

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Professor Dr. Jan Bruns*

Aktuelles zur Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung im Diesel-Skandal

I. Herstellerhaftung wegen abgasmanipulierter Diesel-Pkw auf Grundlage des § 826 BGB

Das Urteil des 5. Zivilsenats des OLG Koblenz¹ zur Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aufgrund einer unzulässigen Abgasrückführungsabschalteinrichtung kam deshalb überraschend, weil der 1. Zivilsenat desselben Gerichts zu einer maßgeblich auf kaufrechtliche Sachmangelgewährleistungsansprüche gestützten Klage gegen einen Kfz-Händler in seiner wenige Tage zuvor veröffentlichten Entscheidung Zweifel gesehen hatte, ob die tarbestandlichen Voraussetzungen von § 823 II BGB, § 263 StGB sowie von § 823 II BGB in Verbindung mit europarechtlichen Vorschriften und für aus § 826 BGB abgeleitete Ansprüche vorlägen.² Zu diesen Ausführungen gelangte der 1. Zivilsenat, nachdem er die vertraglichen Ansprüche aus Kaufrecht in Anwendung der zweijährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB als verjährt erkannte und der das Rechtsmittel führende Dieselkäufer sein auf Nachlieferung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs gerichtetes Interesse auf deliktische Anspruchsgrundlagen gestützt hatte.

Bei also anderem Anspruchsgegner, im Wesentlichen anderer Anspruchsgrundlage und anderem Anspruchsziel bejaht der 5. Zivilsenat des OLG Koblenz mit den Oberlandesgerichten Köln³ und Karlsruhe⁴ und den dort getroffenen Beschlusssentscheidungen die als von grundlegender Bedeutung angesehene Streitfrage nach der Schadensersatzpflicht von Herstellern abgasmanipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge gem. § 826 iVm § 31 BGB analog.⁵ Das Urteil des 5. Zivilsenats des OLG enthält indes ungeachtet anderslautender medialer Berichterstattung⁶ keine verjährungsrechtliche Neuerung. Es verhält sich vielmehr überhaupt nicht zur Verjährungsrechtslage.

Der Schadensersatzanspruch gem. § 826 BGB unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Die Frist beginnt nach § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch auf Schadensersatz entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

Nach der Rechtsprechung des BGH⁷ liegt die nach § 199 I Nr. 2 BGB erforderliche Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen im Allgemeinen vor, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist. Die Darlegungs- und Beweislast liegt dabei beim Beklagten, der sich auf die Verjährungseinrede beruft.⁸ Es ist nicht notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben. Er muss auch nicht bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risiko-

los führen zu können. Zudem kommt es grundsätzlich nicht auf eine richtige rechtliche Würdigung an. Es genügt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit im Grundsatz die Kenntnis der den Ersatzanspruch begründenden tatsächlichen Umstände. Der Geschädigte muss auch nicht die Rechtswidrigkeit des Geschehens, das Verschulden des Schädigers und den in Betracht kommenden Kausalverlauf richtig einschätzen.⁹

II. Vorteilsausgleichung bei der Nutzung des Fahrzeugs durch den Geschädigten

Neben der Frage nach der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach befassen sich die Koblenzer Richter¹⁰ zur Höhe des Schadensersatzes auch mit dem Problem der Vorteilsanrechnung im Hinblick auf die Nutzung des Fahrzeugs durch den Geschädigten. Die aktuelle Diskussion im Schrifttum und die hiernach ergangenen Urteile mehrerer Landgerichte¹¹ zu diesem Problem finden in den Entscheidungsgründen allerdings keine Erwähnung. Nach den Grundsätzen zur Vorteilsausgleichung¹² muss zwischen dem schädigenden Ereignis und dem erfahrenen Vorteil ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen¹³ und die Anrechnung des Vorteils muss dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen, ohne dass sie den Geschädigten unzumutbar belastet und den Schädiger unbillig begünstigt.¹⁴ Das OLG Koblenz hält es nicht für unbillig, dass der sittenwidrig handelnde Schädiger durch die Fahrzeugbenutzung entlastet wird und unterwirft die Klage im Umfang des so begründeten Vorteilsausgleichs der Abwei-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Düsseldorf/Erkrath und lehrt an der Hochschule für Oekonomie und Management (FOM) in Duisburg. – Besprechung von OLG Koblenz, Ur. v. 12.6.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237 (nrkr, unter Nr. 7 in diesem Heft) und OLG Koblenz, Ur. v. 6.6.2019 – 1 U 1552/18, NJW 2019, 2246 (unter Nr. 8 in diesem Heft).

1 OLG Koblenz, NJW 2019, 2237.

2 Vgl. OLG Koblenz, NJW 2019, 2246.

3 Vgl. OLG Köln, NZV 2019, 249.

4 Vgl. OLG Karlsruhe, ZIP 2019, 863 = BeckRS 2019, 3395.

5 AA OLG Braunschweig, DAR 2019, 261 = BeckRS 2019, 2737.

6 Vgl. Der Spiegel Nr. 25 vom 15.6.2019, 22.

7 Vgl. BGH, NJW-RR 2016, 1187.

8 Vgl. BGH, NJW-RR 2016, 1187.

9 Vgl. BGHZ 196, 253 = NJW 2013, 1801 Rn. 27 mwN; BGH, NJW 2014, 2348 Rn. 27.

10 Vgl. OLG Koblenz, NJW 2019, 2237 Rn. 82 ff.

11 Gegen eine schadensmindernde Anrechnung von aus der Fahrzeugbenutzung gezogenen Nutzungen LG Augsburg, Ur. v. 5.12.2018, BeckRS 2018, 33800; LG Halle, Ur. v. 5.3.2019 – 5 O 109/18, BeckRS 2019, 5080; LG Gera, Ur. v. 16.4.2019 – 3 O 566/18, BeckRS 2019, 9952; LG Duisburg, Ur. v. 16.3.2019 – 8 O 106/18, BeckRS 2019, 13072; Henne, VuR 2019, 123; Otto-Grübener, GWR 2019, 149; einschneidend LG Nürnberg-Fürth, Ur. v. 17.4.2019 – 9 O 8773/18, BeckRS 2019, 7977; Bruns, NJW 2019, 801.

