



Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp sowie die Richterinnen Sacher, Borris, Dr. Brenneisen und Dr. C. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. Oktober 2020 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 21. Mai 2021 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt den beklagten Kraftfahrzeughersteller wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung auf Schadensersatz in Anspruch.

- 2 Der Kläger leaste für die Zeit vom 8. Juni 2009 bis zum 7. Juni 2013 von der Volkswagen Leasing GmbH ein von der Beklagten hergestelltes Neufahrzeug des Typs Audi Q5 2.0 TDI. Der Neupreis des Fahrzeugs bei Leasingbeginn betrug 40.294,80 €. Der Kläger leistete monatliche Leasingraten in Höhe von 437 € und eine Leasingsonderzahlung in Höhe von 5.000 €. Am 27. Mai 2013 erwarb er das Fahrzeug bei einem Kilometerstand von 80.000 für 25.680,74 €.
- 3 Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA189 ausgestattet. Dieser verfügte über eine Motorsteuerungssoftware, die erkannte, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand den Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) durchlief, und in diesem Fall eine höhere Abgasrückführungsrate und einen geringeren Stickoxidausstoß als im Normalbetrieb bewirkte. Ein von der Beklagten angebotenes Software-Update wurde aufgespielt. Im Februar 2019 erlitt das Fahrzeug bei einem Kilometerstand von 170.000 einen Motorschaden und wurde seitdem nicht mehr bewegt.
- 4 Der Kläger hat die Beklagte erstinstanzlich auf Schadensersatz in Höhe von insgesamt 68.915,01 € (Leasingraten, Sonderzahlung, Kaufpreis, weitere Aufwendungen und bezifferte Deliktzinsen) nebst Verzugszinsen aus 57.426,42 € Zug um Zug gegen "Rückgabe" des Fahrzeugs, auf Feststellung des Annahmeverzugs und auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Anspruch genommen. Die Beklagte hat die Voraussetzungen einer Schadensersatzverpflichtung in Abrede gestellt und im Übrigen die Einrede der Verjährung erhoben.
- 5 Das Landgericht hat die Beklagte unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an den Kläger 26.853,71 € nebst Verzugszinsen Zug um Zug gegen "Rückgabe" des Fahrzeugs sowie 1.337,44 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Rechtshängigkeitszinsen zu zahlen. Weiter hat es festgestellt, dass sich die Beklagte mit der "Rücknahme" des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde.

6 Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, 15.541,29 € nebst Rechtshängigkeitszinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie 1.029,35 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Rechtshängigkeitszinsen an den Kläger zu zahlen. Die weitergehende Berufung der Beklagten und die Berufung des Klägers, mit der dieser Schadensersatz in Höhe von 65.403,16 € nebst Verzugszinsen aus 54.254,57 € geltend gemacht hat, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

7 Mit seiner Revision begehrt der Kläger - einschließlich der bereits zuerkannten Beträge - Schadensersatz in Höhe von 29.442,93 € nebst Verzugszinsen seit dem 19. Mai 2019 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung des Annahmeverzugs sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.358,86 € nebst Rechtshängigkeitszinsen. Die Beklagte verfolgt mit ihrer Revision ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung aus den Vorinstanzen weiter.

#### Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Revision des Klägers hingegen ist unbegründet.

