

**Titel:**

**Kein Schadensersatz bei Erwerb eines vom Diesel-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs mit Rückgabeoption**

**Normenketten:**

BGB § 31, § 158, § 199 Abs. 1 Nr. 2, § 254 Abs. 2 S. 1, § 433, § 488, § 826, § 831

HGB § 377

AktG § 93 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Unterstellt man positive Kenntnis eines vormaligen Mitglieds des Vorstandes der VW AG über die Vorgänge und Manipulationen im Zusammenhang mit dem EA 189 aus der Zeit seiner dortigen Tätigkeit, hatte auch die Audi AG seit dessen Wechsel in deren Vorstand ebenfalls Kenntnis hiervon, wobei dieses Wissen offenbarungspflichtig im Sinne einer Garantienpflicht aus Ingerenz war, zumal die Audi AG die EA 189-Motoren völlig ungeprüft übernommen und in ihre Fahrzeuge eingebaut haben will. (Rn. 21 und 26) (redaktioneller Leitsatz)

2. Gegenüber der Audi AG wird für Käufer von betroffenen Fahrzeugen der Lauf der Verjährungsfrist erst in Gang gesetzt, wenn sie nicht nur Kenntnis vom Dieselskandal an sich, sondern auch von der Tatsache haben, dass ein Vorstandsmitglied der Audi AG aufgrund seiner früheren Stellung als Markenvorstand der VW AG etwas von den Manipulationen am EA 189 wahrscheinlich mitbekommen haben musste. (Rn. 56) (redaktioneller Leitsatz)

3. Kann der Leasingnehmer das Fahrzeug über die gesamte Leasingzeit ohne wesentliche Einschränkung nutzen, hat er den Vorteil, auf den der Abschluss des Leasingvertrags gerichtet war, in vollem Umfang realisiert. Dieser Vorteil kompensiert den gesamten mit den Leasingzahlungen verbundenen finanziellen Nachteil. (Rn. 69) (redaktioneller Leitsatz)

4. Ist dem Käufer eine Option eingeräumt, das – finanziert erworbene – Fahrzeug an seinen Verkaufshändler gegen Erlass der Schlussrate zurückzugeben, trifft ihn die Obliegenheit, diese Option zu ziehen, um einen Schadenseintritt bei sich zu verhindern. (Rn. 73) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Rückgabeoptionsrecht, Schlussratenerlass, Diesel-Abgasskandal, EA 189, Audi AG, Wechsel eines Vorstandsmitglieds, Garantienpflicht aus Ingerenz, Leasing, Vorteilskompensation, Obliegenheit zur Ziehung der Option

**Vorinstanzen:**

LG Ingolstadt, Berichtigungsbeschluss vom 12.04.2021 – 81 O 2447/19

LG Ingolstadt, Endurteil vom 09.02.2021 – 81 O 2447/19

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH Karlsruhe, Urteil vom 27.03.2023 – VIa ZR 657/21

**Weiterführende Hinweise:**

Revision zugelassen

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 34170

**Tenor**

I. Auf die Berufung wird das Endurteil des LG Ingolstadt vom 09.02.2021 (Aktenzeichen: 81 O 244/19; Bl. 331/344 d. A.), berichtigt durch Beschluss des LG Ingolstadt vom 12.04.2021 (Bl. 375/376 d. A.), unter teilweiser Aufhebung abgeändert und statt der Ziffern 1 bis 4 wie folgt neu gefasst:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

3. Das Urteil ist für die Beklagte gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrag vorläufig vollstreckbar.

II. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsrechtsstreits.

IV. Das unter Ziffer I. genannte und dieses Urteil sind jeweils vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

V. Die Revision wird zugelassen.

## **Entscheidungsgründe**

A

1

Die Parteien streiten um (angebliche) Schadensersatzansprüche des Klägers im Rahmen des sogenannten Dieselskandals, hier betreffend den Kauf (nicht Operating-Leasingvertrag) eines gebrauchten Audi A4 Avant 2.0 TDI am 12.07.2013 mit einem Km-Stand von 12.000 km für € 29.800,00, wovon € 19.800,00 finanziert wurden (vgl. Anlage K 1). Das Fahrzeug verfügt über einen Motor vom Typ EA 189 EU 5.

2

Hinsichtlich der festgestellten Tatsachen wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Feststellungen im Endurteil des LG Ingolstadt vom 09.02.2021 (Bl. 331/344 d. A.), berichtigt durch Beschluss des LG Ingolstadt vom 12.04.2021 (Bl. 375/376 d. A.), verwiesen.

3

Erstinstanzlich war unstrittig, dass der Kläger die Finanzierungsvereinbarung verbunden mit einem verbrieften Rückgaberecht dergestalt vereinbart hatte, dass er das Fahrzeug zum Ende der Finanzierungszeit (hier: 01.08.2018) dem Händler zurückgeben konnte, wobei in diesem Fall dem Kläger die Schlussrate erlassen wurde.

4

Die Beklagte ist eine (fast) hundertprozentige Tochter der V. AG und unterliegt einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

5

Das LG Ingolstadt hat die Beklagte mit Endurteil vom 09.02.2021 (Bl. 321/344 d. A.), berichtigt durch Beschluss vom 12.04.2021 (Bl. 375/376 d. A.), verurteilt, an den Kläger € 7.665,31 nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs sowie € 800,39 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen zu bezahlen und im Übrigen die Klage abgewiesen.

6

Dagegen richten sich die Berufungen der Parteien.

7

Der Kläger bestreitet in der Berufungsinstanz erstmals die Vereinbarung eines Rückgaberechts.

8

Er ist im Übrigen der Ansicht, das Erstgericht hätte die Berechnung der Nutzungsvorteile des Klägers nicht degressiv sondern linear unter Zugrundelegung einer Laufleistung von 350.000 km durchführen müssen.

9

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere EUR 5.712,97 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.01.2019 zu zahlen und im Übrigen die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

**10**

Hilfsweise,

das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Ingolstadt, Az.: 81 O 2447/19, verkündet am 09.02.2021 aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurück zu verweisen,

hilfsweise,

die Revision zuzulassen.

