
Datum: 04.10.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 98/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:1004.19U98.19.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 10 O 461/18

Tenor:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 28.743,75 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.11.2018 Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs A A2, 2,0 TDI, Van, Fahrzeug-Ident.-Nr. WXXZZXXNZXX03XX43, zu zahlen.
 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Annahme des vorbezeichneten Fahrzeugs in Verzug befindet.
 3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Anwaltskanzlei B & C in Höhe von 807,36 € freizustellen.
 4. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
 5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
 6. Die Revision wird nicht zugelassen.
-

G r ü n d e:

I.

1

Der Kläger begehrt von der Beklagten als Pkw-Herstellerin im Rahmen des sogenannten A-Abgasskandals im Wege des Schadensersatzes unter anderem die Rückzahlung des Kaufpreises und Feststellung des Annahmeverzuges im Zusammenhang mit einem Gebrauchtwagenkauf.

2

Der Kläger erwarb am 24.10.2016 von der Firma D Gruppe-A Zentrum D GmbH in D einen Pkw A 2.0 TDI 130 kW (177 PS), Erstzulassung 03.03.2015, zu einem Gesamtkaufpreis von 36.290,00 €. Der Kaufvertrag enthielt weder einen Hinweis auf die Betroffenheit des Motors vom „Dieselskandal“ noch hat die Verkäuferin den Kläger darüber aufgeklärt.

3

Zum Zeitpunkt der Auslieferung an den Kläger wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 21.721 km sowie am Tag der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 30.08.2019 einen Kilometerstand von 69.190 km auf.

4

Der in dem Fahrzeug verbaute, von der Beklagten entwickelte und hergestellte 2,0-Liter-Dieselmotor vom Typ EA 189 steht in Verbindung mit einer Software, die die Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren optimiert. Das Motorsteuerungsgerät ermöglicht dabei zwei Betriebsmodi bei der Abgasrückführung, einen Stickstoff-optimierten Modus 1 mit einer relativ hohen Abgasrückführungsrate und einen Partikel-optimierten-Modus 0, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer ist. Die Software des Motorsteuerungsgerätes verfügt über eine Fahrzykluserkennung, die erkennt, ob sich das Fahrzeug im üblichen Straßenverkehr oder auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte befindet. Während des Prüfstandtests spielt die eingebaute Software beim Stickstoff-Ausstoß dann das andere Motorprogramm ab, nämlich Modus 1 anstatt Modus 0, sodass hierdurch geringere Stickoxidwerte (im Folgenden: NOx) erzielt und die gesetzlich vorgegebenen und im technischen Datenblatt aufgenommenen Abgaswerte wie auch die nach der Euro-5-Abgasnorm vorgegebenen NOx-Grenzwerte eingehalten werden. Unter realen Fahrbedingungen im Straßenverkehr wird das Fahrzeug hingegen im Abgasrückführungs-Modus 0 betrieben.

5

Nach Bekanntwerden des Einsatzes des in der Öffentlichkeit als Manipulationssoftware bezeichneten Motorsteuerungsprogrammes in verschiedenen Diesel-Fahrzeugen verschiedener Herstellerfirmen, unter anderem der Beklagten, legte das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) den Herstellerkonzernen im Herbst 2015 auf, die entsprechende Software aus allen Fahrzeugen zu entfernen. In der Folgezeit prüfte das KBA einen vorgelegten Maßnahmenplan und gab zeitlich gestaffelt die auf den jeweiligen Fahrzeugtyp abgestimmten Software-Updates frei. Auch ohne das Software-Update ist der streitgegenständliche Wagen fahrbereit und verkehrssicher. Zudem wurde die EG-Typengenehmigung nicht entzogen, wenngleich das KBA das Aufspielen der jeweiligen Software als verpflichtend ansieht. Die Beklagte selbst veröffentlichte am 22.09.2015 eine ad-hoc-Mitteilung und informierte hierin über die „Dieselthematik“.

