

Professor Dr. Meinhard Schröder*

Zulässige und unzulässige Abschaltvorrichtungen

Zur Auslegung von Art. 5 II VO (EG) 715/2007 unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH

Nachdem der EuGH im Jahr 2022 eine Reihe von Entscheidungen zur Auslegung der VO (EG) 715/2007 getroffen hat, ist es Zeit für eine Bestandsaufnahme, welche „Abschaltvorrichtungen“ in Dieselfahrzeugen zulässig sind und welche nicht. Außerdem analysiert der Beitrag, in welchen (praxisrelevanten) Situationen die Frage Bedeutung gewinnen kann.

I. Einführung

Die Debatte um die Legalität von Dieselmotoren verschiedener Kraftfahrzeughersteller infolge der Verwendung sog. Abschaltvorrichtungen und die Folgen einer etwaigen Illegalität dauert seit über sieben Jahren an. Ging es anfangs vor allem um die rechtlichen Konsequenzen der Verwendung einer „Umschaltlogik“, mit der im Typgenehmigungsverfahren ein spezieller „Labormodus“ mit geringeren Schadstoffemissionen aktiviert wurde,¹ hat sich die Diskussion in jüngerer Zeit auf die Frage verlagert, in welchem Umfang die wohl von allen Herstellern von Dieselmotoren eingesetzten „Thermodenster“, also die insbesondere von der Umgebungstemperatur abhängige Programmierung der Abgasrückführung,² zulässig sind. Der Fokus der Betrachtung liegt mit anderen Worten nun auf der Auslegung der VO (EG) 715/2007,³ konkret von deren Art. 3 Nr. 10 sowie Art. 5 II. Nachdem der EuGH als „Letztinterpret“ des Unionsrechts nun in einer Reihe von Entscheidungen⁴ zur Auslegung dieser Verordnung Stellung genommen hat und diese Rechtsprechung eine gewisse Konsolidierung erkennen lässt, sollen im Folgenden die geklärten und ungeklärten Fragen der Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen beleuchtet werden. Dabei geht es nicht nur um den Begriff (II.) und die Reichweite des Verbots (III.), sondern auch um die „Rechtfertigungsgründe“ für Abschaltvorrichtungen (IV.) und die Relevanz der Frage bzw. die Beurteilungskompetenz verschiedener Stellen (V.).

II. Begriff der Abschaltvorrichtung

Die VO (EG) 715/2007 definiert in Art. 3 Nr. 10 „Abschaltvorrichtung“ als „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur,

die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird“.

Mit diesem Begriff der Abschaltvorrichtung hatte sich der EuGH schon im Urteil CLCV auseinandergesetzt. Dort hatte er – vor dem Hintergrund des Zwecks der Verordnung (Verbesserung der Luftqualität und Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte, vgl. Erwgr. 6) überzeugend – ausgeführt, dass sowohl das Merkmal „Konstruktionsteil“ als auch das Merkmal „Emissionskontrollsystem“ teleologisch weit auszulegen sind.⁵ Diese Sichtweise wurde in den Ent-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Informationstechnologierecht an der Universität Passau. Der Beitrag basiert auf einer Anfrage aus der Praxis.

1 Dazu etwa EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 – CLCV, auch abgedruckt in JZ 2021, 776 mAnm Schröder; s. auch schon BGHZ 225, 316 = NJW 2020, 1962.

2 Zu den Details der Funktionsweise und den Gründen der Verwendung vgl. etwa Schröder NZV 2022, 408.

3 VO (EG) 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABl. 2007 L 141/1.

4 Vgl. einerseits die in weiten Teilen gleichlautenden Urte. v. 14.7.2022 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua; und andererseits das Urte. v. 8.11.2022 – C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 = NVwZ 2023, 47 – DUH. Das Urte. v. 21.3.2023, EuGH C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 = NVwZ 2023, 819 – Mercedes-Benz, verweist in den „Vorbemerkungen“ (Rn. 56 ff.) auf diese Rspr., enthält aber zur Auslegung des Art. 5 II VO (EG) 715/2007 keine Neuerungen.

5 EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 Rn. 59 ff. und Rn. 69 ff. = NJW 2021, 1216 – CLCV.

scheidungen betreffend die Thermofenster bestätigt.⁶ Damit ist einerseits Software als „Konstruktionsteil“ zu verstehen und andererseits können auch „motorinterne“ Strategien der Abgasvermeidung und nicht nur Formen der Abgasnachbehandlung unter den Begriff des Emissionskontrollsystems fallen.⁷

Die in technischer Hinsicht sehr weite Auslegung hat in den Urteilen vom 14.7.2022 eine gewisse Relativierung durch die Betonung des letzten Tatbestandsmerkmals des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 erfahren. Für eine Abschaltvorrichtung ist nämlich auch erforderlich, dass sie „die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert“, also eine Betriebsrelevanz aufweist. Mit anderen Worten fällt eine Technik, die das Emissionskontrollsystem zwar beeinflusst, aber nur unter vernünftigerweise nicht zu erwartenden Extrembedingungen, schon nicht den Begriff der Abschaltvorrichtung. Für die streitgegenständlichen Thermofenster war das offensichtlich nicht der Fall, denn der EuGH stellte überzeugend fest, „dass Umgebungstemperaturen von weniger als 15 Grad Celsius sowie das Fahren auf Straßen über 1.000 Höhenmetern im Unionsgebiet üblich sind“.⁸ Interessant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis des EuGH auf Art. 3 IX UAbs. 2 VO (EG) 692/2008, der ein Testszenario der NOx-Nachbehandlungseinrichtung bei einer Temperatur von -7 °C vorsieht.⁹ Dies spricht dafür, dass der Gerichtshof auch eine solche Temperatur noch als Teil der normalen Fahrbedingungen versteht. Das VG Schleswig¹⁰ meint nun sogar, dass „jedenfalls“ Umgebungstemperaturen zwischen -15 °C und +40 °C noch zum normalen Fahrbetrieb zählen. Diese sehr weite Auslegung findet aber zumindest in der bisherigen EuGH-Rechtsprechung keine Stütze.

Neben der Betriebsrelevanz ist auch auf das dem Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 immanente Finalitätselement („um ... zu“) hinzuweisen, welches das an sich „neutrale“ Konstruktionsteil mit dem Zweck der Steuerung des Emissionskontrollsystems verknüpft. Die bloße Verwendung eines solchen Konstruktionsteils (zu irgendwelchen anderen Zwecken) führt noch nicht dazu, dass eine Abschaltvorrichtung vorliegt,¹¹ erst die Absicht seiner Verwendung zur Beeinflussung des Emissionskontrollsystems.

III. Grundsätzliches Verbot von betriebsrelevanten (und grenzwertrelevanten) Abschaltvorrichtungen

Die Einhaltung von Emissionsgrenzwerten von Fahrzeugen wird nach dem europäischen Typgenehmigungsrecht in einem standardisierten Testverfahren (früher NEFZ, heute WLTP) überprüft, das im Kontext des Typgenehmigungsverfahrens für ein Fahrzeug stattfindet. Dieses Testverfahren findet, um eine Vergleichbarkeit der Ergebnisse zu gewährleisten, unter genau definierten Laborbedingungen statt, spiegelt die Vielfalt der realen Fahrbedingungen aber allenfalls auszugsweise wider. Indem der Unionsgesetzgeber Abschaltvorrichtungen in Art. 5 II 1 VO (EG) 715/2007 verbietet, verlangt er, dass das Emissionskontrollsystem – technisch betrachtet – grundsätzlich im Realbetrieb nicht anders arbeitet als bei der Typprüfung. Damit wird die Diskrepanz zwischen Test- und Realbetrieb bis zu einem gewissen Grad begrenzt.¹² Dies, und dass der EuGH die Frage der Betriebsrelevanz in seinen Entscheidungen thematisiert hat, zeigt, dass durch Art. 5 II 1 VO (EG) 715/2007 nur betriebsrelevante Abschaltvorrichtungen verboten sind und die Norm nicht etwa, wie es teilweise unter Berufung auf den etwas missverständlichen Wortlaut vertreten wurde,¹³ ein noch

weiterreichendes Verbot *aller* (also auch nicht-betriebsrelevanter) Abschaltvorrichtungen etabliert.

Im Gegenteil bietet die jüngere Rechtsprechung des EuGH sogar Anhaltspunkte dafür, dass das Verbot (bzw. der Begriff der Abschaltvorrichtung) teleologisch auf „grenzwertrelevante“ Einrichtungen Abschaltvorrichtungen zu reduzieren ist. Der EuGH bezeichnet in seinen Urteilen vom 14.7.2022 „eine Einrichtung, die die Einhaltung der in dieser Verordnung vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nur innerhalb des Thermofensters gewährleistet“, als „Abschaltvorrichtung“ iSd Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007.¹⁴ Daraus könnte man den Umkehrschluss ziehen, dass Technologien, die zwar auch das Emissionskontrollsystem negativ beeinflussen, dabei aber nie zu einer Grenzwertüberschreitung führen, schon begrifflich keine Abschaltvorrichtungen darstellen.¹⁵

In dieser Weise neben nicht betriebsrelevanten (dazu oben II.) auch nicht grenzwertrelevante Abschaltvorrichtungen aus dem Anwendungsbereich der Norm auszuschließen, erscheint auch teleologisch überzeugend: Dies ergibt sich daraus, dass das primäre Ziel der Verordnung, dass die Grenzwerte eingehalten werden,¹⁶ trotz der Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems erreicht wird, und zwar womöglich sogar besser als ohne diese: Es wäre geradezu zweckwidrig, wenn ein Hersteller, welcher die Forderung der VO (EG) 715/2007 nach „fortwährende(n) Bemühungen zur Senkung von Kraftfahrzeugemissionen“ (Erwgr. 5) besonders ernst nimmt und deshalb einen Motor konstruiert, der die Emissionsgrenzwerte deutlich unterschreitet, dafür aber gelegentlich die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems reduzieren muss (ohne deswegen die Grenzwerte zu überschreiten!), eine „Abschaltvorrichtung“ im Sinne der VO (EG) 715/2007 verwenden würde und dies rechtfertigen müsste, während ein Hersteller, welcher dauerhaft auf ein schlechteres, die Grenzwerte aber noch einhaltendes Emissionsverhalten setzt, keine solche Rechtfertigungslast trägt. Darin läge eine nicht zu rechtfertigende Schlechterbehandlung des Fahrzeugherstellers, der niedrigere Emissionen im Dauerbetrieb erreicht.

