
Datum: 23.08.2022
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 190/21
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2022:0823.3U190.21.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 1 O 369/20
Normen: §§ 826, 852 BGB
Leitsätze: Ermittlung des Restschadens nach Verjährung bei sog. "kleinem" Schadensersatz in Dieselfällen

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 24.11.2021 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – Az. 1 O 369/20 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.406,76 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 25.03.2021 zu zahlen.
2. Im Übrigen werden die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits in 1. Instanz tragen die Klägerin zu 39 % und die Beklagte zu 61 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 27 % und die Beklagte zu 73 %.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 544 Abs. 2 Nr. 1, 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 ZPO abgesehen.

3

II.

4

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden. In der Sache hat die Berufung der Klägerin teilweise Erfolg, weshalb das landgerichtliche Urteil teilweise abzuändern war.

5

1.

6

Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 07.07.2022 nunmehr statt des bisher geltend gemachten sog. „großen“ Schadensersatzanspruchs nach § 826 BGB den sog. „kleinen“ Schadensersatz geltend macht, ist dies auch ohne Einwilligung der Beklagten möglich. Eine Klageänderung gemäß § 533 ZPO liegt bei einem Wechsel von der Geltendmachung des „großen“ auf den „kleinen“ Schadensersatzanspruch nicht vor, da es insoweit lediglich um die Berechnungsmethode in Bezug auf den Schaden geht. Wechselt der Geschädigte die Art der Schadensberechnung, ohne seinen Antrag auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, liegt hierin keine Klageänderung (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015, XI ZR 536/14, Rn. 33; BGH, Urteil vom 5. August 2014, XI ZR 172/13, WM 2014, 1763, Rn. 11; BGH, Urteile vom 9. Oktober 1991, VIII ZR 88/90, BGHZ 115, 286, 289 ff. und vom 9. Mai 1990, VIII ZR 237/89, WM 1990, 1748, 1749 f.; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 26. Januar 2022, 2 U 139/21, Rn. 18, mwN, juris, alle Entscheidungen im Folgenden zitiert nach juris). Es handelt sich bei Beanspruchung des Minderwerts lediglich um eine andere Bemessung des Vertrauensschadens (BGH, Urteil vom 24.01.2022, VIa ZR 100/21, Rn. 9).

7

2.

8

Ursprünglich stand der Klägerin gegen die Beklagte dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zu. Dass die Beklagte durch das Inverkehrbringen des mit einem Motor des Typs EA 189 ausgestatteten streitgegenständlichen Fahrzeugs eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB begangen hat, bedarf in Anbetracht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur etwa BGH Urteile vom 25.05.2020, VI ZR 252/19; vom 30.07.2020, VI ZR 354/19, 367/19, 397/19, 5/20) keiner weiteren Erörterung mehr. Dieser war von der Klägerin zunächst auf den sog. „großen“ Schadensersatzanspruch, d.h. auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der Nutzungsvorteile Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs wegen des Motors EA 189 gerichtet. Dem geschädigten Käufer steht es frei, im Rahmen des Anspruchs aus § 826 BGB statt des „großen“ Schadensersatzes den „kleinen“ Schadensersatz zu wählen, wobei er das Auto behält und

9

als Schaden den Betrag ersetzt verlangt, „um den er den Kaufgegenstand - gemessen an dem objektiven Wert von Leistung und Gegenleistung - zu teuer erworben hat“ (BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 15). Da es sich hierbei nur um die Bemessung des verbliebenen Vertrauensschadens und nicht um die Frage einer Anpassung des Vertrags handelt, braucht der Geschädigte in diesem Fall auch nicht nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte (BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 21).

