Anspruch auf Schadensersatz (Differenzschaden) in „Dieselfällen“ – Thermofenster

1. **Unter den Voraussetzungen des § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV steht dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung i. S. des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zu.**

2. **Die Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung kann einem Anspruch des Fahrzeugkäufers auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung nicht entgegengehalten werden.**

BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21

Sachverhalt: Der Kläger nimmt die Beklagte wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in einem Kraftfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.

Er erwarb von einer Fahrzeughändlerin am 15.11.2017 ein gebrauchtes Kraftfahrzeug, das von der Beklagten hergestellt worden war und mit einem Dieselmotor der Baureihe EA288 ausgerüstet ist. Den Kaufpreis für diesen Pkw finanzierte der Kläger mittels eines Darlehens.

Die EG-Typgenehmigung für das Fahrzeug wurde der Beklagten für die Schadstoffklasse Euro 6 erteilt. Die Abgasrückführung bei dem Pkw erfolgt in Abhängigkeit von der Temperatur (Thermofenster). Außerdem verfügt das Fahrzeug über eine Fahrkurvenerkennung. Das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) untersuchte Motoren der Baureihe EA288, veranlasste aber in Kenntnis auch der Fahrkurvenerkennung keinen Rückruf des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs.

Der Kläger verlangt von der Beklagten im Wesentlichen, ihn im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Er hat von der Beklagten zuletzt Zahlung in Höhe der bereits geleisteten Darlehensraten abzüglich eines dem Wert der gezogenen Nutzungen entsprechenden Betrags nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Übergabe des Kraftfahrzeugs und Übertragung der Anwartschaft auf dessen Übereignung, sowie Freistellung von den weiteren, noch nicht fälligen Darlehensraten begehrt. Ferner hat er die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten verlangt und die Beklagte auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die die dagegen gerichtete Revision des Klägers, der damit sein Begehren weiterverfolgte, hatte Erfolg..

Aus den Gründen: [6] I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLG Oldenburg, Urt. v. 29.09.2021 – 6 U 217/21, BeckRS 2021, 60608) im Wesentlichen wie folgt begründet:

[7] Der von §§ 826, 31 BGB vorausgesetzten sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung stehe die Tatbestandswirkung der vom Kraftfahrt-Bundesamt erteilten EG-Typgenehmigung entgegen. In der EG-Typgenehmigung liege ein Verwaltungsakt, der regele, dass das betreffende Kraftfahrzeug alle gesetzlichen Voraussetzungen erfülle. Die Zivilgerichte seien an eine bestandskräftige, weder zurückgenommene noch widerrufene EG-Typgenehmigung gebunden. Zwar könne sich die Beklagte auf eine EG-Typgenehmigung nicht berufen, die sie durch Täuschung über eine tatsächlich vorhandene, aber nicht angegebene unzulässige Abschalteinrichtung erwirkt habe. Dafür lägen jedoch keine Anhaltspunkte vor. So habe das Kraftfahrt-Bundesamt Motoren der Baureihe EA288 intensiven Untersuchungen unterzogen, aber unzulässige Abschalteinrichtungen nicht festgestellt. Dem Berufungsgericht sei aufgrund verschiedener Auskünfte des Kraftfahrt-Bundesamtes bekannt, dass sich das Kraftfahrt-Bundesamt in Bezug auf die Motoren der Baureihe EA288 nicht als getäuscht betrachte und dass es auch nach eingehender Prüfung an der EG-Typgenehmigung festhalte. Es komme nicht darauf an, ob und inwiefern sich das Kraftfahrt-Bundesamt in Bezug auf die Zulässigkeit einer vorhandenen Abschalteinrichtung in einem Rechtsirrtum befinde. Soweit das OLG Naumburg zu dem Schluss gelangt sei, die Rechtsauffassung des Kraftfahrt-Bundesamtes treffe nicht zu, habe es seine Kompetenzen überschritten und die Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung nicht beachtet.

[8] Ein Schadensersatzanspruch des Klägers ergebe sich auch nicht aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV. Denn das mit der Klage geltend gemachte Interesse des Klägers, nicht zu einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liege nicht im Aufgaben- und Schutzbereich der genannten Bestimmungen.

[9] II. Diese Erwägungen halten der Überprüfung im Revisionsverfahren nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch weder aus §§ 826, 31 BGB noch aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV verneint werden.

[10] 1. Die Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung kann einem Anspruch des Klägers auf Schadensersatz aus §§ 826, 31 BGB nicht entgegengehalten werden.

[11] a) Maßgebend für die Reichweite der Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung ist gemäß § 3 VI EG-FGV die Regelung des Art. 3 Nr. 5 der Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.09.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (ABl. 2007 L 263, 1). Zwar ist die Richtlinie 2007/46/EG gemäß Art. 88 I der Verordnung (EU) 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG (ABl. 2018 L 151, 1) mit Wirkung zum 01.09.2020 aufgehoben worden. Die Richtlinie 2007/46/EG ist hier aber nach ihrem zeitlichen Anwendungsbereich weiter anzuwenden (vgl. auch EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = juris Rn. 3 – Mercedes-Benz Group).

[12] Nach Art. 3 Nr. 5 der Richtlinie 2007/46/EG hat eine EG-Typgenehmigung die Bescheinigung eines Mitgliedstaats zum Gegenstand, dass ein Fahrzeugtyp den einschlägigen Verwaltungsvorschriften und technischen Anforderungen der Richtlinie sowie der in den Anhängen IV oder XI aufgeführten Rechtsakte entspricht. Demgemäß kann sich die Tatbestandswirkung des verfügenden Teils (vgl. BGH, Urt. v. 04.08.2020 – II ZR 174/19, BGHZ 226, 329 Rn. 36; Urt. v. 16.03.2021 – VI ZR 773/20, VersR 2021, 650 Rn. 14; Urt. v. 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, BGHZ 232, 94 Rn. 81; jeweils m. w. Nachw.) einer EG-Typgenehmigung nicht über eine seitens der befassten Genehmigungsbehörde getroffene Feststellung der Rechtmäßigkeit des zur Beurteilung unterbreiteten Fahrzeugtyps hinaus erstrecken.

[13] Aus Art. 9 I 1 lit. a der Richtlinie 2007/46/EG folgt, dass die befasste Behörde die EG-Typgenehmigung weder hinsichtlich eines konkreten Fahrzeugs noch im Hinblick auf eine Gruppe konkreter Fahrzeuge im Sinne der produzierten Fahrzeuge einer bestimmten Baureihe erteilt, sondern lediglich einen Fahrzeugtyp genehmigt, der mit den Angaben in der Beschreibung übereinstimmt. Dementsprechend kann die Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung nicht über die Angaben in der Beschreibung (Art. 3 Nr. 38 und 39 der Richtlinie 2007/46/EG) hinausreichen. Dieser Zusammenhang liegt den auch vom EuGH in seinem Urteil vom 21.03.2023 (C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 83 – Mercedes-Benz Group) erwähnten unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten der nationalen Genehmigungsbehörden zugrunde: So kann im Fall der mangelnden Offenbarung einer Abschalteinrichtung die EG-Typgenehmigung, die eine entsprechende Software ohne diesbezügliche Beschreibung nicht umfasst, aufrechterhalten bleiben, und die befasste Behörde kann sich auf die Sicherstellung der Übereinstimmung durch andere, weniger gravierende Maßnahmen als die Aufhebung der EG-Typgenehmigung beschränken. Infrage kommen hierfür zum Beispiel Nebenbestimmungen. Eine Änderung der Beschreibung seitens des Fahrzeugherstellers, wie sie im Sinne von späteren Angaben zu Ab-schalteinrichtungen denkbar ist, kann aber auch die Notwendigkeit einer neuen EG-Typgenehmigung nach sich ziehen.