Auch nach Ansicht des Kraftfahrt-Bundesamts (KBA) kann eine nicht zur Einhaltung der Emissionsvorschriften erforder-

6 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 31 ff. = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 37 ff. = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 85 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

7 Dazu schon EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 Rn. 66 ff. = NJW 2021, 1216 – CLCV.

8 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 44 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 51 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen.

9 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 45 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 52 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen.

10 VG Schleswig NVwZ 2023, 851 Ls. 4 = BeckRS 2023, 2863 Rn. 233 ff.

11 So auch die amtliche Auskunft des KBA v. 15.3.2022 ggü. dem OLG Köln, Az. I-12 U 10/21, BeckRS 2022, 50700.

12 S. dazu schon Schröder NVwZ-Extra 20/2020, 3.

13 So die Stellungn. des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags v. 16.3.2016, WD 7 – 3000 – 031/16, S. 7 ff., insbes. S. 12.

14 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 47 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 54 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen.

15 So OLG Brandenburg 5.4.2023 – 4 U 185/21, BeckRS 2023, 7905 Rn. 29 f.; s. dazu schon Schröder NZV 2022, 408 (409).

16 Dies zeigt sich auch in den Gesetzgebungsmaterialien, bspw. in dem Vorschlag für eine VO v. 21.12.2005, KOM(2005) 683, 6, der Pressemit. zur 2713. Ratstagung des Rats der Europäischen Union v. 9.3.2006, S. 9 sowie dem Bericht des Europäischen Parlamentes vom 21.9. über den Vorschlag für eine VO über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen, S. 62.

derliche Abschaltvorrichtung nicht als unzulässig iSd Art. 5 II 1 VO (EG) 715/2007 bewertet werden.¹⁷ Folgt man gleichwohl – wie nun der BGH¹⁸ – der rein technischen Betrachtung der Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems und lässt jede Reduktion im Vergleich zur maximalen Wirksamkeit für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung nach § 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ausreichen, können nicht grenzwertrelevante „Abschaltvorrichtungen“ jedenfalls nach Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 gerechtfertigt werden¹⁹ (dazu unten IV. 3.). Diese Sichtweise bietet für die Entscheidung über zivilrechtliche Schadensersatzklagen wegen unzulässiger Abschaltvorrichtung immerhin den Vorteil, dass die Darlegungs- und Beweislast nicht innerhalb der (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmale einer Norm wechselt, sondern bei für das Vorliegen der Abschaltvorrichtung – also § 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 – dem Kläger und für deren ausnahmsweise Zulässigkeit – also Art. 5 II 2 VO (EG) 715/2007 – dem Beklagten zugeordnet werden kann.²⁰

IV. Ausnahmsweise zulässige Abschaltvorrichtungen

Das Verbot (betriebsrelevanter) Abschaltvorrichtungen besteht nicht ausnahmslos, sondern Art. 5 II 2 VO (EG) 715/2007 erlaubt es den Herstellern in drei Fällen, die Wirkung von Emissionskontrollsystemen zu verringern, also „Abschaltvorrichtungen“ zu verwenden. Der EuGH geht in seinen Urteilen sehr pauschal davon aus, dass Art. 5 II 2 VO (EG) 715/2007 als Ausnahmebestimmung eng auszulegen ist.²¹ Der Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmen ist allerdings nur eine Zweifelsregel. Er darf daher nicht formal gehandhabt und allein vor dem Hintergrund einer bestimmten Regelungsstruktur angewendet werden. Vielmehr muss die Reichweite der Ausnahmen durch Auslegung unter besonderer Berücksichtigung des Telos der Grundregelung und der Ausnahme ermittelt werden.²² Für das Vorliegen einer Ausnahme trifft die Hersteller, die sich darauf berufen wollen, grundsätzlich die Darlegungslast;²³ der EuGH spricht insofern davon, dass die Berufung auf die Ausnahme nur zulässig ist, wenn die Notwendigkeit der Abschaltvorrichtung „nachgewiesen“ ist.²⁴

1. Abschaltvorrichtung als Schutz- und Sicherungsmaßnahme

Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 erlaubt die Verwendung einer Abschaltvorrichtung, wenn sie „notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten“. Diese Ausnahme hat bislang die größte Aufmerksamkeit erfahren und wurde in allen bisherigen Entscheidungen des EuGH zu Abschaltvorrichtungen thematisiert. Telos des Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 ist die Korrektur der regelungstechnisch bedingten überschießenden Tendenz des Verbots von Abschaltvorrichtungen. Der Gesetzgeber trägt dem Umstand Rechnung, dass voll wirksame Emissionskontrollsysteme unerwünschte negative Auswirkungen auf Motor und Fahrzeugsicherheit haben können. Das Anliegen eines voll wirksamen Emissionskontrollsystems im Realbetrieb kann daher aus technischen Gründen nicht (vollständig) verwirklicht werden. Daher darf die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems so weit reduziert werden, wie dies technisch notwendig ist.

a) Schutzobjekte: Motor und sicherer Fahrzeugbetrieb

Seit seiner ersten Entscheidung zu Abschaltvorrichtungen legt der EuGH Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 eng

aus.²⁵ Dadurch soll im Ausgangspunkt der Zweck des Verbots von Abschaltvorrichtungen – insbesondere Verbesserung der Luftqualität²⁶ – realisiert werden.

Taugliche „Schutzobjekte“ der Ausnahme sind nach der Norm der Motor und der sichere Fahrzeugbetrieb. Ein Motor besteht aus vielen Einzelteilen – welche dazu gehören, ist eine technische Frage. Trotzdem sieht der Gerichtshof etwa das System der Abgasrückführung (AGR), bestehend aus AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter, teilweise entgegen der technischen Literatur,²⁷ nicht als Teil des Motors, sondern als Teil des Emissionsminderungssystems an.²⁸ Während insofern aber nach der Logik der VO (EG) 715/2007 immerhin irgendeine Abgrenzung erforderlich ist, geht das VG Schleswig sogar noch weiter und sieht lediglich den „Teil des Fahrzeugs, welcher der Umsetzung der chemischen Energie des Dieselkraftstoffes in Bewegungsarbeit dient“, sicher als vom Begriff des Motors erfasst an.²⁹ Damit bleibt unklar, ob Teile wie etwa der Antriebsstrang, die Kraftstoffversorgung oder der Ölkreislauf zum Motor zählen und damit taugliche Schutzobjekte sind.

Die Frage der unmittelbaren Schutzobjektsqualität ist aber ohnehin von untergeordneter Bedeutung. Es kommt nämlich nach dem Wortlaut der VO (EG) 715/2007 nicht nur auf das Ergebnis an, also dass ein Motorschaden entsteht, nicht aber darauf, wo der Schadensverlauf seinen Anfang nimmt. Daher akzeptiert der EuGH (teleologisch überzeugend), dass der Schutz des Motors auch indirekt über den Schutz des AGR-Systems bezweckt wird: Zulässig ist die Bekämpfung der „durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor“. ³⁰ Potentielle Folgeschäden am Motor³¹ dürfen also durch den Schutz anderer Teile verhindert werden, und das gilt auch, wenn sie wie etwa der ausdrücklich durch den EuGH erwähnte Dieselpartikelfilter oder auch ein SCR-Katalysator konstruktionstechnisch deutlich vom Motor entfernt sind. Zumindest missverständlich ist daher die Formu-

17 So etwa OLG Celle 21.7.2021 – 7 U 1705/19 (S. 7a), BeckRS 2021, 42365 Rn. 21.

18 BGH NJW 2023, 2259 Rn. 51.

19 Eine Rechtfertigung von nicht grenzwertrelevanten Abschaltvorrichtungen hat der BGH nicht ausgeschlossen, vgl. BGH NJW 2023, 2259 Rn. 54.

