

Sag C-666/23

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

9. november 2023

Forelæggende ret:

Landgericht Ravensburg (Tyskland)

Afgørelse af:

27. oktober 2023

Sagsøgere:

EL

CM

BT

JF

DS

Sagsøgt:

Volkswagen AG

Hovedsagens genstand

Forordning (EF) nr. 715/2007 – dieselmotorer – udstødningsgasrecirkulation – temperaturinterval – hypotetisk godkendelse – erstatning – beregning

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1) Kan køberen af et køretøjs erstatningskrav mod køretøjsfabrikanten for uagtsom markedsføring af et køretøj med en forbudt manipulationsanordning som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i forordning (EF) nr. 715/2007 afvises med den begrundelse,

a) at der på fabrikantens side foreligger en uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud?

Hvis ja:

b) at vildfarelsen med hensyn til et forbud var uundgåelig for fabrikanten, eftersom den myndighed, der er ansvarlig for EF-typegodkendelse eller for efterfølgende foranstaltninger, faktisk har godkendt den installerede manipulationsanordning?

Hvis ja:

c) at vildfarelsen med hensyn til et forbud var uundgåelig for fabrikanten, eftersom dennes juridiske vurdering af artikel 5, stk. 2, i forordning (EF) nr. 715/2007 ved relevant forespørgsel herom ville være blevet bekræftet af den myndighed, der er ansvarlig for EF-typegodkendelse eller for efterfølgende foranstaltninger (hypotetisk godkendelse)?

2) Skal den køretøjsfabrikant, der har udleveret en softwareopdatering, betale erstatning til køretøjets ejer, hvis denne lider tab som følge af en forbudt manipulationsanordning som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i forordning (EF) nr. 715/2007, der er installeret sammen med softwareopdateringen?

3) Er det foreneligt med EU-retten, hvis der i forbindelse med erstatningskravet mod køretøjsfabrikanten for uagtsom markedsføring af et køretøj med en forbudt manipulationsanordning som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i forordning (EF) nr. 715/2007 er tale om, at

a) køberen af et køretøj ved et krav om en *begrænset* erstatning [kleiner Schadenersatz] skal lade fordelene ved at bruge køretøjet indgå i beregningen af erstatningsbeløbet, såfremt disse fordele sammen med køretøjets restværdi overstiger den betalte købspris fratrukket det pågældende erstatningsbeløb?

b) køretøjskøberens krav om en *begrænset* erstatning [kleiner Schadenersatz] er begrænset til maksimalt 15% af den betalte købspris?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 715/2007 af 20. juni 2007 om typegodkendelse af motorkøretøjer med hensyn til emissioner fra lette personbiler og lette erhvervskøretøjer (Euro 5 og Euro 6), om adgang til reparations- og vedligeholdelsesinformationer om køretøjer (EUT 2007, L 171, s. 1), navnlig artikel 5, stk. 2

Anførte nationale forskrifter

Bürgerliches Gesetzbuch (den borgerlige lovbog, herefter »BGB«), navnlig §§ 276, 823 og 826

Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (bekendtgørelse om EF-godkendelse af motorkøretøjer og påhængskøretøjer dertil samt af systemer, komponenter og separate tekniske enheder til disse køretøjer, herefter »godkendelsesbekendtgørelsen«), navnlig §§ 6 og 27

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Anmodningen om en præjudiciel afgørelse er baseret på fem forskellige faktiske forhold, som ganske vist ikke er identiske, men kun i nuancer er indbyrdes forskellige.
- 2 Den første sag: Køretøjet VW T6 Multivan Comfortline 2.0 TDI blev markedsført af sagsøgte med en dieselmotor af typen EA288. I køretøjet reduceres udstødningsgasrecirkulationen uden for et såkaldt temperaturinterval afhængigt af faldende udetemperaturer. Dette fører til højere NOx-emissioner (= nitrogenoxid) under køretøjets drift uden for temperaturintervallet. Sagsøgeren erhvervede køretøjet af den sagsøgte for 45 944,39 EUR. Han lagde en udbetaling på 15 000 EUR og finansierede resten med et lån. Han har i mellemtiden solgt bilen.
- 3 Sagsøgeren er af den opfattelse, at han forsætligt og i strid med ret og redelighed er blevet påført et tab. Ifølge sagsøgeren udgør temperaturintervallet en forbudt manipulationsanordning, og han gør gældende, at reduktionen af udstødningsgasrecirkulationen begynder ved en temperatur på +20°C. Sagsøgeren har nedlagt påstand om betaling af 8 709,30 EUR (købsprisen på 45 944,39 EUR fratrukket fordelene ved at benytte køretøjet på 10 245,60 EUR for 66 900 km., der er kørt, samt et salgsprovenu på 31 000 EUR tillagt finansieringsomkostninger på 4 010,51 EUR), og subsidiært betaling af 6 891,66 EUR (= 15% af købsprisen).
- 4 Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse. Sagsøgte påberåber sig forældelse med hensyn til kontraktlige krav. Sagsøgte hævder, hvad angår