**11**

Die Beklagte stellt ihre Haftung in Abrede. Verantwortlich für den EA 189-Motor sei allein der Mutterkonzern V. AG gewesen, die Beklagte habe die Motoren ohne weitere Prüfung in ihre Fahrzeuge eingebaut.

**12**

Sie beantragt,

das am 09.02.2021 verkündete Urteil des Landgerichts Ingolstadt, 81 O 2447/19 im Umfang der Beschwer der Beklagten und Berufungsklägerin abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

**13**

Die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

**14**

Wegen des Vortrags der Parteien wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze verwiesen.

**15**

Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme des Klägers als Partei. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll verwiesen.

**B**

**16**

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg, die des Klägers bleibt erfolglos:

I.

**17**

Die zulässige Berufung (§§ 511, 517, 520 ZPO) der Beklagten ist begründet, die Klage ist insgesamt abzuweisen (§ 826 BGB):

**18**

1. Nach Ansicht des Senats haftet die Beklagte allerdings dem Grunde nach dem Kläger auf Schadensersatz nach § 826 BGB:

**19**

a) Die Vorstände der Beklagten hatten nämlich am 12.07.2013 (Tag des Kaufs durch den Kläger) bereits entsprechendes positives eigenes Wissen (§ 31 BGB) über die Manipulationen am EA 189 durch die V. AG aufgrund Einbaus einer Umschaltlogik in die Abgasrückführung, die bewirkte dass der Motor auf dem Prüfstand ein ganz anderes Abgasverhalten zeigte als im normalen Straßenbetrieb (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078):

**20**

aa) Im vorliegenden Fall ergibt sich in Abweichung zu den im Urteil des BGH vom 08.03.2021 (VI ZR 505/19, WM 2021, 751) zugrunde gelegten Tatsachen die Besonderheit, dass H. zum 01.07.2013 Mitglied im Vorstand der A. AG (Entwicklungschef) wurde und es bis zum Herbst 2015 blieb. Zuvor war er bei der Konzernmutter (V. AG) seit 01.01.2007 Markenvorstand mit dem Geschäftsbereich Entwicklung gewesen.

**21**

bb) Unterstellt man zunächst positive Kenntnis (dazu sogleich unter Ziffer B I 1 b ff) des Herrn H. über die Vorgänge und Manipulationen im Zusammenhang mit dem EA 189 aus der Zeit seiner Tätigkeit bei der Konzernmutter (V. AG), hatte die Beklagte seit dem 01.07.2013 über Herrn H. ebenfalls Kenntnis hiervon (§ 31 BGB).

## 22

cc) Dass das Fahrzeug des Klägers bereits erstmalig zugelassen und damit von der Beklagten vor dem 01.07.2013 in Verkehr gebracht worden war, hindert eine Haftung nach § 826 BGB unter dem Blickwinkel der (nachträglichen unterlassenen) Aufklärungspflicht aufgrund vorangegangenen pflichtwidrigen Tuns (Ingerenz) nicht.

## 23

Dem Handeln im Sinne eines positiven Tuns steht ein Unterlassen nur gleich, sofern eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Bei den unechten Unterlassungsdelikten muss ein besonderer Rechtsgrund festgestellt werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter aktiv zu werden. Der Täter muss rechtlich verpflichtet sein, den deliktischen Erfolg abzuwenden, also eine Garantenstellung innehaben. Eine sittliche Pflicht oder die bloße Möglichkeit, den Erfolg zu verhindern, genügen nicht. Ob eine solche Garantenstellung besteht, die es rechtfertigt, das Unterlassen der Erfolgsabwendung dem Herbeiführen des Erfolgs gleichzustellen, ist nicht nach abstrakten Maßstäben zu bestimmen. Vielmehr hängt die Entscheidung von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab; dabei bedarf es einer Abwägung der Interessenlage und der Bestimmung des konkreten Verantwortungsbereichs der Beteiligten. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Garantenstellung aus einer rechtlichen Sonderbeziehung hergeleitet werden soll (BGH, Urteil vom 14.10.2014, VI ZR 466/13, WM 2014, 2214, 2216, Randziffer 17; s.a. Urteil vom 27.02.2020, VII ZR 151/18, NJW 2020, 1514, 1519f., Randziffer 49). Alle Erfolgsabwendungspflichten beruhen auf dem Grundgedanken, dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen (BGH, Beschluss vom 08.03.2017, 1 StR 466/16, WM 2017, 1047, 1049, Randziffer 16).

## 24

Eine Rechtspflicht zur Prüfung und zur Abwendung einer Rechtsverletzung kann sich nicht nur aus dem Gesetz oder aus vertraglichen Regelungen ergeben, sondern auch aus dem Gesichtspunkt eines gefahrerhöhenden Verhaltens, insbesondere aus der Verletzung von Verkehrspflichten (BGH, Urteil vom 09.11.2011, I ZR 150/09, GRUR 2012, 304, 308, Randziffer 60).

## 25

Betrachtet man jüngere Entscheidungen des BGH zur Frage bestehender Garantenpflicht aus vorangegangenen pflichtwidrigem Tun, wurde eine solche Garantenpflicht bejaht für den Nichtverschluss der Zugangsdaten zu einem eBay-Konto (vgl. BGH, Urteil vom 11.03.2009, I ZR 114/06, WM 2009, 1005, 1006, Randziffer 18), für von vorneherein durch den Host-Provider ermöglichte wettbewerbswidrige Werbeanzeigen auf Internetseiten (vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2010, I ZR 155/09, GRUR 2011, 617, 620, Randziffer 45), für das Zulassen des Angebots von gewaltverherrlichenden Medien auf einer Internethandelsplattform für den Plattformbetreiber (hier: eBay; vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2007, I ZR 18/04, WM 2007, 1812, 1816, Randziffer 36), für die Ankündigung einer telefonischen Beratung durch einen Steuerhilfeverein ohne Hinweis auf die Notwendigkeit der Mitgliedschaft der zu Beratenden (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2007, I ZR 153/04, GRUR 2008, 186, 188, Randziffer 21) sowie für die Rabattgutscheinwerbung für Glasschadensbehebung zur Reduzierung der Selbstbeteiligung des Geschädigten ohne Zustimmung der jeweiligen Versicherung (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007, I ZR 60/05, GRUR 2008, 530, 532, Randziffer 21).