20 So jetzt BGH NJW 2023, 2259 Rn. 53 f.

21 EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 Rn. 111 = NJW 2021, 1216 – CLCV; C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 50 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 63 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 61 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua; C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 87 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

22 Schröder NVwZ-Extra 20/2020, 2 mwN.

23 So auch Schlotte NVwZ 2023, 47 (40).

24 EuGH C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 89 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

25 EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 Rn. 111 = NJW 2021, 1216 – CLCV; C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 50 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 63 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 61 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua; C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 87 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

26 Vgl. Erwgr. 6 VO (EG) 715/2007.

27 Statt aller Mollenhauer, Handbuch Dieselmotor, 2. Aufl. 2002, S. 869 (873).

28 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 52 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 64 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 63 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

29 VG Schleswig NVwZ 2023, 851 = BeckRS 2023, 2863 Rn. 256 ff.

30 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 62 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 74 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 73 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

31 Dazu schon Schröder NZV 2022, 408 (410).

lierung des VG Schleswig, dass es nicht ausreichend für die Ausnahme sei, „dass es in Folge einer sich realisierenden sonstigen Gefahr für den sicheren Betrieb eines Fahrzeugs zu einer Beschädigung oder einem Unfall des Fahrzeugs kommen kann, auch wenn hierdurch schließlich der Motor Schaden nehmen mag.“³² Sie darf nicht so verstanden werden, dass Schäden unbedingt im Motor ihren Anfang nehmen müssen. Ein solches Verständnis würde nicht nur der maßgeblichen Auslegung des Art. 5 II 2 VO (EG) 715/2007 durch den EuGH widersprechen, sondern der Ausnahme überhaupt keinen nennenswerten Anwendungsbereich belassen. Das ist aber methodisch nicht zulässig – auch eine enge Auslegung muss den Zweck, hier den der technischen Notwendigkeit, berücksichtigen und ihre Wirksamkeit sicherstellen.³³

Problematisch bleibt indes die Auslegung der Formulierung „Beschädigung oder Unfall des Motors“ durch den EuGH. Der Gerichtshof setzt sich zwar mit der Kritik am Urteil CLCV auseinander,³⁴ beharrt aber auf der wenig überzeugenden Verengung des Begriffs „Beschädigung“ auf plötzliche und außergewöhnliche Ereignisse³⁵ und amalgamiert ihn folglich mit dem des Unfalls, dem zweifelsohne das Element der „Plötzlichkeit“ immanent ist. Damit verliert der Begriff der Beschädigung aber seinen eigenständigen Bedeutungsgehalt, was durch den Unionsgesetzgeber kaum beabsichtigt sein dürfte. Das eigentliche Ziel des Gerichtshofs, Abschaltvorrichtungen für verboten zu erklären, deren Einsatz sich durch regelmäßige Wartung vermeiden lässt, die also letztlich nur „dem Schutz des Motors vor Verschmutzung und Alterung dienen“,³⁶ hätte man besser im Kontext des Tatbestandsmerkmals „notwendig“ diskutiert (dazu sogleich).

Gefestigte Rechtsprechung ist – neben der Einbeziehung mittelbarer Motorschäden – daher nun auch, dass das letzte Kriterium des Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007, „um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten“, kumulativ zum Schutz des Motors erfüllt sein muss. Das überzeugt trotz der vordergründigen sprachlichen Verknüpfung der beiden Aspekte mit dem Wort „und“ in Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 nicht, weil Emissionskontrollsysteme anders als durch Beschädigung des Motors die Betriebssicherheit wohl gar nicht gefährden können und der Unionsgesetzgeber sich daher auf die Normierung dieses einschränkenden Tatbestandsmerkmals hätte beschränken können, wenn er den beiden anderen Tatbestandsmerkmalen eine eigenständige Bedeutung (die jedenfalls der Begriff der Beschädigung bei zutreffender Auslegung hat) hätte absprechen wollen. Die „Anforderungskumulation“³⁷ führt dazu, dass nicht jeder mögliche Bagatellschaden am Motor den Einsatz einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen kann, sondern nur „Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen.“³⁸ Die Zulässigkeitschwelle für Abschaltvorrichtungen wird damit dem Zweck der VO (EG) 715/2007 entsprechend hoch angesetzt. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass im Rahmen der Auslegung des Begriffs des Motorschutzes die Fahrzeugsicherheit mit zu berücksichtigen ist. Wenn in Folge eines Brandes oder Überhitzung des Dieselpartikelfilter auch der Motor als Teil des Fahrzeugs oder das gesamte Fahrzeug brennt, ist dies augenscheinlich eine Gefahr für den sicheren Fahrzeugbetrieb und daher auch ein im Rahmen des Motorschutzes zu berücksichtigender Folgeschaden.

Zusammenfassend lässt sich der Rechtsprechung entnehmen, dass Abschaltvorrichtungen unter Berufung auf Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 nur zulässig sein können, wenn

die dauerhafte Aktivierung des Emissionskontrollsystems zu einer unmittelbaren Gefahr der Beschädigung des Motors und ferner zu einer konkreten Gefahr für den sicheren Betrieb des Fahrzeugs führen würde.³⁹ Das letztlich entscheidende Merkmal des sicheren Betriebs des Fahrzeugs verlangt, dass der Motor auf Anforderung die geforderte und erwartete Leistung bringt und auch nicht unabhängig davon zu einer Gefahr für andere Rechtsgüter wird, etwa durch einen Brand.

Eine „konkrete Gefahr“ für den sicheren Betrieb liegt vor, wenn die leistungsrelevanten oder sonst gefährlichen Beschädigungen des Motors mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und zu einem unvorhersehbaren Zeitpunkt auftreten werden. Angesichts der offensichtlichen Gefahren, die von einem unkontrollierbaren Kraftfahrzeug ausgehen, spricht alles dafür, im Einklang mit der allgemein anerkannten sicherheitsrechtlichen Dogmatik, die eine konkrete Gefahr bei hohem Schadenspotenzial auch schon bei einer geringen Eintrittswahrscheinlichkeit annimmt,⁴⁰ jede nicht völlig vernachlässigbare Verringerung der (sicherheitsrelevanten) Zuverlässigkeit des Motors gegenüber dem bisher erreichten Stand als konkrete Gefahr für den sicheren Betrieb anzusehen. Denn gerade die Gewährleistung des sicheren Betriebs des Fahrzeugs durch Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 zeigt, dass es bei dieser Ausnahme nicht nur um eine technische Regelung, sondern um eine umfassende Berücksichtigung der Verkehrs- und Betriebssicherheit sowie des Schutzes der Fahrzeuginsassen handelt. Angesichts dieser hohen Rechtsgüter, die durch Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 geschützt werden, sind an die Eintrittswahrscheinlichkeit und -häufigkeit von Schäden keine zu hohen Anforderungen zu stellen.

b) Notwendigkeit der Abschaltvorrichtung

Im Einklang mit der engen Auslegung der Ausnahme des Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 und im Einklang mit dem Zweck der Verordnung legt der EuGH an die „Notwendigkeit“ einer Abschaltvorrichtung strenge Maßstäbe an. Dies zeigt sich vor allem in zwei Punkten, die sich in allen jüngeren Urteilen zum Thema finden:

Erstens betont der EuGH – anders als noch im Urteil CLCV – in den späteren Urteilen, dass die Abschaltvorrichtung „ausschließlich“ notwendig sein muss, um die besonderen Risiken für den Motor zu vermeiden. Das könnte man so lesen, dass „Nebenzwecke“ gar nicht mehr verfolgt werden dürfen. Die französische und die englische Sprachfassung der Urteile („repond strictement au besoin“ bzw. „strictly meets the need“) sprechen aber gegen eine solche Auslegung und vielmehr dafür, den Begriff so zu verstehen, dass die Wirk-

32 VG Schleswig NVwZ 2023, 851 = BeckRS 2023, 2863 Rn. 272.

33 EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 Rn. 111 = NJW 2021, 1216 – CLCV: „Jede Ausnahme ist nämlich eng auszulegen, unter Wahrung ihrer (scil.: der Ausnahme) praktischen Wirksamkeit und unter Beachtung ihrer (scil.: der Ausnahme) Zielsetzung.“

34 EuGH 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 70 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

35 EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 Rn. 109 = NJW 2021, 1216 – CLCV.

36 EuGH C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 Rn. 113 = NJW 2021, 1216 – CLCV.

37 Schröder JZ 2021, 782 (783).

38 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 62 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 74 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 73 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

39 So lässt sich mit gutem Willen auch VG Schleswig NVwZ 2023, 851 = BeckRS 2023, 2863 Rn. 272 verstehen.

40 BVerwGE 47, 31 (40) = NJW 1975, 130; BVerwGE 116, 347 (356) = NVwZ 2003, 95.

samkeit des Emissionskontrollsystems nicht weiter reduziert werden darf, als dies zum Schutz vor den besonderen Risiken für den Motor erforderlich ist, dass es aber auch nicht schadet, wenn davon andere positive Wirkungen für ihn (oder das AGR) ausgehen.⁴¹

Zweitens führt der Gerichtshof aus, dass eine Abschalteinrichtung nur notwendig 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“.⁴² Die Formulierung zeigt zunächst, dass die Hersteller keinen dynamischen (Nachrüstungs-) Pflichten unterliegen, sondern die Notwendigkeit alleine anhand der technischen Möglichkeiten zum Zeitpunkt der Typgenehmigung zu beurteilen ist. Das überzeugt, da die VO (EG) 715/2007 Produktzulassungsrecht ausschließlich für Neufahrzeuge darstellt.⁴³

Ferner hat der EuGH konkretisiert, welches Niveau die technische Lösung aufweisen muss. Er meidet die in diesem Kontext diskutierten Begriffe „bestmögliche Technik“, „beste verfügbare Technik“, „Stand der Technik“ und „Spitzentechnologie“ und damit auch vor dem Hintergrund von deren nicht immer einheitlicher Handhabung ein eventuell missverständliches Framing.⁴⁴

Der Gerichtshof betont stattdessen zunächst, dass die Hersteller die Verantwortung haben, „die technischen Vorrichtungen anzupassen und anzuwenden“, um die Grenzwerte der VO (EG) 715/2007 einzuhalten, und verbindet dies mit einem Hinweis darauf, dass „diese Verordnung keineswegs den Einsatz einer bestimmten Technologie vorschreibt“.⁴⁵ Damit wird nicht nur zum Ausdruck gebracht, dass die Hersteller die Wahl haben, welche Technologie sie für Motor und Emissionskontrollsystem zum Einsatz bringen, sondern auch die zentrale Rolle der Grenzwerte in der Systematik der VO (EG) 715/2007 betont. Die Verordnung verpflichtet die Hersteller nicht etwa, die emissionsärmste technische Lösung zu wählen, sondern verlangt nur, dass die Grenzwerte eingehalten werden, gegebenenfalls auch nur punktgenau. Diese Grenzwerte bestanden nach der ursprünglichen Konzeption der VO (EG) 715/2007 nur für den Prüfstand – RDE-Tests wurden erst später eingeführt, und auch die Emissionswerte im Realbetrieb spielen für die Typgenehmigung keine Rolle.⁴⁶ Die für die Entwicklung der Technologie zur Einhaltung der Grenzwerte notwendigen Kosten sind, wie der Gerichtshof unter Verweis auf Erwgr. 7 der Verordnung betont, bereits durch den Unionsgesetzgeber bei der Festlegung der Grenzwerte berücksichtigt worden,⁴⁷ können also nicht als Argument gegen den Einsatz einer emissionsmindernden Technologie angeführt werden.