[14] b) Nach den vom BGH geklärten Maßstäben des § 826 BGB kommt es für eine tatbestandliche Schädigung indessen nicht auf die durch Verwaltungsakt festgestellte Rechtmäßigkeit eines beschriebenen Fahrzeugtyps an. So hat der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 25.05.2020 zum einen auf die bloße Möglichkeit künftiger Maßnahmen i. S. des § 5 FZV und zum anderen auf die Betroffenheit nicht eines beschriebenen Fahrzeugtyps, sondern des konkret erworbenen Fahrzeugs abgestellt. Auf die Übereinstimmung des konkreten Fahrzeugs mit dem beschriebenen und ausschließlich genehmigten Typ ist der BGH dabei aus weiterhin überzeugenden Gründen nicht eingegangen (BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 21, 48, 52). Im Hinblick darauf hat er eine Haftung des Herstellers nach §§ 826, 31 BGB nicht vom Fehlen einer EG-Typgenehmigung abhängig gemacht (BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 21).

[15] c) Auch eine zur EG-Typgenehmigung hinzutretende Übereinstimmungsbescheinigung vermag hieran nichts zu ändern. Insbesondere kann sie nicht die Wirkung des in einer EG-Typgenehmigung liegenden Verwaltungsakts (§ 35 Satz 1 VwVfG) über seinen Gegenstand hinaus auf das konkrete Fahrzeug in der Weise erstrecken, dass eine Haftung des Herstellers von der Rücknahme der EG-Typgenehmigung abhängig ist. Vielmehr fehlt für eine solche Wirkung der Übereinstimmungsbescheinigung, deren Bedeutung sich vor allem aus Art. 3 Nr. 36, Art. 18 und Art. 26 I der Richtlinie 2007/46/EG beziehungsweise § 6 I EG-FGV, § 2 Nr. 7 und § 6 III 1 und Satz 2 FZV ergibt, eine Rechtsgrundlage. In einer Übereinstimmungsbescheinigung selbst liegt kein Verwaltungsakt, dem ohne Weiteres eine ergänzende Tatbestandswirkung zukommen könnte (VG Schleswig, Urt. v. 14.02.2017 – 3 A 342/16, juris Rn. 38; *Koehl,* DAR 2017, 508, 509; *Schröder,* DVBl. 2017, 1193, 1196), sondern nur eine vom Hersteller – nicht von einer Behörde oder einem Beliehenen – ausgestellte Urkunde, der eine besondere, gesetzlich geregelte Bedeutung für die Zulassung eines Fahrzeugs zukommt (VG Düsseldorf, Urt. v. 24.01.2018 – 6 K 12341/17, juris Rn. 285; NK-GVR/*Will,* Gesamtes Verkehrsrecht, 3. Aufl. (2021), Anhang V zum Verkehrsrecht und Verwaltungsrecht Rn. 26).

[16] d) Ebenso bedeutungslos in Bezug auf die Reichweite der EG-Typgenehmigung sind die vom Berufungsgericht erwähnten Auskünfte des Kraftfahrt-Bundesamtes, in denen keine auf die hier allenfalls maßgebende EG-Typgenehmigung bezogenen Verwaltungsakte liegen.

[17] e) Klärungsbedarf i. S. von Art. 267 III AEUV besteht nach alledem nicht.

[18] 2. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV ausgeschlossen hat, ist ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern. Zwar hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei einen auf diese Vorschriften gestützten Anspruch auf Gewährung „großen“ Schadensersatzes abgelehnt (insofern zutreffend OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.03.2023 – 14 U 292/22, BeckRS 2023, 5904 Rn. 42 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 23.03.2023 – 7 U 113/22, juris Rn. 24 ff.; OLG Nürnberg, Urt. v. 27.03.2023 – 17 U 1483/22, BeckRS 2023, 5895 Rn. 59 ff.; dazu unter a). Es hat allerdings übersehen, dass dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens zustehen kann, zu dem es – von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent – nähere Feststellungen nicht getroffen hat (dazu unter b). Dieser Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens erfüllt die unionsrechtlichen Vorgaben einer effektiven Sanktionierung fahrlässiger Verstöße gegen unionsrechtliche Vorgaben einer zulässigen Gestaltung von Abschalteinrichtungen (dazu unter c). Das Berufungsgericht hätte dem Kläger Gelegenheit geben müssen, sein in erster Linie auf einen Anspruch aus §§ 826, 31 BGB gestütztes Begehren ergänzend auch auf diese Form der Schadensberechnung zu stützen (dazu unter d).

[19] a) Zutreffend hat das Berufungsgericht § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV oder Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. 2007 L 171, 1) keinen Anspruch auf Gewähr „großen“ Schadensersatzes entnommen. §§ 6 I, 27 I EG-FGV i. V. mit Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 schützen zwar das Vertrauen des Käufers auf die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit allen maßgebenden Rechtsakten beim Fahrzeugkauf. Der Schutz erstreckt sich aber nicht auf das Interesse des Käufers, nicht an dem Vertrag festgehalten zu werden.

[20] aa) Eine Rechtsnorm ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB, wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie dasjenige der Allgemeinheit im Auge haben. Nicht ausreichend ist aber, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm nur als ihr Reflex objektiv erreicht wird; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Außerdem muss die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen, wobei in umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs, in den die Norm gestellt ist, zu prüfen ist, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstoßenden mit allen damit zugunsten des Geschädigten gegebenen Haftungs- und Beweiserleichterungen zu knüpfen. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB setzt schließlich weiter voraus, dass sich im konkreten Schaden die Gefahr verwirklicht hat, vor der die betreffende Norm schützen sollte. Der eingetretene Schaden muss also in den sachlichen Schutzbereich der Norm fallen. Weiter muss der konkret Geschädigte vom persönlichen Schutzbereich der verletzten Norm erfasst sein und zum Kreis derjenigen Personen gehören, deren Schutz die verletzte Norm bezweckt (BGH, Urt. v. 23.07.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003 Rn. 14; Urt. v. 27.02.2020 – VII ZR 151/18, BGHZ 225, 23 Rn. 34; Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 73).

[21] bb) Dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs in den persönlichen Schutzbereich der § 6 I und § 27 I EG-FGV i. V. mit Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 fällt, ist unionsrechtlich vorgegeben und entspricht schon der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 74 ff.). §§ 6 I, 27 I EG-FGV sind im Lichte der Art. 3 Nr. 36, Art. 18 I, 26 I und Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG i. V. mit Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unionsrechtskonform auszulegen. Sowohl § 6 I und § 27 I EGFGV als auch die EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung in ihrer Gesamtheit dienen gemäß deren Umsetzungsgebot in Art. 48 I 1 der Umsetzung unter anderem der Richtlinie 2007/46/EG. Entsprechend verweisen § 6 I und § 27 I EG-FGV auf die Richtlinie 2007/46/EG. Auch § 1 Nr. 1 EG-FGV enthält eine Art. 48 I 4 der Richtlinie 2007/46/EG entsprechende Bezugnahme. Die Richtlinie 2007/46/EG hat die Harmonisierung der geltenden Bestimmungen zum Ziel. Das ergibt sich sowohl aus ihrem Erwägungsgrund 2 als auch aus ihrem Art. 1 über den Gegenstand der Richtlinie sowie aus ihrem Art. 4, der die Pflichten der Mitgliedstaaten betrifft. Art. I, 26 I und Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG sind in Verbindung mit Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wiederum dahin auszulegen, dass sie neben allgemeinen Rechtsgütern die Einzelinteressen des individuellen Käufers eines Kraftfahrzeugs gegenüber dessen Hersteller schützen, wenn dieses Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung i. S. von Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet ist (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 81, 88 – Mercedes-Benz Group).

