

# Anonymisierte Fassung

-1273648-

C-667/23 – 1

## Rechtssache C-667/23 Vorabentscheidungsersuchen

### Eingangsdatum:

9. November 2023

### Vorlegendes Gericht:

Landgericht Ravensburg (Deutschland)

### Datum der Vorlageentscheidung:

27. Oktober 2023

### Kläger:

Gruß Verwaltungs-GmbH

FO

AT

PV

QZ

### Beklagte:

Volkswagen AG

---

[OMISSIS]

**Landgericht Ravensburg**

**Beschluss**

In den Rechtsstreitigkeiten

I. Verfahren – 2 O 229/20 –

DE

Gruß Verwaltungs-GmbH, [OMISSIS]  
– Klägerin –

[OMISSIS]\_gegen

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg  
– Beklagte –

[OMISSIS]

II. Verfahren – 2 O 331/20 –

FO, [OMISSIS]  
– Kläger –

[OMISSIS]\_gegen

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg  
– Beklagte –

[OMISSIS]

III. Verfahren – 2 O 36/21 –

AT, [OMISSIS]  
– Kläger –

[OMISSIS]\_gegen

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg  
– Beklagte –

[OMISSIS]

IV. Verfahren – 2 O 292/21 -

PV, [OMISSIS]  
– Kläger –

[OMISSIS]\_gegen

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg  
– Beklagte –

[OMISSIS]

V. Verfahren – 2 O 331/21 –

QZ, [OMISSIS]  
– Kläger –

[OMISSIS]\_gegen

Volkswagen AG, [OMISSIS] 38440 Wolfsburg  
– Beklagte –

[OMISSIS]\_wegen Schadenersatz

hat das Landgericht Ravensburg [OMISSIS] am 27.10.2023 beschlossen:

- I. Die Verfahren werden ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. a), Abs. 2 AEUV zur Auslegung des Unionsrechts 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. 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 Fahrzeugerwerber sich bei seinem Anspruch auf kleinen Schadenersatz die Vorteile der Nutzung des Fahrzeugs auf den Schadenersatzbetrag anrechnen lassen muss, wenn diese zusammen mit dem Restwert den gezahlten Kaufpreis abzüglich jenes Schadenersatzbetrags übersteigen?

- b) der Anspruch des Fahrzeugerwerbers 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 229/20 –

Das Fahrzeug VW T6 Caravelle 2.0 TDI wurde mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA288 in Verkehr gebracht. Die Klägerin erwarb das Fahrzeug gemäß Rechnung vom 16.12.2016 als EU-Neuwagen zum Preis von 38.185,- € . Unstreitig war bei Erwerb des Fahrzeuges ein sogenanntes Thermofenster vorhanden. Außerhalb des Fensters wird die Abgasrückführungsrate schrittweise reduziert. Dies führt zu einem höheren Ausstoß an NOx (= Stickoxid) im Fahrzeugbetrieb außerhalb des Thermofensters.

Die Klägerin sieht sich vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Die Klägerin hält das Thermofenster für eine unzulässige Abschaltvorrichtung und behauptet, dass außerdem eine unzulässige Prüfstandserkennung vorliege. Die Klägerin verlangt Zahlung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadenersatzbetrags, mindestens jedoch 9.546,25 € (= 25 % des Kaufpreises), und hilfsweise Zahlung von 5.727,75 € (= 15 % des Kaufpreises).

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Sie bestreitet das Vorhandensein einer Prüfstandserkennung. Zum Thermofenster trägt die Beklagte zuletzt vor, dass es sich über einen Bereich von +12 °C bis ca. +39 °C erstrecke. Die Beklagte macht vorsorglich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend und beruft sich dabei auf eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrtbundesamts.

#### II. Verfahren – 2 O 331/20 -

Das Fahrzeug VW Passat Variant Comfortline 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. Der Kläger erwarb das Fahrzeug gemäß Rechnung vom 09.08.2019 zum Preis von 13.930,- € bei einem Kilometerstand von 93.350 km. Er finanzierte es durch ein Darlehen der Volkswagen Bank.

Der Kläger sieht sich von der Beklagten vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er hält die Prüfstandserkennung für unzulässig und behauptet, dass eine weitere unzulässige Abschaltvorrichtung in Form eines

