



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

Vla ZR 589/21

Verkündet am:  
7. November 2022  
Wendt  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIa. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2022 durch die Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Menges als Vorsitzende, die Richterin Möhring, die Richter Dr. Götz, Dr. Rensen und die Richterin Dr. Vogt-Beheim

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 4. November 2021 im Kostenpunkt insgesamt und in der Hauptsache teilweise aufgehoben und im Ausspruch zur Hauptsache wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Stade vom 3. Dezember 2020 teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 11.806,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. August 2020 Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs Volkswagen Passat Variant Highline BMT 2,0l TDI (FIN: ) zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszugs tragen der Kläger 70% und die Beklagte 30%. Von den Kosten des zweiten Rechtszugs tragen der Kläger 49% und die Beklagte 51%. Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Zusammenhang mit der Abgasrückführung in einem Kraftfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.
- 2 Der Kläger erwarb am 11. Juni 2012 von einem Händler ein Neufahrzeug des Typs VW Passat Variant Highline BMT 2,0 I TDI zum Kaufpreis von 41.339,43 €. Der Motor enthielt eine Software, die auf dem Prüfstand vom regulären Abgasrückführungsmodus 0 in den stickoxid-optimierten Modus 1 wechselte (Umschaltlogik; vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 16 ff.). Die Software wurde im Herbst 2015 öffentlich bekannt.
- 3 Mit seiner im August 2020 erhobenen Klage hat der Kläger die Beklagte auf Erstattung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung nebst Prozesszinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, Feststellung des Annahmeverzugs und die Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Prozesszinsen in Anspruch genommen. Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 18.006,98 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.171,67 €, jeweils nebst Prozesszinsen, verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung aus den Vorinstanzen weiter, soweit sie zur Zahlung von mehr als dem Händlereinkaufspreis abzüglich Überführungskosten und der vom Kläger erlangten Nutzungsvorteile nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs sowie zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Entscheidungsgründe:

4 Die uneingeschränkt statthafte (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 - Via ZR 8/21, BGHZ 233, 16 Rn. 16 ff.; Urteil vom 21. März 2022 - Via ZR 275/21, WM 2022, 745 Rn. 7) und auch im Übrigen zulässige Revision hat im Wesentlichen Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLG Celle, Urteil vom 4. November 2021 - 7 U 4/21, juris), soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, wie folgt begründet: Der Kläger habe einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 31 BGB gegen die Beklagte in Höhe von 18.006,98 € (41.339,43 € Kaufpreis abzüglich 23.332,45 € Nutzungsentschädigung), dessen Durchsetzung die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung hindere. Dem Kläger stehe allerdings gemäß §§ 826, 852 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte ein Restschadensersatzanspruch in Höhe des von der Beklagten aus dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs Erlangten zu. Durch den Verkauf des Fahrzeugs an den Händler habe die Beklagte den Händlereinkaufspreis (Händlerverkaufspreis abzüglich der Händlermarge von 15%, mithin 35.138,52 €) auf Kosten des Klägers erlangt. Der Anspruch auf Restschadensersatz sei jedoch auf den dem Kläger als Schadensersatz zustehenden Betrag von 18.006,98 € beschränkt. Außerdem könne der Kläger den Ersatz von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.171,67 € verlangen.

II.

6 Diese Erwägungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

7 1. Dabei ist die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe dem Grunde nach ein Restschadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 852 Satz 1 BGB

gegen die Beklagte zu, aufgrund des beschränkten Revisionsangriffs (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 2022 - V ZR 35/21, NJW 2022, 2685 Rn. 8) einer Überprüfung entzogen.