[22] cc) Das Unionsrecht verlangt, was aufgrund des Urteils des EuGH vom 21.03.2023 geklärt ist, gleichwohl nicht, den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, also das Interesse auf Rückabwicklung des Kaufvertrags in den sachlichen Schutzbereich der §§ 6 I, 27 I EG-FGV einzubeziehen.

[23] (1) Schon nach der bisherigen gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung kann der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Kraftfahrzeugs gestützt auf § 823 II BGB in Verbindung mit den Normen des europäischen Abgasrechts vom Hersteller nicht die Rückabwicklung des mit dem Verkäufer abgeschlossenen Vertrags verlangen (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 73 ff.; Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 10 ff.; Urt. v. 08.12.2020 – VI ZR 244/20, VersR 2021, 263 Rn. 20; Urt. v. 20.07.2021 – VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 21; Urt. v. 26.04.2022 VI ZR 435/20, VersR 2022, 1122 Rn. 25; Beschl. v. 15.06.2021 – VI ZR 566/20, juris Rn. 7 f.; Urt. v. 23.09.2021 – III ZR 200/20, NJW 2021, 3725 Rn. 14; Urt. v. 24.03.2022 – III ZR 270/20, VersR 2022, 1242 Rn. 27 ff.; Urt. v. 02.06.2022 – III ZR 216/20, juris Rn. 37; Urt. v. 13.06.2022 – VIa ZR 680/21, NJW-RR 2022, 1251 Rn. 23 f.; Beschl. v. 14.02.2022 – VIa ZR 204/21, juris; Urt. v. 16.09.2021 – VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 35 ff.; Beschl. v. 13.10.2021 – VII ZR 207/21, juris; Beschl. v. 13.10.2021 – VII ZR 237/21, juris). Diese ständige höch-

strichterliche Rechtsprechung beruht weder auf der Annahme, dass der Käufer eines Dieselfahrzeugs mit einer den europäischen Abgasnormen nicht entsprechenden Abgassteuerung nicht in den persönlichen Schutzbereich dieser Normen fällt, noch auf der Annahme, dass es keine in den sachlichen Schutzbereich der Normen fallenden Schäden des Käufers gibt. Verneint hat der BGH bisher nur, dass die europäischen Abgasnormen auch in Verbindung mit der Übereinstimmungsbescheinigung die allgemeine Handlungsfreiheit und als deren Ausfluss das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht des Käufers, das heißt das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, schützen, und zwar in der Form, dass die gegebenenfalls auch fahrlässige Erteilung einer unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung zu einem deliktischen Anspruch des Käufers gegen den Hersteller auf Rückerstattung des an den Verkäufer gezahlten Kaufpreises führt. Der BGH hat insofern nicht ausreichen lassen, dass die europäischen Abgasnormen „den Schutz aller Käufer eines Fahrzeugs einschließlich des Endkunden vor Verstößen des Herstellers gegen seine Verpflichtung, neue Fahrzeuge in Übereinstimmung mit ihren genehmigten Typen beziehungsweise den für ihren Typ geltenden Rechtsvorschriften … in Verkehr zu bringen“, bezwecken (vgl. BGH, Beschl. v. 15.06.2021 – VI ZR 566/20, juris Rn. 8; Beschl. v. 07.07.2021 – VII ZR 218/21, juris Rn. 3; Beschl. v. 13.10.2021 – VII ZR 185/21, juris Rn. 3; Beschl. v. 14.02.2022 – VIa ZR 204/21, juris). Denn aus der Verpflichtung des Herstellers zur Einhaltung des europäischen Abgasrechts und einer auch darauf bezogenen, dem Käufer ausgehändigten Bescheinigung ergibt sich nicht automatisch ein neben die kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung des Verkäufers und die deliktische Haftung des Herstellers für Vermögensschäden nach der Differenzhypothese tretender Anspruch des Käufers auf eine vom Vorliegen eines Vermögensschadens nach der Differenzhypothese unabhängige, wirtschaftliche Rückabwicklung des Kaufvertrags im Verhältnis zum Hersteller bei einem Verstoß gegen Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und der Erteilung einer unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung.

[24] (2) Diese Rechtsprechung trägt dem unterschiedlichen Unwertgehalt einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung einerseits und einer schuldhaften Schutzgesetzverletzung andererseits Rechnung. Von ihr abzugehen sieht der Senat auch bei der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung der §§ 6 I, 27 I EG-FGV und im Lichte der direkten Anwendung des Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 keine Veranlassung. Insbesondere lässt sich dem Urteil des EuGH vom 21.03.2023 (C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 83 – Mercedes-Benz Group) nichts entnehmen, was zu einer Abkehr von dieser gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung Anlass gäbe.

[25] Der Gerichtshof hat dem Unionsrecht nicht entnommen, das nationale Schadensrecht müsse dem Käufer ohne Rücksicht auf den Eintritt eines Schadens im Sinne einer nachteiligen Vermögensdifferenz einen Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf die wirtschaftliche Rückabwicklung des Kaufvertrags zubilligen. Er hat nicht etwa einen Schaden schon mit Rücksicht auf den nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts geschlossenen Kaufvertrag bejaht, sondern ist von der Notwendigkeit weiterer Feststellungen zu einem Schaden ausgegangen. In Bezug auf die Folgen einer unzulässigen Abschalteinrichtung für den Käufer hat der Gerichtshof die den Käufer treffende Unsicherheit hinsicht-lich der Möglichkeit, das Fahrzeug anzumelden, zu verkaufen oder in Betrieb zu nehmen, in den Blick genommen und ausgeführt, die Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung könne letztlich zu einem Schaden beim Käufer führen (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 84 – Mercedes-Benz Group). Außerdem hat der Gerichtshof festgehalten, es sei Sache des nationalen Gerichts festzustellen, ob dem Käufer im Zusammenhang mit dem Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung ein Schaden entstanden sei (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 94 – Mercedes-Benz Group). Zugleich hat er nur den Ersatz eines dem Käufer tatsächlich entstandenen (Differenz-)Schadens verlangt (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 96 – Mercedes-Benz Group). Den Schutz auch des von einem Schaden nach Maßgabe der Differenzhypothese gelösten Interesses des Käufers, nicht an einen ungewollten, unvernünftigen Vertrag gebunden zu sein, hat der Gerichtshof demnach nicht in den Blick genommen, sondern über das Vorliegen einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung hinaus einen Schaden im Sinne einer nachteiligen Vermögensdifferenz als Voraussetzung einer Herstellerhaftung unterstellt.

[26] Soweit der Gerichtshof dem Unionsrecht sowohl im Hinblick auf die Festlegung der Sanktionen für Rechtsverstöße durch unzulässige Abschalteinrichtungen und gleichwohl ausgestellte Übereinstimmungsbescheinigungen als auch hinsichtlich der Modalitäten des Schadensersatzes keine weiteren, konkreteren Vorgaben entnommen, sondern lediglich festgehalten hat, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 I der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssten (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 90 – Mercedes-Benz Group) und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürften (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 93 – Mercedes-Benz Group), ergibt sich daraus kein weiterreichendes, auch das Käuferinteresse nur an der Lösung vom Vertrag umfassendes unionsrechtlich determiniertes Sanktionsgebot.