Thermofensters vorliege. Der Kläger verlangt Zahlung von 2.089,50 € (= 15 % des Kaufpreises) und Erstattung der Finanzierungskosten von 409,20 €.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beklagte räumt ein, die Prüfstandserkennung werde von der Software dazu genutzt, dass der NSK (= NOx-Speicherkatalysator) auf dem Prüfstand vor einer NEFZ-Prüffahrt (NEFZ = Neuer Europäischer Fahrzyklus) vollständig regeneriere und innerhalb des NEFZ an zeitlich genau definierten Punkten regeneriere. Dadurch werde der Messvorgang auf die während des NEFZ entstehen NOx-Emissionen konzentriert und verhindert, dass NOx-Emissionen aus vorausgehenden Zyklen hinzugerechnet werden oder während des Zyklus entstehende NOx-Emissionen außer Betracht blieben. Außerdem führe die Prüfstandserkennung dazu, dass sich in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK die Temperatur des NSK im NEFZ unmittelbar vor dem ersten NSK-Regenerationsevent erhöhe. Die Beklagte meint, die Prüfstandserkennung sei zulässig, da sie keinen messbaren, jedenfalls aber keinen grenzwertrelevanten Einfluss auf die NOx-Emissionen habe. Auch das Thermofenster hält die Beklagte für zulässig. Hierzu behauptet sie, die Abgasrückführung sei 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.

### III. Verfahren – 2 O 36/21 –

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. Dies führt zu einem höheren Ausstoß an NOx (= Stickoxid) im normalen Fahrzeugbetrieb. Der Kläger erwarb das Fahrzeug gemäß Rechnung vom 10.05.2016 bei einem Autohaus für 25.300,-- € bei einem Kilometerstand von 20 km.

Der Kläger sieht sich von der Beklagten vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er hält die Prüfstandserkennung für unzulässig und behauptet, dass außerdem eine weitere unzulässige Abschalteneinrichtung in Form eines Thermofensters vorliege. Der Kläger verlangt Zahlung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrages, mindestens jedoch 6.325,-- € (= 25 % des Kaufpreises), und hilfsweise Zahlung von 3.795,-- € (= 15 % des Kaufpreises).

Die Beklagte beantragt, Klageabweisung. Zu ihrer Verteidigung beruft sie sich auf dieselben Argumente wie im Verfahren – 2 O 331/20 – (oben II.).

### IV. Verfahren – 2 O 292/21 -

Das Fahrzeug VW New Golf Sportsvan Highline 1.6 TDI wurde mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA288 in Verkehr

gebracht. Unstreitig weist das Fahrzeug eine Prüfstandserkennung auf. Der Kläger erwarb das Fahrzeug gem. Rechnung vom 27.04.2015 bei einem Autohaus für 22.500-- € bei einem Kilometerstand von 0 km.

Der Kläger sieht sich von der Beklagten vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er hält die Prüfstandserkennung für unzulässig und behauptet, dass außerdem weitere unzulässige Abschaltvorrichtungen vorlägen, darunter ein Thermofenster. Der Kläger verlangt Zahlung von 14.743,22 € (Erstattung des Kaufpreises abzüglich Nutzungsentschädigung von 7.756,78 € für bis zur Klagerhebung gefahrene 120.661 km) gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs, und hilfsweise Zahlung von 3.375,-- € (= 15 % des Kaufpreises).

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Zu ihrer Verteidigung beruft sie sich auf dieselben Argumente wie im Verfahren – 2 O 331/20 – (oben II.).

V. Verfahren – 2 O 331/21 -

Das Fahrzeug VW Sharan 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. Der Kläger erwarb das Fahrzeug gemäß Bestellung vom 23.05.2017 bei einem Autohaus für 42.980,-- € bei einem Kilometerstand von 15.468 km.

Der Kläger sieht sich von der Beklagten vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt. Er hält die Prüfstandserkennung für unzulässig und behauptet, dass außerdem weitere unzulässige Abschaltvorrichtungen vorlägen, nämlich ein Thermofenster sowie eine drehzahlabhängige Abschaltung der Abgasreinigung und des SCR-Katalysators (SCR = Selective Catalytic Reduction). Der Kläger verlangt Zahlung von 27.313,47 € (Erstattung des Kaufpreises abzüglich Nutzungsentschädigung von 15.666,53 € für bis zur mündlichen Verhandlung am 25.08.2023 gefahrene 103.714 km) gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs. Hilfsweise begehrt er Zahlung von 6.447 € (= 15 % des Kaufpreises), sowie festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger künftige weitere Schäden infolge der unzulässigen Abschaltvorrichtungen zu ersetzen.

Die Beklagte beantragt Klagabweisung. Die Beklagte ist der Ansicht, dass weder die Prüfstandserkennung noch das Thermofenster als unzulässige Abschaltvorrichtungen zu qualifizieren seien. Die Beklagte räumt ein, die Prüfstandserkennung bewirke, dass während einer Prüfstandsfahrt nach Erreichen der Betriebstemperatur des SCR-Katalysators von mindestens 200 °C an einem Betriebsmodus mit erhöhter Abgasrückführungsrate festgehalten werde, während im Straßenverkehr zu diesem Zeitpunkt in einen Betriebsmodus mit verringerter Abgasrückführungsrate gewechselt werde. Auch bewirke die Prüfstandserkennung, dass im NEFZ mit der

Eindosierung von AdBlue in den SCR-Katalysator bereits ab einer Betriebstemperatur von ca. 130 °C anstelle von ca. 150 °C im realen Straßenbetrieb begonnen werde. Die Beklagte behauptet, all dies habe keinen messbaren, jedenfalls aber keinen grenzwertrelevanten Einfluss auf die NO<sub>x</sub>-Emissionen. Zum Thermofenster gibt die Beklagte an, die Abgasrückführung sei 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.