Sodann führt der EuGH aus, dass die „Notwendigkeit“ einer Abschalteinrichtung für den Motorschutz nicht allein damit begründet werden kann, dass die Kosten für die Forschung hoch sind, die technische Ausrüstung teuer ist oder für den Nutzer häufigere und kostspieligere Wartungsarbeiten am Fahrzeug anfallen.⁴⁸ Diese wirtschaftlichen Argumente sind nach Auffassung des Gerichtshofs bereits durch den Unionsgesetzgeber bei der Festlegung der Grenzwerte berücksichtigt worden.⁴⁹

Die Zusammenschau beider Schritte ergibt, dass nur Argumente technischer Natur bleiben, um die Notwendigkeit der Abschalteinrichtung zu begründen. Dies kommt auch im „Fazit“ des EuGH („wenn (...) keine andere technische Lö-

sung unmittelbare Risiken für den Motor (...) abwenden kann“⁵⁰) zum Ausdruck.⁵¹

In Anwendung dieser Vorgabe kommen, da die Risiken für den Motor effektiv abgewendet werden müssen, nur Technologien in Betracht, die zum maßgeblichen Zeitpunkt der Typgenehmigung schon eine gewisse Erprobung unter Realbedingungen durchlaufen haben und somit marktreif sind; das entspricht dem klassischen „Stand der Technik“.⁵² Der Begriff der Marktreife impliziert allerdings auch eine Marktakzeptanz bei den Verbrauchern, was sowohl zu kurze Wartungsintervalle als auch zu weitreichende Maßnahmen wie beispielsweise einen regelmäßigen Austausch des gesamten Motors ausschließt. Insofern ist die Frage, welcher Aufwand für die Herstellung eines marktfähigen Produkts zu betreiben ist (dieser ist nach der Rechtsprechung bereits bei der Festlegung der Grenzwerte berücksichtigt⁵³), von der Frage zu unterscheiden, ob ein Produkt (hier das gesamte Fahrzeug) überhaupt aufgrund seiner Eigenschaften marktreif ist. Die Auswahl unter den in jeder Hinsicht marktreifen technischen Lösungen bleibt als Ausfluss der Technologieneutralität der VO (EG) 715/2007 dem Hersteller überlassen.⁵⁴

Was die Gerichte für konkrete Thermofenster als zu dem Zeitpunkt der jeweiligen Typgenehmigung der Fahrzeuge bestehenden Stand der Technik ansehen werden, bleibt abzuwarten.⁵⁵ Dass sich die Anforderungen des EuGH für

41 Dazu schon Schröder NZV 2022, 408 (410).

42 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 69 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 81 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 80 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

43 Dies ergibt sich aus Art. 1 I RL 2007/46/EG und aus der Nachfolgeregelung in Art. 1 I VO (EU) 2018/858.

44 Dazu schon Schröder NZV 2022, 408 (411).

45 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 67 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 79 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 78 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua; C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 92 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

46 Vgl. insbes. Erwgr. 15 Verordnung, wo „die Einführung des ‚not-to-exceed‘-Regulierungskonzepts (der Hersteller muss gewährleisten, dass sein Fahrzeug in allen Betriebszuständen die Grenzwerte nicht überschreitet)“ lediglich als de lege ferenda zu erwägende Option dargestellt wird.

47 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 67 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 79 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 78 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

48 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 68 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 80 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 79 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

49 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 67 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 79 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 78 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

50 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 69 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 81 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 80 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

51 Dazu schon Schröder NZV 2022, 408 (412).

52 Vgl. dazu etwa das Hdb. d. Rechtsförmlichkeit, abrufbar unter http://hdr.bmj.de/page_b.4.html, Rn. 256.

53 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 67 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 79 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 78 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua; C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 92 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

54 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 67 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 79 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 78 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua; C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 92 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

55 Insbes. enthält EuGH ECLI:EU:C:2023:229 = NVwZ 2023, 819 – Mercedes-Benz keine weiteren Präzisierungen, sondern spielt den Ball zur Substanzion an das vorlegende Gericht zurück.

Thermofenster aus dem Jahr 2015 oder noch früher als „kaum erfüllbar“ erweisen,⁵⁶ ist angesichts der Tatsache, dass die technische Literatur Thermofenster noch im Jahr 2020 als Stand der Technik bezeichnet,⁵⁷ jedenfalls nicht anzunehmen. Auch das KBA geht davon aus, in der Vergangenheit Typgenehmigungen im Einklang mit den Anforderungen des EuGH erteilt zu haben.⁵⁸

c) Ungeschriebene Rückausnahme der nicht überwiegenden Anwendung

In den Urteilen vom 14.7.2022 hat der EuGH eine neue ungeschriebene Rückausnahme eingeführt, nämlich dass die Ausnahme des Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 auch in quantitativer Hinsicht nur „ausnahmsweise“, dh nicht „während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen“ zur Anwendung kommen dürfe.⁵⁹ Damit wurde Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 im Wege der Rechtsfortbildung um ein ungeschriebenes negatives Tatbestandsmerkmal ergänzt: Auch wenn alle zulässigkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, ist eine Abschaltvorrichtung immer noch unzulässig, wenn sie zu oft zum Einsatz kommt.⁶⁰ Dieses auch quantitative Verständnis des der VO (EG) 715/2007 zugrundeliegenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist bei starker Betonung des Ziels der Begrenzung der NOx-Emissionen, wie sie der EuGH in den Urteilen durchweg vornimmt, durchaus konsequent,⁶¹ seine Handhabung aber durchaus komplex, wie sich am (derzeitigen) Hauptbeispiel von Abschaltvorrichtungen, den sog. Thermofenstern,⁶² illustrieren lässt:

Thermofenster müssen, um gem. Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 gerechtfertigt zu sein,⁶³ nun nicht mehr nur aus Gründen des Motorschutzes und der Betriebssicherheit notwendig sein, sondern die ihnen immanente Abschaltvorrichtung darf auch nicht „während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen“ zur Anwendung kommen. Was bedeutet das? Der nicht überwiegende Teil des Jahres sind selbst in Schaltjahren 183 Tage; die Monate Mai bis Oktober umfassen beispielsweise stets 184 Tage, die Monate April bis Oktober 214 Tage, das ist dann schon ein deutlich überwiegender Teil des Jahres. Da bei Thermofenstern die Abschaltvorrichtung temperaturabhängig arbeitet, muss ermittelt werden, ob die Temperaturen an mindestens 183 Tagen so hoch sind, dass die Abschaltvorrichtung nicht zum Einsatz kommt. Hier beginnen aber die Schwierigkeiten: Kommt es auf die Tagesdurchschnittstemperatur an, oder „verdirbt“ beispielsweise eine niedrige Temperatur in einer Sommernacht einen Tag als „abschaltungseinrichtungsfrei“, obwohl zu dieser Zeit praktisch niemand fährt? Müssen nicht eher die Zeiten, zu denen Kraftfahrzeuge typischerweise bewegt werden als Maßstab genommen („tatsächliche Fahrbedingungen“) oder jedenfalls entsprechend höher gewichtet werden als Zeiten geringerer Fahrzeugnutzung? Ähnlich lässt sich auch geographisch fragen, ob das Abstellen auf die „im Unionsgebiet“ herrschenden Bedingungen“ bedeutet, dass die Zahl an abschaltungseinrichtungsfreien Tagen überall, womöglich auch an den kältesten Punkten der Union, verwirklicht sein muss, oder im adäquat gewichteten Unionsdurchschnitt.