[27] (3) Diese Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof kann der Senat als geklärt erachten, obwohl der Oberste Gerichtshof der Republik Österreich (OGH) mit Urteil vom 25.04.2023 (10 Ob 2/23a; BeckRS 2023, 9749) für das österreichische Schadensrecht die Ersatzfähigkeit des „großen“ Schadensersatzes auch im Falle eines bloß fahrlässigen Verstoßes gegen das europäische Abgasrecht anerkannt hat. Dass der OGH in seiner Entscheidung vom 25.04.2023 ausgehend vom unionsrechtlich gebotenen Schutz des Vertrauens des Käufers bei Erwerb des Fahrzeugs auf die vollständige Konformität mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu einem Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags im Verhältnis nicht zwischen den Vertragsparteien, sondern zwischen Käufer und Fahrzeughersteller gelangt ist (OGH, Urt. v. 25.04.2023 – 10 Ob 2/23a, BeckRS 2023, 9749 Ziffer II.3 des Urteilsausspruchs sowie Rn. 35), beruht – wie der OGH mehrfach festgehalten hat – allein auf den Bestimmungen des für die Modalitäten des Schadensersatzes maßgebenden nationalen Rechts, im dortigen Fall des Rechts der Republik Österreich (OGH, Urt. v. 25.04.2023 – 10 Ob 2/23a, BeckRS 2023, 9749 Rn. 17, 19, 22). Mit Rücksicht hierauf hat der OGH ausgeführt, dass die Entscheidung des EuGH vom 21.03.2023 einem so ausgestalteten Ersatzanspruch nicht entgegenstehe (OGH, Urt. v. 25.04.2023 – 10 Ob 2/23a, BeckRS 2023, 9749 Rn. 35). Auch der OGH geht mithin im Sinne eines *acte éclairé* davon aus, dass die Gewähr großen Schadensersatzes vom Unionsrecht nicht gefordert werde.

[28] b) Das Berufungsgericht hat aber übersehen, dass dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller zustehen kann, weil ihm aufgrund des Vertragsschlusses ein Vermögensschaden nach Maßgabe der Differenzhypothese, also ein Differenzschaden, entstanden ist. Die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen eines solchen Anspruchs dem Grunde nach sind mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich zu unterstellen.

[29] aa) Der EuGH hat Art. 3 Nr. 36, Art. 18 I, 26 I und Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG im Sinne des Schutzes auch der individuellen Interessen des Käufers eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung i. S. von Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgerüsteten Kraftfahrzeugs gegenüber dem Fahrzeughersteller ausgelegt (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 85, 88 – Mercedes-Benz Group). Den Schutz der individuellen Interessen des Fahrzeugkäufers im Verhältnis zum Hersteller hat der Gerichtshof dabei aus der in Art. 26 I der Richtlinie 2007/46/EG vorgesehenen Beifügung einer Übereinstimmungsbescheinigung für die Zulassung, den Verkauf oder die Inbetriebnahme des Fahrzeugs abgeleitet (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 79 – Mercedes-Benz Group). Dabei hat er auf die Bedeutung der Übereinstimmungsbescheinigung gemäß Art. 3 Nr. 36 der Richtlinie 2007/46/EG nicht nur für die Übereinstimmung des erworbenen Fahrzeugs mit dem genehmigten Typ, sondern auch für die Einhaltung aller Rechtsakte abgestellt (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 79 – Mercedes-Benz Group). Außerdem hat er Art. 46 I der Richtlinie 2007/46/EG herangezogen und geklärt, diese Bestimmung gewährleiste, dass der Käufer sein Fahrzeug mithilfe der Übereinstimmungsbescheinigung ohne Vorlage weiterer technischer Unterlagen in jedem Mitgliedstaat zulassen könne (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 80 – Mercedes-Benz Group). Die in Art. 4 III der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vorgesehene Pflicht des Herstellers, dem Fahrzeugkäufer beim Kauf ein Schriftstück mit Angaben über die Kohlendioxidemissionen und den Kraftstoffverbrauch auszuhändigen, trage zur Verfolgung des Ziels bei, ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen. Wie dem 17. Erwägungsgrund dieser Verordnung entnommen werden könne, ziele diese Pflicht darauf ab, dass die Verbraucher und Anwender zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Kaufentscheidung träfen, objektive und genaue Informationen zur mehr oder weniger starken Umweltbelastung durch die Kraftfahrzeuge erhielten (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 72 – Mercedes-Benz Group). Aus dem Gesamtzusammenhang des unionsrechtlichen Regelungsgefüges hat der Gerichtshof gefolgert, dass der Käufer beim Erwerb eines Kraftfahrzeugs, das zur Serie eines genehmigten Typs gehöre und mit einer Übereinstimmungsbescheinigung versehen sei, vernünftigerweise erwarten könne, dass die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und insbesondere deren Art. 5 eingehalten würden (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 81 – Mercedes-Benz Group). Infolgedessen ergebe sich aus den vorgenannten Bestimmungen der Richtlinie eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Fahrzeughersteller und dem Käufer, mit der letzterem gewährleistet werde, dass das Kraftfahrzeug mit den maßgebenden Bestimmungen des Unionsrechts übereinstimme (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 82 – Mercedes-Benz Group).

[30] Mit dieser Begründung des Individualschutzes hat der Gerichtshof das auf der Übereinstimmungsbescheinigung beruhende und unionsrechtlich geschützte Vertrauen des Käufers mit dessen Kaufentscheidung verknüpft. Er hat dem Unionsrecht auf diesem Weg einen von einer vertraglichen Sonderverbindung unabhängigen Anspruch des Fahrzeugkäufers gegen den Fahrzeughersteller auf Schadensersatz „wegen des Erwerbs“ eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs entnommen (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 91 – Mercedes-Benz Group). Das trägt dem engen tatsächlichen Zusammenhang zwischen dem Vertrauen des Käufers auf die Ordnungsmäßigkeit des erworbenen Kraftfahrzeugs einerseits und der Kaufentscheidung andererseits Rechnung. Dieser Zusammenhang wiederum liegt der Rechtsprechung des BGH zu dem Erfahrungssatz zugrunde, dass ein Käufer, der ein Fahrzeug zur eigenen Nutzung erwirbt, in Kenntnis der Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung von dem Erwerb des Fahrzeugs abgesehen hätte (BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 49 ff.; Urt. v. 07.11.2022 – VIa ZR 325/21, VersR 2023, 403 Rn. 17, 19 m. w. Nachw.). Dementsprechend kann der vom EuGH geforderte Schutz des Käufervertrauens im Verhältnis zum Fahrzeughersteller, sollen Wertungswidersprüche vermieden werden, nur unter Einbeziehung auch der Kaufentscheidung gewährleistet werden.

[31] Dieses Verständnis der unionsrechtlichen Vorgaben liegt auch der Entscheidung des OGH vom 25.04.2023 zugrunde. Denn der OGH hat an die Erwägungen des EuGH zu den berechtigten Erwartungen des Fahrzeugkäufers mit Rücksicht auf den Inhalt der Übereinstimmungsbescheinigung angeknüpft und den maßgebenden Bestimmungen des Unionsrechts das Gebot des Schutzes des Käufervertrauens in Bezug auf den Abschluss des Kaufvertrags entnommen (OGH, Urt. v. 25.04.2023 – 10 Ob 2/23a, BeckRS 2023, 9749 Rn. 12 f., 29).

[32] bb) Das demnach unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, ist von § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt. Dabei kommt es aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben Gewährung eines effektiven und verhältnismäßigen Schadensersatzes im Falle des enttäuschten Käufervertrauens nicht darauf an, ob der Verordnungsgeber einen deliktischen Schadensersatzanspruch schaffen wollte. Der Wortlaut der §§ 6 I, 27 I EG-FGV steht einem unionsrechtlich fundierten Verständnis als Schutzgesetze, deren sachlicher Schutzbereich den Differenzschaden bei Abschluss des Kaufvertrags umfasst, nicht entgegen. Es entspricht im Übrigen ständiger, auf Art. 2 EGBGB gründender höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz neben dem Gesetz im formellen Sinne jede sonstige Norm des objektiven Rechts sein kann, sofern darin nur ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen wird (vgl. schon BGH, Urt. v. 25.01.1977 – VI ZR 29/75, VersR 1977, 616, 617 m. w. Nachw.). Das ist hier der Fall.