3. 10

Entgegen der Berufung hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht eine Verjährung des Anspruchs aus § 826 BGB angenommen. Der Beklagten steht nach § 214 BGB ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht zu. 11

a. 12

Im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung ist das Landgericht zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass der Anspruch der Klägerin der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB von drei Jahren unterliegt (grundlegend zu den Dieselfällen: BGH, Urteil vom 17.12.2020, VI ZR 739/20). 13

Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt diese Frist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Konkret auf die sog. Dieselfahrer bezogen genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Beginn der Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB, dass der geschädigte Fahrzeugkäufer Kenntnis vom sogenannten Dieselskandal im allgemeinen, von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs und von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung hat, wobei letztere Kenntnis nicht gesondert festgestellt werden muss, sondern naturgemäß beim Geschädigten vorhanden ist (BGH, Urteil vom 21.12.2021, VI ZR 212/20, Rn. 14; Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 294/20, Rn. 6; Urteil vom 17.12.2020, VI ZR 739/20 Rn. 21 ff.; Urteil vom 10.02.2022, VII ZR 365/21, Rn. 16 - 17). 14

Zu Unrecht ist das Landgericht von grob fahrlässiger Unkenntnis der Klägerin von den Anspruchsvoraussetzungen gem. § 199 BGB bereits Ende des Jahres 2015 ausgegangen. Eine solche ist erst 2016 anzunehmen. Die Klägerin hat zwar eine positive Kenntnis vom Dieselskandal im Allgemeinen zum Ende des Jahres 2015 nicht in Abrede gestellt, eine positive Kenntnis von der individuellen Betroffenheit ihres Fahrzeugs aber bestritten. Nach dem Urteil des BGH vom 10.02.2022 zu Az. VII ZR 396/21, Rn. 26 ff., ist kein schwerwiegender Obliegenheitsverstoß in eigenen Angelegenheiten und damit keine grob fahrlässige Unkenntnis anzunehmen, wenn ein Gläubiger, der schon 2015 allgemeine Kenntnis vom Dieselskandal erlangt hat, in dem verbleibenden kurzen Zeitraum seit Bekanntwerden des sogenannten Dieselskandals und der Freischaltung der betreffenden Online-Plattform im Oktober 2015 bis zum Jahresende 2015 keinen Gebrauch davon gemacht hat, die Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs zu ermitteln. Mit Rücksicht darauf, dass die Beklagte seit September 2015 mit zahlreichen Informationen an die Öffentlichkeit getreten ist und auch weitere Erklärungen angekündigt hatte, sei ein Zuwarten zumindest bis zum Ende des Jahres 2015 nicht schlechterdings unverständlich (BGH, VII ZR 396/21, Urteil vom 10.02.2022, Rn. 27). Aber ausgehend von einer schon 2015 gegebenen allgemeinen Kenntnis vom sog. Dieselskandal – unter Berücksichtigung des erheblichen Zeitablaufs – habe eine Klagepartei jedenfalls bis Ende 2016 Veranlassung, die Betroffenheit ihres eigenen Fahrzeugs zu ermitteln, ansonsten handele sie grob fahrlässig iSv § 199 BGB (vgl. BGH 15

Urteil vom 10.02.2022, VII ZR 679/21, Rn. 30 ff.). Dieser Auffassung tritt der Senat bei.

Da die Klägerin zudem nicht bestritten hat, im Februar 2016 mit individuellem Kundenanschreiben von der Beklagten über die individuelle Betroffenheit ihre Fahrzeugs informiert worden zu sein, ist nach den vorstehenden Grundsätzen für 2016 sogar positive Kenntnis von den ihren Schadensersatzanspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners iSv § 199 BGB festzustellen. 16

Die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB begann nach den vorstehenden Erwägungen mithin mit Ablauf des Jahres 2016 zu laufen, Verjährung trat somit mit Ablauf des Jahres 2019 ein. 17

Die Erhebung der unter dem 20.12.2020 eingereichten und der Beklagten am 25.03.2021 zugestellten Klage ist in bereits verjährter Zeit erfolgt, sodass keine Hemmungswirkung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB mehr eintreten konnte. 18

b. 19

Entgegen der Berufung ist es der Beklagten nicht gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf die Verjährung zu berufen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 49 - 50, mwN). 20