12 Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Vorb. § 249 Rn. 68.

13 BGHZ 49, 56 = NJW 1968, 491; BGH, NJW 1990, 1360.

14 StRspr, vgl. BGH, NJW 2006, 499; NJW 2007, 3130; NJW 2008, 2773; NJW 2009, 1870; NJW 2010, 675; NJW 2013, 1958 (1961).

Die Urteilsgründe¹⁵ überzeugen insoweit allerdings nicht. In dem Kalkül des Fahrzeugherstellers, über die Dauer langwieriger Zivilrechtsstreitigkeiten werde durch die Weiterbenutzung des Fahrzeugs mit seiner manipulierten Steuerungssoftware der Schadensersatz schon aufgezehrt, sieht das *OLG Koblenz* nicht etwa die Grenzen zulässiger Rechtsausübung verletzt. Im zugrundeliegenden Fall hatte der Kläger eingewandt, der beklagte Fahrzeughersteller habe es in der Hand, den Rückwicklungsanspruch zu seinen eigenen Gunsten zu beeinflussen, indem er die berechtigten Ansprüche nicht befriedigt.¹⁶ Dagegen hält es das *OLG Koblenz* für legitim, wenn eine Partei das Bestehen von Ansprüchen verneine und sich in einem Prozess entsprechend verteidige. Es könne nicht Aufgabe des Schadensrechts sein, ein legitimes Verhalten zu sanktionieren.

III. § 826 BGB: Schadensersatz bei Verteidigung in einem Rechtsstreit

Mit diesem Verständnis vom deliktischen Schadensersatzrecht erscheint die Rechtsprechung des *BGH* unvereinbar, wonach auf Grundlage des § 826 BGB die Partei eines Rechtsstreits sehr wohl für Schäden des Prozessgegners haftet, die durch die Verteidigung in einem Rechtsstreit verursacht werden, wenn die sich verteidigende Partei die materielle Unrichtigkeit ihrer Einwendung kennt und dem Prozessgegner zumindest mit bedingtem Vorsatz Schaden zufügt sowie besondere Umstände aus der Art und Weise der Rechtsverteidigung hinzutreten, die das Vorgehen als sittenwidrig prägen.¹⁷ Hiernach kann ein Beklagter, der sich im Rahmen eines gesetzlich geregelten Verfahrens der Rechtspflege verteidigt, bei Vorliegen besonderer Umstände für einen der Gegenpartei entstehenden Schaden gem. § 826 BGB einzustehen haben. Für das Betreiben eines gesetzlich geregelten Verfahrens ist sehr wohl anerkannt, dass schon das Betreiben in Ausnahmefällen eine Haftung begründen kann, wenn es sittenwidrig ist und mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz erfolgt.

Zwar greift nach den durch den *BGH* aufgestellten Grundsätzen bei subjektiver Redlichkeit derjenige, der als Partei ein staatliches, gesetzlich eingerichtetes und geregeltes Verfahren einleitet oder betreibt, selbst dann nicht rechtswidrig in ein geschütztes Rechtsgut seines Verfahrensgegners ein, wenn sein Begehren sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem anderen Teil aus dem Verfahren über dieses hinaus Nachteile erwachsen. Die Verletzung eines Rechtsguts indiziert die Rechtswidrigkeit in solchen Fällen nicht.

Das begründet der *BGH* damit, dass das schadensursächliche Verhalten angesichts seiner verfahrensrechtlichen Legalität zunächst die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich hat. Diese Vermutung greift ein, weil auch eine materiell berechnete Einleitung und Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens typischerweise Schäden zur Folge haben kann, die über die mit der Rechtsverfolgung erstrebte Anspruchsdurchsetzung oder Sanktion hinausgehen können und die der Gegner ersatzlos hinnehmen muss.

Grundsätzlich haftet der jeweilige Kläger seinem Gegner daher außerhalb der schon im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen nicht nach dem Recht der unerlaubten Handlung für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage.¹⁸ Der Schutz des Prozessgegners wird nach Ansicht des *BGH* in diesen Fällen regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner ge-

setzlichen Ausgestaltung gewährleistet. Der Prozessgegner müsse im kontradiktorischen Verfahren die Rechtsgutsbeeinträchtigung ohne deliktsrechtlichen Schutz hinnehmen, weil die Prüfung der Rechtslage durch das Gericht erfolgt und er sich gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme in dem Rechtspflegeverfahren selbst hinreichend wehren kann. Wo dies allerdings nicht der Fall ist, bleibt es beim uneingeschränkten Rechtsgüterschutz, den die §§ 823 I, 826 BGB gewähren.¹⁹

Diese Grundsätze für eine aktiv das Verfahren betreibende Partei gelten entsprechend für die Rechtsverteidigung im Rahmen eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahrens. Ein Beklagter wird hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen eines Prozesses nicht anders behandelt als ein Kläger. Schließlich wird auch der Kläger regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung geschützt. Die Pflichten des Gerichts gegenüber den Parteien im kontradiktorischen Verfahren, wie etwa die Pflicht zur Rücksichtnahme sowie Belehrungs-, Hinweis-, Förderungs- und Fürsorgepflichten gelten je nach prozessualer Situation gegenüber beiden Parteien. Sowohl den Kläger als auch den Beklagten treffen gleichermaßen Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten, die allgemeine Prozessförderungspflicht, die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, eine allgemeine Redlichkeitspflicht sowie das prozessuale Missbrauchsverbot.