Die Rechtsprechung des EuGH lässt alle diese Fragen offen. Das VG Schleswig lässt sie im Ergebnis ebenfalls offen,⁶⁴ tendiert aber zu einer lokalen Betrachtung.⁶⁵ Das überzeugt indes nicht. Da es sich bei der Rückausnahme um eine (negative) Anforderung handelt, deren Erfüllung im Typge-

nehmungsverfahren zu prüfen ist, welches zu einer unionsweiten Verkehrsfähigkeit des Fahrzeugs führen soll, spricht vieles für eine durchschnittsorientierte Betrachtung. Dagegen mag man zwar anführen, dass die Ziele der VO (EG) 715/2007, Verbesserung der Luftqualität und Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte (vgl. Erwgr. 6), an jedem Ort der Union gleichermaßen erreicht werden sollen. Eine solche Sichtweise würde aber nicht nur formal dem Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmen, dem der EuGH hinsichtlich der VO (EG) 715/2007 große Bedeutung beimisst⁶⁶ und der auch (und erst recht) für ungeschriebene Rückausnahmen gelten muss, widersprechen, sondern stünde auch materiell im Widerspruch zum Wesen des Typgenehmigungsverfahrens. Dieses differenziert nicht nach verschiedenen Verwendungsorten oder -modalitäten eines Fahrzeugs und bildet diese im Zulassungsverfahren ab, sondern es stellt – nicht nur bezogen auf die Umgebungstemperatur – durchschnittliche Anforderungen auf. Dass die praktische Nutzung von Fahrzeugen in Abhängigkeit von den Umgebungsbedingungen unterschiedliche Umweltauswirkungen hat, wird dabei bewusst hingenommen. So handelte es sich beim NEFZ um eine Durchschnittsbetrachtung typischer Fahrprofile und Umgebungsbedingungen, unter denen Fahrzeuge im Straßenverkehr betrieben werden. Selbst die neuen RDE-Tests im Straßenverkehr müssen nicht unter Extrembedingungen durchgeführt werden, sondern unter Bedingungen innerhalb eines großzügig bemessenen Korridors.⁶⁷ Es wäre auch – sowohl für den Hersteller als auch für die Genehmigungsbehörde – praktisch und rechtlich kaum durchführbar, schon im Stadium des Zulassungsverfahrens eines Fahrzeugs alle irgendwie vorstellbaren Extrembedingungen (es geht potenziell nicht nur um die Temperatur) im Unionsgebiet in den Blick zu nehmen und dort im Realbetrieb zu prüfen, wie sich das Emissionskontrollsystem verhält. Geboten ist daher eine Durchschnittsbetrachtung: Es kann keine Rolle spielen, wie oft unter ungünstigsten Bedingungen eine Abschaltvorrichtung zum Einsatz kommt, sondern es geht darum, dass sie unter den im Unionsgebiet herrschenden Durchschnittsbedingungen während des überwiegenden Teils eines Jahres nicht gebraucht wird.

Bezogen auf die für die Thermofenster relevante Umgebungstemperatur hat die Kommission im Vorfeld der Einführung von Emissionsprüfverfahren bereits ermitteln lassen, bei welcher Umgebungstemperatur Fahrzeuge im Unions-

56 So aber Schlacke NVwZ 2023, 37 (40).

57 Beidl/Koch/Rottengruber, Wissenschaftliche Analyse zum Einsatz temperaturabhängiger Emissionsregelungen von Dieselmotoren, 2020, S. 26, abrufbar unter <http://doi.org/10.13140/RG.2.2.32638.61764>.

58 https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/abgasthematik_node.html. AA jetzt VG Schleswig NVwZ 2023, 851.

59 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 65 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 77 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 76 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua; im Schrifttum haben insbes. Klinger Anm. zu LG Düsseldorf ZUR 2019, 700; ebenso der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags (o. Fn. 13), S. 14 f. Rückausnahmen gefordert; dagegen insbes. Schröder NVwZ-Extra 20/2020, 4 (6).

60 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 70 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 82 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 81 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

61 So schon Schröder NZV 2022, 408 (411).

62 Zu den Details der Funktionsweise und den Gründen der Verwendung vgl. etwa Schröder NZV 2022, 408.

63 Zu weiteren Möglichkeiten s. noch unten 3.

64 VG Schleswig NVwZ 2023, 851 = BeckRS 2023, 2863 Rn. 349 f.

65 VG Schleswig NVwZ 2023, 851 = BeckRS 2023, 2863 Rn. 359.

66 Siehe oben IV.

67 Vgl. Nr. 6. Anhang IIIA VO (EU) Nr. 1151/2017.

gebiet tatsächlich durchschnittlich zum Einsatz kommen.⁶⁸ Die zugrundeliegende Studie des *Institute for Energy and Transport*⁶⁹ ermittelt als Jahresdurchschnittstemperatur für im Verkehr befindliche, dh nicht parkende Fahrzeuge für die gesamte EU +12 °C.⁷⁰ Aus den Monatsdaten lässt sich als Median eine Temperatur von +12,5 °C errechnen, dh, es gibt gleich viele Monate mit einer Umgebungstemperatur über und unter +12,5 °C. Orientiert man sich hieran, wäre eine temperaturabhängig arbeitende Abgasrückführung, die schon unter +12,5 °C vollständig arbeitet, keine Abschaltvorrichtung, die „während des überwiegenden Teils eines Jahres“ aktiv wäre; sie wäre also (vorausgesetzt, dass sie aus Gründen des Schutzes des Motors und der Betriebssicherheit erforderlich ist) nicht nach den Maßstäben der Rückausnahme unzulässig.

d) Fazit zur Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen aus Gründen des Motorschutzes und der Betriebssicherheit

Bei der Auslegung von Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 akzeptiert der EuGH, dass der Schutz des Motors indirekt über den Schutz des AGR-Systems bezweckt wird.⁷¹ Verboten sind weiterhin Abschaltvorrichtungen, die vor Schäden schützen, die sich durch regelmäßige Wartung vermeiden lassen. Gefestigte Rechtsprechung ist nun auch, dass das letzte Kriterium des Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007, „um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten“, kumulativ zum Schutz des Motors erfüllt sein muss. Dies führt dazu, dass nicht jeder mögliche Bagatellschaden am Motor den Einsatz einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen kann, sondern nur „Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen.“⁷² Umgekehrt bedeutet dies aber nicht, dass eine Abschaltvorrichtung nur dem Schutz vor unmittelbaren Schäden des Motors dienen muss. Vielmehr können „Folgeschäden“ am Motor, die sich zB aus einer primären Beschädigung des AGR-Systems ergeben, den Einsatz einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen. Die Notwendigkeit des Motorschutzes ist allein nach den technischen Möglichkeiten zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung zu beurteilen; es dürfte zu diesem Zeitpunkt keine (am Markt verfügbaren und erprobten) Alternativen gegeben haben, mit denen die Risiken, vor denen die Abschaltung schützen soll, hätten vermieden werden können.⁷³

Der EuGH verlangt seit den Urteilen im vergangenen Jahr nun zudem, dass die Ausnahme des Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007 nicht „während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen“ zur Anwendung kommt.⁷⁴ Bezogen auf die temperaturabhängige Reduzierung der Abgasrückführung – das sog. Thermofenster –, das Gegenstand der Entscheidungen im Jahr 2022 war, bedeutet dies, dass ermittelt werden muss, ob die Temperaturen an mindestens 183 Tagen im Jahr so hoch sind, dass es nicht zu einer Reduzierung der Abgasrückführung kommt. Zeitlich und geografisch spricht vieles für eine durchschnittsorientierte Betrachtung des Unionsgebiets; insofern kann auf eine bereits vorhandene Studie im Auftrag der Europäischen Kommission⁷⁵ zurückgegriffen werden, die als Median eine Temperatur von +12,5 °C erkennen lässt.

2. Abschaltvorrichtung beim Anlassen des Motors

Der zweite mögliche Rechtfertigungsgrund für die Verwendung von Abschaltvorrichtungen ist gem. Art. 5 II 2

Buchst. b VO (EG) 715/2007 das Anlassen des Motors. Der Unionsgesetzgeber erkennt hier an, dass das Anlassen des Motors ein in technischer Hinsicht spezieller Vorgang ist, bei dem noch kein (vollständig) aktiviertes Emissionskontrollsystem gefordert ist. Vor diesem Hintergrund korrigiert Art. 5 II 2 Buchst. b VO (EG) 715/2007, wie auch Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007, der auf die technischen Probleme des aktivierten Emissionskontrollsystems für den Motor abstellt, die unverhältnismäßig weite Formulierung des Verbots von Abschaltvorrichtungen, wobei die Unverhältnismäßigkeit in beiden Fällen aus den Grenzen des vernünftigerweise technisch Machbaren resultiert.

Anders als in Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/2007, wo die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung final an die Intention der Verwendung geknüpft ist, weil der Gesetzgeber zwar die Gründe für die technische Unvereinbarkeit kennt, aber konkrete Szenarien, in denen sie relevant werden, nicht zu benennen vermag, wird bei Art. 5 II 2 Buchst. b VO (EG) 715/2007 ein bestimmtes Szenario („Anlassen des Motors“) benannt, um dessen technische Unvereinbarkeit mit einer voll wirksamen Emissionskontrolle der Gesetzgeber weiß, und die Zulässigkeit daher in zeitlicher Hinsicht („nicht länger ... als erforderlich“) begrenzt.⁷⁶

3. Im Wesentlichen enthaltene Bedingungen

Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 erlaubt als dritte Ausnahme die Verwendung einer Abschaltvorrichtung, wenn „die Bedingungen in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen enthalten sind“. Die schwer verständliche Formulierung ist bisher nicht durch den EuGH ausgelegt worden. Deutsche Gerichte sehen darin unter Berücksichtigung einer früheren Entwurfsfassung der Kommission⁷⁷ und des Wortlauts der Nachfolgeregelung⁷⁸ teilweise die Normierung einer sog. Grenzwertkausalität, die Abschaltvorrichtungen aus dem Verbot ausnimmt, welche zwar den weiten Tatbestand des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 erfüllen,⁷⁹ aber nicht zu einer Überschreitung der Grenzwert-

68 Technical Guidelines for the applications for the approval of innovative technologies pursuant to Regulation (EC) No 443/2009 and Regulation (EU) No 510/2011, July 2018 Revision (V2), S. 42.

69 Malfettani/Lod/Huld/Bonnel, *Transportation Research Procedia* 14 (2016) 4113, abrufbar unter <https://doi.org/10.1016/j.trpro.2016.5382>.

70 Malfettani/Lod/Huld/Bonnel, *Transportation Research Procedia* 14 (2016) 4113 (4120), abrufbar unter <https://doi.org/10.1016/j.trpro.2016.5382>.

71 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 62 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest.

72 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 62 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest.

73 EuGH C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 94 = NVwZ 2023, 47 – DUH.

74 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 65 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest.

75 Malfettani/Lod/Huld/Bonnel, *Transportation Research Procedia* 14 (2016) 4113, abrufbar unter <https://doi.org/10.1016/j.trpro.2016.5382>.