Eine unzulässige Rechtsausübung setzt voraus, dass der Schuldner den Gläubiger durch sein Verhalten objektiv - sei es auch unabsichtlich - von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten hat und die spätere Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls mit dem Gebot von Treu und Glauben unvereinbar wäre. Insoweit ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Klägerin hat aufgrund des Verhaltens der Beklagten nicht darauf vertrauen dürfen, sie werde sich nicht auf Verjährung berufen. Die Beklagte hat sie durch das Aufspielen des Software-Updates nicht davon abgehalten, rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen. Soweit sie ihre Schadensersatzpflicht oder die Verantwortlichkeit ihres Vorstands für die Manipulationen in Abrede stellt, handelt es sich um ein prozessuales Verhalten zur Wahrnehmung berechtigter Interessen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 49 - 50, mwN). 21

4. 22

Ein zunächst mit der Berufung von der Klägerin noch geltend gemachter Anspruch aus §§ 826, 31 BGB aufgrund behaupteter Mängel des Software Updates, wird von ihr, wie sie mit Schriftsatz vom 29.07.2022, Bl. 429 GA, klargestellt hat, nicht weiterverfolgt. Damit sind Ausführungen des Senats hierzu nicht veranlasst. 23

5. 24

Die Berufung hat jedoch teilweise Erfolg, soweit das Landgericht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf sog. Restschadensersatzanspruch gemäß § 852 BGB verneint hat. 25

a. 26

Das Landgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug aufgrund des bei Abholung auf dem Tacho angezeigten Stands von 15 km um ein Gebrauchtfahrzeug gehandelt hat. 27

(1) 28

Im Rahmen der Beurteilung, ob ein Fahrzeug neu oder gebraucht ist, kann nach Auffassung des Senats nicht alleine darauf abgestellt werden, ob dieses 0 Kilometer aufweist. 29

Anknüpfend an die umfangreiche Rechtsprechung zum Vorliegen eines Sachmangels eines Neufahrzeugs – vgl. etwa die Nachweise bei Staudinger/Matusche-Beckmann (2013), Kommentar zum BGB, § 424, Rn. 190 ff. - gibt es weitere Kriterien, die darüber entscheiden, ob ein Fahrzeug als Neuwagen oder als Gebrauchtwagen gilt. Ob das Fahrzeug schon eine geringe Anzahl von Kilometern im unteren zweistelligen Bereich gefahren ist, ist danach nicht maßgeblich. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt im Verkauf eines Neuwagens durch einen Kfz-Händler grundsätzlich die Zusicherung, dass das verkaufte Fahrzeug die Eigenschaft hat, "fabrikneu" zu sein (BGH, Urteil vom 12.01.2005 – VIII ZR 109/04 –, Rn. 11, m.w.N., juris). Ein unbenutztes Kraftfahrzeug ist fabrikneu, wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird, wenn es keine durch eine längere Standzeit bedingte Mängel aufweist und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrages nicht mehr als zwölf Monate liegen (BGH, Urteil vom 12.01.2005 – VIII ZR 109/04 –, Rn. 12, m.w.N., juris). Alleine eine vereinbarte Überführungsfahrt löst bereits einen Kilometerstand aus, der nach allgemeiner Auffassung an der Eigenschaft der Fabrikneuheit aber nichts ändert (Staudinger, a.a.O., Rn. 192). Ist eine Überführungsfahrt – wie vorliegend – nicht vereinbart, soll ein Neuwagenkäufer nach Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rn. 563, dennoch mit einem Tachostand von 50 km rechnen müssen (vgl. Staudinger a.a.O., Rn. 198). Ein Kfz, das bereits zum öffentlichen Verkehr auf einen bestimmten Kfz-Halter zugelassen war, kann nach allgemeiner Auffassung nicht mehr als fabrikneu bezeichnet werden. Das gilt auch dann, wenn der erste Käufer den Wagen noch nicht benutzt hat (vgl. Staudinger a.a.O., Rn. 199). Nicht fabrikneu ist auch ein Fahrzeug, das bereits als Vorführgewagen benutzt wurde oder nicht ganz unerhebliche Beschädigungen erlitten hat (vgl. Staudinger a.a.O., Rn. 200 f.).