[33] cc) Revisionsrechtlich ist mangels anderweitiger Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV erfüllt sind. Insbesondere gilt das Folgende:

[34] (1) Zu unterstellen ist, dass die Beklagte eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an. Der EuGH hat das Vorliegen einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung ausschließlich vom Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 abhängig gemacht und ist nicht näher auf den Inhalt der EG-Typgenehmigung so-wie die dafür maßgebende Beschreibung des genehmigten Fahrzeugtyps eingegangen. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist danach gemäß der für den Senat verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht vorliegen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts gestatten nicht die Prüfung, mit welchen das Emissionskontrollsystem betreffenden Vorrichtungen das Kraftfahrzeug des Klägers ausgerüstet ist und ob die vorhandenen Vorrichtungen die Voraussetzungen des Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 für eine unzulässige Abschalteinrichtung erfüllen. Das Berufungsgericht hat lediglich allgemein festgestellt, dass das Fahrzeug sowohl mit einem Thermofenster als auch mit einer Fahrkurvenerkennung ausgerüstet sei, ohne aber auf die nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Umstände einzugehen. Auch hinsichtlich einer ausnahmsweisen Zulässigkeit nach Art. 5 II 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

[35] (2) Außerdem ist zugunsten des Klägers mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich zu unterstellen, dass die Beklagte schuldhaft gehandelt hat.

[36] Eine Schadensersatzhaftung gemäß § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV setzt ein Verschulden des in Anspruch genommenen Fahrzeugherstellers voraus. Der EuGH hat sich zwar im Zusammenhang mit der Herleitung eines Schadensersatzanspruchs des Fahrzeugkäufers gegen den Fahrzeughersteller wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung und der insofern unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung nicht mit einem Verschulden als spezifischer Anspruchsvoraussetzung auseinandergesetzt. Gleichwohl muss es bei dieser Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 823 II BGB bleiben. Denn der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 21.03.2023 nicht etwa einen Schadensersatzanspruch des Käufers für den Fall einer unzulässigen Abschalteinrichtung unmittelbar aus dem Unionsrecht abgeleitet, sondern lediglich eine Pflicht der Mitgliedstaaten bejaht, einen entsprechenden Anspruch vorzusehen (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 91 – Mercedes-Benz Group). Dem für die Begründung des vom Gerichtshof geforderten Schadensersatzanspruchs hier allein infrage kommenden Recht der Bundesrepublik Deutschland ist eine Rechtsgrundlage für eine vom Verschulden des Fahrzeugherstellers unabhängige Schadensersatzhaftung ohne Rücksicht auf die fehlende rechtliche Sonderverbindung der Parteien aber nicht zu entnehmen.

[37] § 823 II 2 BGB erlaubt nach seinem Wortlaut eine von einem Verschulden des Schädigers unabhängige Ersatzpflicht nicht. Vielmehr tritt nach § 823 II 2 BGB, sofern nach dem Inhalt des Schutzgesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist, die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein. Auch unter Ausschöpfung der Grenzen zulässiger Gesetzesauslegung kommt demnach die Ableitung einer verschuldensunabhängigen Haftung aus § 823 II BGB nicht infrage. Nichts anderes gilt mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH findet eine solche Auslegung des nationalen Rechts ihre Grenze in einem im Gesetz zum Ausdruck kommenden Willen des nationalen Gesetzgebers (EuGH, Urt. v. 22.01.2019 – C-193/17, NZA 2019, 297 Rn. 74 m. w. Nachw.).

[38] Gemäß § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV genügt ein fahrlässiger Verstoß für die Haftung. Im Grundsatz ist der subjektive Tatbestand des Schutzgesetzes auch für die Schadensersatzpflicht nach § 823 II BGB maßgebend (BGH, Urt. v. 29.04.1966 – V ZR 147/63, BGHZ 46, 17, 21). Straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlich sanktionierte Schutzgesetze sind nach diesen Maßgaben zu behandeln (BGH, Urt. v. 10.07.1984 VI ZR 222/82, NJW 1985, 134, 135). Da § 37 I EG-FGV den vorsätzlichen und fahrlässigen Verstoß gegen § 27 I 1 EG-FGV als Ordnungswidrigkeit behandelt, genügt für eine Schadensersatzpflicht nach § 823 II BGB der fahrlässige Verstoß gegen die EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung im Sinne des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dem Berufungsurteil lassen sich Feststellungen nicht entnehmen, die ein fahrlässiges Verhalten der Beklagten ausschlössen.

[39] (3) Schließlich ist aus Rechtsgründen davon auszugehen, dass der Kläger, weil die sonstigen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV revisionsrechtlich zu unterstellen sind, einen Vermögensschaden im Sinne der Differenzhypothese erlitten hat.

[40] Das Bestehen eines Schadens ist nach Maßgabe der Differenzhypothese zu ermitteln, also nach Maßgabe eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (BGH, Urt. v. 14.06.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rn. 42; Urt. v. 06.06.2013 – IX ZR 204/12, NJW 2013, 2345 Rn. 20; Urt. v. 05.02.2015 – IX ZR 167/13, NJW 2015, 1373 Rn. 7). Ein Vermögensschaden des Käufers im Sinne der Differenzhypothese liegt vor, wenn der Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbe-gründende Ereignis ein rechnerisches Minus ergibt (BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 45) bzw. der objektive Wert des erwor-benen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt (BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 19). Der Geschädigte wird durch Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Sein Schaden liegt daher in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat. Insofern unterscheidet sich der Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens gemäß § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV nicht von dem unter den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB zu gewährenden „kleinen“ Schadensersatz (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 16).

[41] Zwar hat das Berufungsgericht zu einer Wertdifferenz keine Feststellungen getroffen. Der Kläger hat aber ein Fahrzeug erworben, das dem Gebrauch als Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr dient. Da dem Kläger infolge der revisionsrechtlich zu unterstellenden unzulässigen Abschalteinrichtungen Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 I FZV drohen (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 19 ff.), steht die zweckentsprechende Nutzung des erworbenen Fahrzeugs infrage. Die damit einhergehende, zeitlich nicht absehbare Unsicherheit, das erworbene Kraftfahrzeug jederzeit seinem Zweck entsprechend nutzen zu dürfen, setzt den objektiven Wert des Kaufgegenstands im maßgeblichen Zeitpunkt der Vertrauensinvestition des Klägers bei Abschluss des Kaufvertrags herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt. Die Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs ist geeignet, Zeit und Kraft zu sparen und damit das Fortkommen unabhängig von der Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsmittel im allgemeinsten Sinne zu fördern. Anschaffung und Unterhaltung eines Kraftfahrzeugs erfolgen vor allem um des wirtschaftlichen Vorteils willen, der in der Zeitersparnis liegt (BGH, Urt. v. 23.01.2018 – VI ZR 57/17, BGHZ 217, 218 Rn. 7 m. w. Nachw. zur st. Rspr.). Liegt der wirtschaftliche Wert eines Kraftfahrzeugs nicht nur für den klagenden Käufer, sondern ebenso für als Abkäufer infrage kommende Dritte darin, jederzeit über ein für die Teilnahme am Straßenverkehr zugelassenes Fortbewegungsmittel zu verfügen, und hat diese jederzeitige Verfügbarkeit einen Geldwert, lässt sich eine Verringerung des objektiven Werts des Kraftfahrzeugs infolge seiner Ausrüstung mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Vergleich zu einem Kraftfahrzeug der betreffenden Baureihe und Motorisierung ohne unzulässige Abschalteinrich-tung nicht ohne Verletzung des § 287 I ZPO verneinen. Auch der OGH hat in seiner Entscheidung vom 25.04.2023 den Eintritt eines Schadens schon aufgrund der mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung einhergehenden Unsicherheit für die Möglichkeit, das erworbene Fahrzeug zweckentsprechend zu nutzen, und der drohenden Betriebsuntersagung bejaht (OGH, Urt. v. 25.04.2023 – 10 Ob 2/23a, BeckRS 2023, 9749 Rn. 21, 24 f.).