6

Mit Wirkung zum 20.12.2016 (vgl. Anlage B2, Bl. 125f. d.A.) genehmigte das KBA die technischen Maßnahmen für Fahrzeuge des Typs A 2.0l TDI wie den streitgegenständlichen Wagen. Der Kläger wurde über das Bereitstehen der Software-Lösung informiert und ließ die technische Maßnahme zu einem nicht bekannten Zeitpunkt durchführen.

7

Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.11.2018 (Bl. 16f. d.A.) meldete der Kläger, der sich der Musterfeststellungsklage nicht angeschlossen hat, die nunmehr klageweise geltend gemachten Schadensersatzansprüche gegenüber der Beklagten an und forderte diese unter Fristsetzung bis zum 22.11.2018 erfolglos zur Rückzahlung des Gesamtaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 4.790,28 € für zurückgelegte gerundete 33.000 km Zug um Zug gegen Übergabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs auf.	8
Mit der Beklagten am 15.01.2019 zugestellten Klage hat der Kläger behauptet, durch das von Seiten der Beklagten veranlasste Inverkehrbringen eines Motors mit nicht gesetzeskonformer Motorsteuerungssoftware einen Vermögensschaden erlitten zu haben, der darin bestehe, dass er in Unkenntnis dessen den streitgegenständlichen Pkw erworben und damit einen wirtschaftlich nachteiligen Vertrag abgeschlossen habe. Der bereits bei Abschluss des Kaufvertrages eingetretene Schaden sei nicht durch die Durchführung des Softwareupdates behoben worden. Er behauptet, es stehe überdies nicht fest, dass das Software-Update ohne nachteilige Folgen sei. So bestehe die konkrete Befürchtung, dass die vermehrte Rückführung von Abgas mit vermehrtem Stickoxid und Rußpartikeln zu einem höheren Wartungsaufwand, zu einem Mehrverbrauch an Kraftstoff, zu Minderleistung oder sogar zu vorzeitigen Motorschäden führen könne. Die schädigende Handlung sei der Beklagten als juristischer Person zuzurechnen; es sei davon auszugehen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten Kenntnis von den Manipulationen gehabt und diese angeordnet oder jedenfalls gebilligt habe. In Kenntnis der Softwaremanipulation, die dazu führe, dass die Abgaswerte der Euro 5 nur im Prüfstand eingehalten würden und ein Risiko für den Fortbestand der Betriebserlaubnis bestehe, hätte er – wie jeder verständiger Kunde – das Fahrzeug nicht erworben. Überdies folge sein Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 StGB.	9
In der mündlichen Verhandlung vom 09.04.2019 vor dem Landgericht hat der Kläger die von ihm mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug bis zum 08.04.2019 zurückgelegten Kilometer mit 38.969 angegeben und erklärt, sich auf Basis einer Gesamtleistung von 250.000 km eine Nutzungsentschädigung anrechnen lassen zu wollen, mithin einen Betrag in Höhe von 5.081,90 €.	10
Er hat beantragt,	11
1. die Beklagte zu verurteilen, Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs A, 2,0 TDI, Van, Fahrzeug-Ident.-Nr. WXXZZXXNZXX03XX43, an ihn 36.290,00 € abzüglich eines angemessenen Nutzungswertersatzes für die bis zum Tag der Rückgabe gefahrenen Kilometer nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.11.2018 zu zahlen;	12
2. festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme des vorbezeichneten Fahrzeugs in Verzug befindet;	13
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Anwaltskanzlei B & C in Höhe von 807,36 € durch Zahlung freizustellen.	14
Die Beklagte hat beantragt,	15
die Klage abzuweisen.	16
Sie hat behauptet, sie habe den Kläger nicht sittenwidrig geschädigt, insbesondere nicht getäuscht. Eine Täuschung scheide bereits deshalb aus, weil der Kläger das Fahrzeug erst	17

