

# Anonymisierte Fassung

-1273634-

C-666/23 – 1

## Rechtssache C-666/23 Vorabentscheidungsersuchen

### Eingangsdatum:

9. November 2023

### Vorlegendes Gericht:

Landgericht Ravensburg (Deutschland)

### Datum der Vorlageentscheidung:

27. Oktober 2023

### Kläger:

EL

CM

BT

JF

DS

### Beklagte:

Volkswagen AG

---

[OMISSIS]

**Landgericht Ravensburg**

**Beschluss**

In den Rechtsstreitigkeiten

DE

I. Verfahren – 2 O 331/19 –

EL, [OMISSIS]

– Kläger –

[OMISSIS] gegen

Volkswagen

AG,

[OMISSIS]

38440

Wolfsburg

– Beklagte –

[OMISSIS]

II. Verfahren – 2 O 190/20 –

CM, [OMISSIS]

– Kläger –

[OMISSIS] gegen

Volkswagen

AG,

[OMISSIS]

38440

Wolfsburg

– Beklagte –

[OMISSIS]

III. Verfahren – 2 O 425/20 –

BT, [OMISSIS]

– Kläger –

[OMISSIS] gegen

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg

– Beklagte –

[OMISSIS]

IV. Verfahren – 2 O 16/21 –

JF, [OMISSIS]

– Klägerin –

[OMISSIS] gegen

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg

– Beklagte –

[OMISSIS]

V. Verfahren – 2 O 57/21 –

DS, [OMISSIS]  
– Kläger –

[OMISSIS]

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg  
– Beklagte –

[OMISSIS] hat das Landgericht Ravensburg – [OMISSIS] am 27.10.2023 beschlossen:

- I. Die Verfahren werden ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen zur Auslegung des Unionsrechts gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. a), Abs. 2 AEUV vorgelegt:
  1. Kann der Schadenersatzanspruch des Fahrzeugerwerbers gegen den Fahrzeughersteller wegen fahrlässigen Inverkehrbringens eines Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 mit der Begründung verneint werden,
    - a) dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum des Herstellers vorliege?  
wenn ja:
    - b) dass der Verbotsirrtum für den Hersteller unvermeidbar sei, da die für die EG- Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständige Behörde die eingebaute Abschaltvorrichtung tatsächlich genehmigt hat?  
wenn ja:
    - c) dass der Verbotsirrtum für den Hersteller unvermeidbar sei, da die Rechtsauffassung des Fahrzeugherstellers von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bei entsprechender Nachfrage von der für die EG- Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung)?
  2. Hat der Fahrzeughersteller, der ein Software-Update ausgeliefert hat, dem Fahrzeugeigentümer Schadenersatz zu leisten, wenn dieser durch eine mit dem Software-Update installierte unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 einen Schaden erleidet?
  3. Ist es vereinbar mit Unionsrecht, wenn bei dem Schadenersatzanspruch gegen den Fahrzeughersteller wegen fahrlässigen Inverkehrbringens

eines Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007

- a) der Fahrzeughersteller sich bei seinem Anspruch auf *kleinen* Schadenersatz auf den Schadenersatzbetrag die Vorteile der Nutzung des Fahrzeugs anrechnen lassen muss, soweit diese zusammen mit dem Restwert den gezahlten Kaufpreis abzüglich jenes Schadenersatzbetrags übersteigen?
- b) der Anspruch des Fahrzeugherstellers auf *kleinen* Schadenersatz auf maximal 15 % des gezahlten Kaufpreises begrenzt ist?

### G r ü n d e

#### A.

Den vorgelegten Verfahren liegen, soweit hier maßgeblich, folgende Sachverhalte zugrunde:

#### I. Verfahren – 2 O 331/19 –

Der VW T6 Multivan Comfortline 2.0 TDI wurde von der Beklagten mit einem Dieselmotor des Typs EA288 in Verkehr gebracht. Bei dem Fahrzeug wird die Abgasrückführung außerhalb eines sogenannten Thermofensters in Abhängigkeit von sinkenden Außentemperaturen reduziert. Dies führt zu einem höheren Ausstoß an NO<sub>x</sub> (= Stickoxid) im Fahrzeugbetrieb außerhalb des Thermofensters. Der Kläger erwarb das Auto von der Beklagten gemäß Auftragsbestätigung vom 18.03.2016 für 45.944,39 €. Er bezahlte 15.000,- € an und finanzierte den Rest durch einen Kredit. Inzwischen hat er das Auto verkauft.

Der Kläger sieht sich vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er hält das Thermofenster für eine unzulässige Abschaltvorrichtung und behauptet hierzu, die Reduzierung der Abgasrückführung beginne bei einer Temperatur von +20 °C. Der Kläger begehrt Zahlung von 8.709,30 € (Kaufpreis von 45.944,39 € abzüglich Nutzungsvorteil von 10.245,60 € gefahrene 66.900 km sowie Verkaufserlös von 31.000,- €, zuzüglich Finanzierungskosten von 4.010,51 €), und hilfsweise Zahlung von 6.891,66 € (= 15 % des Kaufpreises)

Die Beklagte beantragt Klagabweisung. Die Beklagte erhebt gegenüber vertraglichen Ansprüchen die Verjährungseinrede. Zum Thermofenster behauptet die Beklagte zuletzt, die Abgasrückführung werde ab ca. +12 °C Umgebungstemperatur graduell reduziert. Die Beklagte hält das Thermofenster für zulässig, da es zum sicheren Fahrzeugbetrieb notwendig sei. Die Beklagte macht vorsorglich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend und beruft sich dabei auf eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrtbundesamts.

## II. Verfahren – 2 O 190/20 -

Der VW T6 Multivan 2.0 TDI wurde mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA288 in Verkehr gebracht. Der Kläger erwarb das Fahrzeug gemäß Bestellung vom 14.03.2016 bei einem Autohaus zum Preis von 49.950,- € bei einem Kilometerstand von 9.350 km. Unstreitig war bei dem Fahrzeugerwerb des Klägers eine Prüfstandserkennung vorhanden, diese wurde aber am 10.10.2017 durch ein Software-Update entfernt. Weiter unstreitig war (und ist) ein Thermofenster vorhanden. Dieses führt zu einem höheren Ausstoß an NOx im Fahrzeugbetrieb außerhalb des Thermofensters.

Der Kläger sieht sich durch das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er verlangt Zahlung in Höhe von 8.938,- € (= 20 % des Bruttokaufpreises) und hilfsweise einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadensersatzbetrag, mindestens jedoch 6.703,50 € (= 15 % des Kaufpreises).

Die Beklagte räumt ein, die ursprünglich eingebaute Prüfstandserkennung sei von der Software dazu genutzt worden, außerhalb des NEFZ (= Neuer Europäischer Fahrzyklus) die Abgasrückführungsrate bei Erreichen einer Betriebstemperatur von 200 °C zu reduzieren. Ab dieser Betriebstemperatur trage jedoch das SCR-System (SCR = Selective Catalytic Reduction) wesentlich zur NOx-Reduktion bei, so dass die Grenzwerte trotzdem eingehalten würden. Zum Thermofenster behauptet die Beklagte zuletzt, dass eine Reduzierung unterhalb einer Umgebungstemperatur „von ca. +12 °C“ statfinde. Die Beklagte hält das Thermofenster für zulässig, da es zum sicheren Fahrzeugbetrieb notwendig sei. Die Beklagte macht vorsorglich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend und beruft sich dabei auf eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrtbundesamts.