temperaturintervallet, at reduktionen af udstødningsgasrecirkulationen gradvist reduceres fra en omgivelsestemperatur på ca. +12°C. Ifølge sagsøgte er temperaturintervallet forbudt, eftersom det er nødvendigt for sikker drift af køretøjet. Sagsøgte har for en sikkerheds skyld gjort gældende, at der er tale om en uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud, og har i samme forbindelse påberåbt sig en hypotetisk godkendelse fra Kraftfahrtbundesamt (den tyske trafikstyrelse, herefter »trafikstyrelsen«).

- 5 Den anden sag: Køretøjet VW T6 Multivan 2.0 TDI blev markedsført med en dieselmotor af typen EA288, som var fremstillet af sagsøgte. Sagsøgeren købte køretøjet for 49 950 EUR med en kilometerstand på 9 350 km. Der var enighed om, at der ved sagsøgerens køb af køretøjet var installeret testsituationsmåling, som dog den 10. oktober 2017 blev fjernet ved en softwareopdatering. Der var også enighed om, at der var (og er) installeret temperaturinterval. Dette fører til højere NOx-emissioner under køretøjets drift uden for temperaturintervallet.
- 6 Sagsøgeren er af den opfattelse, at han som følge af den forbudte manipulationsanordning forsætligt og i strid med ret og redelighed er blevet påført et tab. Han har nedlagt påstand om betaling af 8 938 EUR (= 20% af bruttokøbsprisen) og subsidiært et erstatningsbeløb efter rettens skøn, dog mindst 6 703,50 EUR (= 15% af købsprisen).
- 7 Sagsøgte har erkendt, at den oprindeligt installerede testsituationsmåling blev brugt af softwaren til en reduktion af udstødningsgasrecirkulationshastigheden uden for NEDC [New European Drive Cycle], når der blev nået en driftstemperatur på 200°C. Med virkning fra denne driftstemperatur bidrager SCR-systemet dog væsentligt til NOx-reduktionen, således at grænseværdierne stadig overholdes. Om temperaturintervallet har sagsøgte gjort gældende, at der fra en omgivelsestemperatur »på ca. +12°C« og derunder finder en reduktion sted. Ifølge sagsøgte er temperaturintervallet ikke forbudt, eftersom det er nødvendigt for sikker drift af køretøjet. Sagsøgte har for en sikkerheds skyld gjort gældende, at der er tale om en uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud, og påberåber sig i denne forbindelse en hypotetisk godkendelse fra trafikstyrelsen.
- 8 Den tredje sag: De faktiske omstændigheder i den tredje sag svarer i det væsentlige til de i den anden sag foreliggende.
- 9 Den fjerde sag: Køretøjet VW Golf 2.0 TDI blev markedsført med en dieselmotor af typen EA288, som var fremstillet af sagsøgte. Der er enighed om, at der er installeret testsituationsmåling i køretøjet. Sagsøgeren erhvervede køretøjet til en pris på 10 000 EUR med en kilometerstand på 107 000 km.
- 10 Sagsøgeren er af den opfattelse, at hun forsætligt og i strid med ret og redelighed er blevet påført et tab af sagsøgte. Hun anser testsituationsmålingens funktionalitet for forbudt og har anført, at der endvidere er tale om et forbudt temperaturinterval. Sagsøgeren kræver betaling af 9 258,60 EUR (købspris på 10 000 EUR fratrukket godtgørelse for brug på 741,40 EUR for 14 309 km. kørt på tidspunktet for sagens

anlæg) til gengæld for udlevering og overdragelse af køretøjet og subsidiært et erstatningsbeløb på 1 500 EUR.

