJW 2023, 3010, Rn. 12 m.w.N.), sodass der Rechtstreit nicht wegen eines entsprechenden Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH auszusetzen ist. Daraus folgt insgesamt, dass ein Schaden dann nicht mehr besteht, wenn Nutzungsvorteile und Restwert zusammen den gezahlten Kaufpreis erreichen. Das ist hier bei der nach § 287 Abs. 1 ZPO durch den Senat vorzunehmenden Schadensschätzung der Fall.
a)
Nach überwiegender und auch vom Senat geteilter Auffassung bemessen sich die gezogenen Nutzungsvorteile bei Wohnmobilen in der Regel nicht nach der Laufleistung, sondern nach der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer, da anders als bei einem Pkw zur bestimmungsgemäßen Nutzung nicht nur das Fahren gehört, sondern auch und vor allem das Wohnen auf Rädern (Senat, Beschluss vom 25.07.2024 – 4 U


23/22, BeckRS 2024, 20099, Rn. 32; Beschluss vom 24.07.2024 – 4 U 22/22, BeckRS 2024, 20100, Rn. 14; OLG Dresden, Urteil vom 17.11.2023 – 3 U 983/23, BeckRS 2023, 39358, Rn. 34 m.w.N.). Dem steht nicht das Urteil des BGH vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22 – entgegen. Der BGH hat dort lediglich ausgeurteilt, dass für das Vorhandensein eines Differenzschadens der Fortbewegungszweck im Straßenverkehr nicht relevant sei. Eine Aussage zur Schadensberechnung ist dem Urteil nicht zu entnehmen (OLG Brandenburg, Urteil vom 09.04.2024 – 3 U 224/22, BeckRS 2024, 9875, Rn. 53). Zudem kommt es dabei auch nicht darauf an, dass die Beklagte das Basisfahrzeug nicht als Wohnmobil hergestellt und vertrieben hat. Entscheidend ist allein, dass die Klägerin das Fahrzeug als Wohnmobil nutzt.
b)
Die zu erwartende Gesamtnutzungszeit schätzt der Senat in Übereinstimmung mit anderen Oberlandesgerichten auf 15 Jahre (Senat, Beschluss vom 25.07.2024 – 4 U 23/22, BeckRS 2024, 20099, Rn. 33; Beschluss vom 24.07.2024 – 4 U 22/22, BeckRS 2024, 20100, Rn. 15; OLG Brandenburg, Urteil vom 09.04.2024 – 3 U 224/22, BeckRS 2024, 9875, Rn. 55; OLG Dresden, Urteil vom 17.11.2023 – 3 U 983/23, BeckRS 2023, 39358, Rn. 36; OLG Celle, Beschluss vom 16.10.2023 – 7 U 346/22, BeckRS 2023, 30810, Rn. 92; insoweit sogar sachverständig beraten: OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.2016 – 1 U 133/13, BeckRS 2016, 16420, Rn. 105). Ausweislich der Erwerbsunterlagen (Anlage K22) erhielt die Klägerin das Fahrzeug im März 2018. Bei Berücksich-

tigung der Besitzzeit der Klägerin (nur) von April 2018 bis November 2024 ergeben sich Nutzungsvorteile von zumindest 59.000,00 € (Kaufpreis) x 80 Monate / 180 Monate = 26.222,22 €.

c)

Daraus folgt, dass ein Schaden bei einem Restwert von 32.777,78 € vollständig entfiele. Der Restwert ist auch dann zu berücksichtigen, wenn das Fahrzeug bisher nicht veräußert wurde (BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 159/22, BeckRS 2023, 39066, Rn. 13). Dieser Restwert ist überschritten. Das Landgericht hat den Restwert mit 48.000,00 € festgestellt, woran der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellung, die noch dazu entscheidungserheblich sein könnten, zeigt die Berufung nicht auf.

Entgegen der Meinung der Berufung ist für die Ermittlung des Restwertes nicht ein etwaiger mangelbedingter Minderwert wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen her-



auszurechnen. Letztere wären nur dann von Relevanz für den Restwert, wenn die Funktionen zur Folge hätten, dass die Fahrzeuge deswegen nicht oder nur deutlich unter den verlangten Preisen verkauft würden. Derartiges wird von der Klägerin nicht aufgezeigt und ist auch sonst nicht ersichtlich (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 16.10.2023 – 7 U 346/22, BeckRS 2023, 30810, Rnn. 82, 86). Selbst bei Berücksichtigung eines mangelbedingten Minderwerts in Höhe von 15% (sogar berechnet auf Basis des Kaufpreises: 59.000,00 € x 0,15 = 8.850,00 €) wäre ausgehend von 48.000,00 € der zum Entfall des Schadens führende Restwert von 32.777,78 € überschritten.

Ebenfalls besteht kein Grund, eine etwaige Preissteigerung für Wohnmobile bei der Restwertbetrachtung unberücksichtigt zu lassen, selbst wenn der Vortrag der Klägerin insoweit prozessual beachtlich und nicht etwa präkludiert sein sollte. Für die Höhe des Restwerts ist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, BeckRS 2022, 3567, Rn. 23; OLG Bremen, Urteil vom 11.10.2024 – 2 U 155/21, BeckRS 2024, 30573, Rn. 80). Zu dem Zeitpunkt bestimmt sich, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden verbleibt. Eine etwaige zwischenzeitliche Restwertsteigerung ist dabei zu berücksichtigen, denn sie kommt der Klägerin unmittelbar zugute.

III.

Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Der Senat ist im Rahmen der vorliegenden Entscheidung von den Maßstäben ausgegangen, die der Gerichtshof der Europäischen Union und der Bundesgerichtshof zu den sogenannten „Dieselfällen“ aufgestellt haben. Nach einstimmiger Auffassung des Senats ist vorliegend eine Durchführung der mündlichen Verhandlung auch nicht aus sonstigen Gründen geboten.

IV.

Die Klägerin mag innerhalb der im Beschlusstenor genannten Frist erklären, ob die Berufung zurückgenommen wird, was eine Ermäßigung der Gebühr gemäß Nr. 1222 der Anl. 1 zum GKG von 4,0 auf 2,0 zur Folge hätte.



V.

Die Nebenintervenientin dürfte keine solche mehr sein, so dass sie zum Einen im Berufungsverfahren keine Anträge mehr stellen kann und zum Anderen nicht über die Kosten einer Nebenintervention zu entscheiden ist. Die Nebenintervention endet mit

dem Ausscheiden der unterstützten Hauptpartei aus dem Prozess (vgl. OLG München, Beschluss vom 07.04.2014 – 15 W 178/14, juris Rn. 17; Zöller/Althammer, ZPO, 35. Auflage 2024, § 66 ZPO Rn. 18; BeckOK ZPO/Dressler/von Selle, 54. Ed. 1.9.2024, ZPO § 66 Rn. 18; MüKoZPO/Schultes, 6. Aufl. 2020, ZPO § 66 Rn. 25). Die Nebenintervenientin, der allein von der Beklagten zu 3. in der ersten Instanz der Streit verkündet wurde, ist nur aufseiten der erstinstanzlichen Beklagten zu 3. beigetreten (Schriftsatz vom 11.04.2022). Die Beklagte zu 3. ist schon in der ersten Instanz durch Klagerücknahme aus dem Prozess ausgeschieden und nicht Partei des Berufungsverfahrens.