## III. Verfahren – 2 O 425/20 –

Das Fahrzeug VW T6 Multivan 2.0 TDI wurde mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA288 in Verkehr gebracht. Der Kläger erwarb das Fahrzeug gem. Rechnung vom 27.03.2017 bei einem Autohaus zum Preis von 47.500,- € bei einem Kilometerstand von 19.858 km. Bei dem Fahrzeugerwerb des Klägers war eine Prüfstandserkennung vorhanden, diese wurde aber am 28.04.2017 durch ein Software-Update entfernt. Weiter weist das Fahrzeug ein Thermofenster auf. Dieses führt zu einem höheren Ausstoß an NOx im Fahrzeugbetrieb außerhalb des Thermofensters.

Der Kläger sieht sich durch das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er begehrt Zahlung von 42.657,92 € (Kaufpreis von 47.500,- € abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 4.842,07 € für bis zur Klagerhebung gefahrene

43.848 km) gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, und hilfsweise einen Schadensersatzbetrag von 7.125,-- € (15 % des Kaufpreises).

Die Beklagte beantragt Klagabweisung. Zu ihrer Verteidigung beruft sie sich auf dieselben Argumente wie im Verfahren – 2 O 190/20- (oben II.).

IV. Verfahren – 2 O 16/21 –

Das Fahrzeug VW Golf 2.0 TDI wurde mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA288 in Verkehr gebracht. Unstreitig liegt bei dem Fahrzeug eine Prüfstandserkennung vor. Die Klägerin erwarb das Fahrzeug gemäß Bestellung vom 04.11.2019 bei einem Autohaus zum Preis von 10.000,-- € bei einem Kilometerstand von 107.000 km.

Die Klägerin sieht sich von der Beklagten vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Sie hält die Funktionsweise der Prüfstandserkennung für unzulässig und meint, es liege außerdem ein unzulässiges Thermofenster vor. Die Klägerin verlangt Zahlung von 9.258,60 € (Kaufpreis von 10.000,-- € abzüglich Nutzungsentschädigung von 741,40 € für bei Klagerhebung zurückgelegte 14.309 km) gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, und hilfsweise einen Schadensersatzbetrag von 1.500,-- € (= 15 % des Kaufpreises).

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beklagte räumt ein, die Prüfstandserkennung werde zwar von der Software dazu genutzt, dass der NSK (= NOx-Speicherkatalysator) vor einer Prüffahrt vollständig regeneriere und innerhalb des NEFZ an zeitlich genau definierten Punkten regeneriere. Außerdem werde die Temperatur des NSK im NEFZ unmittelbar vor dem ersten NSK-Regenerationsevent erhöht. All dies habe aber keinen messbaren Einfluss auf die NOx-Emissionen. Selbst wenn die NOx-Emissionen ohne diese Funktionen erhöht wären, würden die Grenzwerte nicht überschritten. Das Thermofenster hält die Beklagte für zulässig. Hierzu behauptet die Beklagte, die Abgasrückführung sei aufgrund des sehr fortschrittlichen Abgasrückführsystems zwischen -24 °C und +70 °C zu 100 % aktiv. Die Beklagte macht vorsorglich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend und beruft sich dabei auf eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrtbundesamts.

V. Verfahren – 2 O 57/21 –

Das Fahrzeug VW Sharan 2.0 TDI wurde mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA189 in Verkehr gebracht. Der Motor war mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung (Prüfstandserkennung mit „Umschaltlogik“) ausgestattet. Mit Anordnungen vom 14.10.2015 und 15.10.2015 gab das Kraftfahrtbundesamt der Beklagten auf, in den von ihr in Verkehr gebrachten Fahrzeugen diese unzulässige Abschalteneinrichtung zu beseitigen. Der Kläger erwarb das Fahrzeug gemäß Bestellung vom

29.03.2016 bei einem Autohaus zum Preis von 32.000,-- € bei einem Kilometerstand von 14.915 km. Ein von der Beklagten entwickeltes und vom Kraftfahrtbundesamt freigegebenes Software-Update wurde bei dem Fahrzeug am 07.03.2017 aufgespielt. Mit dem Update wurde ein Thermofenster bei dem Fahrzeug installiert. Dieses führt im Fahrzeugbetrieb außerhalb des Thermofensters zu einem höheren Ausstoß an NOx.

Der Kläger sieht sich von der Beklagten vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er verlangt mit der am 04.03.2021 eingegangenen Klage Zahlung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadenersatzbetrags, mindestens jedoch 4.800,-- € (=15% des Kaufpreises), und weiter festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger die Schäden zu ersetzen hat, die dem Kläger aus dem Einbau einer temperaturgesteuerten Abschaltvorrichtung entstehen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beklagte erhebt vorsorglich die Einrede der Verjährung. Zum Thermofenster behauptet die Beklagte, die Abgasrückführung werde erst unterhalb von +10 °C reduziert. Dies sei für einen sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich. Die Beklagte weist weiter darauf hin, dass zwar die Urteile des EuGH vom 14.07.2022 in den Rechtssachen C-128/20, C-134/20 und C-145/20 bei Fahrzeugen der Beklagten mit einem identischen Thermofenster (nach Update der Motorsteuerung bei dem Motortyp EA189) von einem Temperaturbereich des Thermofensters von +15 °C bis +33 °C „Außentemperatur“ ausgingen. Nach Ansicht der Beklagten liegt dies aber an bindenden Tatsachenfeststellungen der Vorlagegerichte, die nicht den tatsächlichen Umständen entsprechen. Die Beklagte macht vorsorglich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend und beruft sich dabei auf eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrtbundesamts.

## B.

Die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgebenden Bestimmungen des deutschen Rechts lauten;

### Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

#### § 276 BGB Verantwortlichkeit des Schuldners

(1) <sup>1</sup>Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. <sup>2</sup>Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

#### § 823 Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) <sup>1</sup>Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. <sup>2</sup>Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

#### § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge

(EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung – EG-FGV)

#### § 6 Übereinstimmungsbescheinigung und Kennzeichnung

(1) <sup>1</sup>Für jedes dem genehmigten Typ entsprechende Fahrzeug hat der Inhaber der EG- Typgenehmigung eine Übereinstimmungsbescheinigung nach Artikel 18 in Verbindung mit Anhang IX der Richtlinie 2007/46/EG auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. <sup>2</sup>Die Übereinstimmungsbescheinigung muss nach Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 2007/46/EG fälschungssicher sein.