[42] Ein Schadenseintritt kann im Übrigen nicht deshalb geleugnet werden, weil es bisher noch nicht zu Einschränkungen der Nutzbarkeit gekommen ist und weil das Kraftfahrt-Bundesamt Motoren der Baureihe EA288 zwar geprüft, aber bisher von der Veranlassung eines Rückrufs oder anderen einschränkenden Maßnahmen abgesehen hat (so aber OLG Schleswig, Urt. v. 29.03.2023 – 12 U 119/22, juris Rn. 95, 99). Denn mit Rücksicht auf den geldwerten Vorteil der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs genügt schon die rechtliche Möglichkeit einer Nutzungsbeschränkung, die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung gegeben ist. Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, sodass späteren Maßnahmen des Kraftfahrt-Bundesamtes schon deshalb keine Bedeutung mehr zukommen kann. Da die Beklagte wegen des enttäuschten Vertrauens des Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für die aus dem Vertragsschluss folgenden Schäden haftet, kommt es – wie bei dem nach § 826 BGB nur wahlweise eröffneten „kleinen“ Schadensersatz (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 23 m. w. Nachw.) – für den Vermögensvergleich nicht auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an.

[43] c) Auch unter Berücksichtigung des Gebots wirksamer und abschreckender Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 I der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 90 – Mercedes-Benz Group) stellt der Ersatz des Differenzschadens eine unionsrechtskonforme Haftungsfolge für einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar.

[44] Der aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV folgende Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens ergänzt den Schadensersatz nach §§ 826, 31 BGB. Unter den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB kann der Käufer zwischen dem „großen“ und dem „kleinen“ Schadensersatz wählen (BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 16 m. w. Nachw.). Nur wenn die Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB nicht vorliegen, also insbesondere in den Fällen bloßer Fahrlässigkeit, greift § 823 II BGB ein und stellt im Rahmen der Grenzen des nationalen Rechts sicher, dass der Verstoß gegen §§ 6 I, 27 I EG-FGV sowie Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht folgenlos bleibt. Die Wirksamkeit des Anspruchs auf Ersatz des Differenzschadens nach § 823 II BGB bleibt bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht hinter derjenigen des Anspruchs auf „großen“ Schadensersatz gemäß §§ 826, 31 BGB zurück, wenn Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs auf den Differenzschaden erst dann und nur insoweit schadensmindernd angerechnet werden, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (vgl. zum „kleinen“ Schadensersatz BGH, Urt. v. 24.01.2022 – VI-a ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 22). Weil auch im Rahmen des § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV zugunsten des Käufers ein Erfahrungssatz streitet, ein Verschulden des Fahrzeugherstellers vermutet wird und ein Differenzschaden im Falle des Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung aus Rechtsgründen nicht verneint werden kann, wird die Erlangung einer angemessen Entschädigung nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert (vgl. dazu EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 93 – Mercedes-Benz Group).

[45] d) Das Berufungsgericht hätte die Berufung des Klägers bei richtiger rechtlicher Bewertung mithin nicht zurückweisen dürfen, ohne ihm Gelegenheit zu geben, den von ihm geltend gemachten Schaden im Sinne des Differenzschadens zu berechnen. Denn dem vom Kläger in erster Linie auf §§ 826, 31 BGB gestützten „großen“ Schadensersatz einerseits und einem Differenzschaden nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV andererseits liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen.

[46] III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 ZPO), weil es sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, die eine Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 BGB oder § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EGFGV ausschlössen. Soweit das Berufungsgericht bei der Prüfung eines Anspruchs aus §§ 826, 31 BGB substanziierte Darlegungen des Klägers zu einer Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes über eine unzulässige Abschalteinrichtung vermisst und sich der Würdigung des Landgerichts angeschlossen hat, die Behauptungen des Klägers seien ins Blaue hinein aufgestellt worden, kann das zum einen – wie vom Berufungsgericht festgehalten – das Vorbringen des Klägers zu der Verwendung eines Thermofensters nicht betreffen. Zum anderen hat das Berufungsgericht betreffend die behauptete Fahrkurvenerkennung weder festgestellt, die Beklagte habe die Fahrkurvenerkennung dem Kraftfahrt-Bundesamt schon im Verfahren der EG-Typgenehmigung bekanntgegeben, noch, eine erkannte Fahrkurve habe nicht die vom Kläger behaupteten Folgen für die Emissionskontrolle. Schließlich hat das Berufungsgericht auch nicht festgestellt, die Beklagte habe ihr für §§ 826, 31 BGB maßgebliches Verhalten schon vor dem Kaufvertragsschluss durch eine umfassende Kooperation mit dem Kraftfahrt-Bundesamt geändert.

[47] IV. Mit Rücksicht auf die fehlenden Feststellungen sowohl zu den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB als auch zu den nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV bedeutsamen Umständen kann der Senat nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO). Die Sache ist vielmehr zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[48] 1. Bei der erneuten Prüfung eines Anspruchs des Klägers aus §§ 826, 31 BGB wird das Berufungsgericht die vom BGH geklärten Maßstäbe (vgl. zum Thermofenster BGH, Urt. v. 19.01.2021 – VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 16 ff.; Urt. v. 16.09.2021 – VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 12 ff.) zu beachten und den Vortrag des Klägers nach diesen Maßgaben zu bewerten haben. Eine Fahrkurvenerkennung ist für eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB nur dann relevant, wenn eine auf dem Prüfstand erkannte Fahrkurve Auswirkungen auf das Emissionsverhalten hat. Außerdem haftete die Beklagte nach §§ 826, 31 BGB nur dann, wenn sie ihr Verhalten nicht schon vor Abschluss des Kaufvertrags des Klägers nach Maßgabe der höchstrichterlich entwickelten Grundsätze geändert hatte (vgl. BGH, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 30 f.; Urt. v. 13.04.2021 – VI ZR 276/20, NJW-RR 2021, 812 Rn. 8; jeweils m. w. Nachw.).

[49] 2. Bei der Prüfung einer Haftung der Beklagten nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV wird das Berufungsgericht zunächst zu ermitteln haben, ob in dem Fahrzeug des Klägers eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne des Unionsrechts verbaut ist.

[50] a) Unter welchen konkreten Umständen eine unzulässige Abschalteinrichtung vorliegt, richtet sich nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Bei der Subsumtion unter Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist nach der Rechtsprechung des EuGH auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 = NJW 2022, 2605 Rn. 40 – GSMB Invest; vgl. außerdem EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 = EuZW 2022, 1080 – Porsche Inter Auto und Volkswagen). Dieses Verständnis des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 trägt dem räumlichen Geltungsbereich der Verordnung Rechnung. Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschalteinrichtung i. S. des Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 können deshalb nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten von Bedeutung sein.

[51] Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine Abschalteinrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und -reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktions-veränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, was die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Grenzwertkausalität geltend macht, ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung. Die Prüfung im Neuen Europäischen Fahrzyklus lässt nur in Bezug auf die dabei wirksamen Emissionskontrollsysteme Prognosen für den gewöhnlichen Fahrbetrieb zu und auch das nur dann, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht verringert wird. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im Neuen Europäischen Fahrzyklus. Das gilt ohne Rücksicht auf die jeweils eingesetzten Technologien (vgl. EuGH, Urt. v. 08.11.2022 – C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 = NJW 2022, 3769 Rn. 92 – Deutsche Umwelthilfe).

[52] b) Es ist Sache des Tatrichters, Feststellungen zu den nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs maßgebenden Umständen entweder aufgrund nicht streitigen Tatsachenvortrags der Parteien oder gestützt auf eine § 286 I 1 ZPO entsprechende Würdigung zu treffen.