## 26

Im vorliegenden Fall wusste (s. dazu unten unter Ziffer B I 1 b ff) Herr H. aus der Zeit seiner Tätigkeit bei der V. AG als Markenvorstand mit dem Bereich Entwicklung positiv von den Abgasmanipulationen mit Umschaltlogik rund um den EA 189. Dann vermittelte er der Beklagten spätestens ab dem 01.07.2013 als Mitglied in deren Vorstand entsprechendes Wissen (§ 31 BGB). Angesichts der großen Tragweite der Manipulation (jedem Eigentümer/Besitzer eines solchen Fahrzeugs droht[e] grundsätzlich der Widerruf der Zulassung für sein Fahrzeug: vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1080, Randziffer 21) hat der Senat unter Berücksichtigung o.g. Fallbeispiele für die Annahme einer Garantenpflicht aus Ingerenz keine Zweifel, dass dieses Wissen für die Beklagte ab dem 01.07.2013 offenbarungspflichtig im Sinne einer Garantenpflicht war, wobei hier zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte die EA 189-Motoren völlig ungeprüft, also sozusagen an § 377 HGB vorbei sowie unter

Außerachtlassung eigener Verkehrssicherungspflichten, übernommen und in ihre Fahrzeuge eingebaut haben will.

## **27**

Das Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, WM 2020, 1078) steht im Hinblick auf das Inverkehrbringen des Fahrzeugs als Neufahrzeug vor dem 01.07.2013 nicht entgegen:

## **28**

Zwar wurde die grundsätzliche strategische Entscheidung zum Einbau des EA 189 in Fahrzeuge der Beklagten zu einem Zeitpunkt weit vor dem 01.07.2013 getroffen, als zumindest über Herrn H. diesbezügliches Wissen bei der Beklagten über § 31 BGB nicht nachweisbar ist.

## **29**

Dies wird jedoch, wie soeben dargelegt, durch die seit 01.07.2013 bestehende Garantienpflicht der Beklagten mit der Pflicht zur Offenbarung ihres Wissens hierüber als sittenwidrige Schädigung durch Unterlassen ersetzt. Denn für die Frage der Bewertung als sittenwidrige Schädigung ist das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Schadenseintritt beim Geschädigten zugrunde zu legen (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, WM 2021, 652, Leitsatz 2). Hier wäre es für die Beklagte ohne Weiteres möglich gewesen, durch einen entsprechenden öffentlichen Warnhinweis ab dem 01.07.2013 weitere Schädigungen beim Kauf von entsprechenden (auch Gebraucht-) Fahrzeugen zu verhindern, nachdem die Beklagte sich zuvor hinsichtlich des Motors EA 189 nach eigenem Vortrag um nichts gekümmert hatte (abgesehen vom Einbau in ihre Fahrzeuge).

## **30**

Darüber hinaus hätte die Beklagte durch eine entsprechende rechtzeitige Offenbarung ihr sittenwidriges Verhalten problemlos beseitigen können (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, WM 2021, 652, 654, Randziffern 15 bis 17).

## **31**

dd) Eine Schweigepflicht des Herrn H. nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG über bei der V. AG erlangtes Wissen hindert die Wissenszurechnung nicht: Als Vorstand der Beklagten hatte Herr H. wiederum nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die Aufgabe und gesetzliche Pflicht, Schaden von der Beklagten abzuwenden. Verfügt er aus vorangegangener Tätigkeit über Wissen entsprechender Tatsachen, die der Beklagten Schaden zufügen könnten, hat er dieses Wissen zur Schadensverhinderung einzusetzen. Es braucht hier nicht darüber diskutiert zu werden, ob, und wenn ja, inwieweit Herr H. konkretes Wissen, das er vorher bei der V. AG erlangt hatte, den übrigen Vorstandsmitgliedern der Beklagten offen legen durfte (und gegebenenfalls musste). Jedenfalls hatte er die Pflicht, gegebenenfalls unter Verweis auf seine Verschwiegenheitspflicht im Übrigen die Auslieferung von Fahrzeugen der Beklagten, die mit einem Motor vom Typ EA 189 versehen waren, zu stoppen und hinsichtlich der bereits ausgelieferten für entsprechende Warnhinweise in der Öffentlichkeit zu sorgen.

## **32**

Das wäre ihm bis zum 12.07.2013 (dem Kauftag des Klägers) auch ohne Weiteres möglich gewesen.

## **33**

ee) Das Fahrzeug selbst hat der Kläger, wie mehrfach bereits ausgeführt, am 12.07.2013 erworben, also nach dem 01.07.2013.

## **34**

ff) Die Beklagte trifft für ihr Wissen (§ 31 BGB) sowie dasjenige des Herrn H. im hier vorliegenden Fall die sekundäre Darlegungslast:

## **35**

Die Annahme einer sekundären Darlegungslast setzt voraus, dass die nähere Darlegung dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 04.12.2012, VI ZR 378/11, WM 2013, 306, 308, Randziffer 16; BGH, Urteil vom 18.01.2018, I ZR 150/15, Randziffer 30; Urteil vom 24.01.2019, IX ZR 110/17, WM 2019, 452, 457, Randziffer 46; vgl. a. Urteil vom 08.01.2014, WM 2014, 1143, 1145, Randziffer 17; s.a. Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, WM 2015, 230, 232, Randziffer 22; Urteil vom 19.05.2016, III ZR 274/15, WM 2017, 347, 351, Randziffer 40; Urteil vom 25.05.2020, VI ZR