(2) 30

Nach diesen Grundsätzen kann im vorliegenden Fall kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Pkw um ein Neufahrzeug handelt. Insoweit hat die Klägerin schon erstinstanzlich zu Recht angeführt (Bl. 563 GA), dass das Fahrzeug mit dem Kilometerstand von nur 15 km auf sie für den öffentlichen Verkehr erstzugelassen worden ist (Anlage K 2, Bl. 64 GA). Weder überschreitet der Tachostand die für Neuwagen durchaus übliche Kilometerzahl von bis zu 50 km noch war es zuvor auf eine andere konkrete Person für den öffentlichen Verkehr zugelassen. Es hat also nicht einmal eine Tageszulassung auf den Händler gegeben. Die geringe Kilometerzahl spricht dafür, dass es lediglich zu einem werkseitigen Rangieren nach der Produktion gekommen ist, womöglich, um das Fahrzeug auf die Klägerin zuzulassen, denn auch die Zulassungsbescheinigung steht mit 8,40 € in der von der Klägerin mit der Klageschrift vorgelegten Rechnung. Zum Kauf ist es zudem – wie sich aus dieser Rechnung vom 07.10.2013 (Anlage K 1, Bl. 63 GA) ebenfalls ergibt - auf Bestellung der Klägerin vom 15.08.2013 beim Händler gekommen. Das Fahrzeug ist mithin erst nach Bestellung der Klägerin nach ihren Wünschen produziert worden. Die Bereitstellung des Fahrzeugs erfolgte ferner für die Klägerin bei der Beklagten, da die Klägerin das sog. Selbstabholer-Paket A 1 bezahlt hat, was eine Selbstabholung des Fahrzeugs in der Autostadt bei der Beklagten bedeutet. Der Händler hatte also rein faktisch keine Nutzungsmöglichkeit. Im Falle der Selbstabholung des Fahrzeugs in der Autostadt nach Produktion und Erstzulassung auf den Selbstabholer kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass es sich um den Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs vom Händler als einem Dritten, der das Fahrzeug zunächst von der Beklagten zum gebrauchten Weiterverkauf erworben hätte, handelt. Vielmehr hat die Klägerin von der Autohaus A GmbH & Co.KG ein Neufahrzeug unter Bereitstellung bei der Beklagten erworben. 31

b.	32
Für diese Konstellation hat der BGH mit Urteilen von 21.02.2022, VIa ZR 8/21 und VIa ZR 57/21 bei Nichtdurchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 826 BGB einen Restschadensersatzanspruch nach § 852 BGB gegen den Fahrzeughersteller bejaht.	33
Entgegen der Auffassung der Beklagten scheidet eine Anwendbarkeit von § 852 BGB im Streitfall nicht am Normzweck; § 852 BGB bedarf keiner teleologischen Reduktion. Der Bundesgerichtshof hat § 852 BGB in seinen Entscheidungen vom 21.02.2022 zu VIa ZR 8/21, Rn. 55 bis 62, und VIa ZR 57/21, Rn. 12, auf die Dieselfahrer ausdrücklich für anwendbar erklärt. Er hat auch ausgeführt, seiner Anwendbarkeit stehe nicht die Möglichkeit entgegen, sich an der Musterfeststellungsklage zu beteiligen, so dass auch dieser Einwand der Beklagten fehlerhaft ist. Die Musterfeststellungsklage habe den Rechtsschutz der Verbraucher verbessern und nicht verschlechtern sollen. Dieser Auffassung schließt sich der Senat an.	34
c.	35
Hat der Ersatzpflichtige durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er gemäß § 852 Satz 1 BGB auch nach Eintritt der Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Für die Beurteilung ist nach der Rechtsprechung des BGH eine wirtschaftliche Betrachtung geboten, da es sich bei dem Anspruch aus § 852 BGB um eine Fortsetzung des Schadensersatzanspruchs in einem anderen rechtlichen Kleid handele (BGH, Urteil vom 21.02.2022, VIa ZR 8/21, Rn. 68). Es kommt deshalb nicht darauf an, auf welchem Weg die Vermögensverschiebung stattgefunden hat; insbesondere muss sie sich nicht unmittelbar zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Verletzten vollzogen haben (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 68). Soweit der Erwerber aufgrund des ungewollt abgeschlossenen Kaufvertrags nach § 826 BGB geschädigt ist, geht ein daraus resultierender Vermögensvorteil des ihn schädigenden Fahrzeugherstellers daher auch nach § 852 Satz 1 BGB auf seine Kosten (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 71).	36
Erlangt und herauszugeben hat die Beklagte nach § 852 Satz 1 BGB in diesem Fall die vom Händler ihr gegenüber erbrachte Leistung. Allerdings gelten für den Anspruch aus § 852 Satz 1 BGB mit Rücksicht auf seine Rechtsnatur als nach Verjährungseintritt fortbestehender Restschadensersatzanspruch die für den Schadensersatzanspruch bis zum Eintritt der Verjährung anzuwendenden Regeln. Wie der ursprünglich bestehende Schadensersatzanspruch unterliegt deshalb auch der Restschadensersatzanspruch der Vorteilsausgleichung (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 83). Zum einen ist deshalb der Wert der gezogenen Nutzungen von dem erlangten Händlereinkaufspreis in Abzug zu bringen. Dies gilt wegen des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots auch für diejenigen Nutzungen, die der Geschädigte nach Eintritt der Verjährung gezogen hat. Zum anderen kann die Herausgabe des entsprechend verringerten Händlereinkaufspreises nur Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des erworbenen Kraftfahrzeugs begehrt werden. Insofern erschöpft sich die Bedeutung des ursprünglich geschuldeten Schadensersatzes für den Restschadensersatz im Sinne des § 852 Satz 1 BGB keineswegs in einer bloßen Vergleichsbetrachtung und einer einfachen Limitierung durch den ursprünglichen Zahlbetrag (so aber etwa BeckOGK/Eichelberger, BGB, Stand: 1. Dezember 2021, § 852 Rn. 25 f.; MünchKommBGB/Wagner, 8. Auflage, § 852 Rn. 6). Vielmehr hat die Rechtsnatur des in § 852 Satz 1 BGB geregelten Anspruchs eine dreifache	37