Die Frage, ob ein Verhalten im Prozess haftungsbegründend ist, hängt deshalb grundsätzlich nicht von der Parteirolle ab.²⁰ Das Gericht muss im kontradiktorischen Verfahren die Prüfung des Verteidigungsvorbringens in gleicher Weise gewährleisten wie die des Klagevorbringens. Auch hat der Kläger innerhalb des Verfahrens dieselben Möglichkeiten, sich gegen eine ungerechtfertigte Verteidigung zu wehren, wie der Beklagte gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme. Daraus folgt, dass auch ein Beklagter grundsätzlich nicht verpflichtet ist, vor Erhebung von Einwendungen und Einreden sorgfältig in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht die sachliche Berechtigung seines Verteidigungsvorbringens zu prüfen oder gar seine Interessen gegen die des Klägers abzuwägen. Eine Ausnahme bildet auch hier der Fall einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung des Klägers durch den Beklagten iSd § 826 BGB.

Bei seiner pauschalen Ansicht eines legitimen Verteidigungsverhaltens, das vom Schadensersatzrecht nicht zu sanktionieren sei, befasst sich das *OLG Koblenz* mit diesen Grundsätzen allerdings nicht. Dabei erkennt der *BGH* ausdrücklich dann ein sittenwidriges Prozessieren, wenn die Partei das staatliche Verfahren zur Schädigung der Gegenpartei oder Dritter missbraucht.²¹ Zwar konnte das *OLG Koblenz* in seinem Urteil vom 12.6.2019 noch nicht das erst wenige Tage später vom Vorstandsvorsitzenden des beklagten Diesel-Herstellers in einer Fernsehtalksen-

15 Vgl. *OLG Koblenz*, NJW 2019, 2237 Rn. 82 ff.

16 Vgl. hierzu bereits *Brunts*, NJW 2019, 801; *Hesse*, NJW 2019, 527; *ders.*, VuR 2019, 123.

17 Vgl. *BGH*, NJW 2004, 446; *BGHZ* 154, 269 = NJW 2003, 1934.

18 SckSpr., vgl. *BGH*, NJW 2004, 446; *BGHZ* 154, 269 = NJW 2003, 1934; *BGHZ* 118, 201 (206) = NJW 1992, 2014; *BGHZ* 74, 9 (13 ff.) = NJW 1979, 1350; *BGHZ* 36, 18 (21 f.) = NJW 1961, 2254.

19 Vgl. *BGH*, NJW 2004, 446; *BGHZ* 154, 269 = NJW 2003, 1934; *BGHZ* 118, 201 (206) = NJW 1992, 2014; *BGHZ* 74, 9 (13 ff.) = NJW 1979, 1350.

20 Vgl. *BGH*, NJW 2004, 446.

21 Vgl. für die klagende Partei *BGHZ* 154, 269 = NJW 2003, 1934; *BGHZ* 36, 18 (21); für die beklagte Partei *BGH*, NJW 2004, 446.

dung erklärte öffentliche Eingeständnis des Betrugs würdigen.²²

Das *OLG Koblenz* hätte dennoch Anlass gehabt, in dem von ihm entschiedenen Fall nach einem Missbrauch des staatlichen Verfahrens durch den beklagten Diesel-Fahrzeughersteller zur (fortgesetzten) Schädigung des Klägers zu fragen. Dabei hätte es die gerichtsbekanntesten Besonderheiten des Dieselskandals in die Würdigung einbeziehen können, etwa den Umstand, dass der maßgeblich beklagte Diesel-Fahrzeughersteller die höchstrichterlichen Urteile zu den als von grundlegender Bedeutung zu wertenden Streitfragen – so etwa jener nach der Sachmangelhaftigkeit bei den gegebenen Abschaltvorrichtungen – durch Erfüllung der Klageforderung oder durch Vergleichsangebote stets rechtzeitig verhindert hat.²³ Der *BGH* hat abweichend von seiner bisherigen Praxis dieses Prozessverhalten offenbar zum Anlass genommen, die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung durch die Veröffentlichung seines vorangegangenen Hinweisbeschlusses²⁴ einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen.

Auch ihm nachteilige Entscheidungen der Oberlandesgerichte vermeidet der beklagte Hersteller systematisch. So folgte das *OLG Karlsruhe* dem Beispiel des *BGH* und veröffentlichte seinen Hinweisbeschluss vom 5.3.2019,²⁵ um auf seine vorläufige Rechtsauffassung hinzuweisen, wonach bei zugrundeliegendem Sach- und Streitstand Ansprüche des Klägers gegen die beklagte Volkswagen AG auf Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach §§ 826, 31 bzw. § 831 BGB begründet seien. Zu einem Urteil kam es danach nicht mehr, der Kläger hatte nach dem ihm günstigen Hinweisbeschluss seine Klage zurückgenommen. Ebenso veröffentlichte das *OLG Oldenburg* einen bereits im Dezember 2018 ergangenen Hinweisbeschluss²⁶ und teilte in seiner Pressemitteilung Nr. 8/2019 mit, dass der beklagte Fahrzeughersteller nach diesem Hinweisbeschluss die Berufung zurückgenommen hatte. Dass es überhaupt zu dem Urteil des *OLG Koblenz* kam, war – wie eingangs dargestellt – nach den in der veröffentlichten Entscheidung des 1. Zivilsenats des *OLG Koblenz*²⁷ geäußerten Zweifeln überraschend.

Das Verhalten des beklagten Herstellers vor deutschen Oberlandesgerichten, bei sich abzeichnenden nachteiligen Entscheidungen die Klageforderung zu begleichen oder mutmaßlich durch Überkompensation die Kläger zur Klagerücknahme zu bewegen, um ein nach einseitiger Erledigungserklärung ergehendes Feststellungsurteil zu vermeiden, lässt nicht erkennen, dass es ihm als Beklagten mit seiner Rechtsverteidigung um die Durchsetzung seiner anderen Rechtsauffassung geht. Vielmehr kennt der Hersteller positiv die objektive Unrichtigkeit der von ihm in den Schadensersatzprozessen vertretenen anderen Rechtsansicht und beansprucht für sich mit seinem immer gleichen prozessualen Verteidigungsvorbringen in jedem der so ausgelösten Prozesse ein Recht auf den immergleichen Irrtum.