nach Bekanntwerden der Dieselmotorthematik in Kenntnis der Software und ihrer Funktionsweise erworben habe. Auch verfüge das streitgegenständliche Fahrzeug über alle erforderlichen Genehmigungen und sei deshalb nicht mangelhaft. Zudem seien dem Kläger keine ersatzfähigen Schäden entstanden. Soweit der Kläger negative Auswirkungen des Software-Updates behaupte, sei dies unsubstantiiert; solche seien auch nicht gegeben. Vielmehr führe die vom KBA freigegebene technische Maßnahme mit marginalem Aufwand (Kosten von 35,00 € netto; Arbeitszeit ca. 24 Minuten) zur vollständigen Überarbeitung des betroffenen Fahrzeuges. Insbesondere werde die monierte, ursprünglich verwendete Umschaltlogik beseitigt und die Abgasrückführung arbeite nur noch in einem einheitlichen Betriebsmodus, einem adaptierten Modus 1. Das KBA habe bestätigt, dass es keine negativen Auswirkungen auf Kraftstoffverbrauchswerte, CO₂-Emissionswerte und Motorleistung gebe. Auch entstehe keine Beeinträchtigung der Dauerhaltbarkeit von Bauteilen, insbesondere für das Abgasrückführungssystem und den Dieselpartikelfilter, durch erhöhte Rußproduktion. In der Folge sei auch nicht mit einem Wertverlust des Fahrzeuges oder sonstigen finanziellen Beeinträchtigungen zu rechnen.

Nach derzeitigem Ermittlungsstand lägen keine Erkenntnisse dafür vor, dass einzelne Vorstandsmitglieder an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen seien. Sie bestreite daher, dass einzelne Vorstandsmitglieder die Entwicklung oder Verwendung der streitgegenständlichen Software in Auftrag gegeben hätten, an der Entwicklung der Software beteiligt oder im Zeitpunkt der Entwicklung von der Software gewusst und deren Einsatz gebilligt hätten. Darüber hinaus sei spätestens aufgrund der öffentlichen Bekanntmachung mit der ad-hoc-Mitteilung und damit auch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Klägers ersichtlich, dass sie nicht mit Schädigungsabsicht gegenüber dem Kläger gehandelt haben könne.

18

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren tatsächlichen Feststellungen auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

19

2. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung unter anderem ausgeführt, ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheitere jedenfalls daran, dass der Kläger die erforderliche Irrtumserregung durch Täuschung der Beklagten nicht substantiiert dargelegt habe. Eine Irrtumserregung scheide aus, wenn der Kläger bereits Kenntnis von den Tatsachen hatte, über die er behauptet getäuscht worden sein. Das Gericht sei davon überzeugt, dass der Kläger aufgrund der umfassenden Berichterstattung ab September 2015 zum Kaufzeitpunkt am 24.10.2016 über den Verbau der streitgegenständlichen Software Kenntnis hatte, denn dabei habe es sich um letztlich unbestritten gebliebenen Sachvortrag der Beklagten gehandelt. Der Kläger sei der Behauptung der Beklagten, die Berichterstattung könne ihm nicht verborgen geblieben sein, nicht substantiiert entgegengetreten, sondern habe vielmehr pauschal vorgetragen, dass er den Pkw in Unkenntnis der Software erworben habe. Anhaltspunkte, „wie“ ihn die umfassende Berichterstattung nicht erreicht habe, trage er nicht vor. Der Kläger habe weiter vortragen müssen, gerade weil das Thema die Nachrichten täglich beherrscht habe und aller Lebenserfahrung nach jeder Halter oder Fahrer eines Dieselmotors sich hinsichtlich seines eigenen Pkws informiere. Gleiches gelte hinsichtlich eines etwaigen Anspruchs aus §§ 826 BGB, 31 BGB.

20

3. Mit der Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Klageanträge in vollem Umfang und unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags, er habe zum Erwerbszeitpunkt keine Kenntnis vom Einbau der gesetzeswidrigen Software gehabt, weiter. Die in der breiten Öffentlichkeit geführte Diskussion und die in Presse, Funk und