#### I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

- 10            Der Kläger habe gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB, soweit er seine Ansprüche auf den Kaufvertrag vom 27. Mai 2013 stütze. Das Herstellen und Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung sei als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB zu werten. Die Beklagte hafte aus eigenem deliktischen Handeln. Insoweit könne dahinstehen, ob ihre Haftung auf eine Wissenszurechnung im Volkswagen-Konzern gestützt werden könne. Sie müsse sich jedenfalls auf der Grundlage des Klägervortrags das Verhalten ihrer Entscheidungsträger gemäß § 31 BGB zurechnen lassen. Der Klägervortrag sei ausreichend, um von einer sekundären Darlegungslast der Beklagten zu ihrer angeblichen Unkenntnis von der manipulierten Motorsoftware auszugehen. Dem Kläger sei durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden, der im Abschluss des Kaufvertrags über das streitgegenständliche Fahrzeug liege und durch das spätere Software-Update nicht entfallen sei.
- 11            Als Rechtsfolge könne der Kläger den gezahlten Kaufpreis in Höhe von 25.680,74 € zuzüglich fehlgeschlagener Aufwendungen in Höhe von 619,91 € (Selbstabholerpaket, Spurverbreiterung und Folieneinbau) ersetzt verlangen, insgesamt also 26.300,65 €, Zug um Zug gegen "Rückübereignung" des Fahrzeugs. Allerdings müsse er sich im Wege des Vorteilsausgleichs die von ihm seit dem Kauf gezogenen Nutzungen, die mit 10.759,36 € zu bewerten seien, anrechnen lassen.
- 12            Der Anspruch des Klägers in Höhe von 15.541,29 € sei nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 1 BGB habe frühestens am 1. Januar 2017 begonnen und sei durch die am 27. Mai 2019 beim Landgericht eingegangene und am 23. Juli 2019 zugestellte Klage rechtzeitig gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden. Dem Kläger falle keine grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners bereits im Jahre 2015 zur Last. Es stelle sich nicht als grob fahrlässig

dar, dass er damals keinen Gebrauch von der Möglichkeit gemacht habe, auf der Internetplattform der Beklagten die Betroffenheit seines Fahrzeugs vom "Diesel-skandal" festzustellen. Das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegen die Beklagte habe sich ihm - auch unter Berücksichtigung der Medienberichterstattung - nicht aufgedrängt, weshalb er sich im Jahr 2015 nicht aktiv um die Feststellung der eigenen Betroffenheit habe bemühen müssen.

13 Ein Anspruch des Klägers auf Ersatz der von ihm aufgrund des Leasingvertrags geleisteten Zahlungen in Höhe von insgesamt 25.976 € bestehe nicht. Ein etwaiger Anspruch scheitere jedenfalls daran, dass der gegebenenfalls anzurechnende Nutzungsvorteil der Höhe nach den Leasingzahlungen entspreche. Der Abschluss eines Leasingvertrags stelle eine vom Kauf in wirtschaftlicher Hinsicht grundverschiedene Investitionsentscheidung dar. Dass die Leasingkosten neben dem Bruttoeinkaufspreis des Leasinggebers auch Finanzierungskosten, sonstige Nebenkosten und einen Gewinnanteil enthielten, rechtfertige es nicht, den Leasingnehmer wie einen Käufer zu behandeln. Bei den erbrachten Leasingzahlungen handele es sich um den Preis, den der Kläger entsprechend seinem Willensentschluss für die Nutzung des Fahrzeugs zu zahlen gehabt habe.

14 Die Feststellung des Annahmeverzugs hinsichtlich der Herausgabe des Fahrzeugs könne der Kläger ebenfalls nicht verlangen, weil er mit der Klage die Erstattung des gesamten Kaufpreises - ohne Abzug einer Nutzungsentschädigung - verlangt und daher kein verzugsbegründendes Angebot abgegeben habe. Mangels eines ordnungsgemäßen Herausgabeangebots sei die Beklagte vorprozessual auch nicht in Schuldnerverzug geraten.

## II.

15 Die wechselseitigen Revisionen sind gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO insgesamt statthaft. Das Berufungsgericht hat die Revision unbeschränkt zu-

gelassen. Die vorsorglich eingelegten wechselseitigen Anschlussrevisionen der Parteien und die ebenfalls vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers sind damit gegenstandslos.

16           1. Das Berufungsgericht hat die Zulassung im Tenor seines Urteils ohne Einschränkungen ausgesprochen. Allerdings kann sich eine Zulassungsbeschränkung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch aus den Entscheidungsgründen ergeben, sofern die Beschränkung klar und eindeutig ist. Das ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich die vom Berufungsgericht als zulassungsrelevant angesehene Frage nur für einen eindeutig abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffs stellt, der Gegenstand eines Teilurteils oder eines eingeschränkt eingelegten Rechtsmittels sein kann. Hingegen genügt die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision nicht, um von einer Zulassungsbeschränkung auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17 Rn. 17 f., WM 2019, 495; Beschluss vom 25. Juni 2019 - I ZR 91/18 Rn. 3, juris; Urteil vom 29. September 2020 - VI ZR 449/19 Rn. 12, GRUR 2021, 106; jeweils m.w.N.).