(2) Der Inhaber einer EG-Typgenehmigung für ein Bauteil oder eine selbstständige technische Einheit hat alle in Übereinstimmung mit dem genehmigten Typ hergestellten Bauteile oder selbstständigen technischen Einheiten nach Artikel 19 der Richtlinie 2007/46/EG zu kennzeichnen und, soweit die EG-Typgenehmigung Verwendungsbeschränkungen oder besondere Einbauvorschriften nach Artikel 10 Absatz 4 der Richtlinie 2007/46/EG enthält, jedem Bauteil oder jeder selbstständigen technischen Einheit ausführliche Angaben über die Beschränkungen mitzuliefern und etwa erforderliche Vorschriften über den Einbau beizufügen.

#### § 27 Zulassung und Veräußerung

(1) <sup>1</sup>Neue Fahrzeuge, selbstständige technische Einheiten oder Bauteile, für die eine Übereinstimmungsbescheinigung nach Anhang IX der Richtlinie 2007/46/EG, nach Anhang IV der Richtlinie 2002/24/EG oder nach Anhang III

der Richtlinie 2003/37/EG vorgeschrieben ist, dürfen im Inland zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind. <sup>2</sup>Dies gilt nicht für Fahrzeuge im Sinne des Artikels 8 der Richtlinie 2003/37/EG.

(2) <sup>1</sup>Selbstständige technische Einheiten oder Bauteile, die nach Artikel 19 der Richtlinie 2007/46/EG gekennzeichnet werden müssen, dürfen zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie den Anforderungen der in Anhang IV in Verbindung mit Artikel 3 Nummer 1 der Richtlinie 2007/46/EG genannten Rechtsakte genügen und entsprechend gekennzeichnet sind. <sup>2</sup>Selbstständige technische Einheiten oder Bauteile, die nach Artikel 7 Absatz 4 der Richtlinie 2002/24/EG gekennzeichnet werden müssen, dürfen zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie den Anforderungen der in Anhang I der Richtlinie 2002/24/EG genannten Einzelrichtlinien genügen und entsprechend gekennzeichnet sind. <sup>3</sup>Sofern für selbstständige technische Einheiten oder Bauteile, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/24/EG fallen, die jeweilige Einzelrichtlinie oder Einzelverordnung auch die Anbringung eines Typgenehmigungszeichens vorschreibt, ist die Übereinstimmungsbescheinigung nach Absatz 1 entbehrlich. <sup>4</sup>Selbstständige technische Einheiten oder Bauteile, die nach Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 2003/37/EG entsprechend gekennzeichnet werden müssen, dürfen zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie den Anforderungen der in Anhang II der Richtlinie 2003/37/EG genannten Einzelrichtlinien genügen und entsprechend gekennzeichnet sind.

(3) <sup>1</sup>Neue Fahrzeuge, für die eine nationale Kleinserien-Typgenehmigung nach Artikel 23 der Richtlinie 2007/46/EG erteilt wurde, dürfen im Inland zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einem gültigen Typgenehmigungsbogen nach Artikel 23 Absatz 5, 6 und 7 der Richtlinie 2007/46/EG oder einer Datenbestätigung nach § 12 versehen sind. <sup>2</sup>§ 12 Absatz 1 Satz 2 findet Anwendung.

(4) Neue Fahrzeuge, für die eine Einzelgenehmigung nach Artikel 24 der Richtlinie 2007/46/EG erteilt wurde, dürfen im Inland zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einem gültigen Einzelgenehmigungsbogen nach Artikel 24 Absatz 5 der Richtlinie 2007/46/EG versehen sind.

(5) Teile oder Ausrüstungen nach Anhang XIII der Richtlinie 2007/46/EG dürfen zur Verwendung im Straßenverkehr nur feilgeboten, veräußert, in den Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden, wenn für diese eine Autorisierung nach Artikel 31 der Richtlinie 2007/46/EG erteilt wurde und durch eine Bescheinigung nachgewiesen wird.

C.

Der Erfolg oder Misserfolg der Klagen ist abhängig von der Beantwortung der im Beschlusstenor unter II. 1. bis II. 3. aufgeworfenen Vorlagefragen.

I. Ein Schadenersatzanspruch gem. § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung kommt in den vorgelegten Fällen voraussichtlich nicht in Betracht.

- a) Allerdings hat nach vorläufiger Würdigung in den Rechtsstreitigkeiten – 2 O 331/19 –, – 2 O 190/20 –, und – 2 O 425/20 – jeweils eine verbotene Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bei Erwerb des Fahrzeugs durch den jeweiligen Kläger vorgelegen. Im Rechtsstreit – 2 O 57/21 – ist eine unzulässige Abschaltvorrichtung mit dem Update installiert worden. Im Rechtsstreit – 2 O 16/21 – spricht die Prüfstandserkennung als starkes Indiz für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung.

Bei den Fahrzeugen in den Rechtsstreitigkeiten – 2 O 331/19 –, – 2 O 190/20 –, – 2 O 425/20 –, und – 2 O 57/21 – wird die Abgasrückführung spätestens ab einer Umgebungstemperatur von +10 °C reduziert, und es liegt deshalb nach Auffassung des vorlegenden Gerichts ein unzulässiges Thermofenster vor. Denn aufgrund der temperaturgesteuerten Reduzierung der Abgasrückführung wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert. Der Gerichtshof hat entschieden, dass Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 dieser Verordnung dahin auszulegen ist, dass unter dem Begriff des „normalen Fahrzeugbetriebs“ die Nutzung des Fahrzeugs unter normalen Fahrbedingungen zu verstehen ist (Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 – GSMB Invest, ECLI:EU:C:2022:570, Rn. 40). Eine Temperatur von +10 °C liegt im Unionsgebiet im Rahmen des Üblichen, so dass es sich um eine normale Fahrbedingung handelt.

Die streitgegenständlichen Thermofenster sind nach vorläufiger Würdigung auch nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig. Der EuGH legt diese Ausnahmenvorschrift so aus, dass eine Abschaltvorrichtung nur dann *notwendig* im Sinne dieser Bestimmung ist, *wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann* (EuGH, a.a.O., Rn. 69). An einer solchen konkreten Gefahr dürfte es in den vorgelegten Fällen fehlen. Die

Beklagte hat nicht konkret dargelegt, dass sich das Sicherheitsrisiko nicht durch andere technische Lösungen, etwa rechtzeitigen Austausch der entsprechenden Bauteile im Rahmen von Wartungsmaßnahmen, vermeiden ließe.

Darüber hinaus dürfte es in den Verfahren – 2 O 331/19 –, – 2 O 190/20 – 2 O 425/20 – auch an dem weiteren Kriterium des Ausnahmetatbestands des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO (EG) Nr. 715/2007 fehlen, dass eine Abschaltvorrichtung nicht während des überwiegenden Teils des Jahres aktiv sein darf (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20-GSMB Invest, Rn. 65). Denn bei den Fahrzeugen in den vorgenannten drei Verfahren wird die Abgasrückführung spätestens ab einer Umgebungstemperatur von ca. +12 °C reduziert. Die jährlichen Durchschnittstemperaturen in Deutschland sind aber niedriger als ca. +12 °C. Nach offiziellen Angaben lagen sie in Deutschland im Jahr 2017 bei 9,6 °C, im Jahr 2018 bei 10,4 °C und im Jahr 2019 bei 10,2 °C (vgl. GA Rantos, Schlussanträge vom 23.09.2021 – C-128/20 – GSMB Invest, Rn. 100).