21

Fernsehen erfolgte Berichterstattung führe zu keinem anderen Ergebnis, denn die - seiner Ansicht nach beweisbelastete - Beklagte habe weder bewiesen, dass der Kläger von der Manipulation gerade seines Fahrzeugs Kenntnis hatte noch sei bewiesen oder sonst ersichtlich, dass dem Kläger die Bedeutung der Manipulation und die sich daraus ergebenden Konsequenzen in rechtlicher/tatsächlicher Hinsicht hinreichend klar gewesen wären. Gestützt auf - bislang unveröffentlichte - entsprechende Rechtsprechung des Landgerichts Krefeld mit Urteil vom 03.07.2019 (2 O 563/18) sowie zwei Hinweisbeschlüsse des Oberlandesgerichts Köln (16 U 186/18 und 16 U 223/18) macht er geltend, gerade weil er von einer Vertragshändlerin gekauft hatte, habe er aufgrund der Schwere des Fehlverhaltens auf der Beklagtenseite auch nicht damit rechnen müssen, ein betroffenes Fahrzeug ohne Hinweis überlassen zu bekommen.	
Der Kläger beantragt	22
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 07.05.2019 (Az.: 10 O 461/18)	23
1. die Beklagte zu verurteilen, Zug-um-Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs A, 2,0 TDI, Van, Fahrzeug-Ident.-Nr. WXXZZXXNZXX03XX43, an ihn 36.290,00 € abzüglich eines angemessenen Nutzungswertersatzes für die bis zum Tag der Rückgabe gefahrenen Kilometer nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.11.2018 zu zahlen;	24
2. festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme des vorbezeichneten Fahrzeugs in Verzug befindet;	25
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Anwaltskanzlei B & C in Höhe von 807,36 € durch Zahlung freizustellen.	26
Die Beklagte beantragt,	27
die Berufung zurückzuweisen.	28
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	29
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften der mündlichen Verhandlung des Landgerichts am 09.04.2019 (Bl. 136 d.A.) und des Senats am 30.08.2019 (Bl. 225 d.A.), in der der Kläger nach § 141 Abs. 1 ZPO angehört wurde, Bezug genommen.	30

II.

Die zulässige Berufung ist begründet.	31
1. Dem Kläger steht gegen die Beklagte jedenfalls aus §§ 826, 31 BGB ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung des für den Erwerb des Fahrzeugs verauslagten Kaufpreises abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die von ihm gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Übereignung des Kraftfahrzeuges zu.	32

Gemäß § 826 BGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, diesem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

a) Die Beklagte hat den Kläger durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit der manipulierten Motorsteuerungssoftware konkludent getäuscht. 34

Hinsichtlich des Vorliegens der objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 826, 31 BGB im Einzelnen, mithin der Haftung der Beklagten als Herstellerin von Fahrzeugen und Motoren, bei denen die Motorsteuerungssoftware aufgrund von Manipulationen als verbotene Abschaltseinrichtungen zu qualifizieren sind und daher die konkludente Erklärung der Beklagten durch das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs, dass der Einsatz dieses Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist, d.h. insbesondere, dass das Fahrzeug über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt und dies aufgrund der verbotenen Abschaltseinrichtung nicht der Fall ist, mit der Folge, dass ohne das Aufspielen von später seitens der Beklagten entwickelter Software-Updates ein Widerruf der Typgenehmigung und eine damit einhergehende Stilllegung der betroffenen Fahrzeuge gedroht hätte, teilt der Senat die diese Haftung bestätigende bereits ergangene obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. Senatsurteil vom 05.07.2019 – 19 U 50/19 und 06.09.2019 – 19 U 51/19 sowie Senatsbeschluss vom 27.09.2019 -19 U 150/19 -, abrufbar jeweils unter www.NRWE.de; weiter OLG Köln, Beschluss vom 01.07.2019 – 27 U 7/19; OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.03.2019, 13 U 142/18; OLG Koblenz, Urteil vom 12.06.2019 – 5 U 1318/18; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 – 13 U 149/18 – alle in juris) und nimmt zur weiteren Begründung darauf Bezug. 35