17           2. Dem Berufungsurteil ist eine Beschränkung der Revisionszulassung nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen. In den Entscheidungsgründen heißt es, dass die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen sei, "nachdem die Fragen der Verjährung und der Berechnung des Nutzungsausgleichs bei einem geleastem Fahrzeug" höchstrichterlich ungeklärt seien und von Obergerichten uneinheitlich beurteilt würden. Das lässt eine Beschränkungsabsicht nicht eindeutig erkennen, zumal eine Beschränkung der Revisionszulassung auf die Verjährungsfrage unzulässig und damit wirkungslos wäre (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 2006 - I ZR 2/04 Rn. 19 m.w.N., NJW-RR 2007, 182). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Berufungsgericht die Zulassung in unzulässiger Weise einschränken wollte (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Februar 2011 - XI ZR 291/09, juris).

III.

18 Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

19 1. Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB können mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bejaht werden. Das Berufungsgericht hat nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten im Sinne von § 31 BGB die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat.

20 a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht. Ob ein Verhalten sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB ist, ist dabei eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Kontrolle des Revisionsgerichts unterliegt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 17 f.,



NJW 2021, 1669; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 14 f. m.w.N., BGHZ 225, 316).

- 21            b) Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, handelt ein Automobilhersteller gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleich (BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 19, NJW 2021, 1669; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 16 ff., BGHZ 225, 316).
- 22            Bereits die objektive Sittenwidrigkeit des Herstellens und des Inverkehrbringens von Kraftfahrzeugen mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Verhältnis zum Fahrzeugerwerber setzt voraus, dass es in Kenntnis der Abschaltvorrichtung und im Bewusstsein ihrer - billigend in Kauf genommenen - Unrechtmäßigkeit geschieht (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 21, NJW 2021, 1669; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, VersR 2021, 388; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 28, VersR 2021, 661).
- 23            c) Ein derartiges Vorstellungsbild hat das Berufungsgericht im Hinblick auf Personen, für deren Verhalten die Beklagte einzustehen hat, nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

- 24           aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich ihrer Kenntnis von der fraglichen Motorsteuerungssoftware treffe. Mit diesen Ausführungen und mit einem Verweis auf die Feststellungen des Landgerichts hat es ersichtlich zum Ausdruck bringen wollen, dass eine Kenntnis der Personen, für deren Handeln die Beklagte gemäß § 31 BGB einzustehen hat, aus prozessualen Gründen zu unterstellen sei, weil die Beklagte eine entsprechende Behauptung des Klägers nicht wirksam bestritten habe.
- 25           bb) Mit dieser Begründung kann eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten nicht bejaht werden. Den Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge hat die Beklagte vorgetragen, von der "Umschaltlogik" keine Kenntnis gehabt zu haben. Auf der Grundlage des der revisionsgerichtlichen Beurteilung unterliegenden Verfahrensstoffs (§ 559 ZPO) war dieser Vortrag der Beklagten für ein wirksames Bestreiten ausreichend.
- 26           (1) Wer einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, trägt im Grundsatz die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person hat der Anspruchsteller dementsprechend auch darzulegen und zu beweisen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat. In bestimmten Fällen ist es Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungslast zu den Behauptungen der beweisbelasteten Partei substantiiert zu äußern. Dabei hängen die Anforderungen an die Substantiierung des Bestreitens zunächst davon ab, wie substantiiert der darlegungspflichtige Gegner - hier der Kläger - vorgetragen hat. In der Regel genügt ein einfaches Bestreiten. Eine sekundäre Darlegungslast kann den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei treffen, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung

hat, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm un-  
schwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Genügt der An-  
spruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des  
Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vgl. nur BGH, Urteil  
vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 25 ff. m.w.N., NJW 2021, 1669).