- b) Im Rechtsstreit -2 O 16/21 – ist streitig, ob das Thermofenster und/oder die Prüfstandserkennung zu einer Erhöhung der Emissionen unter normalen Fahrbedingungen führen. Es steht somit nicht fest, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt, auch wenn in der Prüfstandserkennung ein starkes Indiz dafür zu sehen ist. Hier könnte es nach vorläufiger Einschätzung des vorlegenden Gerichts nach Beantwortung der Vorlagefragen notwendig sein, ein Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, dass die Prüfstandserkennung nicht zu einer Erhöhung der Emissionen unter normalen Fahrbedingungen führt.
2. Hinzu kommen muss aber vorsätzliches und objektiv sittenwidriges Handeln des Schädigers. Daran dürfte es aber in den vorgelegten Fällen fehlen.
- a) Überwiegend wird in der nationalen Rechtsprechung angenommen, dass nur bei einer prüfstandsbezogenen Abschaltvorrichtung eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung indiziert ist. Ein Thermofenster wirkt aber nicht nur auf dem Prüfstand. Deshalb müssen nach dem BGH weitere Anhaltspunkte hinzukommen, insbesondere wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des Kraftfahrtbundesamtes und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden (BGH, Beschluss vom

29.09.2021-VII ZR 126/21,  
 ECLI:DE:BGH:2021290921BVIIZR126.21.0, juris Rn. 18 ff.  
 m.w.N.). In den vorgelegten Fällen gibt es dafür zu wenig  
 Anhaltspunkte.

- b) Außerdem muss die Sittenwidrigkeit nicht nur bei Inverkehrbringen des Fahrzeugs, sondern auch noch zum Zeitpunkt des Schadenseintritts vorliegen. Wenn der Hersteller sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat, kann dem Schädiger der Vorwurf eines objektiv sittenwidrigen Handelns nicht mehr gemacht werden. Insbesondere bei Entwicklung eines vom Kraftfahrtbundesamt freigegebenen Software-Updates soll dies der Fall sein (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 – ECLI:DE:BGH2023260623UVIAZR533.21.0, juris Rn. 13 ff.).
- c) In den vorgelegten Verfahren -2 O 190/20 –, -2 O 425/20 – und -2 O 16/21 -liegt zwar eine Prüfstandserkennung vor. Der BGH steht jedoch auf dem Standpunkt, dass nur „evident unzulässige“ Abschaltvorrichtungen wie die „Umschaltlogik“ des EA189-Motors eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung indizieren (Beschluss vom 21.03.2022 – VIa ZR 334/21 – ECLI:DE:BGH2022: 210322BVIAZR334.21.0, juris Rn. 20 f.). Die Unzulässigkeit der vorliegenden Prüfstandserkennungen ist jedoch weniger „evident“, so dass der Schluss auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung eher nicht in Betracht kommt.

II. In den vorgelegten Fällen kann jedoch ein Anspruch der Fahrzeughersteller auf Schadenersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB bestehen. Nach neuer BGH-Rechtsprechung schützt § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV das Interesse eines Fahrzeugkäufer, keine Vermögensminderung wegen eines Verstoßes des Herstellers gegen das europäische Abgasrecht zu erleiden (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 – ECLI:DE:BGH:2023:260623UVIAZR533.21.0, juris Rn. 33 ff.).

1. Ein Verstoß der Beklagten gegen europäisches Abgasrecht liegt in den vorgelegten Fällen – 2 O 331/19 –, -2 O 190/20 –, -2 O 425/20 – und -2 O 57/21 in Form eines unzulässigen Thermofensters vor, und im Verfahren – 2 O 16/21 – spricht dafür ein starkes Indiz in Form einer Prüfstandserkennung (oben I. 1. a) und b)).
2. Der Schadenersatzanspruch setzt weiter voraus, dass der Fahrzeughersteller in Bezug auf die Abschaltvorrichtung zumindest fahrlässig gehandelt hat. Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird vermutet. Der Hersteller kann sich jedoch entlasten, indem er Umstände darlegt und beweist, die sein Verhalten ausnahmsweise

nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Insbesondere kann der Hersteller nach der BGH-Rechtsprechung sich dabei auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, indem er einen Verbotsirrtum als solchen und auch dessen Unvermeidbarkeit konkret darlegt und beweist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 59 ff.).

- a) Ein Verbotsirrtum liegt vor, 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.
- b) Unvermeidbar soll ein solcher Irrtum sein, wenn eine *tatsächlich erteilte* EG-Typgenehmigung für die unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten vorgelegt wird. Es soll aber auch eine *hypothetische* Genehmigung genügen, dass nämlich die Rechtsauffassung des Fahrzeugherstellers bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden wäre (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 65).

Dies wirft die unionsrechtlichen Fragen auf, ob der Schadenersatzanspruch mit der Begründung verneint werden kann, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum des Herstellers vorliegt (Vorlagefrage II. 1. a)), und wenn ja, ob dies auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der nationalen obersten Behörde gestützt werden kann (Vorlagefragen II. 1. b) und c)).

3. Im Verfahren – 2 O 57/21 – ist der Anspruch auf Schadenersatz wegen der bei Inverkehrbringen und Erwerb des Fahrzeugs vorhandenen Abschaltvorrichtung (der Prüfstandserkennung mit „Umschaltlogik“) verjährt. Die Einrede der Verjährung hat die Beklagte erhoben. Allerdings weist das Fahrzeug nach Installation des von der Beklagten gelieferten Updates in Form des Thermofensters eine neue unzulässige Abschaltvorrichtung auf. Es ist fraglich, ob dem Fahrzeugeigentümer ein Schadenersatzanspruch gegen den Hersteller zusteht, wenn er durch eine mit einem Update installierte Abschaltvorrichtung geschädigt wird. Dies ist Gegenstand der Vorlagefrage II. 2.
4. Der Schadenersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV richtet sich nach der Rechtsprechung des BGH auf den *kleinen* Schadenersatz, also Zahlung eines Geldbetrags. Die Erstattung des Kaufpreises

gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs kann nicht verlangt werden. Außerdem gibt der BGH vor, dass die Vorteile der Nutzung des Fahrzeugs anzurechnen sind, wenn diese zusammen mit dem Restwert den gezahlten Kaufpreis abzüglich des Schadenersatzbetrags übersteigen. Weiter verlangt der BGH, der Schadenersatzbetrag dürfe aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher als 15 % des Kaufpreises sein (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 23, 30, 32, 40, 71, 75, 79, 80).

Es ist fraglich, ob die letztgenannten Vorgaben (Anrechnung der Nutzungsvorteile und Begrenzung des Schadenersatzbetrages auf 15% des Kaufpreises) mit dem Unionsrecht vereinbar sind (Vorlagefragen II. 3. a) und b)).