b) Der Kläger hat durch diese Täuschung einen Vermögensschaden erlitten, der in dem Abschluss des Kaufvertrages zu sehen ist. Wie zuletzt das Oberlandesgericht Hamm zutreffend ausgeführt hat (Urteil vom 10.09.2019 – 13 U 149/18, Rdn. 49f., juris), kommt es nicht darauf an, ob das Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs im Hinblick auf die unzulässige Abschaltseinrichtung einen geringeren Marktwert hatte. Der Schaden des in die Irre geführten Käufers liegt in der Belastung mit einer ungewollten Verbindlichkeit, nicht erst in dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteilen. Entscheidend ist allein, dass der abgeschlossene Vertrag, nämlich die Eigenschaften des Kaufgegenstands, nicht den berechtigten Erwartungen des Getäuschten entsprach und überdies die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar war (vgl. BGH, Urteil vom 28.10.2014 - VI ZR 15/14, Rdn. 16 ff., juris). 36

Auch im vorliegenden Fall waren diese Voraussetzungen im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses gegeben, weil vorliegend wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung die Entziehung der EG-Typgenehmigung drohte bzw. die Anordnung von Nebenbestimmungen sowie bei deren Nichterfüllung die Stilllegung des Fahrzeugs. Wegen des zur Rechtswidrigkeit der EG-Typgenehmigung führenden und damit die Zulassung des Fahrzeugs gefährdenden Mangels war der Hauptzweck des Fahrzeugs, dieses im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, bereits vor einer tatsächlichen Stilllegung unmittelbar gefährdet. Denn wird die EG-Typgenehmigung entzogen, droht die Stilllegung, werden Nebenbestimmungen angeordnet und ist die fortdauernde Nutzbarkeit von einer Nachrüstung des Fahrzeugs durch den Hersteller abhängig. 37

Da der Schaden nicht durch eine - nach Vertragsschluss durchgeführte - Installation des von der Beklagten zur Erfüllung der vom KBA angeordneten Nebenbestimmungen zur EG-Typgenehmigung entwickelten Software-Updates entfällt, weil dadurch die ungewollte Belastung mit einer Verbindlichkeit nicht in Wegfall gerät, kommt es vorliegend nicht darauf 38

an, on der Kläger das Update nach Zugang des ihn darüber informierenden Schreibens der Beklagten von Januar 2017 (Bl. 231 d.A.), welches der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat zur Akte gereicht hat, hat durchführen lassen.

c) Schließlich war die schädigende Handlung auch kausal für die Willensentschließung des Klägers, den zum Erwerb des Fahrzeugs führenden Kaufvertrag abzuschließen. 39

Der Kläger hat im Rahmen seiner Anhörung im Senatstermin glaubhaft und unmittelbar nachvollziehbar bekundet, einen Vertrag abgeschlossen zu haben, den er nicht abgeschlossen hätte, wenn er von den Manipulationen der Beklagten an der Motorsteuerungssoftware und deren Folgen für die Zulassung seines Kraftfahrzeugs Kenntnis gehabt hätte. 40

Der Kläger hatte vor dem Kauf keine Kenntnis davon, dass das von ihm erworbene Fahrzeug auch von dem sogenannten Dieselskandal betroffen war. 41

aa) Ob jemand Kenntnis hat bzw. sich in Unkenntnis befindet und dadurch einen Schaden erleidet, ist ein tatsächlicher Umstand, der grundsätzlich vom Anspruchsteller darzulegen und zu beweisen ist. Dies gilt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshof und der Oberlandesgerichte auch, soweit es sich – wie hier – um eine negative Tatsache handelt. Der Schwierigkeit eines solchen Negativbeweises ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Gegenpartei die entsprechende Behauptung substantiiert bestreiten und die beweisbelastete Partei sodann die Unrichtigkeit dieser Gegendarstellung beweisen muss (vgl. BGH, Urteil vom 20.06.1990 – VIII ZR 182/89, Rdn. 10; BGH, Urteil vom 18.12.2007 – XII ZR 163/07, Rdn. 21 f.; BGH, Urteil vom 26.10.2004 – XI ZR 279/03, Rdn. 15; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.09.2018 24 U 187/17, nur Leitsatz – alle in juris). Soweit es allerdings dem Antragsteller nicht zuzumuten ist, einen Beweis über Dinge zu führen, die seinem Gefahrenbereich und seiner Kenntnis entzogen sind, muss sich der Anspruchsgegner entlasten, wenn sich aus der Sachlage zunächst der Schluss rechtfertigt, dass er die ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt hat und die Schadensursache aus einem Gefahrenbereich hervorgegangen ist, für den er im Zweifel verantwortlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 20.06.1990 – VIII ZR 182/89, Rdn. 10 mwN, juris). Der Beweis für die innere Tatsache der Kenntnis oblag hier dem Kläger, er war zur entsprechenden Überzeugungsbildung anzuhören. Soweit das Landgericht darauf abgestellt hat, dass der Kläger aufgrund der anhaltenden Berichterstattung seit der ad-hoc-Mitteilung beim Kauf des Fahrzeugs am 24.10.2016 von der Betroffenheit dieses Fahrzeugs habe erfahren müssen und entsprechendes Vorbringen der Beklagten nicht substantiiert bestritten habe, trägt diese Annahme nicht. 42