27 (2) Nach diesen Grundsätzen setzt eine sekundäre Darlegungslast der Be-  
klagten zu Vorgängen innerhalb ihres Unternehmens, die auf eine Kenntnis ihrer  
verfassungsmäßigen Vertreter von der Verwendung der unzulässigen Abschalt-  
einrichtung schließen lassen sollen, jedenfalls voraus, dass das Klagevorbringen  
hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen (vgl.  
BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 28 m.w.N., NJW 2021, 1669).  
Derartige Anhaltspunkte ergeben sich aus dem der Beurteilung des Revisions-  
gerichts unterliegenden Verfahrensstoff indes nicht.

28 (a) Das Berufungsgericht hat die Annahme einer sekundären Darlegungs-  
last der Beklagten mit einem pauschalen Verweis auf Klägervortrag aus erstin-  
stanzlichen Schriftsätzen begründet. Diese Erwägung ist schon deshalb nicht  
tragfähig, weil das Berufungsgericht den Vortrag nicht näher bezeichnet hat. Es  
fehlen mithin Feststellungen dazu, ob aus dem Klägervortrag hinreichende An-  
haltspunkte ersichtlich sind, die auf eine Kenntnis der verfassungsmäßigen Ver-  
treter der Beklagten von der Verwendung der unzulässigen Abschaltanlage  
schließen lassen.

29 Dass die Beklagte Dieselmotoren vom Typ EA189, die mit einer unzuläs-  
sigen Abschaltanlage versehen waren (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020  
- VI ZR 252/19 Rn. 17, BGHZ 225, 316), in ihre Fahrzeuge eingebaut hat, genügt  
dafür nicht. Die Motorenverwendung allein spricht - auch unter Berücksichtigung  
der besonderen Bedeutung der Einhaltung gesetzlicher Grenzwerte für den  
Automobilhersteller und der mit dem Einsatz der rechtswidrigen Abschaltanlage

tung verbundenen Risiken - noch nicht für die Annahme, die Unternehmensleitung der Beklagten habe die Entscheidung zur Entwicklung und Verwendung der Abschaltanlage selbst getroffen oder sei in diese eingebunden gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 30, NJW 2021, 1669).

30 (b) Entgegen der Revisionserwiderung des Klägers steht nicht fest, dass der Dieselmotor EA189 im Hause der Beklagten entwickelt wurde (zur Bedeutung dieser Frage für die sekundäre Darlegungslast vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 29, NJW 2021, 1669). Zwar findet sich eine derartige Feststellung im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, worauf sich die Revisionserwiderung beruft. Der revisionsgerichtlichen Prüfung ist jedoch die abweichende Feststellung des Berufungsgerichts zugrunde zu legen, dass der Motor von der Volkswagen AG entwickelt wurde.

31 (c) Es steht auch nicht fest, dass die Beklagte den fraglichen Motor selbst hergestellt hat. Die Revisionserwiderung des Klägers beruft sich auch insoweit ohne Erfolg auf eine entsprechende Feststellung im landgerichtlichen Urteil. Das Berufungsgericht hat zwar in allgemeiner Form auf die Feststellungen des Landgerichts Bezug genommen. Es hat jedoch zugleich - wenn auch indirekt - ausgeführt, dass die Beklagte nicht die Herstellerin des Motors sei, was dem von der Revision der Beklagten aufgezeigten Beklagtenvortrag, sie habe den Motor einschließlich der Steuerungssoftware als Zuliefererprodukt eingekauft, entspricht.

32 cc) Die vom Berufungsgericht offen gelassene Frage, ob eine Haftung der Beklagten auf eine Wissenszurechnung im Volkswagen-Konzern gemäß § 166 BGB gestützt werden könne, ist zu verneinen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 23, NJW 2021, 1669). Im Übrigen hat das Berufungsgericht keine Feststellungen zu dem bei der Volkswagen AG oder bei anderen Konzerngesellschaften vorhandenen Wissen getroffen.

33            2. Die Verurteilung der Beklagten zum Schadensersatz stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Ein Anspruch des Klägers aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 826 BGB kann ebenfalls nicht bejaht werden, weil das Berufungsgericht eine im Unternehmen der Beklagten vorhandene Kenntnis von der unzulässigen Abschaltanlage nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 33 ff., NJW 2021, 1669). Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 VO 715/2007/EG scheiden ebenfalls aus (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Juli 2021 - VII ZR 218/21, z.V.b.; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 10 ff., NJW 2020, 2798; jeweils m.w.N.).