Limitierung zur Folge. Zunächst ist der seitens des Händlers vom Geschädigten vereinnahmte Kaufpreis um die Händlermarge zu reduzieren. Anschließend ist von dem so ermittelten Händlereinkaufspreis der Wert der vom Geschädigten gezogenen Nutzungen in Abzug zu bringen. Und schließlich schuldet der Schädiger Restschadensersatz nur Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des erworbenen Fahrzeugs (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 57/21 –, Rn. 16; Urteil vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 83).

d. 38

Da es dem geschädigten Käufer freisteht, im Rahmen des Anspruchs aus § 826 BGB statt des „großen“ Schadensersatzes den sogenannten „kleinen“ Schadensersatz zu wählen (BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 15), steht ihm diese Wahlmöglichkeit auch im Rahmen des § 852 Satz 1 BGB offen. Denn es handelt sich bei dem Restschadensersatzanspruch aus § 852 Satz 1 BGB um die (lediglich der Höhe nach auf das Erlangte gedeckelte) Fortsetzung des ursprünglichen Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB (s.a. OLG München, Urteil vom 19.05.2022, 24 U 4614/21, Rn. 13).

e. 40

(1) 41

Ausgangspunkt für die Höhe des „kleinen“ Schadensersatzanspruchs ist der Betrag, um den der Kläger „den Kaufgegenstand - gemessen an dem objektiven Wert von Leistung und Gegenleistung - zu teuer erworben hat“ (BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 15, s.a. OLG München, Urteil vom 19. Mai 2022, 24 U 4614/21, Rn. 17). Die Bemessung hat vom objektiven Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auszugehen, bei dessen Bestimmung die mit der Prüfstanderkennungsoftware verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko dem Kläger nachteiliger behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen sind. Denn das Wertverhältnis der vertraglich geschuldeten Leistungen ändert sich nicht dadurch, dass eine der Leistungen nachträglich eine Auf- oder Abwertung erfährt; der Vertrag wird dadurch nicht günstiger oder ungünstiger (BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 23).