bb) Eine teilweise in der Rechtsprechung vertretene Ansicht geht zwar davon aus, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der Haftung nach § 826 BGB bei Fahrzeugkäufen ab Herbst 2015 aufgrund der ad-hoc-Mitteilung der Beklagten und der sodann eingesetzten medialen Berichterstattung entfielen (OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 27.05.2019 - 7 U 335/18, Rdn. 21 ff., 27, juris; OLG Köln, Urteil vom 06.06.2019 – 24 U 5/19 mit Verweis auf zwei jeweils nicht veröffentlichte Entscheidungen des OLG Celle vom 29.04.2019 – 7 U 159/19 und OLG München vom 09.04.2019 – 21 U 4615/18). 43

cc) Der Senat folgt dieser Auffassung indes nicht. Wie bereits vom Oberlandesgericht Hamm (Urteil vom 10.09.2019 – 13 U 149/18, Rdn. 59, juris) zutreffend ausgeführt, war die ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 22.09.2015 schon nicht generell geeignet, die Kausalität der Täuschung für den Vertragsabschluss infrage zu stellen, denn sie enthält lediglich die Information, dass Fahrzeuge mit Motoren vom Typ EA 189 mit einem Gesamtvolumen von weltweit rund 11 Millionen Fahrzeugen "auffällig" sind. Der Senat teilt die Auffassung, dass es 44

bereits keinen Anlass gibt anzunehmen, dass ein durchschnittlicher Kunde überhaupt Kenntnis davon hat, wie ein Kraftfahrzeughersteller einen Motor intern bezeichnet. Ohnehin fehlt es in dieser ad-hoc-Mitteilung an jedem Hinweis, welche Fahrzeugtypen konkret von welchen Unregelmäßigkeiten betroffen sein sollen. Dem Kunden ist es mithin kaum möglich, aufgrund der Informationen in der Mitteilung Rückschlüsse auf ein konkretes Fahrzeug zu ziehen. Ebenso lässt sich dieser ad-hoc-Mitteilung nicht entnehmen, welche Konsequenzen sich aus den Manipulationen ergeben und welche Konsequenzen künftig in technischer wie auch in rechtlicher Hinsicht noch drohen.