252/19, WM 2020, 1078, 1082, Randziffer 37). Eine sekundäre Darlegungslast besteht aber nicht, soweit für die primär beweisbelastete Partei eine weitere Sachaufklärung möglich und zumutbar ist (BGH, Beschluss vom 05.01.2017, VII ZR 184/14, BauR 2017, 721, 723, Randziffer 19). Begegnet im Einzelfall die nicht beweispflichtige Partei im Hinblick auf eine ihr obliegende Substantiierungslast ebenfalls Schwierigkeiten, weil sie die entsprechenden Tatsachen nicht kennt und auch nicht in Erfahrung zu bringen vermag, kann von ihr eine solche Substantiierung nicht gefordert werden. Andernfalls würde in einem solchen Fall, in dem sowohl der darlegungs- und beweisbelasteten Partei als auch der Gegenpartei Vortrag nicht möglich oder nicht zumutbar ist, letztlich die Darlegungslast vollständig umgekehrt und der Gegenpartei - unabhängig von ihren Kenntnissen und Erkenntnismöglichkeiten - auferlegt (BGH, Urteil vom 19.10.2017, III ZR 565/16, WM 2017, 2191, 2193, Randziffer 23). Diese Grundsätze kommen insbesondere bei Schadensersatzansprüchen zur Geltung, die aus der Veruntreuung anvertrauter Gelder hergeleitet werden. Es spielt dabei weder eine Rolle, dass es sich bei dem als verletzt in Rede stehenden Schutzgesetz um eine strafrechtliche Norm handelt, noch, ob ein entsprechender Auskunftsanspruch besteht (BGH, Urteil vom 10.02.2015, VI ZR 343/13, WM 2015, 743, 744, Randziffer 11). Das ist jedoch nicht der Fall, wenn beide Parteien Außenstehende sind, mag die eine Partei auch über besseres Fachwissen verfügen, solange sie nicht Einblick in die Verhältnisse im Zusammenhang mit den zu beweisenden Tatsachen hat (BGH, Urteil vom 04.12.2012, VI ZR 378/11, WM 2013, 306, 308, Randziffer 16). Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substantiieren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist (BGH, Urteil vom 03.06.2014, VI ZR 394/13, NJW 2014, 2797, 2798, Randziffer 20; s.a. Beschluss vom 09.01.2018, II ZB 14/16, WM 2018, 556, 558, Randziffer 41). Eine darüber hinausgehende Substantiierungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei nur ausnahmsweise dann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht näher kennt, während sie der anderen Partei bekannt und ihr ergänzende Angaben zuzumuten sind (BGH, Urteil vom 03.06.2014, VI ZR 394/13, NJW 2014, 2797, 2798, Randziffer 20; s.a. BGH, Urteil vom 22.07.2014, KZR 27/13, NJW 2014, 3089, 3090, Randziffer 17). Dabei obliegt es dem Bestreitenden im Rahmen der sekundären Darlegungslast auch, zumutbare Nachforschungen zu unternehmen (BGH, Urteil vom 28.06.2016, VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244, 3245, Randziffer 18).

### **36**

Zumindest Letzterem (Anstellen zumutbarer Nachforschungen) ist die Beklagte angesichts der Tätigkeit des Herrn H. vor dem 01.07.2013 bei der V. AG nicht nachgekommen:

### **37**

Bereits mit der Klage (Schriftsatz vom 16.10.2019, dort Seite 79) listete der Kläger im Rahmen des Vortrags zur Haftung wegen Fehlverhaltens der Verrichtungsgehilfen bzw. der Vorstände von der Beklagten zu offenbarende Tatsachen auf, die sich allein in ihrem Kenntnisbereich abgespielt haben, also zusammengefasst und ergänzt insbesondere

- wer hat wann in welcher beruflichen Position bei der Beklagten letztverantwortlich veranlasst, dass der Motor des Typs EA 189 samt zugehöriger Software in das Fahrzeug des Klägers eingebaut wurde (irgendwer bei der Beklagten muss dies doch angeordnet haben, auch wenn die strategische Entscheidung hierzu bei der V. AG gefallen sein mag) und welcher Schriftverkehr und welche Gespräche mit welchem Inhalt gingen dem zwischen welchen Personen in welcher jeweiligen Position auch in Bezug zur V. AG voraus (und zwar allgemein für die Serie als auch speziell für das konkrete Fahrzeug),

- welchen Tests hat die Beklagte den Motor vor Einbau in das Fahrzeug des Klägers unterworfen und wer hat in welcher Position bei der Beklagten diese mit welchem Ergebnis durchgeführt (und zwar allgemein für die Serie als auch speziell für das konkrete Fahrzeug) und welche diesbezüglichen Unterredungen bzw. Schriftverkehr fanden innerhalb der Beklagten und im Verhältnis zur V. AG durch welche Personen in welchen jeweiligen Positionen mit welchen Inhalten und Ergebnissen statt,

- inwiefern hat die Beklagte wann durch wen in welcher Position im Rahmen der ihr obliegenden Compliance sowie in Übereinstimmung mit dem Corporate Governance Kodex (möglicherweise galt § 161 AktG in einer zumindest ähnlichen Fassung wie zum 12.07.2013 zu diesem Zeitpunkt bereits) entsprechende, auch nachlaufende Kontrollen hierzu durchgeführt,

- sind im Rahmen dieser Überprüfungen Ungereimtheiten bzw. Unregelmäßigkeiten erkannt worden und wenn ja durch wen in welcher Position mit welchem Schriftverkehr und Gesprächen zwischen welchen Personen bei der Beklagten und der V. AG,

- welche Rolle spielte hierbei Herr Dr. H. seit dem 01.07.2013 bei der Beklagten und welche Kenntnisse aus seiner vorherigen Tätigkeit bei der V. AG vermittelte er der Beklagten wann seit diesem Zeitpunkt?

Das Argument der Beklagten, der Kläger habe sich nicht in Beweisnot befunden, weil er die Konzernmutter der Beklagten, die V. AG hätte verklagen können, greift nach Ansicht des Senats nicht: Entscheidend ist nicht die Klagemöglichkeit des Klägers gegen die V. AG sondern das hier vorliegende Prozessrechtsverhältnis gegen die Beklagte. Und auch hier befindet sich der Kläger in genau der gleichen Beweisnot wie gegenüber der V. AG.