- 11 Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse. Sagsøgte har erkendt, at softwaren ganske vist anvender testsituationsmålingen til at sikre, at NSK (= NO_x-lagringskatalysator) regenererer fuldstændigt forud for en testkørsel og på punkter, som er defineret nøjagtigt inden for NEDC. Desuden øges NSK's temperatur i NEDC umiddelbart forud for den første NSK-regenerering. Intet af dette vil imidlertid have haft en målbar effekt på NO_x-emissionerne. Selv hvis NO_x-emissionerne blev forøget uden disse funktioner, ville grænseværdierne ikke blive overskredet. Ifølge sagsøgte er temperaturintervallet ikke forbudt. I denne forbindelse hævder sagsøgte, at udstødningsgasrecirkulationen på grund af det meget avancerede udstødningsgasrecirkulationssystem er 100% aktiv mellem -24°C og +70°C. Sagsøgte har for en sikkerheds skyld gjort gældende, at der er tale om en uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud, og henviser i denne forbindelse til en hypotetisk godkendelse fra trafikstyrelsen.
- 12 Den femte sag: Køretøjet VW Sharan 2.0 TDI blev markedsført med en dieselmotor af typen EA189, som var fremstillet af sagsøgte. Motoren var udstyret med en forbudt manipulationsordning (testsituationsmålingen med »skiftelogik«). Ved påbud af 14. og 15. oktober 2015 pålagde trafikstyrelsen sagsøgte at fjerne denne forbudte manipulationsanordning i de køretøjer, som sagsøgte havde markedsført. Sagsøgeren erhvervede køretøjet til en pris på 32 000 EUR med en kilometerstand på 14 915 km. En af sagsøgte udviklet og af trafikstyrelsen godkendt softwareopdatering blev den 7. marts 2017 installeret i køretøjet. Ved opdateringen blev der installeret et temperaturinterval i køretøjet. Dette fører til højere NO_x-emissioner under køretøjets drift uden for temperaturintervallet.
- 13 Sagsøgeren er af den opfattelse, at han forsætligt og i strid med ret og retfærdighed er blevet påført et tab af sagsøgte. Han kræver betaling af et erstatningsbeløb efter rettens skøn, dog mindst 4 800 EUR (= 15% af købsprisen), og desuden en erklæring om, at sagsøgte skal erstatte sagsøgeren det tab, som sagsøgeren har pådraget sig som følge af installationen af en temperaturstyret manipulationsanordning.
- 14 Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse. Sagsøgte har for alle tilfældes skyld gjort gældende, at kravet er forældet. For så vidt angår temperaturintervallet hævder sagsøgte, at udstødningsgasrecirkulationen først reduceres ved under +10°C. Dette er nødvendigt for sikker drift af køretøjet. Sagsøgte har endvidere påpeget, at Domstolens dom af 14. juli 2022, GSMB Invest (C-128/20, EU:C:2022:570), ganske vist lagde et temperaturområde for temperaturintervallet på +15°C til +33°C »udetemperatur« til grund for sagsøgtes køretøjer med et identisk temperaturinterval (efter opdatering af motorstyringsenheden for motortypen EA189). Efter sagsøgtes opfattelse skyldes dette imidlertid, at de forelæggende domstole har truffet bindende afgørelser, som ikke svarer til de faktiske omstændigheder. Sagsøgte har for alle tilfældes skyld gjort gældende, at