Im vorliegenden Fall bedarf es keiner grundsätzlichen Entscheidung darüber, ob es bei lange nach Herbst 2015, mithin dem ersten Bekanntwerden des „Dieselskandals“, erfolgten Fahrzeugkäufen aufgrund der über Monate hinweg anhaltenden Berichterstattung zu diesem Thema einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspricht, dass ein Fahrzeugerwerber von der Abgasproblematik des konkret erworbenen Fahrzeugs Kenntnis hatte und deshalb bei solchen Käufen höhere Substantiierungsanforderungen an den Vortrag des Anspruchstellers gerechtfertigt sein können. Hier hat der Kläger nämlich insoweit im Senatstermin ergänzend zu den bisherigen Feststellungen im Rahmen seiner Anhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO geschildert, dass es sich um ein mit „AdBlue“ ausgestattetes Fahrzeug handelt, bei welchem der Motor zum damaligen Zeitpunkt des Kaufvertrags noch nicht im Verdacht stand, manipuliert worden zu sein. Er habe zu diesem Zeitpunkt zwar bereits gewusst, dass es eine Diskussion um die „Schummelsoftware“ gegeben habe und sei auch davon ausgegangen, dass es davon betroffene wie nichtbetroffene Fahrzeuge gebe. Gerade deshalb habe er sich nach Einholung von weiteren Informationen und der Bestätigung der Verkäuferin, dass es sich um ein „Ad-Blue“-Fahrzeug handle, für dieses entschieden, weil er davon ausgegangen sei, dass diese Fahrzeuge „sauber“ seien. Zu dieser Einschätzung kam der beruflich als Feuerwehrmann tätige Kläger, weil die Lastkraftwagen seines Arbeitgebers mit dieser Technik ausgestattet sind und als sauber galten. Wenn er gewusst hätte, dass das Fahrzeug auch vom Abgasskandal betroffen sei, hätte er es nicht erworben. 45

Der Senat hält diese Angaben für glaubhaft. Der Kläger hat anschaulich die Suche nach dem für seine Zwecke geeigneten Fahrzeug geschildert und hat die für ihn maßgeblichen Aspekte bei der getroffenen Auswahl plausibel gemacht. Danach kam es dem Kläger vor allem auf ein Fahrzeug mit Einzelsitzen in den hinteren Sitzreihen an. Dass die Bandbreite solcher Fahrzeuge - auch nach Darstellung des Klägers - gering ist, steht der überzeugenden Darstellung des Klägers, er hätte bei Kenntnis, dass auch dieses Fahrzeugs vom Abgasskandal betroffen ist, nicht entgegen. 46

Dieser Wertung in Bezug auf die Kenntnis eines Fahrzeugkäufers, der mehrere Monate nach der ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 22.09.2015 und nach Aufgreifens des „Dieselskandals“ durch mediale Berichterstattung ein Fahrzeug erwirbt, steht das Senatsurteil vom 05.07.2019 (19 U 50/19) nicht entgegen, denn der dortige Anspruchsteller wusste, dass der Motor des von ihm erworbenen Fahrzeugs vom Abgasskandal betroffen war. Er hatte unstreitig bereits bei Abschluss des Kaufvertrags Kenntnis vom Verbau der Software und geltend gemacht, er habe beim Kauf darauf vertraut, mit dem späteren Aufspielen des Updates (dann) ein Fahrzeug zu erhalten, welches den gesetzlichen Vorschriften entspreche. Im gegenständlichen Fall hat der Kläger indes - wie dargestellt - im Rahmen seiner Anhörung überzeugend vermittelt, dass er nur Kenntnis von der Betroffenheit anderer Motoren, nicht aber dem Motor des konkret von ihm erworbenen Fahrzeugs, hatte. 47

Dahin stehen kann, ob es sich bei diesem tatsächlichen Vorbringen des Klägers zur Ausstattung des Fahrzeugs mit „AdBlue“-Technik in der mündlichen Verhandlung vor dem 48

Senat lediglich um eine Konkretisierung seines bisherigen Vorbringens oder um echten neuen Tatsachenvortrag handelt. Das Vorbringen ist jedenfalls schon deshalb zu berücksichtigen, weil hierdurch keine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits (§ 296 ZPO) eintritt. Die Beklagte ist dem Vortrag des Klägers zur Ausstattung des konkreten Fahrzeugs nicht entgegengetreten, so dass es als unstreitig zugrunde gelegt werden kann und keiner weiteren Aufklärung bedarf.