### **38**

Der Kläger hat hier konkrete Anhaltspunkte dafür vorgetragen hatte, die es naheliegend erscheinen lassen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 04.02.2021, III ZR 7/20, Randziffer 25), dass (zumindest einer der) Vorstände der Beklagten die grundlegende strategische Entscheidung von den für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der V. AG verantwortlichen vormaligen Vorständen, wenn nicht selbst, so zumindest mit ihrer Billigung getroffen haben (bzw. hat) bzw. jahrelang kannten. Im Schriftsatz vom 13.11.2019 (dort Seiten 10 bis 15 = Bl. 178/183 d. A.) hat der Kläger verschiedene Personen, teilweise in der Entwicklungsabteilung der V. AG in den Jahren bis 2011 beschäftigt benannt, die dann nach Wechsel zur Beklagten dort Führungsfunktionen, teilweise auch im Vorstand, einnahmen (die Herren H. und H.). Die Personalwechsel zwischen der Beklagten, der P. AG und der V. AG hat die Beklagte auch gar nicht in Abrede gestellt.

### **39**

Selbst wenn man zugunsten der Beklagten die übrigen Genannten einmal weglässt, liegt es gerade in Bezug auf die Person des Herrn H., seit 01.07.2013 Vorstand bei der Beklagten, äußerst nahe (bis zum Wechsel zur Beklagten war er als Markenvorstand der V. AG in deren Entwicklungsabteilung tätig), dass dieser bei seinem Wechsel zur Beklagten am 01.07.2013 genau in die Vorgänge im Zusammenhang mit der Entwicklung und dem Vertrieb der Motoren des Typs EA 189 der V. AG eingeweiht war und von der Umschaltlogik für Prüfstandfahrten und der dortigen Verminderung der NO<sub>x</sub>-Konzentrationen gewusst hat.

### **40**

Soweit ersichtlich nirgends hat die Beklagte hierzu auch nur ansatzweise Vortrag gehalten, wer u.a. von diesen Herren, insbesondere Herr H., wann etwas in welcher Funktion über Manipulationen des Abgasverhaltens des EA 189 erfahren hat, obwohl sie von den Prozessparteien allein über entsprechende Kenntnisse verfügt bzw. sich diese mühelos beschaffen kann. So hat die Beklagte zwar behauptet aber nirgends auch nur ansatzweise begründet, wieso sie benötigtes Wissen aus ihrem Unternehmen nicht beschaffen kann. Im Gegenteil: Die Beklagte bestreitet das Bestehen einer sekundären Darlegungslast mit der Begründung, dass von ihr letztlich verlangt werde, Informationen preiszugeben, die ihrem Gegner möglicherweise erst zum Prozesssieg verhülfe (Schriftsatz vom 13.12.2019, Seiten 47/48 = Bl. 154/155 d. A.). Wenn schon die Beklagte dies für möglich hält, der Kläger aber größtenteils hierüber nichts wissen kann, ist das gerade der klassische Fall der sekundären Darlegungslast. Auch die Beklagte ist in ihrem Vortrag zur Wahrheit und Vollständigkeit verpflichtet.

### **41**

Entsprechender Vortrag findet sich auch nicht in ihrem Schriftsatz vom 21.07.2021 (Bl. 530/558 d. A.) nach entsprechendem Hinweis des Senats zur sekundären Darlegungslast mit Verfügung vom 04.06.2020 (Bl. 481/485 d. A.):

### **42**

Es kommt nicht darauf an, wo sich die Entwicklung des Motors EA 189 abgespielt hat. Die Beklagte hat, wenn auch als beherrschte Konzerntochter, den Motor, eingebaut in ihren Fahrzeugen, vertrieben und trägt hierfür zivilrechtlich auch außerhalb vertraglicher Mängelhaftung gegenüber ihren Kunden die entsprechende Verantwortung und zunächst nicht die V. AG. Dementsprechend zielen die oben gestellten Fragen auch nicht auf Vorgänge bei der V. AG sondern bei der Beklagten. Und hierfür trägt die Beklagte als allein ihr bekannte Tatsachen die sekundäre Darlegungslast, insbesondere weil Herr H. seit 01.07.2013 Mitglied des Vorstandes der Beklagten war. Dabei kommt es nicht darauf an, dass Herr H. die Anweisung

zum Einbau während seiner Tätigkeit bei der V. AG selbst gegeben haben könnte. Allein die positive Kenntnis hiervon reicht aus. Dass dieser aber zuvor in seiner Position als Markenvorstand mit dem Bereich Entwicklung bei der V. AG von der strategischen Entscheidung, den EA 189 (auch) in die Fahrzeuge der Beklagten einzubauen, nichts mitbekommen haben sollte, hält der Senat für so gut wie ausgeschlossen. Hierzu trägt die Beklagte auch gerade nichts vor. Ein positiver Nachweis der Kenntnis des Herrn H. ist im Zivilprozess aber nicht erforderlich, bevor die Annahme sekundärer Darlegungslast greift. Genau diese Konstellation begründet aber die sekundäre Darlegungslast der Beklagten.

#### **43**

Wusste aber Herr H. bei Antritt seines Vorstandsamtes am 01.07.2013 bei der Beklagten über die Vorgänge um den EA 189 Bescheid, war seine weitere Untätigkeit bis zum Kauf des Gebrauchtfahrzeugs durch den Kläger auch sittenwidrig, weil er genau wusste, dass die Konstruktion des Fahrzeugs allein auf Betrug durch die V. AG gegenüber den Käufern abzielte, und er dagegen im Bereich der Beklagten ab dem 01.07.2013 nicht einschritt.

#### **44**

Die Beklagte kann deshalb für eine mögliche Haftung nach § 826 BGB die Verantwortung auch nicht bei der Konzernmutter V. AG „abladen“. Insbesondere zur konkreten Kommunikation zwischen ihr und der Konzernmutter V. AG hinsichtlich der Abgassteuerung trägt sie nämlich ebenfalls nichts vor.

#### **45**

Kein Vortrag ist auch zu Ergebnissen bei der Überwachung, „dass die genehmigte Produktion nicht aus dem Serienprozess hinausläuft“, zu vermerken.