Der Senat schätzt diesen Minderwert zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im vorliegenden Fall gemäß § 287 Abs. 1 ZPO auf 20 % des Bruttokaufpreises, mithin 20 % von 26.400,- € = 5.280,00 €. Da der Schaden bereits im Abschluss des Kaufvertrages über das bemakelte Fahrzeug liegt, ist der Anwendungsbereich des § 287 ZPO eröffnet (vgl. auch in Bezug auf die Bemessung der Schadenshöhe BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 10). Die Klagepartei hat zur Darlegung des merkantilen Minderwerts im Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrags auf den Parteienvertretern und dem Gericht aus einem Parallelverfahren bekannte Gutachten der Kfz-Sachverständigen B und C Bezug genommen. Das Gutachten B ermittelt einen Minderwert von ca. 20 % bei einem Motor EA 189 zzgl. weiterer 10 % für das Update. Das Gutachten C ermittelt 10-30 % an Minderwert. Das OLG München setzt in seinem Urteil vom 19.05.2022, 24 U 4614, Rn. 17 einen Minderwert von 10 % an. Das OLG Nürnberg schätzt ihn mit Urteil vom 22.09.2021, 12 U 3164/19, Rn. 53, unter Berücksichtigung des Updates auf 15 %. Da das streitgegenständliche Fahrzeug aufgrund des Motors EA 189 konkret von einer Stilllegung bedroht war, hält der Senat im Einklang mit den angeführten Schätzungen einen Minderwert von 20 % für angemessen.

Der tatsächliche Wert des Fahrzeugs betrug damit bei Erwerb 21.120,00 € (26.400,00 € – 5.280,00 €). 44

45

(2)		
Bei der Bemessung des kleinen Schadensersatzes sind weiter die vom Geschädigten gezogenen Nutzungen und der Restwert des Fahrzeugs schadensmindernd anzurechnen, allerdings erst dann und nur insofern, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, Urteil vom 24.01.2022, VIa ZR 100/21, Rn. 22).		46
(a)		47
Der Senat schätzt die Gesamtleistung von Personenkraftwagen mit Dieselmotor in ständiger Rechtsprechung regelmäßig auf 300.000 km. Nach der vom BGH in ständiger Rechtsprechung für zutreffend erachteten Formel (vgl. nur Urteil vom 24.01.2022, VI a ZR 100/21, Rn. 24) ermittelt sich bei Ansatz der von der Klägerin zum Zeitpunkt der mündlichen Berufungsverhandlung gefahrenen Kilometer folgende Nutzungsentschädigung:		48
$\frac{(142.431 \text{ km} - 15 \text{ km}) \times 26.400,- \text{ €}}{300.000 \text{ km} - 15 \text{ km}} = 12.533,24 \text{ €}$		49
		50
(b)		51
Den ebenfalls als Vorteil zu berücksichtigenden Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs schätzt der Senat auf Grundlage der Wertermittlung durch die Internetseite der „D“ (Internetadresse 1) auf 6.500,00 €. Die Bewertung berücksichtigt die Postleitzahl des Eigentümers, die Erstzulassung, den Fahrzeugtyp nach Fahrzeugschein und die konkrete Laufleistung.		52
(c)		53
Nach dem Urteil des BGH vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 24, ist eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das Software-Update als nachträgliche Maßnahme der Beklagten, die gerade der Beseitigung der Prüfstanderkennungsoftware dienen sollte, als Vorteil zu berücksichtigen. Die Beweislast liegt insoweit bei der Beklagten. Die Beurteilung, ob und inwieweit sich durch das Software-Update die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung reduziert habe, bleibt dem Betragsverfahren vorbehalten, genauso wie die Frage, ob und inwieweit sich Nachteile tatsächlicher und rechtlicher Art, die dem Vortrag der Klägerin zufolge mit dem Software-Update verbunden sein sollen (Stilllegungsgefahr wegen Thermofenster, Risiken technischer Art, Gefahr von Steuernachforderungen), auf die Bewertung dieses Vorteils auswirken.		54
Da durch das Update das Risiko der Betriebsuntersagung gebannt worden ist, denn eine solche ist nach Prüfung und Freigabe des Updates durch das KBA nicht mehr zu erwarten, liegt aus Sicht des Senats in dem Update grundsätzlich ein zu berücksichtigender Vorteil, auch wenn diskutiert wird, ob ein im Update etwa vorhandenes Thermofenster Folgeschäden zu verursachen geeignet ist. Dieser mögliche Vorteil des Updates schlägt sich – genauso wie etwaige Nachteile - vorliegend aber bereits im schon abgezogenen Restwert nach Internetadresse 1 nieder, und bedarf keiner gesonderten Bewertung. Die dortigen Preise geben die aktuellen Marktpreise wieder. Sie beziehen sich regelmäßig auf fahrbereite Fahrzeuge, mithin Fahrzeuge, die über das Update verfügen müssen, denn sonst wären sie stillgelegt. Gesichtspunkte, die darüber hinaus eine Bewertung erfordern, vermag der Senat nicht zu erkennen.		55