der er tale om en uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud, og i denne forbindelse henholdt sig til en hypotetisk tilladelse fra trafikstyrelsen.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 15 Indledende bemærkninger: I første, anden og tredje sag var der sandsynligvis i hvert tilfælde installeret en forbudt manipulationsanordning som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 715/2007, da køretøjet blev erhvervet. I den femte sag blev en forbudt manipulationsanordning installeret sammen med opdateringen. I den fjerde sag er testsituationsmålingen en stærk indikation på, at der var installeret en forbudt manipulationsanordning.
- 16 For så vidt angår køretøjerne i første, anden, tredje og femte sag reduceres udstødningsgasrecirkulationen senest med virkning fra en omgivelsestemperatur på +10°C, og der er efter den forelæggende rets opfattelse derfor tale om et forbudt temperaturinterval, som heller ikke er tilladt i henhold til undtagelsesbestemmelsen i artikel 5, stk. 2, litra a), i forordning nr. 715/2007.
- 17 I den første, anden og tredje sag er den yderligere betingelse i artikel 5, stk. 2, andet punktum, litra a), i forordning nr. 715/2007 om, at en manipulationsanordning ikke må være aktiv i hovedparten af året sandsynligvis heller ikke opfyldt, eftersom udstødningsgasrecirkulationen i køretøjerne i de ovennævnte tre sager først reduceres fra en omgivelsestemperatur på ca. +12°C. De årlige gennemsnitstemperaturer i Tyskland er imidlertid lavere end ca. +12°C.
- 18 I den fjerde sag er der uenighed om, hvorvidt temperaturintervallet og/eller testsituationsmålingen fører til en stigning i emissionerne under normale kørselsforhold. Det er i denne sag derfor uklart, om der er tale om en forbudt manipulationsanordning som omhandlet i artikel 3, nr. 10), i forordning nr. 715/2007 og i samme forordnings artikel 5, stk. 2, første punktum, selv om testsituationsmålingen er en stærk indikation på dette.
- 19 Et krav om erstatning i henhold til BGB's § 826 forudsætter, at skadevolderen har handlet forsætligt og objektivt set i strid med ret og redelighed. Dette forekommer ikke at være tilfældet i de forelagte tilfælde.
- 20 I de forelagte sager kan køberen af køretøjet dog have ret til erstatning i henhold til BGB's § 823, stk. 2. Ifølge nyere praksis fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) beskytter BGB's § 823, stk. 2, sammenholdt med godkendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 1, og § 27, stk. 1, køberen af køretøjets interesse i ikke at lide økonomiske tab på grund af fabrikantens tilsidesættelse af den europæiske emissionslovgivning.
- 21 I første, anden, tredje og femte sag har sagsøgte tilsidesat den europæiske emissionslovgivning med et forbudt temperaturinterval, og i den fjerde sag er der en stærk indikation på det samme i form af en testsituationsmåling.

- 22 Erstatningskravet forudsætter endvidere, at køretøjsfabrikanten i det mindste har handlet uagtsomt med hensyn til manipulationsanordningen. Der gælder en formodning for, at køretøjsfabrikanten har handlet culpøst. Fabrikanten kan dog frigøre sig for skyld ved at dokumentere og bevise omstændigheder, som undtagelsesvist ikke får hans adfærd til at fremstå som uagtsom. Ifølge praksis fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) kan fabrikanten navnlig påberåbe sig en uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud ved konkret af dokumentere og bevise en vildfarelse med hensyn til et forbud som sådan og også dens uundgåelighed. Dette er emnet for det første præjudicielle spørgsmål.
- 23 I den femte sag er erstatningskravet på grund af den manipulationsanordning (testsituationsmåling med »skiftelogik«), der forelå, da køretøjet blev markedsført og erhvervet, forældet. Efter installationen af den opdatering, som den sagsøgte har leveret i form af temperaturintervallet, foreligger der ganske vist en ny forbudt manipulationsanordning i køretøjet. Det er tvivlsomt, om ejeren af køretøjet har krav på erstatning fra fabrikanten, når tabet er opstået på grund af en manipulationsanordning, der er installeret ved en opdatering. Dette er genstanden for det andet præjudicielle spørgsmål.
- 24 Erstatningskravet i henhold til BGB's § 823, stk. 2, sammenholdt med godkendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 1, og § 27, stk. 1, er baseret på praksis fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) om den såkaldte *begrænsede* erstatning [kleiner Schadenersatz], dvs. betaling af et pengebeløb. Der kan ikke kræves godtgørelse af købsprisen til gengæld for udlevering og overdragelse af køretøjet (såkaldt *omfattende* erstatning [großen Schadenersatz]). Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) har endvidere anført, at fordelene ved at bruge køretøjet skal modregnes, hvis de sammen med restværdien overstiger den betalte købspris fratrukket erstatningsbeløbet. Det tredje præjudicielle spørgsmål vedrører disse problemer.
- 25 Om de enkelte præjudicielle spørgsmål: Det første spørgsmål: Udelukkelse af ansvar som følge af en vildfarelse med hensyn til et forbud kommer kun i sjældne undtagelsestilfælde i betragtning. Uvidenhed fritager ikke for ansvar. Heller ikke en ukorrekt forudsigtelse af, hvad en domstol vil bedømme som uagtsomt i en potentiel erstatningssag, kan danne grundlag for en ansvarsfritagende vildfarelse med hensyn til et forbud. Skadevolderen må altid forvente, at en domstol vil vurdere de forholdsregler, den pågældende har truffet, som utilstrækkelige. Der er alene tale om en uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud, hvis en bonus pater ikke kunne have forudset, at den pågældendes adfærd i fremtiden kunne blive vurderet som udgørende en pligttilsidesættelse.
- 26 Ifølge praksis fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) må en vildfarelse fra fabrikantens side, der specifikt vedrører en manipulationsanordning, være uundgåelig, hvis en køretøjsfabrikanten kan fremlægge en konkret EF-typegodkendelse vedrørende den anvendte forbudte manipulationsanordning i alle dens i henhold til artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 715/2007 relevante detaljer. Vildfarelsen må dog også være uundgåelig, hvis det er klart, at fabrikantens