#### **46**

Zufrieden geben darf sich nach Auffassung des Senats die Beklagte auch nicht damit, dass „bis heute keine Erkenntnisse dafür vor“lägen, „dass Vorstandsmitglieder der Beklagten vor dem 18. September 2015 Kenntnis von der Umschaltlogik in der Software für den Motorentyp EA189 ... gehabt hätten, sodass auch ein vertiefendes Vorgehen nicht angezeigt war.“ Nach der einschlägigen Rechtsprechung des BGH hat die V. AG ihre Kunden vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt, sodass dieser Vorwurf gegenüber der Beklagten als beherrschter Konzerntochter alles andere als fern liegt und ein entsprechender Anfangsverdacht eben gerade nicht verneint werden kann, was aber selbst nach Beklagtenvortrag zu vertiefter Überprüfung Anlass gäbe, zumal sie den beruflichen Lebenslauf des Herrn H. kennt. Ansonsten liefe dies auf organisierte Unverantwortlichkeit hinaus: Der Vorstandsvorsitzende wird über die technische Basis der Übereinstimmungserklärungen für Fahrzeuge der Beklagten mehr oder weniger bewusst im Unwissenden gelassen, während die unterhalb der Vorstandsebene Verantwortlichen zwar genaue Kenntnis haben, deren Wissen jedoch (gegebenenfalls entgegen § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht zurechenbar sein soll.

#### **47**

Damit einhergehend teilt der Senat die Ausführungen der Beklagten zur nach ihrer Ansicht nicht ausreichenden Wissenszurechnung zumindest nicht vollständig: Ein entsprechend Verantwortlicher (§§ 31, 831 BGB), der weiß, dass das Abgasverhalten des EA 189 durch die Umschaltlogik rechtswidrig manipuliert ist, gegen die weitere Auslieferung der Fahrzeuge (auch durch Weiterverkauf als Gebrauchtfahrzeug) jedoch nichts unternimmt, handelt vorsätzlich und sittenwidrig entsprechend § 826 BGB, wofür die Beklagte einzustehen hat, da sie, soweit § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB betroffen ist, den Entlastungsbeweis für ihre Mitarbeiter nicht angetreten hat, und im Fall des Wissens von Vorstandsmitgliedern ihr dieses Wissen ohne Möglichkeit der Entlastung zugerechnet wird (§ 31 BGB).

#### **48**

Genau zu diesem Wissen, und insbesondere auch, wann denn wer bei der Beklagten dieses Wissen erstmals von wem erlangt hat, hat die Beklagte keinen Vortrag gehalten.

#### **49**

Auch das Urteil des BGH vom 08.03.2021 (VI ZR 505/19, WM 2021, 751) steht nicht entgegen, weil im hier vorliegenden Fall die Beklagte gerade keine Angaben zum Informationsaustausch zwischen der Beklagten und der V. AG, insbesondere, soweit die Person des Herrn H. betroffen ist, gemacht hat (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2021, VI ZR 505/19, WM 2021, 751, 755, Randziffer 30), obwohl dies, wie dargelegt, von ihrer sekundären Darlegungslast umfasst gewesen wäre. Denn das Urteil des BGH vom 08.03.2021 hatte gerade nicht zum Gegenstand, dass nachträglich (aber vor Verkauf des Gebrauchtfahrzeugs an den Kläger) ein

(Mit-) Wissender bei der V. AG von der strategischen Entscheidung dort, den EA 189-Motor in Fahrzeuge der Beklagten einzubauen, Vorstand bei der Beklagten wird.

#### 50

Auch kann sich die Beklagte nicht einfach darauf berufen, Herr H. habe ihr gegenüber Angaben verweigert. So wäre schon aufschlussreich, wann die Beklagte überhaupt vom Dieselskandal, ihrer eigenen Betroffenheit und derjenigen von Herrn H. erfahren und was Letzterer ihr hierzu überhaupt je gesagt hat.

#### 51

c) Es kommt daher auch nicht mehr darauf an, ob und inwieweit Entsprechendes für die Frage der Haftung der Beklagten wegen vorsätzlichen und sittenwidrigen Fehlverhaltens für ihre Verrichtungsgehilfen (§ 831 Abs. 1 Satz 1 BGB) gilt. Entgegen der Ansicht der Beklagten müsste sich diese sehr wohl für das Verhalten sämtlicher Mitarbeiter exkulpieren, die in diesem Zusammenhang entscheidungsberechtigt waren. Eine diesbezügliche Einschränkung ergibt sich innerhalb der Grenzen des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB gerade nicht.

#### 52

d) Aufgrund des fehlenden Vortrags der Beklagten zu diesen Punkten ist der Vortrag des Klägers, die Beklagte habe in Person ihrer Vorstandsmitglieder (über Herrn H.) von den Manipulationen zum Zeitpunkt des Kaufs seines Kraftfahrzeugs gewusst, als zugestanden zu behandeln (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 01.03.2016, VI ZR 34/15, NJW 2016, 2106, 2110, Randziffer 49; Urteil vom 21.09.2017, I ZR 11/16, NJW 2018, 772, 777, Randziffer 49; Urteil vom 24.01.2019, IX ZR 110/17, WM 2019, 452, 457f., Randziffer 46; s.a. Urteil vom 19.07.2019, V ZR 255/17, WM 2019, 2214, 2221, Randziffer 56; Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1082f., Randziffer 37; Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 367/19, WM 2020, 1640, 1641, Randziffer 16; Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, WM 2020, 1642, 1644, Randziffer 15; Urteil vom 08.03.2021, VI ZR 505/19, WM 2021, 751, 754, Randziffer 27).

#### 53

3. Die zu vermutende (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1082, 1084f., Randziffer 49) Ursächlichkeit dieser Unterlassung der Beklagten für den Kaufentschluss des Klägers und damit seinen Schadenseintritt ergibt sich schon daraus, dass angesichts des drohenden Widerrufs der Zulassung kaum anzunehmen ist, dass der Kläger in Kenntnis der wahren Umstände das Fahrzeug erworben hätte, was er in seiner Einvernahme nachvollziehbar und glaubhaft so bestätigt hat. Auch wenn hier offen bleiben kann, ob der Senat von der Richtigkeit der weiteren Angaben des Klägers dahingehend überzeugt ist, vom Dieselskandal erstmals 2013 erfahren zu haben und sich nicht mehr an die Ausgestaltung des Darlehensvertrages erinnern zu können, glaubt der Senat dem Kläger zumindest insoweit, zumal ein anderes Verhalten des Klägers wesentlich unglaubhafter wäre.