34            3. Danach hat das angefochtene Urteil keinen Bestand, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist. Es ist insoweit aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

35            Eine Entscheidung in der Sache durch den Senat ist nicht veranlasst, weil der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 31 BGB können nicht abschließend verneint werden, da dem Kläger noch Gelegenheit zu geben ist, ergänzend zu einer etwaigen Kenntnis der Beklagten von der unzulässigen Abschaltanlage vorzutragen.

#### IV.

36            Die Revision des Klägers bleibt ohne Erfolg. Das Berufungsurteil hält, soweit darin zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist und es von ihm mit der Revision angegriffen wird, der revisionsrechtlichen Prüfung stand, wenn - wie im Folgenden - eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach unterstellt wird.

37 1. Die Anrechnung und Bemessung der vom Kläger gezogenen Nutzungsvorteile lässt keine Rechtsfehler des Berufungsgerichts erkennen.

38 a) Nach den im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten, auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beruhenden Grundsätzen der Vorteilsausgleichung sind dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile anzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Allerdings sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (st. Rspr., BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 65, BGHZ 225, 316; Urteil vom 6. August 2019 - X ZR 165/18 Rn. 8 f.; Urteil vom 10. Juli 2008 - VII ZR 16/07 Rn. 20, NJW 2008, 3359; Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06 Rn. 18, BGHZ 173, 83; jeweils m.w.N.). Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung gelten auch für einen Anspruch aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 66, BGHZ 225, 316; Urteil vom 14. Oktober 1971 - VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137, juris Rn. 15; jeweils m.w.N.). Ein solcher Anspruch ist ebenfalls im Wege der Vorteilsanrechnung um die Nutzungsvorteile zu kürzen, die dem Geschädigten in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 64 ff. m.w.N., BGHZ 225, 316).

39 Die Bemessung der Höhe eines Schadensersatzanspruchs - und damit des auf den Schaden anzurechnenden Vorteils - ist in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter erhebliches Vorbringen der Parteien unberücksichtigt gelassen, Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 84/10 Rn. 17, NJW 2013, 525; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 79, BGHZ 225, 316; jeweils m.w.N.).

40 b) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass ein Anspruch des Klägers auf Erstattung der Leasingraten nicht besteht, weil der Wert der während der Leasingzeit erlangten Nutzungsvorteile der Höhe nach den Leasingzahlungen entspricht.

41 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger das Fahrzeug für die Zeit vom 8. Juni 2009 bis zum 7. Juni 2013 geleast und dafür Leasingzahlungen in Höhe von insgesamt 25.976 € (48 Monatsraten zu je 437 € zuzüglich 5.000 € Sonderzahlung) erbracht. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass bereits bei Abschluss des Leasingvertrags ein späterer Erwerb des Fahrzeugeigentums durch den Kläger vereinbart worden wäre. Jedenfalls vor diesem Hintergrund ist die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe mit dem Abschluss des Leasingvertrags eine vom Kauf grundverschiedene Investitionsentscheidung getroffen, die es rechtfertigt, den anzurechnenden Nutzungsvorteil anders als beim Kauf zu bestimmen (vgl. zur Bedeutung der Investitionsentscheidung für die Bemessung des Nutzungsvorteils: BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 - VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235, juris Rn. 15 und 18; Urteil vom 25. Oktober 1995 - VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250, juris Rn. 27 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15. Februar 2021

- 19 U 203/20, juris Rn. 37; BeckOGK/Mössner, BGB, Stand: 1.3.2021, § 100 Rn. 11.4 m.w.N.), nicht zu beanstanden.