[53] Nach allgemeinen Regeln trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschalteinrichtung als solcher i. S. der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 den Kläger als Anspruchsteller, weil es sich um einen anspruchsbegründenden Umstand handelt (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 35; Urt. v. 28.09.2021 – VI ZR 29/20, VersR 2022, 63 Rn. 15; jeweils zu § 826 BGB). Der Kläger muss Tatsachen vortragen, die in Verbindung mit Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 geeignet und erforderlich sind, den geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen, ohne allerdings seinen Tatsachenvortrag durch die Angaben weiterer Einzelheiten substanziieren zu müssen (BGH, Urt. v. 08.12.2021 – VIII ZR 280/20, NJW 2022, 935 Rn. 17 m. w. Nachw. zur st. Rspr.). Die Anforderungen an den Tatsachenvortrag des Klägers zum Vorhandensein einer Abschalteinrichtung dürfen dabei nicht überspannt werden. Der Kläger darf aber nicht willkürlich, aufs Geratewohl und ohne greifbare Anhaltspunkte Behauptungen aufstellen (vgl. entsprechend zu § 826 BGB nur BGH, Urt. v. 13.07.2021 – VI ZR 128/20, VersR 2021, 1252 Rn. 20 ff.; Beschl. v. 04.05.2022 – VII ZR 733/21, juris Rn. 20 f.).

[54] Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt dagegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschalteinrichtung zulässig ist. Das ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil die Verwendung einer Abschalteinrichtung nach Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 5 II 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist. Seiner Darlegungs- und Beweislast genügt der Fahrzeughersteller nicht, wenn er pauschal vorbringt, in dem Fahrzeug sei keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut. Denn damit lässt er offen, ob die behauptete Abschalteinrichtung vorhanden ist, und beschränkt sich auf eine ohne Weiteres nicht überprüfbare rechtliche Würdigung in Bezug auf Art. 5 II 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

[55] 3. Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. zum „kleinen“ Schadensersatz BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 21.).

[56] Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob dem Käufer bei dem Erwerb des Kraftfahrzeugs die vom Fahrzeughersteller ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Denn erwirbt ein Käufer ein zugelassenes oder zulassungsfähiges Fahrzeug auch zur Nutzung im Straßenverkehr, wird er regelmäßig darauf vertrauen, dass die Zulassungsvoraussetzungen, zu denen nach § 6 III 1 FZV die Übereinstimmungsbescheinigung gehört, vorliegen und dass außerdem keine ihn einschränkenden Maßnahmen nach § 5 I FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen erfolgen können. Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist.

[57] Hat der Fahrzeughersteller sein Verhalten vor dem Abschluss des konkreten Erwerbsgeschäfts, das wie in den Fällen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung das gesetzliche Schuldverhältnis nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV erst begründet (vgl. zu § 826 BGB nur BGH, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 31), allerdings dahin geändert, dass er die Ausrüstung der Fahrzeuge mit Motoren einer dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss, kann die Verhaltensänderung die Anwendung des Erfahrungssatzes infrage stellen. Dies darzulegen und zu beweisen ist wiederum Sache des Fahrzeugherstellers.

[58] 4. Bei der Prüfung, ob die Beklagte schuldhaft gehandelt hat, wird das Berufungsgericht folgende Erwägungen zum Ausgangspunkt zu nehmen haben:

[59] a) Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 II BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urt. v. 13.12.1984 – III ZR 20/83, NJW 1985, 1774, 1775 m. w. Nachw.). Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, Urt. v. 03.05.2016 – II ZR 311/14, NJW 2017, 886 Rn. 16; vgl. auch BGH, Urt. v. 21.12.1955 – VI ZR 280/54, VersR 1956, 190, 191; Urt. v. 27.01.1959 – VI ZR 30/58, VersR 1959, 277, 278; Urt. v. 04.04.1967 – VI ZR 98/65, VersR 1967, 685; Urt. v. 12.03.1968 – VI ZR 178/66, NJW 1968, 1279, 1281; Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91, 103 f.; Urt. v. 13.12.1984 – III ZR 20/83, NJW 1985, 1774, 1775; Urt. v. 19.11.1991 – VI ZR 171/91, BGHZ 116, 104, 114 f.; Urt. v. 28.03.2006 – VI ZR 46/05, NJW 2006, 1589 Rn. 22). Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 I, 27 I EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen.

[60] Der Verschuldensvermutung steht nicht der Einwand entgegen, dass §§ 6 I, 27 I EG-FGV das geforderte Verhalten nicht hinreichend konkret umschrieben, sondern sich auf das Verbot eines bestimmten Verletzungserfolgs beschränkten. Richtig ist zwar, dass der BGH unter solchen Voraussetzungen die Anwendbarkeit der Verschuldensvermutung schon verneint hat (vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1991 – VI ZR 171/91, BGHZ 116, 104, 115 m. w. Nachw.; MünchKomm-BGB/*Wagner,* 8. Aufl. (2020), § 823 Rn. 619). Das mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV verbundene und letztlich auf Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 beruhende Verbot ist jedoch hinreichend konkret. Dabei ist nicht die Rechtsauffassung des Kraftfahrt-Bundesamtes von der Bedeutung der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebend, sondern das an der Systematik des Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 orientierte Normverständnis, nach dem Abschalteinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 = NJW 2022, 2605 Rn. 40 – GSMB Invest; Urt. v. 14.07.2022 – C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 = EuZW 2022, 1080 – Porsche Inter Auto und Volkswagen).

[61] b) Weil auch das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehene Fahrzeug entsteht (vgl. zum Zeitpunkt der Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses BGH, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 31), muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden. Hat der Fahrzeughersteller die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und hat er eine Beseitigung der betreffenden Abschalteinrichtung allgemein, das heißt insbesondere nicht nur für neue, sondern auch für gebrauchte Kraftfahrzeuge veranlasst, kann ihm unter Umständen der Vorwurf einer fahrlässigen Schädigung solcher Käufer nicht mehr gemacht werden, die ein Fahrzeug nach der Verhaltensänderung des Herstellers gekauft haben.

[62] c) Sollte sich die Beklagte zu ihrer Entlastung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum im Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Klägers berufen, wird das Berufungsgericht von folgenden Grundsätzen auszugehen haben:

[63] aa) Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken (BGH, Urt. v. 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 302 f.; Urt. v. 12.05.1992 – VI ZR 257/91, BGHZ 118, 201, 208; Urt. v. 03.06.2014 – XI ZR 147/12, BGHZ 201, 310 Rn. 24; Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463 Rn. 18; Beschl. v. 29.06.2010 – XI ZR 308/09, NJW 2010, 2339 Rn. 3; Beschl. v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10, NJW 2011, 3229 Rn. 12). Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, Urt. v. 12.07.2006 – X ZR 157/05, NJW 2006, 3271 Rn. 19; Urt. v. 11.04.2012 – XII ZR 48/10, WuM 2012, 323 Rn. 31; Urt. v. 30.04.2014 – VIII ZR 103/13, NJW 2014, 2720 Rn. 23).

[64] bb) Den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung führen, wenn diese EG-Typgenehmigung die verwendete unzulässige Abschalteinrichtung in allen ihren nach Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasst. Die EG-Typgenehmigung muss sich dann allerdings auf die Abschalteinrichtung in ihrer konkreten Ausführung und auch unter Berücksichtigung festgestellter Kombinationen von Abschalteinrichtungen erstrecken.

[65] cc) Gelingt der Nachweis auf diesem Wege nicht, kann der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung zum anderen darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundi-gung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 II BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH, Urt. v. 27.06.2017 – VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 Rn. 16).

[66] Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschalteinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschalteinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt. Haben mehrere Abschalteinrichtungen Verwendung gefunden, muss der Tatrichter die Einzelheiten der konkret verwendeten Kombination für die Frage einer hypothetischen Genehmigung in den Blick nehmen.