Ein „Recht auf Irrtum“ einer Prozesspartei besteht indes nicht uneingeschränkt, sondern bedarf der wertenden Begrenzung.²⁸ Es hört dort auf, wo eine Behinderung der prozessualen Entschluss- und Handlungsfreiheit durch ein Haftungsrisiko nicht unzumutbar beeinträchtigt wird.²⁹ Dem beklagten Diesel-Fahrzeughersteller geht es allein darum, über das Zusammenspiel aus dem deutschen Prozessrecht, der Verfahrensdauer und der für den Geschädigten meist alternativen Weiterbenutzung des Diesel-Fahrzeugs seine Schadensersatzpflicht abschmelzen zu lassen und die zu erwartende nachteilige höchstrichterliche Entscheidung zu vermeiden.

IV. Zudem: Musterfeststellungsklageverfahren

Das *OLG Koblenz* hätte zudem in seine Billigkeitserwägungen einbeziehen können, dass der Gesetzgeber die bestehende zivilprozessuale Situation für ergänzungsbedürftig erkannt hat: In einem durch standardisierte Massengeschäfte geprägten Wirtschaftsleben hinterlassen unrechtmäßige Verhaltensweisen von Anbietern häufig eine Vielzahl gleichartig geschädigter Verbraucher.³⁰ Gerade weil bei den nur individuellen Klagemöglichkeiten unrechtmäßig erlangte Gewinne bei den Anbietern bleiben, die dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber rechtstreuen Wettbewerbern erzielen, hat der Gesetzgeber mit den §§ 606 ff. ZPO das Musterfeststellungsklageverfahren geschaffen.³¹ Ein solches Verfahren wird gegen den maßgeblich betroffenen Diesel-Fahrzeughersteller derzeit vor dem *OLG Braunschweig* geführt.³²

V. Fazit

Nach alledem trägt die Würdigung des *OLG Koblenz*³³ weder was die Aufgabe des Schadensersatzrechts angeht, noch hinsichtlich der Legitimität der Rechtsverteidigung in ihrer Pauschalität die zur Vorteilsausgleich gebotenen Billigkeitserwägungen. ■

22 So aber bereits *LG Oldenburg*, Beschl. v. 21.6.2019 – 6 O 1793/18 unter Bezugnahme auf die Fernsehsendung *Markus Lanz* v. 18.6.2019 (Frage: „Hätten Sie das für möglich gehalten, dass die deutsche Autoindustrie mal auf dem Niveau manipuliert und ehrlich gesagt betrogen?“ Antwort iur: „Das was wir gemacht haben war Betrug, ja.“, abrufbar unter ZDF-Mediathek, ab Minute 54:30).

23 Vgl. Pressemit. des *BGH* Nr. 22/2019 zur Aufhebung des Verhandlungstermins vom 27.2.2019 – VII ZR 225/17 (zur Frage des Anspruchs des Käufers eines mangelhaften Neufahrzeugs auf Ersatzlieferung bei einem Modellwechsel).

24 *BGH*, NJW 2019, 1133.

25 *OLG Karlsruhe*, ZIP 2019, 863 = BeckRS 2019, 3395.

26 *OLG Oldenburg*, MDR 2019, 548 = BeckRS 2018, 37436.

27 *OLG Koblenz*, NJW 2019, 2246.

28 Vgl. *BGHZ* 74, 9 (17) = NJW 1979, 1350.

29 Vgl. *BGHZ* 154, 269 = NJW 2003, 1934.

30 Vgl. BT-Drs. 19/2507, 1.

31 Vgl. die gesetzgeberische Begründung bezüglich der Geschädigten im Zusammenhang mit den Abschaltvorrichtungen bei Dieselmotoren: BT-Drs. 19/2741, 23.

32 Vgl. *OLG Braunschweig*, Beschl. v. 23.11.2018 – 4 MK 1/18, BeckRS 2018, 30499.

33 *OLG Koblenz*, NJW 2019, 2237.

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Peter Bräutigam, Rechtsanwalt in München – Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Rechtsanwalt in Kiel – Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Dr. Hilke Herchen, Rechtsanwältin in Hamburg – Dr. Ulrich Karpenstein, Rechtsanwalt in Berlin – Dr. Nathalie Oberthür, Rechtsanwältin in Köln.

Schriftleiter: Rechtsanwalt Tobias Freudenberg, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

12 2019

Seite 801–880

72. Jahrgang

14. März 2019

Rechtsanwalt Professor Dr. Jan Bruns*

Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz für abgasmanipulierte Diesel-Fahrzeuge

In den Prozessen geschädigter Dieseldkunden gegen Volkswagen vertritt die ganz überwiegende Rechtsprechung der Landgerichte, der Kunde müsse sich aus der Benutzung des Pkw gezogene Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen. Dieser Beitrag zieht dieses Ergebnis in Zweifel. Die häufig nur pauschale Wertung in den Urteilsgründen, es fände anderenfalls eine vom Schadensrecht nicht gedeckte Überkompensation des Dieseldkäufers statt, reicht unter Zugrundelegung der vom BGH entwickelten Grundsätze zur Vorteilsausgleichung nicht aus. Die Anrechnung von Vorteilen muss dem Zweck der Ersatzpflicht entsprechen. Dies ist nach Ansicht des Autors bei einem Anspruch aus § 826 BGB oder § 823 II BGB iVm § 263 StGB jedenfalls für die in der Zeit des Annahmeverzugs infolge der Weiterbenutzung des Pkw gezogenen Nutzungen nicht der Fall.