#### 54

4. Verjährung ist nicht eingetreten (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB):

#### 55

a) Die erforderliche Kenntnis ist bereits vorhanden, wenn die dem Geschädigten bekannten Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners als naheliegend erscheinen zu lassen (BGH, Urteil vom 17.12.2020, VI ZR 739/20, WM 2021, 135, 136, Randziffer 8).

#### 56

b) Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass der Kläger nicht nur Kenntnis vom Dieselskandal an sich benötigte sondern auch um die Tatsache wissen musste, dass Dr. H. am 01.07.2013 Vorstandsmitglied bei der Beklagten wurde, zuvor aber aufgrund seiner Stellung als Markenvorstand bei V. etwas von den Manipulationen am EA 189 wahrscheinlich mitbekommen haben musste, um den Lauf der Verjährungsfrist in Gang zu setzen.

#### 57

c) Der Kläger hat in seiner Parteieinvernahme angegeben, diesen Namen bis heute nicht zu kennen. Auch wenn die Aussage des Klägers im Übrigen wenig zuverlässig und daher unglaubhaft erscheint, glaubt der Senat dem Kläger insoweit doch. Es handelt sich hier nämlich um Spezialwissen, das der Durchschnittsbürger der Bundesrepublik Deutschland, solange er nicht entsprechender Insider ist, kaum wissen kann. Die entsprechenden Zusammenhänge, die zu einer Haftung der Beklagten dem Grunde nach durch Unterlassen aufgrund Ingerenz führen, waren ganz offensichtlich kein Thema im Rahmen des

Verfahrens VI ZR 505/19 vor dem BGH (vgl. Urteil vom 08.03.2021, WM 2021, 751, 756, Randziffer 38). Soweit ersichtlich erstmalig wurde diese Spezialthematik im Senatsurteil vom 21.05.2021 (17 U 1476/20 - nach juris) angesprochen und scheint bis heute in keiner Fachzeitschrift veröffentlicht zu sein.

#### 58

d) Deshalb kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Unkenntnis des Klägers grob fahrlässig wäre, da auch ein Rechtsanwalt nur zur Kenntnis einschlägiger Publikationen der höchstrichterlichen (vgl. BGH, Urteil vom 23.09.2010, IX ZR 26/09, WM 2010, 2050, 2053, Randziffer 17), nicht jedoch aller Entscheidungen in juris oder Beckonline usw. verpflichtet ist.

#### 59

5. Lässt man zunächst das Problem der Rückgabemöglichkeit des Fahrzeugs für den Kläger an den Verkaufshändler gegen Erlass der Schlussrate zum Ende der Finanzierungszeit außer Betracht, beträgt der zu ersetzende Schaden € 5.985,54 zuzüglich € 1.204,67:

#### 60

a) Die Nutzungsentschädigung errechnet der Senat nach dem Prinzip der linearen Abschreibung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, WM 2020, 1078, 1088, Randziffer 80; Urteil vom 13.04.2021, VI ZR 274/20, VersR 2021, 921, 923, Randziffer 22) bei einer durchschnittlichen Laufleistung von 250.000 km. Dem Senat ist hierbei bewusst, dass der Motor des klägerischen Fahrzeugs auf mehr Kilometer ausgelegt ist, Jedoch dürfen auch die übrigen Fahrzeugteile nicht vernachlässigt werden. Ferner ist zu beachten, dass die Laufleistung aufgrund Unfalls usw. auch wesentlich früher als mit 250.000 km beendet sein kann.

#### 61

b) Das ergibt einen anrechenbaren Nutzungsvorteil in Höhe von € 23.814,46:

Anfangskilometer: 12.000 km Endkilometer (nach Angaben des Klägers, denen die Beklagte nicht entgegengetreten ist): 202.196 km

$\text{€ } 29.800,00 \times (202.196 - 12.000) / (250.000 - 12.000) = \text{€ } 23.814,46.$

c) € 29.800,00 (Kaufpreis) - € 23.814,46 ergibt einen rechnerischen Schaden in Höhe von € 5.985,54.

#### 62

d) Hinzu kommen noch ersatzfähige Finanzierungskosten in Höhe von unstrittig € 1.204,67.

#### 63

6. Verzugszinsen könnte der Kläger entsprechend der erstinstanzlichen Entscheidung allenfalls ab 1 Tag nach Rechtshängigkeit und damit ab dem 28.11.2019 verlangen (s. dazu sogleich).

#### 64

7. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten sind hier nicht erstattungsfähig, da zwar die Anlage K 11 die vorgerichtliche Tätigkeit des Klägervertreters und eine Fristsetzung bis zum 15.01.2019 zur Zahlung von € 31.004,67 ausweist, jedoch aufgrund der Zuvielforderung in Anlage K 11 (insbesondere kein tatsächlicher Abzug der Nutzungsentschädigung) zu keinem Verzugsseintritt führte und daher überflüssig war.

#### 65

8. Der Kläger kann jedoch im Hinblick auf die ihm eingeräumte Option, das Fahrzeug an seinen Verkaufshändler gegen Erlass der Schlussrate in Höhe von € 4.121,51, zahlbar ansonsten am 01.08.2018 (Anlage K 1), bei der Finanzierung zurückzugeben, von der Beklagten hier nichts mehr verlangen:

#### 66

a) Erstinstanzlich hat die Beklagte unstrittig vorgetragen, dass dem Kaufvertrag ein Optionsrecht zugunsten des Klägers zugrunde lag, nach dem es dem Kläger gestattet war, (kurz) vor der Fälligkeit der letzten Finanzierungsrate in Höhe vom € 4.121,51 das Fahrzeug an seinen Verkaufshändler zurückzugeben, wodurch die Zahlung der Schlussrate am 01.08.2018 für ihn obsolet wäre. Auch in der Berufungserwiderung hat die Beklagte diesen Vortrag, zunächst unbestritten, wiederholt.