[67] Auf das Bestehen einer entsprechenden Verwaltungspraxis kommt es dabei nicht maßgeblich an (anders *Gsell/Mehring,* NJW 2023, 1099 Rn. 8). Die Grundsätze der hypothetischen Genehmigung gelten mit Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck auch, wenn der Fahrzeughersteller eine hypothetische Genehmigung bezogen auf den konkreten Motor einer bestimmten Baureihe nachweist. Neben anderen Indizien kann allerdings aufgrund einer bestimmten, hinreichend konkreten Verwaltungspraxis gemäß § 286 I ZPO auf eine hypothetische Genehmigung geschlossen werden.

[68] dd) Stützt sich der in Anspruch genommene Hersteller für die Unvermeidbarkeit seines Verbotsirrtums dagegen nicht auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde, sondern auf den eingeholten Rechtsrat eines unabhängigen, für die hier zu klärenden Fragen fachlich qualifizierten Berufsträgers (vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118 Rn. 16), setzt die Entlastung über die genannten persönlichen Voraussetzungen des Hinzugezogenen hinaus voraus, dass dem Berater der relevante Sachverhalt umfassend mitgeteilt worden ist und die erteilte Auskunft einer Plausibilitätskontrolle standhält (vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118 Rn. 18; Beschl. v. 29.07.2014 – II ZB 1/12, WM 2014, 2040 Rn. 77 m. w. Nachw.).

[69] ee) Beruft sich der Fahrzeughersteller weder auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde noch auf einen externen qualifizierten Rechtsrat, sondern auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschalteinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot (vgl. BGH, Urt. v. 28.04.2015 – II ZR 63/14, NJW-RR 2015, 988 Rn. 28; Beschl. v. 29.07.2014 – II ZB 1/12, WM 2014, 2040 Rn. 77; *Gsell/Mehring,* NJW 2023, 1099 Rn. 7). Ebenso scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschalteinrichtung absehen musste (BGH, Urt. v. 30.04.2014 – VII-I ZR 103/13, NJW 2014, 2720 Rn. 24; Urt. v. 11.06.2014 – VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 Rn. 36).

[70] ff) Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag (so OLG Schleswig, Urt. v. 29.03.2023 – 12 U 119/22, juris Rn. 100 ff.) oder dass nach den vom Berufungsgericht zitierten Angaben des Kraftfahrt-Bundesamtes jedes Kraftfahrzeug mit einem Dieselmotor mit einer Abgasrückführung über ein Thermofenster verfügt, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht.

[71] 5. Bei der Ermittlung der gemäß § 287 I ZPO festzustellenden Höhe des Differenzschadens wird das Berufungsgericht von Folgendem auszugehen haben:

[72] a) Nach § 287 I 1 ZPO hat der Tatrichter die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Mit der Einräumung der Befugnis der Schadensschätzung nimmt das Gesetz in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung die Wirklichkeit nicht vollständig abbildet, solange sie nur möglichst nahe an diese heranführt. Dabei unterliegt die Schadensschätzung, die der Tatrichter nach freiem Ermessen vorzunehmen hat, nur einer beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Revisionsrechtlich überprüfbar ist lediglich, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Acht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat. Der Tatrichter muss bei der Ausübung seines Ermessens alle wesentlichen Gesichtspunkte, die Erfahrungssätze und die Denkgesetze beachtet haben (BGH, Urt. v. 10.07.1984 – VI ZR 262/82, BGHZ 92, 85, 86 f.; Urt. v. 18.02.1993 – III ZR 23/92, NJW-RR 1993, 795 f. m. w. Nachw.).

[73] b) Die Schätzung des Differenzschadens unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben. Denn der EuGH hat festgehalten, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 I der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 90, 93 – Mercedes-Benz Group). Daraus ergeben sich Vorgaben des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch auf die Obergrenze des nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes, die das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen.

[74] Der geschätzte Schaden kann aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein als 5 % des gezahlten Kaufpreises. Anderenfalls wäre die Sanktionierung eines auch bloß fahrlässigen Verstoßes gegen Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 im Hinblick auf die Förderung der unionsrechtlichen Ziele wegen ihrer Geringfügigkeit nicht hinreichend wirksam. Die Schadensschätzung muss zu einer auch der Höhe nach für den Fahrzeughersteller fühlbaren Sanktion führen. Fühlbar in diesem Sinne ist die Sanktion allerdings nicht erst dann, wenn der zuerkannte Schadensersatz für sich betrachtet geeignet ist, eine Verhaltensänderung zu bewirken. Das wäre mit Blick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit der Hersteller einerseits und den in einem einzelnen Fall maximal infrage kommenden Schadensbetrag andererseits kaum zu erreichen. Vielmehr genügt es, wenn einerseits jede Sanktion für sich betrachtet gemessen an dem mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Ertrag des Herstellers mit einer nicht ganz unerheblichen Einbuße verbunden ist und andererseits die Sanktionen wegen einer Vielzahl von Rechtsverstößen in ihrer Gesamtheit eine Verhaltensänderung im Sinne der Einhaltung aller Rechtsakte bewirken können. Das ist bei einer unteren Bemessungsgrenze des Schadensersatzes auf 5 % des gezahlten Kaufpreises der Fall.

[75] Ein allein nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV und nicht auch nach §§ 826, 31 BGB geschuldeter Schadensersatz kann umgekehrt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher sein als 15 % des gezahlten Kaufpreises. Die Haftung nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV umfasst Fälle objektiv vergleichsweise geringfügiger Rechtsverstöße, die der Gesetzgeber lediglich als Ordnungswidrigkeit eingeordnet hat. Hinzu kommt, dass die Haftung gemäß § 823 II BGB i. V. mit §§ 6 I, 27 I EG-FGV den Fahrzeughersteller bezogen auf ein einzelnes Kraftfahrzeug im Falle der mehrfachen Veräußerung mehrfach trifft, sodass ein Kumulierungseffekt eintreten kann. Denn die Haftung nach § 823 II BGB trifft den Fahrzeughersteller auch in anderen Fällen als denjenigen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nicht nur im Verhältnis zum Neuwagenkäufer, sondern im Verhältnis zu jedem späteren Käufer des Kraftfahrzeugs als Gebrauchtwagen.

[76] c) Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 % hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 24). Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung.

[77] Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen.

[78] Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (vgl. BGH, Urt. v. 23.03.2021 – VI ZR 3/20, NJW-RR 2021, 1534 Rn. 11; Urt. v. 27.04.2021 – VI ZR 812/20, NJW-RR 2021, 1388 Rn. 18).

[79] d) Für die Schätzung des Tatrichters ist Vortrag der Parteien dazu ohne Relevanz, die Verkaufspreise von Kraftfahrzeugen der betroffenen Baureihen seien entweder tatsächlich nicht mit Rücksicht auf die Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen gesunken oder der Schaden belaufe sich im konkreten Fall auf weniger als 5 % oder mehr als 15 % des gezahlten Kaufpreises. Entsprechende Behauptungen sind, weil die Grundsätze der Effektivität auf der einen und der Verhältnismäßigkeit auf der anderen Seite den Ausgleich eines Differenzschadens aus Rechtsgründen begrenzen, unerheblich und können eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht rechtfertigen.

[80] e) Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, allerdings nicht aus. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß (vgl. BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 23 f.; Urt. v. 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 17). Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 21). Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Softwareupdate, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Softwareupdate die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet. Die Vorteilausgleichung kann der Gewährung auch eines Schadensersatzes aus § 823 II BGB entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist. Der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte führt nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NJW 2023, 1111 Rn. 94 – Mercedes-Benz Group; vgl. schon BGH, Urt. v. 10.10.2022 – VIa ZR 542/21, VersR 2023, 192 Rn. 22).

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.