#### D.

Zu den Vorlagefragen im Einzelnen:

#### I. Zu den Vorlagefragen II. 1. a) bis c)

##### 1. Rechtslage im nationalen Recht

Eine Entlastung von der Fahrlässigkeitshaftung mit Rücksicht auf einen Verbotsirrtum kommt nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Die Unkenntnis darüber, beim eigenen Tun und Lassen zur Sorgfalt verpflichtet zu sein, entlastet nicht von der Haftung, da dies jeder wissen muss. Auch eine falsche Prognose darüber, was ein Gericht in einem potentiellen Haftpflichtprozess als fahrlässig bewerten wird, begründet keinen entschuldigenden Verbotsirrtum. Der Schädiger muss immer damit rechnen, dass ein Gericht die von ihm ergriffenen Sorgfaltsmaßnahmen als unzureichend bewerten wird [OMISSIS]. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum liegt nur vor, wenn ein vernünftiger Mensch in der Lage des Verpflichteten nicht damit rechnen konnte, dass sein Verhalten dereinst von einem Gericht als pflichtwidrig beurteilt werden könnte (BGH, Urteil vom 12.07.2006 – X ZR 157/05 –, NJW 2006, 3271 Rn. 19). Seine Rechtsmeinung muss der Schuldner aufgrund sorgfältiger rechtlicher Prüfung gewonnen haben (BGH, Urteil vom 08.10.1992 – II ZR 220/90, NJW 1993, 530).

Der konkret auf eine Abschaltvorrichtung bezogene Irrtum des Herstellers soll nach der BGH-Rechtsprechung unvermeidbar sein, wenn ein Fahrzeughersteller eine tatsächliche EG-Typgenehmigung für die verwendete unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten vorweist. Unvermeidbar soll der Irrtum aber auch dann sein, wenn feststeht, dass die unzutreffende Rechtsauffassung des Herstellers zum Vorliegen einer unerlaubten Abschaltvorrichtung bei

hypothetischer Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde (in Deutschland des Kraftfahrtbundesamt) bestätigt worden wäre, also bei *einer hypothetischen Genehmigung* (BGH, Urteil vom – 26.06.2023 – Via ZR 335/21 – ECLI:DE:BGH:2023:260623UVIAZR533.21.0, juris Rn. 65).

- a) In der nationalen obergerichtlichen Rechtsprechung wird Fahrzeugh Herstellern bei Einbau unzulässiger Abschalt einrichtungen in jüngerer Zeit vermehrt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zugebilligt, gestützt auf eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrtbundesamts (OLG Stuttgart, Urteil vom 21.12.2022 – 23 U 492/21 - ECLI:DE:OLGSTUT:2022:1221.23U492.21.00, Rn. 51 ff. ausdrücklich Konformität mit Unionsrecht bejahend; OLG Jena, Beschluss vom 08.05.2023 – 1 U 104/23 ECLI:DE:OLGTH:2023:0508.1U104.23.0A, BeckRS 2023, 10908 Rn. 5; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 3.8.2023 – 5 U 74/21 – ECLI:DE:OLGHE:2023:0803.5U74.21.0A, BeckRS 2023, 3007 Rn. 40 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 02.08.2023 – 12 U 48/22 -ECLI:DE:OLGK:2023:0802.12U48.22.0A, BeckRS 2023,19945 Rn. 19 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 24.07.2023 – 13 U 10 4/22 – ECLI:DE:OLGOL:2023:0724.13U104.22.0A, juris Rn. 86 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.8.2023 – 21 U 116/22ECLI:DE:OLGD:2023:0829.21 U116.22, Beck-RS 2023, 243.79 Rn. 69 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 31.08. 2023 – 1 U 316/23 – ECLI: DE:OLGKOB:2023:0831.1U316.23.0A, BeckRS 2023, 24382 Rn. 62; OLG Celle, Beschl. vom 05.10.023 – 7 U 230/22 – ECLI:DE:OLGCE:2023:1005.7U230.22 ,0A, BeckRS 2023, 24459 Rn. 68 ff.). OLG Dresden, Urteil vom 12.10.2023 – 8 U 1665/22 – ECLI:DE:OLGDRES:2023:1012.8U1665.22.0A, BeckRS 2023, 28461 Rn. 43 ff.).
- b) Dagegen wird von Teilen der Literatur [OMISSIS] ein Irrtum des Herstellers bei Einbau eines Thermofensters als vermeidbar angesehen. Es wird darauf hingewiesen, dass eine Verwaltungspraxis des Kraftfahrtbundesamtes sich frühestens 2016 gebildet haben könne, da erst seither die Angaben zu den Funktionsweisen der einzelnen Abschalt einrichtungen obligatorisch waren. Außerdem wird betont, dass insbesondere die Beklagte spätestens 2017 durch Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren Kenntnis von der möglichen Unzulässigkeit von Thermofenstern erhalten habe. Dazu wird ausgeführt, dass die Deutsche Umwelthilfe bereits 2016 Widerspruch gegen die Freigabe des Updates für den Motortyp EA189 wegen des Thermofensters erhoben habe (vgl. VG

Schleswig, Urteil vom 23.12.2023 – 3 A 113/18 –  
ECLI:DE:VGSH:2023:0220.3A113.18.00).

2. Es ist zu bezweifeln, dass die unter 1. a) zitierte obergerichtliche Rechtsprechung im Einklang mit dem Unionsrecht steht. Denn das Verbot von Abschaltvorrichtungen ist im Unionsrecht geregelt. Auch der Anspruch eines Fahrzeugerwerbers auf angemessenen Schadenersatz wegen des Erwerbs eines Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ist im Unionsrecht verankert (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 91). Die Mitgliedstaaten regeln nur die Modalitäten für die Erlangung eines solchen Schadenersatzes durch die Käufer (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21 – Mercedes Benz Group, Rn. 91 f.).

Es stellt sich somit die Frage, welche Anforderungen das Unionsrecht für die subjektiven Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs des Fahrzeugerwerbers gegen den Fahrzeughersteller wegen Verstoßes gegen Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46 RL 2007/46/EG; Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 enthält.

- a) Dabei ist zunächst zweifelhaft, ob im vorliegenden Bereich der Deliktshaftung eines Fahrzeugherstellers ein Verschulden überhaupt relevant ist (Vorlagefrage II. 1. a)). In verschiedenen Bereichen des Unionsrechts hat sich der Gerichtshof bereits zum Erfordernis des Verschuldens bei der außervertraglichen Haftung geäußert [OMISSIS]:
- aa) Für die Haftung eines Arbeitgebers wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie RL 76/207/EWG kommt es auf ein Verschulden nicht an. Der Gerichtshof hat mit Urteil vom 08.11.1990 (C-177/88 – Dekker, Rn. 22 – 25) festgestellt, dass die Richtlinie zwar Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot vorsehe, keineswegs aber die Haftung des Urhebers einer Diskriminierung davon abhängig mache, dass ein Verschulden nachgewiesen werde. Hiernach reicht jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen aus, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können. Der Gerichtshof betont, dass ein verschuldensabhängiger Anspruch einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz und eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber nicht gewährleiste.
- bb) Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens bei der Haftung wegen Verletzung des EU-Vergaberechts nach der

Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG ist nicht vollständig geklärt, inwieweit ein Verschulden erforderlich ist. Im Urteil vom 30. 09. 2010 (Rechtssache C-314/09 – Stadt Graz, Rn. 39 ff.) hat der Gerichtshof zwar das Verschuldenserfordernis der ehemaligen österreichischen Haftungsregelung des § 338 BVergG 2006 (BGBl. I 17/2006) für unvereinbar mit der Rechtsmittelrichtlinie erklärt. Dagegen verlangt der Gerichtshof im Urteil vom 09.12.2010 (Rechtssache C-568/08 – Combinatie Spijker, Rn. 86 f.), dass der Verstoß des öffentlichen Auftraggebers hinreichend qualifiziert sein muss. *Hinreichend qualifiziert* bedeutet aber, dass nur die Feststellung einer Unregelmäßigkeit, die eine durchschnittlich umsichtige und sorgfältige Person unter ähnlichen Umständen nicht begangen hätte, die Haftung auslösen kann (EuGH, Urteil vom 03.03.2010, T-429/05 – Artogodan GmbH, Rn. 62).