42           bb) Nach der auch vom Berufungsgericht vertretenen, in der obergerichtlichen Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung entspricht im Rahmen der deliktischen Vorteilsausgleichung der Wert der während der Leasingzeit erlangten Nutzungsvorteile eines Kraftfahrzeugs der Höhe nach den vertraglich vereinbarten Leasingzahlungen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 15. Februar 2021 - 19 U 203/20, juris Rn. 34 ff.; OLG Dresden, Beschluss vom 2. Februar 2021 - 17 U 1492/19, juris Rn. 10 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Januar 2021 - 23 U 73/19, juris Rn. 55 f.; OLG München, Beschluss vom 14. Dezember 2020 - 32 U 5915/20, juris Rn. 11; OLG Bamberg, Beschluss vom 22. Juli 2020 - 3 U 321/19, juris Rn. 33 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 9. April 2020 - 2 U 156/19, juris Rn. 25 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21. Januar 2020 - 17 U 2/19, juris Rn. 118 ff.). Nach der Gegenansicht (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 2. November 2020 - 12 U 174/20, NJW-RR 2021, 276, juris Rn. 39; Andreae DAR 2020, 459 f.; Wick/Gutman NZV 2021, 78 ff.; BeckOGK/Ziemßen, BGB, Stand: 1.4.2021, § 535 Rn. 959) ist auch im Fall des Leasings eine Bewertung der Nutzungsvorteile im Rahmen des Vorteilsausgleichs nach der für den Fahrzeugkauf anerkannten Berechnungsformel vorzunehmen (Fahrzeugpreis mal Fahrstrecke geteilt durch Laufleistungserwartung, vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 354/19 Rn. 12 f. m.w.N., BGHZ 226, 322). Der erstgenannten Auffassung gebührt der Vorzug. Ob eine andere Betrachtung dann geboten ist, wenn aufgrund der Vertragsgestaltung von vornherein feststeht, dass der Leasingnehmer das Fahrzeug nach Ablauf der Leasingzeit übernimmt (vgl. OLG Köln, Urteil vom 17. Dezember 2020 - 15 U 84/20, juris Rn. 22 f.), kann hier dahinstehen.

43           (1) Der Käufer eines Fahrzeugs erwirbt die Möglichkeit, das Fahrzeug ohne zeitliche Begrenzung über die gesamte Laufleistung - bis zum Eintritt der Gebrauchsuntauglichkeit - zu nutzen. Kaufpreiszahlung und Gesamtnutzung



stehen sich "kongruent" und daher anrechenbar gegenüber; sie sind bei werten-der Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19 Rn. 40, NJW 2021, 1669). Es ist daher sachgerecht, zur Bewertung der Fahrzeugnutzung den Kaufpreis - als tauglichen Anhaltspunkt für den objektiven Fahrzeugwert (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2021 - VI ZR 274/20 Rn. 23, ZIP 2021, 1220) - zur Laufleistungserwartung im Kaufzeitpunkt ins Verhältnis zu setzen und den daraus resultierenden Nutzungswert pro Kilometer Fahrstrecke mit der seit dem Kauf zurückgelegten Strecke zu multiplizieren.

44           (2) Der Leasingnehmer hingegen erwirbt die Möglichkeit, das Fahrzeug über einen konkreten Zeitraum zu bestimmten, mit dem Leasinggeber vereinbarten Bedingungen zu nutzen. Diese besondere Art der Fahrzeugnutzung hat einen eigenen, grundsätzlich zeitraumbezogenen Wert, der den Leasingzahlungen anrechenbar gegenübersteht und für den der vereinbarte Leasingpreis einen tauglichen Anhaltspunkt bildet. Dies entspricht dem Grundsatz, dass der objektive Wert eines herauszugebenden Gebrauchsvorteils regelmäßig anhand des marktüblichen Preises einer vertraglichen Gebrauchsgestattung zu bemessen ist, sofern nicht die Herausgabenorm eine andere Bewertung erfordert, wie es insbesondere bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrags der Fall ist (vgl. BeckOK BGB/Fritzsche, Stand: 1. August 2021, § 100 Rn. 10; Staudinger/Stieper, BGB, 2017, § 100 Rn. 5; jeweils m.w.N.).