- 8            2. Die der Bemessung der Höhe des Restschadensersatzanspruchs aus §§ 826, 852 Satz 1 BGB zugrundeliegende Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe aus dem Verkauf des Fahrzeugs an den Händler gemäß § 818 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Betrag in Höhe von 35.138,52 € erlangt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2022 - VIa ZR 57/21, WM 2022, 742 Rn. 16 f.). Die ihr zugrundeliegenden Feststellungen sind für den Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindend. Die von der Revision dagegen gerichteten Rügen greifen nicht durch.
- 9            a) Soweit die Revision unter Verweis auf die - weder vom Land- noch vom Berufungsgericht in Bezug genommene - Bestellung vom 11. Juni 2012 beanstandet, von diesem Betrag seien Kosten für die Überführung des Fahrzeugs an den Händler in Höhe von 350 € in Abzug zu bringen, liegt darin keine nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO ordnungsgemäß ausgeführte Verfahrensrüge. Dass die Beklagte in den Vorinstanzen zu den Kalkulationsgrundlagen des Händlerverkaufspreises vorgetragen und eingewandt habe, Ausgangspunkt der Ermittlung des Händlereinkaufspreises müsse der um diese Positionen bereinigte Händlerverkaufspreis sein, zeigt die Revision nicht auf.
- 10           b) Aus der von ihr angeführten Entscheidung des Senats vom 27. Juli 2022 (VIa ZR 601/21, NJW 2022, 2752 Rn. 16) kann die Revision zu ihren Gunsten ebenfalls nichts herleiten. Diese Entscheidung betraf eine Revision des beklagten Herstellers gegen eine Berufungsentscheidung, bei der das dortige Berufungsgericht zugunsten des Herstellers Überführungs- und Zulassungskosten bei der Ermittlung des Händlereinkaufspreises außer Acht gelassen hatte. Diese Verfahrensweise musste im dortigen Revisionsverfahren schon nach § 557 Abs. 1 ZPO unbeanstandet bleiben.

11            3. Einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand hält dagegen die Berechnung des Restschadensersatzanspruchs durch das Berufungsgericht.

12            Das Berufungsgericht hat bei der Ermittlung der Höhe des aus §§ 826, 852 Satz 1, § 818 Abs. 1 BGB geschuldeten Restschadensersatzes übersehen, dass - was der Senat nach Erlass des Berufungsurteils näher ausgeführt hat (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 57/21, WM 2022, 742 Rn. 16) - der von der Beklagten erlangte Händlereinkaufspreis nicht lediglich als Vergleichsgröße heranzuziehen, sondern Ausgangspunkt für die Berechnung der Höhe des Restschadensersatzanspruchs ist. Entsprechend hätte das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner unangefochtenen Feststellungen, weil auch der Restschadensersatzanspruch der Vorteilsausgleichung unterliegt, die von ihm gemäß § 287 ZPO geschätzten Nutzungsvorteile in Höhe von 23.332,45 € von dem von ihm als erlangt ermittelten Händlereinkaufspreis in Höhe von 35.138,52 € abziehen müssen, so dass es rechtsfehlerfrei zu einem Anspruch in der Hauptsache von nur 11.806,07 € gelangt wäre.

13            4. Der Kläger kann außerdem nicht die Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten beanspruchen. §§ 826, 852 Satz 1 BGB ergeben einen solchen Anspruch nicht, weil Vermögensnachteile, die dem Kläger durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der vorgerichtlichen Geltendmachung seines Schadensersatzanspruchs entstanden sind, nicht zu einer Vermögenmehrung bei der Beklagten geführt haben (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 8/21, BGHZ 233, 16 Rn. 77; Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 57/21, WM 2022, 742 Rn. 21). Der Kläger kann die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten auch nicht als Verzugsschaden beanspruchen, denn die Beklagte befand sich bis zum Erhalt des anwaltlichen Aufforderungsschreibens vom 11. Juni 2020 nicht in Verzug (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 8/21, aaO, Rn. 78).

III.

14            Danach ist das Berufungsurteil in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), da es sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei der Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Weitere tatrichterliche Feststellungen sind nicht erforderlich, nachdem das - insoweit gemäß § 287 ZPO besonders freigestellte - Berufungsgericht die zur Bemessung des klägerischen Anspruchs erforderlichen Feststellungen getroffen hat.

Menges

Möhring

Götz

Rensen

Vogt-Beheim

Vorinstanzen:

LG Stade, Entscheidung vom 03.12.2020 - 3 O 134/20 -

OLG Celle, Entscheidung vom 04.11.2021 - 7 U 4/21 -