- cc) Für den Bereich der Festsetzung einer Geldbuße nach dem Kartellrecht hat der Gerichtshof zu der Frage der Vorwerfbarkeit eines Verbotsirrtums entschieden, dass die Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörde bei Unternehmen kein Vertrauen darauf begründen können, dass ihr Verhalten nicht gegen die unionsrechtliche Bestimmung des Art. 101 AEUV verstößt (Urteil vom 18.06.2013 – C-681/11 – Schenker, Nr.42f.). Der Gerichtshof hat dabei auch klargestellt, dass innerstaatliches Recht bei der Berücksichtigung der subjektiven Voraussetzungen für die Bebußung nicht weniger streng sein darf, als das europäische Recht (EuGH, Urteil vom 18.06.2013, – C-681/11 – Schenker, Rn. 35).

Da es in den vorgelegten Verfahren nur um die zivilrechtliche Haftung des Fahrzeugherstellers geht, spricht Einiges dafür, dass es auf ein Verschulden nicht ankommt, genausowenig wie bei dem Anspruch gegen einen Arbeitgeber wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie.

- b) Würde der Schadenersatzanspruch gegen den Fahrzeughersteller bei einem Verstoß gegen Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46 RL 2007/46/EG, Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 ein Verschulden voraussetzen, müsste die Frage beantwortet werden, ob die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums aus einer Auskunft oder Genehmigung der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde hergeleitet werden kann (Vorlagefrage II. 1. b). Wendete man insoweit die Grundsätze des Urteils des Gerichtshofs vom 18.06.2013 - C-681/11- in der Rechtssache Schenker an, wäre eine

Genehmigung oder Auskunft der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen Behörde nicht relevant. Ein Hersteller müsste damit rechnen, dass der Gerichtshof die Zulässigkeit einer Abschalt einrichtung gem. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 rechtlich anders beurteilen wird als die zuständige Behörde.

Und selbst wenn eine Genehmigung der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bei dem Fahrzeughersteller das Vertrauen darauf begründen sollte, dass die Behörde keine Maßnahmen gegen ihn ergreift, ist fraglich, ob der Hersteller sich auch im Verhältnis zu den Fahrzeugerwerbern auf dieses Vertrauen berufen kann. Denn die Erwerber haben keinen Vertrauenstatbestand gegenüber dem Hersteller geschaffen. Sie durften sich auf das korrekte Verhalten des Herstellers verlassen. Außerdem spricht der Grundsatz der Effektivität dafür, dass der Hersteller im Verhältnis zum Erwerber keinen Vertrauensschutz genießt. Ansonsten bliebe ein Verstoß des Herstellers gegen Unionsrecht, falls dem Verstoß die unzutreffende Beurteilung durch die zuständige Behörde zugrunde liegt, sanktionslos. Das widerspräche der Vorgabe, dass die Sanktionen bei Nichtbeachtung der Richtlinienbestimmungen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21 – Mercedes Benz Group, Rn. 85, 88).

- c) Würde die Genehmigung oder Auskunft der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde ein berechtigtes Vertrauen des Autoherstellers darauf begründen, dass er rechtmäßig handelt, stellt sich die Frage, ob auch einer *hypothetischen* Genehmigung diese Wirkung zukommt (Vorlagefrage II. 1. c)).

In der Rechtssache Schenker hat der Gerichtshof entschieden, dass niemand eine Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes geltend machen kann, dem die zuständige Verwaltung keine präzisen Zusicherungen gegeben hat (EuGH, Urteil vom 18.06.2013 – C-681/11, Rn. 41). Außerdem hat Generalanwältin Kokott in dieser Rechtssache (Schlussanträge vom 28.02.2013 – C-681/11 – ECLI:EU:C:2013:126, Rn. 91) als Mindestvoraussetzung für die Anerkennung schutzwürdigen Vertrauens unter anderem genannt, dass eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung genau zu denjenigen Tatsachen- und Rechtsfragen ergangen sein muss, deretwegen sich das betroffene Unternehmen auf einen schuldausschließenden Verbotsirrtum beruft, und dass nur diejenigen Aussagen der Behörde oder des

Gerichts herangezogen werden dürfen, die ausdrücklich in der jeweiligen Entscheidung enthalten sind, nicht hingegen sonstige Schlussfolgerungen, die sich allenfalls implizit aus ihr ziehen lassen. Bei einer *hypothetischen*, also für den hypothetischen Fall einer Anfrage unterstellten Genehmigung oder Auskunft wäre diese Voraussetzung nicht gegeben, denn es fehlt in einem solchen Fall gerade an ausdrücklichen und präzisen Aussagen einer Behörde zu einem konkreten Sachverhalt.

Gegen eine Berücksichtigung einer hypothetischen Genehmigung spricht außerdem der Effektivitätsgrundsatz. Würde ein Mitgliedstaat den Fahrzeugherstellern auf diesem Wege weitgehend einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zubilligen, erhielten die betreffenden Geschädigten keinerlei Schadenersatz. Die Angemessenheit der Schadenersatzbeträge und auch eine abschreckende Wirkung der Sanktionen bei Verstößen, wie vom Gerichtshof für notwendig gehalten (Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21 – Mercedes Benz Group, Rn. 90, 96), wären wohl nicht gewährleistet.

3. Die Vorlagefragen 11.1. a) bis c) sind in den vorgelegten Rechtsstreitigkeiten entscheidungserheblich. Wird eine der Fragen verneint, wäre eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrtbundesamts unbeachtlich für die zu prüfenden zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche des Fahrzeugewerbers gegen den Hersteller.

## II. Zu der Vorlagefrage II. 2.

Es ist im Verfahren -2 O 57/21 – fraglich, ob der Fahrzeughersteller, der ein Software-Update mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gem. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 geliefert hat, dem Fahrzeugeigentümer Schadenersatz zu leisten hat, wenn diesem durch die mit dem Update installierte unzulässige Abschaltvorrichtung ein Schaden entsteht.