76 Dazu die Stellungn. des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags (o. Fn. 13), S. 17.

77 Kommissionsentwurf vom 21.12.2005, KOM(2005) 683 endg., 18: „wenn die Bedingungen, unter denen die Einrichtung arbeitet, in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen berücksichtigt sind“.

78 Art. 19 VO 168/2013: „wenn die Betriebsbedingungen in einem wesentlichen Umfang in die Prüfverfahren einbezogen wurden, mittels derer festgestellt wird, ob das Fahrzeug den Anforderungen dieser Verordnung und den gemäß dieser Verordnung erlassenen delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten entspricht“.

79 Zur fehlenden Tatbestandsmäßigkeit von nicht grenzwertrelevanten Emissionsstrategien: OLG Brandenburg 5.4.2023 – 4 U 185/21, BeckRS 2023, 7905 Rn. 29 f.

te führen.⁸⁰ Unter Berücksichtigung von Wortlaut, Regelungssystematik und -technik der VO (EG) 715/2007 überzeugt diese Sichtweise. Sie steht insbesondere auch nicht im Widerspruch zur Ablehnung des Begriffs der Grenzwertkausalität durch den BGH,⁸¹ die sich allein auf die Definition des Begriffs der Abschalteinrichtung in Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 bezieht, die Rechtfertigung einer solchen Abschalteinrichtung gem. Art. 5 II 2 VO (EG) 715/2007 aber zulässt.⁸²

Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 knüpft an die in Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 genannten, die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems auslösenden „Bedingungen“, beispielsweise Temperatur, Untergrund, Drehzahl etc. an. Sie können nicht nur im normalen Fahrzeugbetrieb, sondern auch in der Typgenehmigungsprüfung die Wirkung des Emissionskontrollsystems reduzieren. Zur Aktivierung der Abschalteinrichtung kommt es dabei allerdings nicht, wie der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags⁸³ und ihm folgend der BGH⁸⁴ und einige Obergerichte⁸⁵ zumindest unscharf formulieren, weil „dies durch die Prüfverfahren zur Emissionsmessung vorgegeben wird“, denn die Prüfverfahren zwingen (rechtlich) nie zur Verwendung von Abschalteinrichtungen. Vielmehr ist es eine (technisch begründete) Konstruktionsentscheidung der Hersteller, unter bestimmten Bedingungen eine Abschalteinrichtung zu verwenden, womöglich sogar, um zumindest zeitweise ein günstigeres Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen (s. oben III.). Nach dem Wortlaut des Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 kommt es aber auf den Zweck nicht einmal an: Solange das Fahrzeug auch mit aktivierter Abschalteinrichtung, also reduziert arbeitendem Emissionskontrollsystem und damit schlechterem Emissionsverhalten, die für das Prüfverfahren bestehenden Emissionsgrenzwerte einhält, sind die Bedingungen für ihren Einsatz in den Prüfbedingungen enthalten, die Verwendung der Abschalteinrichtung ist in diesem Fall also gerechtfertigt.⁸⁶

Die Fokussierung des Wortlauts des Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 auf die „Bedingungen“, unter denen die Abschalteinrichtung aktiviert wird, mag auf den ersten Blick suggerieren, dass nur Abschalteinrichtungen erfasst werden, deren Einsatzbedingungen – mehr oder weniger zufällig – Bestandteil des NEFZ (bzw. später WLTP) sind. Diese Sichtweise überzeugt aber weder systematisch noch teleologisch: Das Verbot der Abschalteinrichtungen ist kein Selbstzweck, sondern dient dazu, den repräsentativen Charakter der Typprüfung für das Emissionsverhalten des Fahrzeugs sicherzustellen. Keine Rolle spielt dagegen das Emissionsverhalten eines Fahrzeugs im Realbetrieb. Die Verordnung zielt zwar generell darauf ab, im Realbetrieb ein günstiges Emissionsverhalten zu erreichen, beschreibt dieses aber an keiner Stelle in Form von dort zu erfüllenden Grenzwerten.⁸⁷ Erst mit den RDE-Tests wurden Tests im Realbetrieb mit eigenen Grenzwerten eingefügt, außerhalb dieser Tests gelten bis heute keine Grenzwerte. Anknüpfungspunkt für die Grenzwerte und ihre Einhaltung war in der ursprünglichen Version der VO (EG) 715/2007 vielmehr allein das Typgenehmigungsverfahren, in dessen Rahmen bestimmte Prüfungen durchgeführt werden, ua die in Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 genannten „Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen“, dem NEFZ. Nur auf dieses Verfahren beziehen sich die Grenzwerte, und nur hierauf bezogen kann überhaupt von einem „Einhalten“ von Grenzwerten die Rede sein. Diese zentrale Bedeutung der Grenzwerte kommt auch in den Urteilen des EuGH zu Art. 5 II 2 Buchst. a VO (EG) 715/

2007 zum Ausdruck, wo er darauf hinweist, dass die Grenzwerte einzuhalten sind und der Unionsgesetzgeber die Interessen der Fahrzeughersteller und die Kosten, die den Herstellern aufgrund der Einhaltung dieser Werte entstehen, berücksichtigt hat.⁸⁸ Da also Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 lediglich den Umstand korrigiert, dass weder die Definition der Abschalteinrichtung in Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 noch ihr Verbot in Art. 5 II 1 VO (EG) 715/2007 einen ausdrücklichen Zusammenhang zur Einhaltung der Emissionsgrenzwerte herstellen, sondern (zumindest dem Wortlaut nach⁸⁹) in für sich betrachtet unverhältnismäßiger, weil die mögliche Grenzwerteinhaltung ignorierender Weise allein auf die verwendete Technik abstellen, muss bei dieser regelungstechnischen Korrektur des „zu weit geratenen“ Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 dieser Zusammenhang hergestellt werden, indem die Auswirkungen der Abschalteinrichtung auf das Emissionsverhalten geprüft werden. Es kommt daher für Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 nur darauf an, ob auch bei aktivierter Abschalteinrichtung, also reduziert arbeitendem Emissionskontrollsystem und damit schlechterem Emissionsverhalten, die Grenzwerte im NEFZ bzw. WLTP eingehalten werden. Ist dies der Fall, ist die Abschalteinrichtung zulässig. Dagegen kann nicht eingewandt werden, es sei zu jedem Zeitpunkt die emissionsärmste Technologie einzusetzen (s. schon oben IV. 1. b). Auch die EU-Kommission geht in ihrer neuen Leitlinie zu Abschalteinrichtungen davon aus, dass „das Verbot einer Abschalteinrichtung nicht innerhalb der Grenzen, die im Prüfverfahren für Emissionen vorgesehen sind“, gilt.⁹⁰ Sie bestätigt damit, dass eine Abschalteinrichtung zulässig ist, wenn mit und ohne Abschalteinrichtung im Prüfverfahren für Emissionen die Grenzwerte eingehalten werden.

Fraglich ist, wie die Formulierung zu verstehen ist, dass die Bedingungen, unter denen die Abschalteinrichtung aktiv wird, „im Wesentlichen“, also nicht vollumfänglich in den Prüfungsverfahren enthalten sein müssen. Klar ist, dass die Grenzwerte keine Bedingung in diesem Sinne darstellen;⁹¹ sie müssen nicht nur im Wesentlichen, sondern vollumfänglich eingehalten werden. Man könnte „im Wesentlichen“ in zeitlicher Hinsicht verstehen, dass also die Abschalteinrichtung einen wesentlichen Teil des Tests aktiv gewesen sein

80 OLG Braunschweig 14.11.2022 – 10 U 4/22, BeckRS 2022, 40896; OLG Karlsruhe 26.4.2022 – 8 U 235/21, BeckRS 2022, 10880; OLG Oldenburg 1.7.2021 – 14 U 91/21, BeckRS 2021, 23201; aA trotz grds. Anerkennung der Auslegung OLG Köln 10.3.2022 – 24 U 112/21, BeckRS 2022, 5661 Rn. 24 f.; OLG Naumburg DAR 2021, 454 (457) = BeckRS 2021, 8880; OLG Dresden 29.7.2021 – 9 a U 2888/19, BeckRS 2021, 21577 Rn. 37.

81 BGH NJW 2023, 2259 Rn. 51.

82 BGH NJW 2023, 2259 Rn. 54.

83 Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags (o. Fn. 13), S. 18.

84 BGH NJW 2019, 1133 Rn. 15.

85 OLG Köln 10.3.2022 – 24 U 112/21, BeckRS 2022, 5661 Rn. 24 f.; OLG Naumburg DAR 2021, 454 (457) = BeckRS 2021, 8880; OLG Dresden 29.7.2021 – 9 a U 2888/19, BeckRS 2021, 21577 Rn. 37.

86 So zutr. OLG Braunschweig 14.11.2022 – 10 U 4/22, BeckRS 2022, 40896 Rn. 103 f.; OLG Hamm 24.6.2022 – 30 U 90/21, BeckRS 2022, 18539 Rn. 30 f.

87 S. oben IV 1 b.

88 EuGH C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570 Rn. 67 = NJW 2022, 2605 – GSMB Invest; C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571 Rn. 79 = EuZW 2022, 1073 – Volkswagen; 14.7.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 78 = BeckRS 2022, 16620 – Porsche Inter Auto ua.