I. Der aufgezehrte Schadensersatzanspruch

Die „Dieseldkunden“ der Volkswagen-Konzernmarken mit dem VW-Motor EA-189 fühlen sich betrogen. Während die Kunden in den USA großzügig entschädigt wurden, müssen sie in Deutschland erst klagen.¹ In den massenweisen Prozessen vor deutschen Gerichten verfolgen die Käufer von Diesel-Pkw ungeachtet der jeweils identischen Manipulation der Motorsteuerungssoftware durch den Hersteller unterschiedliche Ziele und berufen sich auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen: So geht es gegen die Händler typischerweise auf der Grundlage kaufrechtlicher Sachmangelgewährleistungsrechts um die Rückabwicklung des Kaufs oder – wie im Fall der vom OLG Hamburg am 21.12.2018 entschiedenen Klage² – um die Lieferung eines mangelfreien Neuwagens. Zumeist dürfte sich das Interesse allerdings auf die Leistung von Schadensersatz richten, der – wendet sich der Dieseld-Pkw-Käufer mit seinem Anspruch gegen den Hersteller direkt – über die deliktsrechtlichen Vorschriften der §§ 826, 823 II BGB iVm § 263 StGB mit erkennbar wachsender Häufigkeit den Klägern zugesprochen wird.

Dabei stellt sich ein zentrales Problem bei der Frage nach der Höhe des Schadensersatzes. Denn nach der ganz überwiegend in der Rechtsprechung der Landgerichte³ vertretenen Ansicht soll sich der geschädigte Dieseldkunde Vorteile in der Form gezogener Fahrzeugnutzung anrechnen lassen müssen (die hierfür gängige Berechnungsformel lautet: Bruttokauf-

preis x gefahrene Km/Gesamtleistung).⁴ Die Anrechnung solcher Vorteile auf der Grundlage teilweise erheblicher Kilometerleistungen der jeweiligen Fahrzeuge kann es für den Geschädigten dann mitunter schlicht unrentabel werden lassen, sich den Prozessrisiken auszusetzen. Wer dennoch klagt, dessen Erfolgsaussichten verschlechtern sich bei einer Weiterbenutzung des Fahrzeugs während der Dauer des Prozesses infolge damit wachsender Nutzungsvorteile. Der Schadensersatz wird aufgezehrt.

Der Beitrag setzt sich kritisch mit der aufgezeigten Spruchpraxis auseinander, wonach eine Anrechnung von Vorteilen auch bei deliktischen Schadensersatzforderungen gegen den Hersteller zu erfolgen habe. Es wird die andere Ansicht vertreten, wonach sich der vorsätzlich sittenwidrig geschädigte Dieseld-Pkw-Kunde (§ 826 BGB) wie auch der betrogene Geschädigte (§ 823 II BGB iVm § 263 StGB) die aus der normalen (Weiter-)Benutzung des Fahrzeugs erwachsenen Nutzungen nicht schadensmindernd anrechnen lassen muss.⁵

II. Die deliktische Haftung des Herstellers auf Grundlage des § 826 BGB

1. Sittenwidrige Schädigung des Dieseld-Pkw-Käufers

Vor der Frage nach der Höhe des Schadensersatzes steht die Ansicht, dass dem Erwerber eines Dieseldkraftwagens gegen den Hersteller ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB iVm § 31 BGB zusteht, wenn dieser das Fahrzeug oder – im Fall der konzerngebundenen Hersteller – den Motor unter

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Düsseldorf und lehrt an der Hochschule für Ökonomie und Management (FOM) in Duisburg.

1 Vgl. zu den Feststellungszielen im Musterfeststellungsklageverfahren: OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.11.2018 – 4 MK 1/18, BeckRS 2018, 30499.

2 OLG Hamburg, Ur. v. 21.12.2018 – 11 U 55/18, BeckRS 2018, 33592. aa BGH, Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, BeckRS 2019, 2206; LG Regensburg, Ur. v. 4.1.2017 – 7 O 967/16, BeckRS 2017, 149179; vgl. auch LG Offenburg, Ur. v. 21.3.2017 – 3 O 77/16, BeckRS 2017, 118425.

3 Vgl. zB LG Hamburg, Ur. v. 18.5.2018 – 308 O 308/17, BeckRS 2018, 12978; zur Ermittlung des Nutzungswertersatzes nach Rücktritt vom Kaufvertrag ausführlich: Wackerbarth, NJW 2018, 1713.

4 S. OLG Köln, NJW-RR 2018, 1141, das die Anrechnung von Nutzungen im anderen Fall des Rücktritts vom Kaufvertrag bejaht, ebenso OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6.12.2018 – 17 U 4/18.

5 So iErg auch LG Augsburg, DAR 2019, 45.

Verschweigen einer gesetzeswidrigen Softwareprogrammierung in Verkehr bringt, die dazu führt, dass der Betrieb des Fahrzeugs bei einer Messung der Schadstoffemissionen auf einem Prüfstand im Neuen Europäischen Fahrzyklus erkannt wird und die Abgaswerte, im Gegensatz zum Betrieb im Straßenverkehr, optimiert werden.⁶ Diese Ansicht dürfte sich in der Rechtsprechung zu den im VW-Dieselskandal geführten Prozessen geschädigter Käufer mittlerweile als herrschend darstellen.⁷

2. Rechtsfolge des § 826 BGB

a) *Erste Meinung: Rechtsfolge unter Einbeziehung des § 346 BGB analog.* Nach der von den Landgerichten Paderborn und Krefeld⁸ vertretenen Ansicht soll sich die Rechtsfolge einer Rückabwicklung des Dieselkaufvertrags gegenüber dem Hersteller aus einer – in Ermangelung einer unmittelbaren Vertragsbeziehung – analogen Anwendung des § 346 BGB ergeben. § 346 BGB sieht den Wertersatz für herauszugebende Nutzungen ausdrücklich vor.⁹ Weil sich die Rechtsfolge des Schadensersatzes auf den Ersatz des negativen Interesses¹⁰ richtet, könne dem nur durch Rückabwicklung des Vertrags oder durch Ersatz des durch die Täuschung verursachten wirtschaftlichen Mehraufwandes Rechnung getragen werden.¹¹ Der Geschädigte habe folglich einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags. Richtet sich allerdings der Anspruch aus § 826 BGB gegen den Hersteller, so ist dieser Dritter und nicht Vertragspartner des Käufers eines Diesel-Pkw. Grundsätzlich sei der Schadensersatz gem. § 826 BGB, der sich auf die Befreiung einer durch Täuschung eingegangenen vertraglichen Verbindlichkeit richtet, in Art und Umfang nur gegen den direkten Vertragspartner möglich.¹²

Ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags könne indes auch gegenüber Dritten bestehen.¹³ In der Rechtsfolge seien analog § 346 I BGB die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der Hersteller müsse hiernach den gezahlten Kaufpreis erstatten und erhalte neben dem streitgegenständlichen Fahrzeug auch die durch die Fahrleistung eingetretene Wertminderung des Fahrzeugs ersetzt (§ 346 II Nr. 1 BGB). Auf den zurückzuerstattenden Kaufpreis habe sich der Anspruchsteller deswegen eine Nutzungsentschädigung anrechnen zu lassen.¹⁴

b) *Zweite Meinung: Rechtsfolge des § 826 BGB allein aufgrund der §§ 249 ff. BGB.* Nach anderer Ansicht¹⁵ wird der Schadensersatz ohne eine Heranziehung des § 346 BGB gewährt, so dass sich die Anrechnung gezogener Nutzungen nicht als zwingende Folge dieser Norm darstellt. Innerhalb des § 826 BGB richtet sich die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs nach den §§ 249 ff. BGB.¹⁶ Der Geschädigte muss im Wege der Naturalrestitution so gestellt werden, wie er ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses stünde. Steht fest, dass der Käufer eines Diesel-Pkw sein Fahrzeug bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht gekauft hätte, ist er so zu stellen, als wenn er den schädigenden Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Er kann dann nach § 249 I BGB Geldersatz in Höhe des für den Erwerb des Dieselfahrzeugs aufgewendeten Kaufpreises gegen Übertragung der erworbenen Rechtsposition auf den – am Erwerbsgeschäft nicht beteiligten – Schädiger verlangen.¹⁷

c) *Rechtsfolge des § 826 BGB und die Grundsätze zur Vorteilsausgleichung.* Der zweitgenannten Ansicht ist insoweit noch zu folgen.

aa) *Schadensersatzzahlung Zug um Zug gegen Übertragung des Diesel-Pkw an den Hersteller.* Die der erstgenannten Ansicht zugrundeliegende Annahme, dass sich der Schadens-

ersatzanspruch auf die Befreiung von einer durch Täuschung eingegangenen vertraglichen Verbindlichkeit richte, überzeugt bei einem erfüllten Kaufvertrag mit einem Dritten als Vertragspartei nicht. Schließlich handelt es sich nicht um ein Dauerschuldverhältnis, wie es etwa der Entscheidung des BGH vom 28.10.2014¹⁸ zugrunde lag. Dem Käufer geht es bei dem Verlangen nach Schadensersatz um die Zahlung in Höhe des von ihm aufgewendeten Kaufpreises. Dass er das Fahrzeug nicht behalten darf, ist dabei allein der Vorschrift des § 249 I BGB geschuldet, wonach der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit kann der Geschädigte zwar nicht die Herstellung des gleichen Zustands verlangen, wie er vor dem Eintritt des schädigenden Ereignisses bestanden hat¹⁹ – was in den meisten Fällen auch kaum zu erreichen wäre. Es kommt in der Rechtsprechung des BGH vielmehr darauf an, den Geschädigten wirtschaftlich möglichst so zu stellen, wie er ohne das schadensstiftende Ereignis stünde.²⁰

Allein deshalb ist der geschädigte Diesel-Pkw-Käufer möglichst so zu stellen, als habe er sein Fahrzeug nicht gekauft. Ein Zustand, der dieser hypothetischen Situation wirtschaftlich gleichwertig ist, wird dadurch erreicht, dass der Geschädigte den Schadensersatz in Höhe des aufgewandten Kaufpreises erhält, Zug um Zug gegen die Übertragung des von dem Verkäufer als Dritten erlangten Besitzes und Eigentums an dem Diesel-Pkw.²¹ Während aber der im Zwei-Personen-Verhältnis Enttäuschte entweder im Wege des Schadens-

6 Vgl. LG Hildesheim, ZIP 2017, 332 = BeckRS 2017, 101435.

7 Vgl. nur etwa zuletzt OLG Karlsruhe, Beschl. v. 5.3.2019 – 13 U 142/18; OLG Köln, Beschl. v. 3.1.2019 – 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498; LG Stuttgart, Ur. v. 27.11.2018 – 7 O 265/18; LG Frankfurt a. M., Ur. v. 12.11.2018 – 2-33 O 192/18; LG Potsdam, Ur. v. 16.11.2018 – 6 O 462/17, BeckRS 2018, 29778 und Ur. v. 12.10.2018 – 6 O 101/18, BeckRS 2018, 29781; aA zuletzt OLG Braunschweig, Ur. v. 19.2.2019 – 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737.

8 LG Paderborn, Ur. v. 7.4.2017 – 2 O 118/16, BeckRS 2017, 108460; LG Krefeld, Ur. v. 28.2.2018 – 7 O 10/17, BeckRS 2018, 3412; wohl auch LG Nürnberg-Fürth, Ur. v. 23.10.2017 – 9 O 8283/16 und LG Badstübchen, Ur. v. 27.4.2017 – 3 O 163/16, BeckRS 2017, 136694.

9 Vgl. BGH, NJW 2014, 2435, Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs.

10 Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 826 Rn. 15.

11 LG Paderborn, Ur. v. 7.4.2017 – 2 O 118/16, BeckRS 2017, 108460 unter Hinweis auf Staudinger/Oechler, BGB, Neubearb. 2014, § 826 Rn. 153.

12 Vgl. LG Paderborn, Ur. v. 7.4.2017 – 2 O 118/16, BeckRS 2017, 108460 unter Hinw. auf MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 53.