1. Im nationalen Recht wird insoweit eine Schutzgesetzverletzung verneint, da diese in der Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung durch den Fahrzeughersteller liege. Anlässlich des Updates werde aber keine neue Übereinstimmungsbescheinigung erteilt. Das Update sei daher kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Fahrzeugherstellers nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EGVG (BGH, Urteil vom 10.07.2023 – VIa ZR 119/22 – ECLI:DE:BGH:2023:100723UVIAZR1119.22.0, juris Rn. 25; OLG München, Beschluss vom 25.07.2023 – 30 U 1078/23 e – ECLI:DE:OLGMUEN:2023:0725.30U1078.23E.0A, juris Rn. 4; OLG Hamm Beschluss vom 18.08.2023 – 13 U 199/21 –

ECLI:DE:OLGHAM:2023:0818.13U199.21.0A BeckRs 2023, 22849 Rn. 21; Rn. 21; KG, Beschluss vom 21.08.2023 – ECLI:DE:KG:2023:0821.23U115.21.OA – 23 U 115/21 – BeckRs 2023, 22921 Rn. 21).

Es wird außerdem darauf abgehoben, der haftungsbegründende Schaden trete mit Abschluss des ungewollten Kaufvertrags ein. Nachträglich durchgeführte Maßnahmen wie das Update könnten für die Kaufentscheidung nicht mehr ursächlich gewesen sein (OLG München, a.a.O., juris Rn. 9).

Dagegen betont eine Literaturansicht, haftungsbegründend sei nicht der Kaufvertrag, sondern der Einbau des Thermofensters [OMISSIS].

2. Unionsrechtlich könnte es geboten sein, dass der Fahrzeugeigentümer in dieser Fallkonstellation einen Ersatzanspruch hat.

Für eine unionsrechtliche Schadenersatzverpflichtung spricht, dass der Hersteller durch Lieferung und Einbau des Updates einen rechtswidrigen Zustand schafft, der der Übereinstimmungsbescheinigung widerspricht. Genauso wie bei Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit verbotener Abschaltvorrichtung droht bei einem Update mit einer verbotenen Abschaltvorrichtung die Betriebsuntersagung durch die zuständige Behörde. Das haftungsbegründende vorwerfbare Verhalten des Herstellers liegt nach Ansicht des vorlegenden Gerichts in der Lieferung und dem Einbau des unzulässigen Thermofensters. Darin ist der maßgebliche Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Fahrzeugherstellers zu sehen, und nicht in der Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung oder in einer darauffolgenden Kaufentscheidung. Die Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist nur eine zwangsläufige Folge des Einbaus der unzulässigen Abschaltvorrichtung, und eine weitere mögliche Folge ist die Kaufentscheidung eines Erwerbers im Vertrauen auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung.

Es kann nach Auffassung des vorlegenden Gerichts nicht darauf ankommen, dass anlässlich des Updates keine neue Übereinstimmungsbescheinigung erteilt wird. Die Übereinstimmungsbescheinigung ist gemäß § 3 Abs. 6 EG-FGV in Verbindung mit Art. 3 Nr. 36 RL 2007/46/EG das *vom Hersteller ausgestellte Dokument, mit dem bescheinigt wird, dass ein Fahrzeug aus der Baureihe eines nach dieser Richtlinie genehmigten Typs zum Zeitpunkt seiner Herstellung allen Rechtsakten entspricht*. Die Übereinstimmungsbescheinigung gilt für die gesamte Betriebsdauer des Fahrzeugs. Wenn der Hersteller nachträglich den Zustand des

Fahrzeugs in unzulässiger Weise verändert, wird diese Bescheinigung zwangsläufig unrichtig.

3. Die Vorlagefrage II. 2. ist in dem Rechtsstreit -2 O 57/21 – entscheidungserheblich. Wird sie bejaht, kann der Kläger Schadenersatz dem Grunde nach beanspruchen.

### III. Zu den Vorlagefragen II. 3. a) und b)

1. Der BGH verneint bei einer nur fahrlässigen Schädigung einen Anspruch des Erwerbers gegen den Hersteller, ihm den Kaufpreis gegen Herausgabe des Fahrzeugs zu erstatten (sogenannter *großer* Schadenersatz), weil das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht des Käufers nur bei sittenwidriger Schädigung, nicht aber bei lediglich fahrlässiger Schädigung geschützt sei. Der BGH sieht das unionsrechtlich geschützte Interesse des Erwerbers darin, keine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, und billigt dem Erwerber gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG- FGV nur einen Anspruch auf den sogenannten *kleinen* Schadenersatz oder *Differenzschaden* zu, also nur einen Geldanspruch (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 – ECLI:DE:BGH:2023:260623UVIAZR335.21.0, a.a.O., juris Rn. 23, 30, 32).

Nach Vorgabe des BGH hat der Tatrichter die Höhe des Differenzschadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Dabei soll zu beachten sein, dass der geschätzte Schaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität mindestens 5% des gezahlten Kaufpreises betragen muss, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aber auch nicht höher als 15 % des gezahlten Kaufpreises sein darf (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – Via ZR 335/21 – , juris Rn. 71 ff.).

Die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sollen schadensmindernd anzurechnen sein, soweit sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Schadenersatzbetrag) übersteigen. Nach Auffassung des BGH ist dies unter Berücksichtigung des Gebots wirksamer und abschreckender Sanktionen unionsrechtskonform (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – Via ZR 335/21, Rn. 44, 80).

In der Literatur wird kritisiert, dass die Pauschalisierung dem hergebrachten Prinzip der Totalreparation widerspreche und auch nicht im Einklang mit anderen Fällen der Schadensberechnung stehe, in denen eine pauschalisierte Lösung mittels Prozentsätzen aus grundlegenden Erwägungen *als schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar* abgelehnt werde [OMISSIS]. Außerdem wird

bezweifelt, dass die Vorgaben des BGH mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz vereinbar sind. Denn es sei nicht anzunehmen, dass eine „Gebühr“ von bis zu 15 % des Kaufpreises die Fahrzeughersteller davon abhalte, unzulässige Abschaltvorrichtungen zu verwenden [OMISSIS].

2. Es ist zweifelhaft, ob die Anrechnung von Nutzungsvorteilen auf den Schadenersatzbetrag unionsrechtskonform ist.

Müsste sich der geschädigte Erwerber nach der Vorgabe des BGH Nutzungsvorteile vom Anspruch auf *kleinen* Schadenersatz abziehen lassen, bekäme er je nach Intensität der Nutzung des Fahrzeugs weniger Schadenersatz. Dafür ist kein sachlicher Grund erkennbar. Er bereichert sich nicht, wenn er sein eigenes Fahrzeug nutzt. Es erscheint daher als willkürlich, den Schaden wegen der Intensität der Nutzung zu kürzen.

Unionsrechtlich geboten ist es zwar, dass ein Erwerber sich die gefahrenen Kilometer anrechnen lassen muss, wenn er den sogenannten *großen* Schadenersatz geltend macht, nämlich den Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises gegen Herausgabe des Fahrzeugs. Generalanwalt Rantos hält es in dieser Konstellation für notwendig, die Vorteile der tatsächlichen Nutzung des fraglichen Fahrzeugs auf die Erstattung des Kaufpreises anzurechnen, da der Schutz der durch die Richtlinie 2007/46 gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung führen dürfe (Schlussanträge vom 02.06.2022 – C-100/21 – Mercedes-Benz Group, Rn. 61 f.).