ukorrekte juridiske vurdering af, om der foreligger en forbudt manipulationsanordning, ved en hypotetisk forespørgsel ville være blevet bekræftet af den myndighed, der er ansvarlig for EF-typegodkendelsen eller for efterfølgende foranstaltninger (i Tyskland trafikstyrelsen), dvs., i tilfælde af en hypotetisk godkendelse.

- 27 Det er tvivlsomt, om denne nationale retspraksis er i overensstemmelse med EU-retten, eftersom forbuddet mod manipulationsanordninger er reguleret i EU-retten. Også køberen af et køretøjs krav på en passende erstatning for køb af et køretøj med en forbudt manipulationsanordning er forankret i EU-retten (jf. dom af 21.3.2023, Mercedes-Benz Group [Ansvar for fabrikanten af køretøjer udstyret med manipulationsanordninger], C-100/21, EU:C:2023:229, præmis 91). Medlemsstaterne regulerer kun de nærmere betingelser for købernes opnåelse af en sådan erstatning.
- 28 Spørgsmålet er derfor, hvilke krav EU-retten stiller til de subjektive betingelser for køretøjskøberens erstatningskrav mod køretøjsfabrikanten for tilsidesættelse af artikel 18, stk. 1, artikel 26, stk. 1, og artikel 46 i direktiv 2007/46 [...] [samt] artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 715/2007.
- 29 Det er i denne forbindelse i første omgang tvivlsomt, om culpa overhovedet er relevant på det foreliggende område for erstatningsansvar uden for kontrakt (præjudicielt spørgsmål 1.a). På forskellige områder af EU-retten har Domstolen allerede udtalt sig om kravet om culpa i relation til ansvar uden for kontraktforhold (jf. dom af 8.11.1990, Dekker, C-177/88, EU:C:1990:383, præmis 22-25, af 30.9.2010, Strabag m.fl. C-314/09, EU:C:2010:567, præmis 39 ff., af 9.12.2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl., C-568/08, EU:C:2010:751, præmis 86 f., og af 18.6.2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 35).
- 30 Eftersom de forelagte sager alene vedrører køretøjsfabrikantens civile ansvar, er der meget, der tyder på, at spørgsmålet om culpa ikke er relevant. Såfremt nemlig et erstatningskrav mod køretøjsfabrikanten i tilfælde af en tilsidesættelse af artikel 18, stk. 1, artikel 26, stk. 1, artikel 46 i direktiv 2007/46 samt artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 715/2007 forudsatte culpaansvar, ville spørgsmålet om, hvorvidt uundgåeligheden af en vildfarelse med hensyn til et forbud kan udledes af oplysninger eller godkendelser fra den myndighed, der er ansvarlig for EF-typegodkendelse eller for efterfølgende foranstaltninger (præjudicielt spørgsmål 1.b) skulle besvares. Hvis præmisserne i dom af 18. juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, skulle finde anvendelse i denne henseende, ville en godkendelse eller oplysning fra den myndighed, der er ansvarlig for EF-typegodkendelsen eller efterfølgende foranstaltninger, ikke være relevant. En fabrikant måtte forvente, at Domstolen vil bedømme lovligheden af en manipulationsanordning i henhold til artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 715/2007 anderledes end den kompetente myndighed.