## 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. und II. 2. aufgeworfenen Vorlagefragen.

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

1. Allerdings hat nach vorläufiger Würdigung der Sach- und Rechtslage in dem Rechtsstreit – 2 O 229/20 – eine verbotene Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bei Erwerb des Fahrzeugs durch den Kläger vorgelegen. In den weiteren Verfahren – 2 O 331/20 –, – 2 O 36/21 –, – 2 O 292/21 –, und – 2 O 331/21 – spricht dafür zumindest ein starkes Indiz in Form einer Prüfstandserkennung.

a) Bei dem Fahrzeug in dem Rechtsstreit – 2 O 229/20 – wird die Abgasrückführung ab einer Umgebungstemperatur von +12 °C reduziert, und es liegt deshalb nach Auffassung des vorliegenden

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 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 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 +12 °C liegt im Unionsgebiet im Rahmen des Üblichen, so dass es sich um eine normale Fahrbedingung handelt.

Dieses Thermofenster ist 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 Ausnahmvorschrift 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, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 69). An einer solchen konkreten Gefahr dürfte es im Rechtsstreit – 2 O 229/20 – 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 dem genannten Rechtsstreit 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). Die jährlichen Durchschnittstemperaturen in Deutschland sind 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) In den weiteren Rechtsstreitigkeiten – 2 O 331/20 –, – 2 O 36/21 –, – 2 O 292/21 –, und – 2 O 331/21 – 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 jeweils 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:2021:290921BVIIZR126.21.0, juris Rn. 18 ff. m.w.N.). In dem vorgelegten Verfahren – 2 O 229/20 – mit dem unzulässigen Thermofenster gibt es dafür jedoch keine ausreichenden weiteren 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:BGH:2023:260623UVIAZR533.21.0, juris Rn. 13 ff.).
  - c) In den vorgelegten Verfahren – 2 O 331/20 –, – 2 O 36/21 –, – 2 O 292/21 –, und – 2 O 331/21 – liegt zwar eine Prüfstandserkennung vor. Der BGH steht jedoch auf dem Standpunkt, dass nur „evident unzulässige“

Abschalteinrichtungen wie die „Umschaltlogik“ des EA189-Motors eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung indizieren (Beschluss vom 21.03.2022 – VIa ZR 334/21-ECLI:DE:BGH:2022:210322BVIAZR334.21.0, juris Rn. 20 f.). Die Unzulässigkeit der vorliegenden Prüfstandserkennungen ist weniger „evident“, so dass der Schluss auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung eher nicht in Betracht kommt.

- II. Es kann jedoch ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV gegeben sein, da diese Normen nach neuer BGH-Rechtsprechung das Interesse des Fahrzeugkäufers schützen, keine Vermögenseinbuße 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 im vorgelegten Rechtsstreit – 2 O 229/20 – in Form eines unzulässigen Thermofensters vor. In den Verfahren – 2 O 331/20 –, – 2 O 36/21 –, – 2 O 292/21 –, und – 2 O 331/21 – 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 Abschalteinrichtung 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 Abschalteinrichtung 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 für die EG-Typgenehmigung oder anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde nationalen obersten Behörde gestützt werden kann (Vorlagefragen II. 1. b) und c)).

3. 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. 2. 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 Kraftfahrtbundesamts) 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 Fahrzeugherstellern bei Einbau unzulässiger Abschaltvorrichtungen 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:2023:0829.21U116.22, Beck-RS 2023, 24379 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 05.10.2023 – 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 Abschaltseinrichtungen 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 Abschaltseinrichtungen ist im Unionsrecht geregelt. Auch der Anspruch eines Fahrzeugerwerbers auf angemessenen Schadenersatz wegen des Erwerbs eines Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung 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 – Artgodan 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. 42 f.). 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 Abschaltvorrichtung 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 Fahrzeugerwerber 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 II. 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 Fahrzeugerwerbers gegen den Hersteller.
- II. Zu den Vorlagefragen II. 2. 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 Übergabe und 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. 2. a) und b) sind entscheidungserheblich.

Wird die Vorlagefrage II. 2. 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 229/20 – und 2 O 36/21 –, 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 331/20 – könnten über einen 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. und II. 2. 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. 2. 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 Abschaltinrichtung 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]