Das kann aber nach hier vertretener Ansicht nicht gelten, wenn der Erwerber nur den *kleinen* Schadenersatz geltend macht. Denn er behält dann das Fahrzeug in seinem Eigentum. Die Nutzung geht auf sein eigenes Konto, sein Fahrzeug verliert an Wert. Er bereichert sich also keineswegs, indem er das Fahrzeug nutzt.

Die Anrechnung von Nutzungsvorteilen auf den *kleinen* Schadenersatz dürfte auch zu unangemessenen Ergebnissen führen und damit gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen. Generalanwalt Rantos betont, dass die Anrechnung nicht dazu führen dürfe, dass der Erwerber letztlich keinerlei Ersatz für den erlittenen Schaden erhält (Schlussanträge vom 02.06.2022 – C-100/21 – Mercedes Benz Group, Rn. 62). Genau dies wäre aber nach der Anrechnungsmethode des BGH der Fall, wenn ein Erwerber sein Fahrzeug zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung intensiv genutzt hat.

3. Weiter dürfte die pauschale Begrenzung des Differenzschadens nach der Rechtsprechung des BGH auf einen Betrag von maximal 15 % des Kaufpreises (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris

Rn. 71 ff.) unionsrechtswidrig sein, weil sie dem Effektivitätsgrundsatz zuwiderläuft.

- a) Der Minderwert der Fahrzeuge aufgrund der eingebauten Abschalteneinrichtung(en) wird oftmals höher sein als 15 % des Kaufpreises. Die schematische Obergrenze des BGH von 15 % erlaubt es den nationalen Gerichten jedoch nicht, dies zu berücksichtigen. Entsprechende Behauptungen sollen unerheblich sein, insbesondere soll eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ungerechtfertigt sein (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 – juris Rn. 79).

Es ist dabei auch zu bedenken, dass die Rechtsprechung des BGH dem Erwerber die effektivste Ersatzmöglichkeit abschneidet, nämlich den großen Schadenersatz, also den Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises gegen Übereignung des Fahrzeugs. Anders als der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH, Urteil vom 25.03.2023 – 10 Ob 2/23a – ECLI:AT:OGH0002:2023:01000B00002.23A.0425.000)

verneint der BGH diese Form des Schadenersatzes bei einer lediglich fahrlässigen Verletzungshandlung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 23, 30, 32). Der Käufer kann also nach Vorgabe des BGH nur die finanzielle Abgeltung des Schadens verlangen, das Auto muss er behalten. Wenn dieser Geldanspruch dann noch auf einen Betrag von 15% des Kaufpreises begrenzt wird, kann dem Interesse der Fahrzeugerwerber nach angemessener Entschädigung nicht ausreichend Rechnung getragen werden.

- b) Wenn nach dem vorgenannten Urteil des BGH nur ein Schadenersatzbetrag von maximal 15 % des Kaufpreises zuerkannt werden kann, dürfte es sich auch nicht mehr um eine wirksame und abschreckende Sanktion für den Hersteller handeln. Ein derart niedriger Prozentsatz wird einen Hersteller kaum beeindrucken, denn er macht mit dem Verkauf *jedes* Fahrzeugs einen Gewinn. Der Hersteller hat aber auf der anderen Seite die Chance, dass der Verstoß gegen Abgasvorschriften überhaupt unentdeckt bleibt und dass im Fall einer Entdeckung nicht jeder Autokäufer gegen ihn rechtlich vorgehen wird, so dass der zu leistende Schadenersatz sich absehbar in Grenzen halten wird.

4. Die Vorlagefragen II 3. a) und b) sind entscheidungserheblich.

Wird die Vorlagefrage II. 3. a) verneint, dann wären Nutzungsvorteile, soweit sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags

(Kaufpreis abzüglich Schadenersatzbetrag) übersteigen, in den vorgelegten Verfahren nicht anzurechnen. Auf die Intensität der Fahrzeugnutzung und den Restwert käme es nicht an.

Wird die Vorlagefrage II. 3. b) verneint, könnten in den Verfahren – 2 O 190/20 – und – 2 O 16/21 –, in denen der Schadenersatzbetrag in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, auch höhere Beträge als 15% des Kaufpreises als Schadenersatzbetrag zugesprochen werden. Im Verfahren – 2 O 331/19 – könnten dann über den beantragten Schadenersatzbetrag von 15% des Kaufpreises hinaus noch die Finanzierungskosten als weitere Schadensposition zugesprochen werden. Denn Finanzierungskosten sind grundsätzlich ersatzfähig (BGH, Urteil vom 07.11.2023 – VIa ZR 409/22 – ECLI:DE:BGH:2022:071122UVIAZR409.22.0, juris Rn. 8f.).

#### E.

- I. Zu den im Beschlusstenor II, 1. bis II. 3. genannten Vorlagefragen gibt es in der nationalen Rechtsprechung und Rechtsliteratur unterschiedliche Auffassungen.
- II. Die Vorlagefragen sind in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bisher noch nicht beantwortet worden. Daher liegt es im Interesse einer einheitlichen Auslegung des Unionsrechts, die im Beschlusstenor genannten Fragen dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen und die vorgelegten Rechtsstreitigkeiten auszusetzen.
- III. Die Vorlagefragen II. 3. a) und b) zum *kleinen* Schadenersatz überschneiden sich mit den Vorlagefragen Ziff. 8 und Ziff. 9 des Beschlusses des LG Duisburg vom 21.07.2023 in der Rechtssache C-251/23 und den gleichlautenden Vorlagefragen in Ziff. 12 und Ziff. 13 des Beschlusses des LG Duisburg vom 21.07.2023 in der Rechtssache C-308/23. Es geht dabei um die Zulässigkeit der Begrenzung der Höhe des Schadenersatzes bei Erwerb eines Fahrzeugs, das fahrlässig mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet worden ist.

Die vom LG Erfurt in der ausgesetzten Rechtssache C-276/20 und die vom LG Ravensburg in den ausgesetzten Rechtssachen C-178/21 und C-240/21 vorgelegten Fragen zum Nutzungsersatz betreffen die Anrechnung von Nutzungsvorteilen auf den *großen* Schadenersatz und damit eine andere Konstellation. Das gleiche gilt für die Vorlagefragen zum Nutzungsersatz in der vom Gerichtshof mit Urteil vom 21.03.2023 bereits entschiedenen Rechtssache C-100/21 – Mercedes-Benz Group.

- IV. Im vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen wurden entsprechend den Empfehlungen des Gerichtshofs (Amtsblatt der EU vom 08.11.2019 – 2019/C 380/01, Ziff. 27) fünf bei dem vorlegenden Einzelrichter anhängige Verfahren miteinander verbunden, um es dem Gerichtshof zu ermöglichen,

die vorgelegten Fragen trotz der etwaigen vorzeitigen Erledigung bezüglich einer der Rechtssachen zu beantworten.

[OMISSIS]