- 31 Selv hvis en godkendelse fra den myndighed, der er ansvarlig for EF-typegodkendelsen eller for efterfølgende foranstaltninger, måtte berettige køretøjsfabrikantens tillid til, at myndigheden ikke vil træffe foranstaltninger mod den pågældende, er det tvivlsomt, om fabrikanten også kan påberåbe sig denne tillid i forhold til køretøjskøberne. Desuden taler effektivitetsprincippet for, at fabrikanten ikke nyder beskyttelse af berettigede forventninger i forhold til køberen. I modsat fald ville en tilsidesættelse af EU-retten fra fabrikantens side, forblive usanktioneret, hvis det er den ukorrekte vurdering fra den kompetente myndigheds side, der ligger til grund for tilsidesættelsen. Dette ville være i strid med kravet om, at sanktionerne for tilsidesættelse af direktivets bestemmelser skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning (jf. dom af 21.3.2023, Mercedes-Benz Group [Ansvar for fabrikanter af køretøjer udstyret med manipulationsanordninger], C-100/21, EU:C:2023:229 præmis 85, 88).
- 32 Hvis godkendelsen eller oplysninger fra den myndighed, der er ansvarlig for EF-typegodkendelsen eller for efterfølgende foranstaltninger, har givet køretøjsfabrikanten en berettiget forventning om, at den pågældende agerer lovligt, opstår spørgsmålet om, hvorvidt også en hypotetisk godkendelse skal tillægges en sådan virkning [det første præjudicielle spørgsmål, litra c)]. I Schenker-sagen fastslog Domstolen, at ingen kan påberåbe sig en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, såfremt den kompetente administration ikke har afgivet præcise løfter (jf. dom af 18.6.2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 41). Desuden har generaladvokat Kokott i den nævnte sag om minimumsbetingelsen for anerkendelse af berettigede forventninger bl.a. anført, at der skal være truffet en administrativ eller retslig afgørelse om netop de pågældende faktiske og retlige spørgsmål, der er baggrunden for, at den pågældende virksomhed påberåber sig en ansvarsfritagende vildfarelse med hensyn til et forbud, og at kun de udtalelser fra myndigheden eller domstolen, som udtrykkeligt er indeholdt i den pågældende afgørelse, må anvendes, men ikke andre konklusioner, som i bedste fald implicit kan udledes deraf (jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:126, punkt 91). I tilfælde af en hypotetisk godkendelse eller oplysning, som udledes af en hypotetisk forespørgsel, ville denne betingelse ikke være opfyldt, eftersom der i et sådant tilfælde netop mangler udtrykkelige og præcise udtalelser fra en myndighed om et specifikt faktisk forhold.
- 33 Også effektivitetsprincippet taler imod at tage en hypotetisk godkendelse i betragtning. Hvis en medlemsstat på denne måde accepterede køretøjsfabrikanternes uundgåelige vildfarelser med hensyn til et forbud, ville de berørte skadelidte ikke få nogen erstatning. Der ville da hverken være sikkerhed for, at erstatningsbeløbene var tilstrækkelige, eller at sanktionerne i tilfælde af tilsidesættelser havde den afskrækkende virkning, som Domstolen har givet udtryk for nødvendigheden af.