45           Kann der Leasingnehmer das Fahrzeug - wie im Streitfall der Kläger - über die gesamte Leasingzeit ohne wesentliche Einschränkung nutzen, hat er den Vorteil, auf den der Abschluss des Leasingvertrags gerichtet war, in vollem Umfang realisiert. Der Vorteil kompensiert in diesem Fall den gesamten mit den Leasingzahlungen verbundenen finanziellen Nachteil. Dies entspricht der Situation

eines Fahrzeugkäufers, der die Laufleistungserwartung des Fahrzeugs ausgeschöpft hat (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 354/19 Rn. 15, BGHZ 226, 322).

46 (3) Dies steht nicht in Widerspruch zu dem Grundsatz, dass es im Rahmen der Vorteilsausgleichung auf den objektiven Wert der erzielten Vorteile ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 31. März 2006 - V ZR 51/05 Rn. 10, BGHZ 167, 108). Der Grundsatz besagt nicht, dass der objektive Wert der Nutzung eines Fahrzeugs unabhängig von den Rahmenbedingungen stets nach den gleichen Kriterien zu bestimmen ist. Dass der Kläger im Ergebnis eine höhere Vorteilsanrechnung hinnehmen muss, als ein Käufer, der das Fahrzeug anstatt es zu leasen, zum Neupreis von 40.294,80 € gekauft und sodann im gleichen Umfang wie geschehen genutzt hätte, ist sachgerecht. Der Unterschied folgt daraus, dass der Leasingnehmer eine andere Investitionsentscheidung trifft als der Käufer, auch wenn seine Rechtsstellung in mancher Hinsicht der des Käufers entspricht (vgl. Wick/Gutman, NZV 2021, 78, 82 f.). Dass den Leasingnehmer über die Vorteilsanrechnung der überproportionale anfängliche Wertverlust des Fahrzeugs trifft, während der Käufer insoweit von der linearen Berechnung des Nutzungsvorteils profitiert, ist nicht unbillig. Anders als der Käufer erwirbt der Leasingnehmer grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die gesamte Laufleistungserwartung (kostengünstig) auszunutzen. Vielmehr ist die Realisierung des anfänglichen Wertverlusts seiner Investitionsentscheidung immanent.

47 (4) Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der objektive Leasingwert, auf den es nach dem Gesagten für die Vorteilsanrechnung ankommt, geringer gewesen wäre als der zwischen dem Kläger und der Leasinggeberin vereinbarte Leasingpreis. Vielmehr hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Leasingraten den üblichen Leasinggebühren entsprachen und der Kläger beim Leasing eines gleichwertigen Fahrzeugs entsprechende Zahlungen hätte erbringen müssen.

48            Der Leasingpreis ist für die Vorteilsanrechnung nicht um die darin enthaltene Finanzierungskosten, den Gewinn des Leasinggebers oder andere Nebenkosten zu kürzen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 10. Dezember 2019 - 13 U 86/18, juris Rn. 137; OLG Karlsruhe, Urteil vom 4. November 2020 - 13 U 1328/19, juris Rn. 68 f.; Andreae, DAR 2020, 459, 460; dagegen OLG Dresden, Beschluss vom 2. Februar 2021 - 17 U 1492/19, juris Rn. 12). Solche Kosten liegen in der Natur des Leasingvertrags und fließen in den objektiven Wert der leasingmäßigen Fahrzeugnutzung ein. Hinsichtlich der Finanzierungskosten besteht bei dem Leasingvertrag ein Unterschied zum Fall des Fahrzeugkaufs, bei dem etwaige Finanzierungskosten den objektiven Nutzungsvorteil nicht erhöhen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2021 - VI ZR 274/20 Rn. 23, ZIP 2021, 1220). Die Behandlung des Gewinnanteils entspricht hingegen der Situation beim Kauf, da dort der Gewinn des (gewerblichen) Verkäufers über den Kaufpreis ebenfalls in die Berechnung des Nutzungsvorteils einfließt.