89 Zur Möglichkeit einer teleologischen Reduktion s. bereits oben III.

90 Leitlinie 2023/C 68/01 v. 24.2.2023, Nr. 3.1. (S. 4).

91 So erwogen bei OLG Köln 10.3.2022 – 24 U 112/21, BeckRS 2022, 5661 Rn. 25; ebenso schon der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags (o. Fn. 13), S. 18, unter Berufung auf die Entwurfsfassung der Verordnung, KOM(2005) 683 endg., 18 sowie auf Art. 2.16.3. der UN/ECE-Regelung Nr. 83, die die völkerrechtliche „Vorlage“ der VO (EG) 715/2007 bildet.

muss. Das überzeugt aber nicht für jeden Fall – manche Abschaltvorrichtung mag per se nur durch einen Teil der Testbedingungen ausgelöst werden, und es wäre fernliegend, ihren Dauereinsatz zu fordern. Überzeugender scheint es davon auszugehen, dass nicht jede Aktivierung der Abschaltvorrichtung im Typgenehmigungsverfahren geprüft und für grenzwertirrelevant befunden worden sein muss. „Ungeprüfte“, aber im Testzyklus nicht enthaltene Abschaltvorrichtungen sind vielmehr auch zulässig, wenn sich aus dem geprüften Emissionsverhalten des Fahrzeugs die Schlussfolgerung ziehen lässt, dass die Aktivierung der ungeprüften Abschaltvorrichtung ebenfalls nicht zu einer Überschreitung der Grenzwerte führen würde.

Für Abschaltvorrichtungen, die vor der Verpflichtung zur Offenlegung der Emissionsstrategien verwendet wurden, gilt derselbe Zulässigkeitsmaßstab. Allein der Umstand, dass sie – im Einklang mit der damals geltenden Rechtslage – nicht offengelegt wurden, führt, selbst wenn ihre Rechtskonformität nicht im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens geprüft wurde, nicht zu ihrer Unzulässigkeit nach Maßgabe des Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007. Vielmehr kommt es auch in diesem Fall darauf an, ob sie materiell den Vorgaben entsprechen, also die Typprüfung auch bei ihrer Aktivierung hätte bestanden werden können. Die gegenteilige Auffassung verkennt den Unterschied zwischen der materiellen Anforderung (Einhaltung der Grenzwerte der Verordnung) und dem Prüfungsumfang der Genehmigungsbehörde bzw. dem Regelungsgehalt der Typgenehmigung.

V. Relevanz des Vorliegens einer Abschaltvorrichtung und Beurteilungskompetenz

Die Anwendung des Art. 5 II VO (EG) 715/2007 zur Beurteilung, ob eine Abschaltvorrichtung zulässig ist oder nicht, erfolgt primär durch die Typgenehmigungsbehörden, in Deutschland also das KBA,⁹² sowie durch die Verwaltungsgerichte, die deren Handeln überwachen. Nur sekundär, und durch den Grundsatz der Tatbestandswirkung begrenzt, erfolgt eine Überprüfung durch die Zivilgerichte.

1. Rechtmäßigkeit der Typgenehmigung

Die Frage, ob eine Abschaltvorrichtung gem. Art. 5 II VO (EG) 715/2007 zulässig ist oder nicht, stellt sich primär (auch im zeitlichen Sinne) im Kontext der Erteilung einer Typgenehmigung: Zu den Voraussetzungen für die Erteilung der Typgenehmigung gehört die Einhaltung der Emissionsvorschriften, die sich aus der VO (EG) 715/2007 und den Durchführungsvorschriften ergeben.⁹³ Gleichmaßen relevant kann die Frage bei der Anwendung des § 25 EG-FGV werden: § 25 II EG-FGV stellt auf die Vorschriftsmäßigkeit von Fahrzeugen ab, an der es bei Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung fehlt (und zwar unabhängig davon, ob man sie als genehmigt ansieht⁹⁴ oder in Altfällen, dh solchen, in denen noch keine Pflicht zur Offenlegung der Emissionsstrategie bestand, davon ausgeht, dass die Frage der Abschaltvorrichtung gar nicht Gegenstand der Typgenehmigung war⁹⁵). Weiter verlangt § 25 III EG-FGV als Voraussetzung für die Rücknahme einer Typgenehmigung die Feststellung, dass diese rechtswidrig erteilt wurde, was bei Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung jedenfalls seit der Pflicht zur Offenlegung der Emissionsstrategie aufgrund der VO (EU) 2016/646 der Fall ist.⁹⁶ Schließlich kann die Frage der Legalität einer Abschaltvorrichtung bei sog. Freigabebestätigungen eine Rolle spielen, mit denen einem Hersteller bestätigt wird, dass das Emissionsverhalten seiner Fahrzeuge unbedenklich ist, zB nach einem Rückruf. In all diesen

Fällen liegt die Kompetenz zur Beurteilung der Frage, ob eine Abschaltvorrichtung zulässig ist oder nicht, beim KBA.

Wenn eine Entscheidung des KBA angefochten wird, verlagert sich die Prüfungskompetenz auf die Verwaltungsgerichte, welche die Rechtmäßigkeit des Handelns des KBA überprüfen und klären müssen, ob eine Abschaltvorrichtung unzulässig ist. Eine Anfechtung kam aufgrund der grundsätzlichen Orientierung des deutschen Verwaltungsprozessrechts am Prinzip des Individualrechtsschutzes (vgl. § 42 II VwGO) früher nur durch den Hersteller, mithin bei belastenden Anordnungen des KBA infrage. Dies hat sich durch die Entscheidung des EuGH vom 8.11.2022⁹⁷ partiell geändert: Danach ist ausnahmsweise auch eine Anfechtung von Typgenehmigungen durch Umweltvereinigungen zulässig. Diese methodisch fragwürdige Erweiterung der infrage kommenden Klagegegenstände⁹⁸ über die in § 1 UmwRG genannten hinaus ändert aber nichts daran, dass nur Verstöße gegen unmittelbar umweltbezogene Rechtsvorschriften zum Erfolg der Klage führen können (vgl. § 2 IV Nr. 2 UmwRG).⁹⁹ Zu diesen zählt etwa Art. 5 II VO (EG) 715/2007, nicht hingegen das gesamte Typgenehmigungsrecht, das neben Umweltinteressen auch anderen Interessen dient (insbesondere der Verkehrssicherheit).¹⁰⁰ Die neue Rechtsprechung des EuGH öffnet also nicht das Tor zu einem umfassenden Gesetzesvollziehungsanspruch für Umweltvereinigungen.

2. Tatbestandswirkung von Entscheidungen des KBA?

Bedeutung gewonnen hat die Frage der Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen allerdings auch im Kraftfahrzeug-Zulassungsrecht (für die Frage der Betriebsuntersagung gem. § 5 FZV) und im Zivilrecht (für kauf- und deliktsrechtliche Ansprüche der Käufer von Fahrzeugen mit möglicherweise unzulässigen Abschaltvorrichtungen). Das wirft die Frage auf, ob zeitlich frühere, im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens ergangene oder auf die Typgenehmigung bezogene Entscheidungen des KBA in der Weise eine Bindungswirkung entfalten, dass andere Behörden und Gerichte an die Beurteilung der Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung durch das KBA gebunden sind.

Bei den Wirkungen, die bestandskräftige Verwaltungsakte gegenüber anderen als den am Verwaltungsverfahren Beteiligten entfalten, ist zwischen der Tatbestandswirkung und der Feststellungswirkung zu unterscheiden. Aufgrund der Tatbestandswirkung, die in Art. 20 III GG und § 43 I VwVfG wurzelt, haben Gerichte und Behörden die durch einen Verwaltungsakt getroffene Regelung grundsätzlich ohne eigenständige Überprüfung als verbindlich zu beach-

92 § 2 des Gesetzes über die Errichtung eines Kraftfahrt-Bundesamtes, BGBl. 1951 I 488.

93 Dies ergibt sich aus Art. 9 I Buchst. a iVm Anhang IV Nr. 2a RL 2007/46/EG.

94 Dafür Schröder DVBl 2017, 1193 (1200 f.).

95 Dafür Weidemann NVwZ 2020, 9 (14).

96 Allerdings wird sich eine Aufhebung wegen eines behebbaaren Verstoßes in der Regel als unverhältnismäßig erweisen; insofern haben § 25 I und II EG-FGV Vorrang vor § 25 III EG-FGV.

97 EuGH C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 46 ff. = NVwZ 2023, 47 – DUH.

98 Vgl. zur Kritik am Begründungsweg des EuGH Ruffert DVBl 2019, 1033.

99 Auch der EuGH leitet die Klagebefugnis letztlich aus der Aarhus-Konvention ab, die sich nur auf umweltbezogene Belange (vgl. Art. 1 „in environmental matters“) bezieht.