- 34 Det første præjudicielle spørgsmål, litra a)-c), er relevante for afgørelsen i alle de forelagte sager. Hvis et af spørgsmålene besvares benægtende, vil en hypotetisk godkendelse fra trafikstyrelsen være irrelevant for de civile retlige erstatningskrav, som køretøjskøberen har stillet mod fabrikanten, og som skal undersøges i de foreliggende sager.
- 35 Det andet spørgsmål: Dette spørgsmål vedrører alene den femte sag. Hvis spørgsmålet bliver besvaret bekræftende, foreligger det nødvendige materielle grundlag for, at sagsøgeren har mulighed for at fremkomme med et erstatningskrav.
- 36 Det er tvivlsomt, om køretøjsfabrikanten, der har leveret en softwareopdatering med en forbudt manipulationsanordning i henhold til artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 715/2007, skal betale erstatning til køretøjets ejer, hvis denne lider et tab som følge af den forbudte manipulationsanordning, der er installeret med opdateringen.
- 37 Den nationale lovgivning anerkender for så vidt ikke tilsidesættelsen af en lov, der beskytter en tredjepart, eftersom denne tilsidesættelse ligger i køretøjsfabrikantens udstedelse af en ukorrekt typeattest. Der udstedes dog ikke nogen ny typeattest i forbindelse med opdateringen. Opdateringen er derfor ikke et egnet kriterium for køretøjsfabrikantens erstatningsansvar i henhold til BGB's § 823, stk. 2, sammenholdt med godkendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 1, og § 27, stk. 1. Der bliver også argumenteret for, at det ansvarspådragende tab er opstået ved indgåelsen af den uønskede købsaftale. Foranstaltninger som opdateringen, der er truffet efterfølgende, kan ikke [...] betragtes som en årsag til beslutningen om at købe.
- 38 I henhold til EU-retten kan det dog være nødvendigt, at ejeren af køretøjet har et krav på erstatning i et sådant tilfælde. Dette understøttes af det forhold, at fabrikanten ved at levere og installere opdateringen skaber en ulovlig tilstand, som er i modstrid med typeattesten. På samme måde som når et køretøj med en forbudt manipulationsanordning markedsføres, kan en opdatering med en forbudt manipulationsanordning resultere i et driftsforbud fra den kompetente myndigheds side. Ifølge den forelæggende rets opfattelse ligger fabrikantens ansvarspådragende retsstridige adfærd i leveringen og installationen af det ulovlige temperaturinterval. Dette må udgøre det relevante kriterium for motorkøretøjsfabrikantens ansvar og ikke udstedelsen af en ukorrekt typeattest eller en herpå følgende beslutning om at købe. Den omstændighed, at typeattesten er ukorrekt, er alene en uundgåelig konsekvens af installationen af den forbudte manipulationsanordning, og en yderligere mulig konsekvens er en købers beslutning om at købe i tillid til, at typeattesten er korrekt.
- 39 Det må være irrelevant, at der ikke udstedes en ny typeattest i anledning af opdateringen. I henhold til godkendelsesbekendtgørelsens § 3, stk. 6, sammenholdt med artikel 3, nr. 36, i direktiv 2007/46, attesterer fabrikanten, at et køretøj fra serien af en type, der er godkendt i overensstemmelse med dette direktiv, overholder alle retsakter på tidspunktet for dets fremstilling. Typeattesten

er gyldig i hele køretøjets levetid. Hvis fabrikanten efterfølgende ændrer køretøjets tilstand på en ulovlig måde, bliver denne attest uundgåeligt ukorrekt.

- 40 Det tredje spørgsmål: Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) afviser i tilfælde af skade, der alene er en følge af uagtsomhed, et krav fra køberen mod fabrikanten om godtgørelse af købsprisen mod tilbagelevering af køretøjet (såkaldt *omfattende* erstatning [großer Schadenersatz]), fordi køberens ret til økonomisk selvbestemmelse kun er beskyttet i tilfælde af en forsætlig skadevoldelse, men ikke i tilfælde af en blot uagtsom skadevoldelse. Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) ser køberens EU-retligt beskyttede interesse i ikke at lide et økonomisk tab i differenceteorien forstand og accepterer i henhold til BGB's § 823, stk. 2, sammenholdt med godkendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 1, og § 27, stk. 1, alene et krav fra køberen på et såkaldt *begrænset* erstatningskrav [kleiner Schadenersatz], dvs. kun et pengekrav.
- 41 Ifølge Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) skal den ret, der træffer afgørelse om realiteten, anlægge et skøn over størrelsen af det differentierede tab efter sin frie overbevisning og under hensyntagen til alle omstændigheder. Det bemærkes i denne forbindelse, at det anslåede tab af hensyn til effektiviteten i henhold til EU-retten skal udgøre mindst 5% af den betalte købspris, men af proportionalitetshensyn ikke må overstige 15% af den betalte købspris. For at reducere tabet skal der modregnes med de faktiske fordele opnået ved brug af køretøjet og sammes restværdi, såfremt disse faktorer overstiger køretøjets værdi ved købsaftalens indgåelse (den betalte købspris fratrukket erstatningsbeløbet). Ifølge Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) er dette i overensstemmelse med EU-retten, når der tages hensyn til kravet om effektive og afskrækkende sanktioner.
- 42 Det er imidlertid tvivlsomt, om modregningen af brugsfordelene i erstatningsbeløbet er i overensstemmelse med EU-retten. Hvis den skadelidte køber ifølge BGH skal lade brugsfordelene fratække fra kravet om en *begrænset* erstatning [kleiner Schadenersatz], vil den pågældende modtage mindre erstatning afhængigt af, hvor intensivt køretøjet er blevet brugt. Der foreligger ingen genkendelig saglig grund hertil. Den pågældende beriger ikke sig selv ved at gøre brug af sit eget køretøj. Det forekommer derfor at være vilkårligt at reducere tabet på grund af brugsintensiteten.
- 43 Det er ganske vist et krav i henhold til EU-retten, at en køber skal tillade, at de kørte kilometer modregnes, hvis den pågældende gør krav på den såkaldte *omfattende* erstatning [großer Schadenersatz] gældende, dvs. kravet om tilbagebetaling af købsprisen mod udlevering af køretøjet. Generaladvokat Rantos anser det for i denne konstellation at være nødvendigt at modregne fordelene ved den faktiske brug af det pågældende køretøj i tilbagebetalingen af købsprisen, eftersom beskyttelsen af de rettigheder, som direktiv 2007/46 sikrer, ikke må indebære en ugrundet berigelse (jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Rantos i sagen Mercedes-Benz Group [Ansvar for fabrikanten af køretøjer udstyret med manipulationsanordninger], C-100/21, EU:C:2022:42061, punkt 61 f.).