#### 67

Erst in der mündlichen Verhandlung hat der Kläger in seiner Parteieinvernahme bekundet, nie die Absicht gehabt zu haben, die Schlussrate nicht zu zahlen, wobei er sich allerdings an den Inhalt des

Darlehensvertrages nicht mehr erinnern könne. Daraufhin hat der Klägervertreter die Einräumung dieses Optionsrechts bestritten.

## 68

Es ist bereits fraglich, ob dieses Bestreiten wirksam ist, da der Kläger aus eigenem Erinnern dies nicht in Abrede stellen kann. Selbst wenn man dies als wirksam ansähe, gewinnt der Senat aufgrund des persönlichen Eindrucks vom Kläger, der ein höchst unsicheres Erinnerungsvermögen zeigte (und die Kenntnisnahme von Dieselskandal durch die Medien in das Jahr 2013 verlegte), die Überzeugung, dass dem Kläger tatsächlich ein solches Optionsrecht zustand.

## 69

b) 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 wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden. Es ist daher sachgerecht, zur Bewertung der Fahrzeugnutzung den Kaufpreis - als tauglichen Anhaltspunkt für den objektiven Fahrzeugwert - 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 (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 192/20, WM 2021, 2056, 2060, Randziffer 43). 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 (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 192/20, WM 2021, 2056, 2060, Randziffer 44). Kann der Leasingnehmer das Fahrzeug 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 (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 192/20, WM 2021, 2056, 2060, Randziffer 45). Dies steht nicht in Widerspruch zu dem Grundsatz, dass es im Rahmen der Vorteilsausgleichung auf den objektiven Wert der erzielten Vorteile ankommt. 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 Geschädigte 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. 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 (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 192/20, WM 2021, 2056, 2060, Randziffer 46). 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 Leasingnehmer und der Leasinggeberin vereinbarte Leasingpreis. Vielmehr ist festgestellt, dass die Leasingraten den üblichen Leasinggebühren entsprachen und der Leasingnehmer beim Leasing eines gleichwertigen Fahrzeugs entsprechende Zahlungen hätte erbringen müssen (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 192/20, WM 2021, 2056, 2060, Randziffer 47). Der Leasingpreis ist für die Vorteilsanrechnung nicht um die darin enthaltene Finanzierungskosten, den Gewinn des Leasinggebers oder andere Nebenkosten zu kürzen. 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. 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 (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 192/20, WM 2021, 2056, 2060, Randziffer 48).

#### **70**

c) Der Senat übersieht nicht, dass hier grundsätzlich ein finanziert Kauf und kein (Operating-) Leasingvertrag abgeschlossen wurde. Die oben zitierte Rechtsprechung ist daher keinesfalls unmittelbar auf den vorliegenden Fall anwendbar.

#### **71**

Allerdings liegt kein reiner Kaufvertrag mit Finanzierung vor, sondern ein Kaufvertrag unter aufschiebender Bedingung, dass der Kläger nicht die Option zieht und das Fahrzeug im zeitnahen Bereich zum 01.08.2018 zurückgibt.

#### **72**

Hätte der Kläger allerdings die Option gezogen, wäre der Kaufvertrag über den finanzierenden Darlehensvertrag im Rahmen einer aufschiebenden Bedingung zu einem reinen Mietvertrag mit Gebrauchsüberlassung bis zum 01.08.2018 gegen Zahlung der monatlichen (ursprünglich Kaufpreis- und jetzt Mietzins-) Raten geworden. Da aber mangels anderslautenden Vortrags zu vermuten ist, dass die monatlichen Raten dem Wert der jeweiligen Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs entsprachen, wäre dem Kläger tatsächlich kein Schaden entstanden. Das bedeutet im konkreten Fall, dass es zum 01.08.2018 allein der Kläger in der Hand hatte, ob ihm ein Schaden entstanden ist oder nicht. Überspitzt ausgedrückt: Er kann, sofern er die Rechtslage kennt, sich aussuchen, welche Lösung für ihn wirtschaftlich günstiger ist.

#### **73**

Der Senat ist daher der Ansicht, dass den Kläger die Obliegenheit traf, die Option zu ziehen, um einen Schadenseintritt bei sich zu verhindern. Natürlich konnte der Kläger auch die Wahl treffen, die Schlussrate zu zahlen. Damit stellte zwar der Kaufpreis (einschließlich der Finanzierungskosten) für ihn einen Schaden dar, da es aber allein seine Obliegenheit war, einen Schadenseintritt bei sich zu verhindern, ist die Geltendmachung eines Schadens im vorliegenden konkreten Einzelfall ausgeschlossen (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB).

#### **74**

Es verbliebe dann noch ein etwaiger Schadensersatzanspruch in Höhe der letzten (Schluss-) Rate. Ein solcher ist jedoch aufgrund der vorangegangenen Bemühungen auch der V. AG seit Veröffentlichung der Ad-hoc-Mitteilung am 22.09.2015 ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798, 2803f., Randziffer 37; Urteil vom 08.12.2020, VI ZR 244/20, WM 2021, 50, 51, Randziffer 15; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, WM 2021, 652, 654, Randziffer 19).

II.

#### **75**

Dementsprechend ist die zulässige Berufung (§§ 511, 517, 520 ZPO) des Klägers unbegründet (§ 826 BGB).

C

#### **76**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 BGB.

#### **77**

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen und dieses Urteils erfolgte gemäß § 708 Nr. 10, § 708 Nr. 10 analog, § 711 ZPO (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 13.11.2014, NJW 2015, 77, 78, Randziffer 16).

#### **78**

Da bisher nicht entschieden ist, ob finanzierte Käufe mit Rückgabeoption gegen Erlass der letzten Rate zum Wegfall eines etwaigen Schadensersatzanspruches wegen sittenwidriger Schädigung im Rahmen des sogenannten Dieselskandals führen, bejaht der Senat einen Fall von grundsätzlicher Bedeutung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sowie die Gefahr der Divergenz zum Urteil des BGH vom 16.09.2021 (VII ZR 192/20; § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 2. Alternative ZPO).