100 So richtet sich das Typgenehmigungsverfahren nach einer Vielzahl von Einzelvorschriften, die bis auf die Emissionstypgenehmigung rein technischer und nicht umweltbezogener Natur sind, vgl. Anhang II VO (EU) 2018/858.

ten.¹⁰¹ Im Gegensatz zur Feststellungswirkung, die es nur bei besonderer gesetzlicher Anordnung gibt, betrifft die Tatbestandswirkung nur die eigentliche Regelung eines Verwaltungsakts, nicht dagegen die tatsächlichen Feststellungen und die ihm zugrundeliegenden rechtlichen Erwägungen;¹⁰² diese stellen lediglich „Vorfragen“ oder Begründungselemente der getroffenen Entscheidung dar.¹⁰³ Da im Typgenehmigungsrecht gesetzlich keine Feststellungswirkung angeordnet ist, kann sich eine Bindung anderer Gerichte nur aus dem Institut der Tatbestandswirkung ergeben. Folglich ist für die verschiedenen Typen von Verwaltungsakten des KBA, die sich im weitesten Sinne mit dem Vorliegen einer Abschalt einrichtung befassen, eine Abgrenzung zwischen der „Regelung“ iSd § 35 S. 1 VwVfG, der die Tatbestandswirkung zukommt, und der Begründung iSd § 39 I VwVfG, mit welcher ein Verwaltungsakt zu versehen ist und welche die tatsächlichen Feststellungen und die der Entscheidung zugrundeliegenden rechtlichen Erwägungen enthält, zu differenzieren.

a) Anordnungen zur Entfernung von Abschalt einrichtungen

Wenig überzeugend erscheint die Annahme einer Tatbestandswirkung – entgegen der Rechtsprechung zumindest eines Obergerichts¹⁰⁴ – für Verwaltungsakte, durch die das KBA die Hersteller von Kraftfahrzeugen auffordert, unzulässige Abschalt einrichtungen zu entfernen. Bei einer solchen Anordnung nach § 25 I oder II EG-FGV ist die Bewertung des zu entfernenden „Konstruktionsteils“¹⁰⁵ situativ eine „Vorfrage“; der Regelungsgehalt der Anordnung besteht allein darin, dass das Konstruktionsteil, das für sich betrachtet „neutral“ ist,¹⁰⁶ zu entfernen ist, weil es im konkreten Fall eine Abschalt einrichtung darstellt. Daher hat der BGH in dieser Konstellation auch zu Recht eine eigenständige Prüfung vorgenommen, ob eine Abschalt einrichtung vorliegt oder nicht, ohne sich mit einer möglichen Tatbestandswirkung zu befassen.¹⁰⁷

b) Typgenehmigungen

Umgekehrt überzeugt die Auffassung des BGH, die Tatbestandswirkung der vom KBA getroffenen Beurteilung der Legalität einer Abschalt einrichtung in Typgenehmigungen¹⁰⁸ abzulehnen, jedenfalls nicht generell.

Für Typgenehmigungen ist zu berücksichtigen, dass zwar ihr primärer Regelungsgehalt darin besteht, den Hersteller zur Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung (CoC) zu berechtigen und ihn damit die Verkehrsfähigkeit des Fahrzeugs im Binnenmarkt herbeiführen zu lassen,¹⁰⁹ so dass man annehmen könnte, die „Genehmigungsfähigkeit“ des Typs sei nur eine „Vorfrage“. Das stünde allerdings weder im Einklang mit der Behandlung von anderen Genehmigungen, insbesondere, aber nicht nur¹¹⁰ von Baugenehmigungen¹¹¹ noch entspräche es dem System des Typgenehmigungsrechts, das gerade auf eine Transposition der Legalisierung des Typs durch die Übereinstimmungsbescheinigung auf das einzelne Fahrzeug angelegt ist.¹¹² Auch die Legaldefinition der Typgenehmigung in Art. 3 Nr. 3 RL 2007/46/EG („bescheinigt, dass ein Typ eines Fahrzeugs (...) den einschlägigen Verwaltungsvorschriften und technischen Anforderungen entspricht“) sowie der durch das Muster A Abschnitt II Anhang IV RL 2007/46/EG („Der Fahrzeugtyp erfüllt die technischen Anforderungen aller einschlägigen (...) Rechtsakte“) bringt dies klar zum Ausdruck. Aufgrund dieser umfassenden Genehmigungswirkung wird mit der Typgenehmigung die regulatorische Zulässigkeit zumindest der dem KBA bekannten¹¹³ Abschalt einrichtungen bestätigt.

Entsprechend hat auch eine Reihe von Obergerichten die Tatbestandswirkung von Typgenehmigungen anerkannt.¹¹⁴

3. Verbleibende Beurteilungskompetenz

a) ... der Zulassungsbehörden

Zulassungsbehörden sind an die Entscheidungen der europarechtlich zuständigen Typgenehmigungsbehörden gebunden.¹¹⁵ Die regulatorische Konformität von Fahrzeugen wird bei der Eratzulassung eines Fahrzeugs gem. § 6 III FZV allein durch die Vorlage der Übereinstimmungsbescheinigung nachgewiesen.¹¹⁶ Auch im Rahmen von Betriebsuntersagungen nach § 5 I FZV sind die Zulassungsbehörden an die rechtlichen Einschätzungen der zuständigen Typgenehmigungsbehörde gebunden. Eine eigenständige Überprüfungsmöglichkeit der Einhaltung umweltbezogener Vorschriften für Zulassungsbehörden besteht weder rechtlich noch faktisch. Daher lässt sich das Urteil des EuGH zur Klageberechtigung von Umweltvereinigungen gegen Typgenehmigungen (so) auch nicht auf Zulassungsentscheidungen für einzelne Fahrzeuge übertragen.

b) ... der Zivilgerichte

Für die Zivilgerichte bleibt primär zu prüfen, ob ein Verwaltungsakt des KBA mit Tatbestandswirkung vorliegt und nicht etwa aufgehoben oder modifiziert wurde. Ob eine Abschalt einrichtung zulässig oder unzulässig ist, spielt für sie erst dann eine Rolle, wenn es an einem solchen Verwaltungsakt mit Tatbestandswirkung fehlt. Nach hier vertretener Auffassung ist das seltener der Fall, als es der BGH annimmt, da nach den einschlägigen europäischen Verordnungen alle Fahrzeuge, die in Europa vertrieben werden (von zahlenmäßig vernachlässigbaren Ausnahmen abgesehen), über EG-Typgenehmigungen verfügen, von den die oben beschriebene umfassende Tatbestandswirkung ausgeht.

VI. Resümee und Ausblick

Der EuGH hat die Auslegung des Begriffs der Abschalt einrichtung in Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 mittlerweile weitgehend geklärt. Klar ist auch, dass deren Verbot in Art. 5 II 1 VO (EG) 715/2007 nur betriebsrelevante Abschalt einrichtungen betrifft, bzw. sogar nur solche, die auch „grenzwertrelevant“ sind (sog. Grenzwertkausalität).

Zur Reichweite der Ausnahmen des Art. 5 II 2 VO (EG) 715/2007 liegt der Fokus der Rechtsprechung weiterhin auf

101 BVerwG NVwZ 1987, 496 (497); BGH EnWZ 2015, 180.

102 BGH EnWZ 2015, 181; NVwZ-RR 2021, 640.

103 Vgl. zB BVerwG NVwZ-RR 2016, 471 Rn. 4.

104 LG Braunschweig 31.8.2017 – 3 O 21/17, BeckRS 2017, 122797; bestätigt durch OLG Braunschweig DAR 2019, 261 (262) = BeckRS 2019, 2737.

105 Zur Definition s. oben II.

106 S. oben II.

107 BGH NJW 2019, 1133 Rn. 13 ff.

108 BGH NJW 2023, 2259 Rn. 13.

109 Schröder DVBl 2017, 1193 (1195).

110 Vgl. sogar für eine aufsichtliche Genehmigung OLG Brandenburg WM 2009, 2034 (2035) = BeckRS 2009, 22143.

111 Hier ist die Legalisierungswirkung anerkannt, vgl. zuletzt BGHZ 232, 252 = NVwZ 2022, 898.

112 Schröder DVBl 2017, 1193 (1196, 1201). Dies übersieht BGH NJW 2023, 2259 Rn. 15.

113 BGH NJW 2023, 2259 Rn. 12 f. bezieht sich nur auf nicht offengelegte Abschalt einrichtungen.

114 OLG Nürnberg 27.7.2020 – 5 U 4765/19, BeckRS 2020, 17693 Rn. 16; OLG Oldenburg 15.1.2021 – 6 U 312/19, BeckRS 2021, 45197 Rn. 28; OLG Frankfurt a. M. 25.1.2021 – 19 U 166/20, BA S. 5 f.; OLG Celle NJW-RR 2020, 345 Rn. 23.

115 Schröder DVBl 2017, 1193; Röhl NZV 2020, 183.

116 Schröder DVBl 2017, 1193 (1199).

dessen Buchst. a. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH akzeptiert, dass der Schutz des Motors indirekt über den Schutz des AGR-Systems bezweckt wird; „Folgeschäden“ am Motor können also den Einsatz einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen. Neu hinzugekommen ist in der Rechtsprechung die Rückausnahme, dass eine Abschaltvorrichtung trotzdem unzulässig ist, wenn sie „während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen“ zur Anwendung kommt; ihre genaue Auslegung ist freilich noch ungeklärt. Zeitlich und geografisch spricht vieles für eine durchschnittsorientierte Betrachtung des Unionsgebiets; insofern kann auf eine bereits vorhandene Studie im Auftrag der Europäischen Kommission zurückgegriffen werden, die als Median eine Temperatur von +12,5 °C erkennen lässt.

Indirekt lässt sich der Rechtsprechung des EuGH auch entnehmen, in welchen Fällen Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007 zur Anwendung kommen kann. Da der Gerichts-

hof die Grenzwertrelevanz als entscheidendes Kriterium für das Vorliegen bzw. die Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen betont, ist diese, wenn man sie nicht schon tatbestandlich berücksichtigt, jedenfalls im Rahmen dieses Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen; das entspricht auch der Systematik und der Historie des Art. 5 II 2 Buchst. c VO (EG) 715/2007.

Was die deutsche Rechtsprechung aus diesen Vorgaben macht, ist bislang wenig überzeugend. Entgegen der Auffassung des BGH spricht alles dafür, dass Typgenehmigungen jedenfalls dann, wenn das KBA die Legalität einer offengelegten Abschaltvorrichtung geprüft hat, Tatbestandswirkung entfalten und damit Zivilgerichte und Zulassungsbehörden binden. Auch die Anwendung der Vorgaben des EuGH durch das VG Schleswig trifft auf zahlreiche Bedenken. Hier ist allerdings die Berufung zugelassen, so dass mit weiteren verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, insbesondere zur Zulässigkeit von sog. Thermofenster, zu rechnen ist. ■