Die Summe der auf Seiten der Klägerin nach diesem Maßstab anzurechnenden Vorteile beträgt damit 19.033,24 € (12.533,24 € + 6.500,00 €) und übersteigt den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs von 21.120,00 € nicht.	56
(d)	57
Der „kleine“ Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 852 BGB ist jedoch in seiner Höhe nicht nur durch den seiner Berechnung im Ansatz zugrunde liegenden „kleinen“ Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB limitiert, sondern insbesondere durch das von der Beklagten Erlangte, welches wie unter 5 c. ausgeführt einer dreifachen Limitierung unterliegt. Denn der verjährte Anspruch aus § 826 BGB bleibt zwar als solcher bestehen, wird aber in seinem durchsetzbaren Umfang auf das durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Geschädigten Erlangte beschränkt, soweit es nach Maßgabe der bereicherungsrechtlichen Vorschriften zu einer Vermögensmehrung des Ersatzpflichtigen geführt hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 51 - 53). Dies korrespondiert damit, dass die Wahlmöglichkeit zwischen „kleinem“ und „großem“ Schadensersatz nur der Dispositionsfreiheit des Geschädigten mit Blick auf die Frage dient, ob er das erworbene Auto behalten oder zurückgeben möchte. Die Wahl des „kleinen“ Schadensersatzes soll den Geschädigten nicht wirtschaftlich besser stellen als er bei der Wahl des „großen“ Schadensersatzes stünde.	58
Damit ist abschließend ein betragsmäßiger Vergleich mit dem „großen“ Schadensersatz nach § 852 BGB vorzunehmen. Nur der niedrigere der beiden Beträge steht der Geschädigten zu.	59
Hierfür sind zunächst vom Bruttokaufpreis die Händlermarge sowie der Wert der gezogenen Nutzungen in Form der gefahrenen Kilometer abzuziehen. Zusätzlich ist der Restwert des Fahrzeugs in Abzug zu bringen, da die Klägerin dieses Zug um Zug gegen die Zahlung an die Beklagte hätte herausgeben müssen. Da die Beklagte dem von der Klägerin angeführten und vom Senat in der mündlichen Verhandlung geschätzten Ansatz von 15 % Händlermarge nicht entgegengetreten ist, ergibt sich folgende Rechnung:	60
$26.400,00 \text{ €} - 3.960,00 \text{ €} - 12.533,24 \text{ €} - 6.500 = 3.406,76 \text{ €}$	61
Der so ermittelte Betrag des von der Beklagten Erlangten in Höhe von 3.406,76 € liegt niedriger als der unter 5.e. ermittelte Minderwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 5.280,00 €. Der Anspruch der Klägerin nach § 852 BGB ist nach den vorgenannten Grundsätzen auf den niedrigeren Betrag begrenzt.	62
f.	63
Die Beklagte kann diesem Anspruch nicht mit Erfolg die Einrede der Verjährung entgegenhalten. Zum einen unterliegt der Anspruch aus § 852 Satz 1 BGB gemäß § 852 Satz 2 BGB einer Verjährungsfrist von zehn Jahren ab seiner Entstehung, die bei weitem nicht abgelaufen ist. Zum anderen handelt es sich bei Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes anstelle des großen wie ausgeführt nur um eine andere Berechnung des Vertrauensschadens, so dass die hiesige Klage geeignet gewesen ist, die Verjährung auch bezüglich der erst 2022 geänderten Klageanträge zu unterbrechen.	64
6.	65
Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von mit der Berufung weiterverfolgten 2.025,36 €.	66