13 LG Paderborn, Ur. v. 7.4.2017 – 2 O 118/16, BeckRS 2017, 108460 unter Hinw. auf OLG München, DAR 1999, 506 = BeckRS 1999, 11751.

14 LG Paderborn, Ur. v. 7.4.2017 – 2 O 118/16, BeckRS 2017, 108460; LG Krefeld, Ur. v. 28.2.2018 – 7 O 10/17, BeckRS 2018, 3412.

15 LG Hildesheim, ZIP 2017, 332 = BeckRS 2017, 101435 unter Hinw. auf BGHZ 2005, 162 (306) = NJW 2005, 1579, für den Fall des Erwerbs einer nachteiligen Kapitalanlage; LG Duisburg, Ur. v. 19.2.2018 – 1 O 178/17, BeckRS 2018, 1903; LG Offenburg, Ur. v. 12.5.2017 – 6 O 119/16, BeckRS 2017, 109841.

16 Vgl. BGHZ 160, 149 = NJW 2004, 2971 (2972); MüKoBGB/Wagner, § 826 Rn. 6 mwN.

17 Vgl. zur Haftung für fehlerhafte ad hoc-Mitteilungen beim Aktienkauf BGHZ 160 (149) = NJW 2004, 2971 (2972); für den Anspruch des Dieselskäufer gegen den Hersteller LG Hildesheim, ZIP 2017, 332 = BeckRS 2017, 101435 unter Hinw. auf BGHZ 162, 306 = NJW 2005, 1579, für den Fall des Erwerbs einer nachteiligen Kapitalanlage.

18 BGH, NJW-RR 2015, 275.

19 Vgl. BGH, NJW-RR 2015, 275.

20 Vgl. BGHZ 161, 361 (369f.) = NJW-RR 2005, 611 mwN; BGH, NJW-RR 2004, 671; Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2017, § 249 Rn. 182.

21 Vgl. bei Eingehung einer Darlehensverpflichtung: BGH, NJW-RR 2015, 275; BGHZ 161, 361 (370) = NJW-RR 2005, 611; Oerker, LM 2005, 87; bei fehlerhaften Ad-Hoc-Mitteilungen BGHZ 160, 149 (153) = NJW 2004, 2971; BGH, NJW 2004, 2668 (2669) mwN; BGH, NJW 2005, 2450 (2451).

ersatzes die Rückgängigmachung des Vertrags verlangen oder am Vertrag festhalten und lediglich zusätzlich Schadensersatz beanspruchen kann,²² ist der durch den nicht am Kaufvertrag beteiligten Hersteller Geschädigte hierauf im Übrigen nicht beschränkt.²³ Der Anspruchsinhaber kann sich für eine möglichst umfassende Naturalrestitution entscheiden.²⁴ Auf § 346 BGB kommt es hiernach nicht an.

bb) *Keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.* Für eine analoge Anwendung des § 346 BGB mit der dort normierten Rechtsfolge des Wertersatzes für gezogene Nutzungen fehlt es zudem an einer planwidrigen Regelungslücke. Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.²⁵ Die Unvollständigkeit des Gesetzes muss planwidrig sein.²⁶ Der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen. Dabei ist zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist.²⁷

Vorliegend fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat die Frage der Vorteilsausgleichung innerhalb der §§ 249 ff. BGB ganz bewusst der Rechtswissenschaft und Praxis zur Beantwortung überlassen.²⁸ Entsprechend haben der BGH und die Lehre²⁹ mit den Grundsätzen zur Vorteilsausgleichung Antworten gefunden, so dass sich die für eine analoge Heranziehung der Vorschrift des § 346 BGB weitere Frage nach einer vergleichbaren Interessenlage nicht mehr stellt.³⁰ Die Vorteilsausgleichung soll von zwei Voraussetzungen abhängig sein:³¹ Zwischen dem schädigenden Ereignis und dem erfahrenen Vorteil muss nach Ansicht der Rechtsprechung ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.³² Zudem muss die Anrechnung des Vorteils dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen, ohne dass sie den Geschädigten unzumutbar belastet und den Schädiger unbillig begünstigt.³³

Die Landgerichte setzen sich in den Dieseldurteilen bei der Begründung zur Rechtsfolge des § 826 BGB mit dem Vorliegen dieser Voraussetzungen zumeist nicht auseinander, sondern stellen die Vorteilsanrechnung nur als Ergebnissatz in den Entscheidungsgründen fest.³⁴ Häufig heißt es in den Entscheidungsgründen nur pauschal, dass anderenfalls eine vom Schadensrecht nicht gedeckte Überkompensation stattfinden würde, der Geschädigte durch das schädigende Ereignis also besser stünde, als ohne die Schädigung.³⁵

3. Keine Vorteilsanrechnung beim geschädigten Käufer eines Diesel-Pkw

Nach den Grundsätzen zur Vorteilsausgleichung ist in Anwendung der dem Gesetz zugrunde liegenden Differenzhypothese jeweils zu klären, ob die dem Geschädigten zufließenden Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind, sie also den Schädiger entlasten.³⁶ Das wird beispielsweise verneint, wenn Spenden Dritter für ein Unfallopfer infolge der Vorteilsanrechnung dem Schädiger zugutekämen, ebenso beim vorzeitigen Anfall der Erbschaft für den Hinterbliebenen oder den ersparten Aufwendungen für eine Reise, die das Unfallopfer nicht antreten kann.³⁷ Die pauschale Feststellung einer Überkompensation reicht also nicht aus, weil damit

allein nicht der vom BGH erstrebte gerechte Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden kann.

a) *Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schadensereignis und Vorteil.* Die vom BGH entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten – jedenfalls in gewissem Umfang – diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen.³⁸ Folgt man im Fall des geschädigten Diesel-Pkw-Käufers den Anforderungen der Rechtsprechung, so müssen die aus der Benutzung des Pkw erfahrenen Vorteile – um auf den Schaden anrechenbar zu sein – mit dem schädigenden Ereignis in adäquatem Zusammenhang stehen. Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolgs, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat.³⁹ Wird das schädigende Ereignis in dem Inverkehrbringen des gesetzeswidrigen Fahrzeugs bzw. – im Fall der konzerngebundenen Hersteller – des mit der Software ausgestatteten Motors gesehen, ist dieses Verhalten für die mit dem Fahrzeug gefahrenen Wegstrecken und der einhergehenden Nutzung zurechenbar kausal.