- 44 Dette kan imidlertid ifølge den opfattelse, der kommer til udtryk her, ikke gælde, hvis køberen kun stiller krav om den *begrænsede* erstatning [kleiner Schadenersatz]. Dette skyldes, at den pågældende da bevarer ejendomsretten til køretøjet. Brugen er for egen regning, idet den pågældendes køretøj mister i værdi. Den pågældende beriger sig derfor på ingen måde ved at benytte køretøjet. En modregning af brugsfordele i den *begrænsede* erstatning [kleiner Schadenersatz] vil sandsynligvis også medføre urimelige resultater og dermed være i strid med effektivitetsprincippet. Generaladvokat Rantos har fremhævet, at modregningen ikke må føre til, at køberen ender med ikke at modtage nogen erstatning for det lidte tab (punkt 62). Men dette vil netop være tilfældet i henhold til den modregningsmetode, som Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) har fastsat, hvis en køber på tidspunktet for retsafgørelsen har gjort intensiv brug af sit køretøj.
- 45 Desuden er den ifølge praksis fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) faste begrænsning af det differentierede tab til et maksimumbeløb på 15% af købsprisen sandsynligvis ikke i overensstemmelse med EU-retten, da den er i strid med effektivitetsprincippet, eftersom den reducerede værdi af køretøjerne på grund af den installerede manipulationsanordning ofte vil være større end 15% af købsprisen. Den skematiske øvre grænse på 15%, som Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) har fastsat, tillader dog ikke de nationale domstole at tage hensyn hertil. Det bør endvidere erindres, at køberen ifølge Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) kun kan kræve økonomisk kompensation for skaden, men skal beholde bilen. Hvis dette pengekrav så endvidere begrænses til et beløb på 15% af købsprisen, kan der ikke tages tilstrækkeligt hensyn til køretøjskøberens interesse i en passende kompensation.
- 46 Såfremt det tredje præjudicielle spørgsmål, litra a), besvares benægtende, vil fordele ved brug, for så vidt som de overstiger køretøjets værdi ved købsaftalens indgåelse (købspris fratrukket erstatningsbeløbet), ikke skulle modregnes i de forelagte sager. Intensiteten af brugen af køretøjets og dets restværdi vil da ikke være relevant.
- 47 Såfremt det tredje spørgsmål, litra b), besvares benægtende, kan der i den anden og den fjerde sag, i hvilke erstatningsbeløbet er overladt til rettens skøn, også tilkendes højere erstatningsbeløb end 15% af købsprisen. I den første sag kan finansieringsomkostningerne da ud over det krævede erstatningsbeløb på 15% af købsprisen tilkendes som en yderligere tabspost, da der principielt kan ydes erstatning for finansieringsomkostninger.