Die Beklagte hat im Senatstermin lediglich die Darstellung des Klägers, er habe erst mit Erhalt der Rückrufaktion (gemeint ist das zur Akte gereichte Informationsschreiben der Beklagten von Januar 2017) Kenntnis erlangt, bestritten und das diesbezügliche Vorbringen als verspätet gerügt. 49

Es kommt indes nicht darauf an, ob der Kläger erstmals im Januar 2017 von dem Verbau der Manipulationssoftware auch in dem von ihm erworbenen Fahrzeug Kenntnis erlangt hat, sondern ob er bereits zum Zeitpunkt des Kaufs am 24.10.2016 hiervon Kenntnis erlangt hatte, wofür jedoch nichts ersichtlich ist. Dass es zu dem konkreten Fahrzeug-/Motorentyp bereits vor dem Erwerbszeitpunkt eine mediale Berichterstattung gegeben hat, die möglicherweise Anknüpfungspunkt für eine bestehende Kenntnis eines Fahrzeugerwerbers sein kann, ist weder von der Beklagten behauptet worden noch sonst ersichtlich. 50

d) Dem Kläger steht mithin ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31, 249 ff. BGB gerichtet auf Ersatz des negativen Interesses zu. Er kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn er das Fahrzeug nicht erworben hätte. Auf den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises muss er sich die von ihm gezogenen Nutzungen durch den Gebrauch des Fahrzeugs nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen, wobei aufgrund der Gleichartigkeit der Ansprüche eine Saldierung stattzufinden hat. Der Kläger kann daher den Kaufpreis abzüglich einer Entschädigung für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs an die Beklagte verlangen, wobei der Senat bei der entsprechend § 287 ZPO vorzunehmenden Schätzung für das streitgegenständliche Fahrzeug eine durchschnittliche Gesamtlauflistung von 250.000 km zugrunde legt. 51

Da der Kläger mit dem Fahrzeug 47.469 km (Lauflistung am Tag der mündlichen Verhandlung: 69.190 km - Lauflistung beim Erwerb: 21.721 km) gefahren ist, ergibt sich ein anzurechnender Nutzungsvorteil nach der Berechnungsformel 52

$$\frac{(\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer})}{\text{Gesamtlauflistung} - \text{km-Stand bei Kauf}} = \text{Nutzungsvorteil}$$
 53

(Gesamtlauflistung - km-Stand bei Kauf) 54

$$\frac{36.290,00 \text{ €} \times 47.469 \text{ km}}{228.279 \text{ km} (250.000 \text{ km} - 21.721 \text{ km})} = \text{von } 7.546,25 \text{ €}$$
 55

228.279 km (250.000 km - 21.721 km) 56

Dem Kläger steht daher ein Zahlungsanspruch in Höhe von 36.290,00 € - 7.546,25 € = 28.743,75 € zu. 57

2. Das schützenswerte Interesse im Sinne des § 256 ZPO an der mit dem Klageantrag zu 2. begehrten Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten ergibt sich aus den §§ 756, 765 ZPO. Der Klageantrag ist auch begründet. Bereits mit vorgerichtlichem anwaltlichen Schreiben vom 08.11.2018 hat der Kläger unter Anrechnung bis dahin gezogener Nutzungsvorteile Schadenersatz gegen Übergabe des Fahrzeuges verlangt. Nachdem der 58

Kläger mit der Klageschrift auch die Übereignung des Fahrzeugs angeboten hat, ist Annahmeverzug nach §§ 293, 294 BGB spätestens durch den in erster Instanz angekündigten Klageabweisungsantrag der Beklagten eingetreten.

3. Der Kläger kann weiter gemäß §§ 826, 249 ff. BGB die Freistellung der mit der Klageschrift geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten, deren Höhe die Beklagte nicht angegriffen hat, verlangen. 59

4. Der geltend gemachte Zinsanspruch in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, den der Kläger nach Ablauf der mit Schreiben vom 08.11.2018 gesetzten Frist ab dem 23.11.2018 begehrt, ergibt sich aus Verzug (§§ 286, 288, 187 Abs. 1 BGB), im Übrigen ab dem 16.01.2019 aufgrund Rechtshängigkeit (§§ 291, 288, 187 Abs. 1 BGB). 60

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Ein Anwendungsfall von § 97 Abs. 2 ZPO liegt nicht vor. 61

6. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 62

7. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Streitentscheidend sind Umstände des Einzelfalls. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. 63

8. Der Berufungss Streitwert wird auf bis zu 30.000,00 € festgesetzt. 64