Der Geltendmachung dieser Schadensposition nach § 826 BGB kann die Beklagte erfolgreich die Einrede der Verjährung entgegensetzen. Dies hat der BGH in seinen Urteilen vom 21.02.2022, VIa ZR 8/21 und VIa ZR 57/21 für dem vorliegenden Fall vergleichbare Konstellationen festgestellt. Nach dem Grundsatz der Schadenseinheit gilt der gesamte Schaden, der auf einem bestimmten einheitlichen Verhalten beruht, mit der ersten Vermögenseinbuße als eingetreten, sofern mit weiteren wirtschaftlichen Nachteilen bereits beim Auftreten des ersten Schadens gerechnet werden kann. Die Verjährung des Ersatzanspruchs erfasst damit auch solche nachträglich eintretenden Schäden, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs und der Kenntnis des Gläubigers vom Erstschaden als möglich voraussehbar waren. Tritt eine als möglich vorhersehbare Spätfolge ein, wird für sie keine eigene Verjährungsfrist in Lauf gesetzt (BGH, Urteile vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 74 ff.; VIa ZR 57/21, Rn. 19 ff., mwN). Die Erwägungen, die zu dem Ergebnis führen, der Anspruch auf Leistung von Schadensersatz in Höhe des verauslagten Kaufpreises sei verjährt, greifen daher auch hier. 67

Eine Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten folgt auch nicht aus § 852 Satz 1 BGB. Nach § 852 BGB muss der Schädiger nicht mehr für einen Schaden eintreten, dem auf seiner Seite kein eigener wirtschaftlicher Vorteil entspricht. Die Vermögensnachteile, die der Klägerin durch die Beauftragung der Rechtsanwälte mit der vorgerichtlichen Geltendmachung ihres Schadensersatzanspruchs entstanden sind, haben nicht zu einer Vermögensmehrung bei der Beklagten geführt (vgl. BGH, Urteile vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 77; VIa ZR 57/21, Rn. 21, jew. mwN). 68

Die Beklagte ist auch nicht aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs zum Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten der Klägerin verpflichtet. Die Klägerin behauptet mit ihrer Klageforderung einen Verzugseintritt aufgrund des Schreibens ihrer vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten. Die Kosten der den Verzug begründenden Mahnung stellen aber keinen Schaden infolge des Verzugs dar (BGH, Urteile vom 21. Februar 2022, VIa ZR 8/21, Rn. 78; VIa ZR 57/21, Rn. 22). 69

III. 70

Die Kostenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 97 Abs. 1 ZPO. 71

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet seine Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 72

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. 73

Der Streitwert des Rechtsstreits 1. Instanz war von Amts wegen abweichend von der landgerichtlichen Streitwertfestsetzung auf 17.665,19 € herabzusetzen, § 63 III Nr. 2 GKG (Antrag zu 1): 17.665,19 € (Kaufpreis von 26.400,- €, auf den sich die Klägerin unter Ansatz von 75 % Bruttokaufpreis Nutzungsvorteile in Höhe von 8.734,81 € nach dem einzigen bekannten Kilometerstand per dortiger mündlicher Verhandlung hat anrechnen lassen wollen); Antrag zu 2): kein eigenständiger Streitwert wegen wirtschaftlicher Identität mit dem Antrag zu 1), § 3 ZPO; Antrag zu 3): -, § 4 ZPO). Die landgerichtliche Festsetzung des Streitwerts auf bis 30.000,- € lässt unberücksichtigt, dass die Klägerin sich mit den von ihr bereits in 1. Instanz formulierten Klageanträgen die von ihr gezogenen Nutzungsvorteile auf 74

den geltend gemachten Kaufpreisrückzahlungsanspruch anrechnen lässt. Ihr wirtschaftliches Interesse war daher von Anfang an lediglich auf den um die Nutzungsvorteile reduzierten saldierten Betrag gerichtet.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt bis 11.07.2022 14.753,59 € (26.400,- € - 75
11.646,41 €), ab dem 12.07.2022 (Tag nach der Zustellung des geänderten Antrags) 6.600,-
€.