49            c) Hinsichtlich des Fahrzeugkaufs vom 27. Mai 2013 hat das Berufungsgericht - vorbehaltlich der Vorteilsanrechnung - Schadenspositionen in Höhe von insgesamt 26.300,65 € für ersatzfähig erachtet. Die Zurückweisung weiterer Positionen nimmt die Revision des Klägers hin. Den anzurechnenden Nutzungsvorteil für die seit dem Kauf des Fahrzeugs gefahrenen 90.000 km hat das Berufungsgericht auf der Grundlage einer Restlaufleistungserwartung von 220.000 km im Kaufzeitpunkt gemäß § 287 ZPO mit 10.759,36 € bewertet und dementsprechend einen verbleibenden Schadensersatzanspruch in Höhe von 15.541,29 € zuerkannt. Dies lässt keine Rechtsfehler zulasten des Klägers erkennen und wird von der Revision des Klägers auch nicht angegriffen.

50            2. Die Revision des Klägers ist auch insoweit unbegründet, als sie sich gegen die Abweisung des Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs richtet. In dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt, dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz, hat der Kläger sein Angebot zur

"Rückgabe" des Fahrzeugs an unberechtigte Bedingungen geknüpft, nämlich an die Erstattung seiner vollen Leasing- und Kaufpreiszahlungen (ohne Anrechnung der erlangten Nutzungsvorteile) und die Zahlung von Deliktzinsen. Ein zur Begründung von Annahmeverzug geeignetes Angebot ist unter diesen Umständen nicht gegeben (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 2021 - VI ZR 3/20 Rn. 15, VersR 2021, 985; Urteil vom 14. Dezember 2020 - VI ZR 573/20 Rn. 4, WM 2021, 139; jeweils m.w.N.). Das vorgerichtliche Schreiben vom 9. Mai 2019, auf das sich die Revision des Klägers beruft, enthält ebenfalls kein ordnungsgemäßes Angebot, da die darin angebotene "Rückgabe" und Übereignung nicht vorbehaltlos erfolgen sollte, sondern ersichtlich mit einer deutlich übersetzten Forderung in Höhe von 70.529,47 € verknüpft war. Im Übrigen wäre ein etwaiges ordnungsgemäßes Angebot durch die Antragstellung im Prozess überholt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 397/19 Rn. 30, NJW 2020, 2806 mit Nachweisen zur Beendigung des Annahmeverzugs durch Rücknahme eines Angebots).

51

3. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht dem Kläger lediglich Prozesszinsen gemäß § 291 BGB seit dem 24. Juli 2019 zugesprochen. Entgegen der Ansicht der Revision des Klägers ist die Beklagte aufgrund ihres vorgerichtlichen Schreibens vom 15. Mai 2019 nicht in Zahlungsverzug geraten. Das Schreiben erfüllt nicht die an eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu stellenden strengen Voraussetzungen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 1998 - X ZR 90/96, NJW-RR 1999, 560, juris Rn. 7; Urteil vom 18. Januar 1991 - V ZR 315/89, NJW 1991, 1822, juris Rn. 22; jeweils m.w.N.). Das Schreiben enthielt - in ersichtlich standardisierter Form - den Versuch, den Kläger mit Ausführungen zum damals bereits durchgeführten Software-Update zufriedenzustellen, verbunden mit der Bitte, sich bei etwaigen technischen Problemen wieder zu melden. Die in dem Schreiben ausgesprochene Ablehnung der Fahrzeugrücknahme allein genügt für eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung nicht. Im Übrigen kann das Schreiben nicht losgelöst von der Tatsache bewertet werden, dass es die Antwort auf eine weit überhöhte

Forderung des Klägers darstellte (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1991 - V ZR 315/89, NJW 1991, 1822, juris Rn. 22). Es ist nicht ohne Weiteres auszuschließen, dass die Beklagte auf eine der Rechtslage entsprechende Forderung anders reagiert hätte.

52                    4. Schließlich kann der Kläger auch keine über die vom Berufungsgericht zuerkannten 1.029,35 € hinausgehenden vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangen. Das Berufungsgericht ist bei der - auch rechnerisch korrekten - Ermittlung der ersatzfähigen Kosten zutreffend von einem Gegenstandswert von 15.541,29 € und von der Gebührenhöhe zur Zeit der vorgerichtlichen Anwalts-tätigkeit ausgegangen.

Pamp

Sacher

Borris

Brenneisen

C. Fischer

Vorinstanzen:

LG Ellwangen, Entscheidung vom 20.12.2019 - 1 O 9/19 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 09.10.2020 - 12 U 33/20 -