Während die Rechtsprechung bis heute an dem Merkmal der Adäquanz festhält, stößt dies in der Literatur von jeher auf Kritik:⁴⁰ Die Adäquanz sei für die Anrechnungsfrage untauglich, was sich aus dem Zweck der Schadensersatznormen heraus begründet.⁴¹ Dieser ist darauf gerichtet, Rechtsgüter

22 Vgl. BGHZ 69, 53 (56 ff.) = NJW 1977, 1336; BGHZ 111, 75 (82) = NJW 1990, 1659, jew. mwN.

23 BGH, NJW-RR 2015, 275; NJW 2004, 1868; NJW-RR 2009, 603.

24 Vgl. BGH, NJW-RR 2015, 275.

25 St. Rsp., vgl. BGHZ 170, 187 (191) = NJW 2007, 992; BGHZ 105, 140 (143) = NJW 1988, 2734; BGH, NJW 2003, 1932 (1933); BGHZ 155, 380 = NJW 2003, 2601 (2603).

26 Vgl. BGHZ 170, 187 (191) = NJW 2007, 992 unter Hinw. auf Larone, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 373; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, 37.

27 BGHZ 149, 165 (174) = GRUR 2002, 238.

28 Vgl. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl. 1896, Bd. 2, 181.

29 Vgl. Thiele, AcP 167, 193; Cantzler, AcP 156, 29; Drachner, Vorteilsausgleichung im Schadensrecht, 1987; Esser, MDR 1957, 522; Grunsky, FS Lange, 1992, 469; Herke, FS Hagen, 1999, 371; Lohse, FS Hüfner, 2010, 581; Pange, VersR 2007, 569; Ruhlhoff, FS Hippel, 1967, 423; Schieman, FS Picker 2010, 695; Thesling, Die Vorteilsanrechnung, Diss. Bonn 1994.

30 Eine solche wohl bejahend LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 23.10.2017 – 9 O 8283/16.

31 Palandt/Grüneberg, Vorh. v. § 249 BGB Rn. 68.

32 BGHZ 49, 56 = NJW 1968, 491; BGH, NJW 1990, 1360.

33 St. Rsp., vgl. BGH, NJW 2006, 499; NJW 2007, 3130; NJW 2008, 2773; NJW 2009, 1870; NJW 2010, 675; NJW 2013, 1958 (1961).

34 Vgl. LG Heilbronn, Urt. v. 22.5.2018 – 6 O 35/18, BeckRS 2018, 9511 Rn. 37 f.; LG Duisburg, Urt. v. 19.2.2018 – 1 O 178/17, BeckRS 2018, 1903 Rn. 48; LG Hamburg, Urt. v. 18.5.2018 – 308 O 308/17, BeckRS 2018, 12978 Rn. 22; LG Darmstadt, Urt. v. 18.5.2018 – 28 O 250/17, BeckRS 2018, 10723 Rn. 75; LG Essen, Urt. v. 15.5.2018 – 19 O 192/17, BeckRS 2018, 15439 Rn. 134; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.11.2018 – 2-33 O 192/18, BeckRS 2018, 34612 Rn. 25.

35 Vgl. LG Kiel, Urt. v. 18.5.2018 – 12 O 371/17, BeckRS 2018, 8903 Rn. 65; LG Bonn, Urt. v. 7.3.2018 – 19 O 327/17, BeckRS 2018, 3169 Rn. 136; LG Duisburg, Urt. v. 19.2.2018 – 1 O 178/17, BeckRS 2018, 1903 Rn. 48; LG Trier, Urt. v. 31.10.2018 – 5 O 114/18, BeckRS 2018, 27859; LG Potsdam, Urt. v. 16.11.2018 – 6 O 462/17 und Urt. v. 12.10.2018 – 6 O 101/18, BeckRS 2018, 29781; LG Stuttgart, Urt. v. 14.8.2018 – 23 O 80/18, BeckRS 2018, 26967; LG Hamburg, Urt. v. 18.5.2018 – 308 O 308/17, BeckRS 2018, 12978.

36 Vgl. BGH, NJW 2007, 3130 (3132).

37 Vgl. MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 228.

38 Vgl. BGH, NJW 2007, 3130 (3132); BGHZ 91, 206 (209) = NJW 1984, 2457.

39 BGHZ 3, 261 = BeckRS 1951, 31400385.

40 Vgl. Staudinger/Schieman, § 249 Rn. 139 mwN.

41 Ausf. dazu Cantzler, AcP 156, 29, 48.

zu schützen und die Beachtung von gesetzlichen und vertraglichen Pflichten zu gewährleisten. Der Teilnehmer am Rechtsverkehr soll mit seinem Handeln fremde Rechtsgüter vor Schaden bewahren, wozu er die Folgen seines Handelns übersehen können muss. Nur im Umfang der voraussehbaren Folgen ist es sinnvoll, den Handelnden einer Schadensersatzpflicht auszusetzen, um ihn von der Schädigung von Rechtsgütern oder der Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten abzuhalten.⁴² Genau hierzu diene die Adäquanztheorie, die ihre Bedeutung aber nur im Hinblick auf nachteilige, schädigende Eingriffe mit der Folge der Ersatzverpflichtung hat. Bezüglich von Vorteilen ist das nicht geboten. Der Ansatz, dem Schädiger sollten diejenigen Vorteile zugutekommen, die er im Voraus berechnen konnte,⁴³ überzeugt gerade im Hinblick auf den Hersteller mit seiner Massenproduktion von Kraftfahrzeugen nicht: Wer damit rechnet, dass das Inverkehrbringen der zum Zweck des Individualverkehrs gedachten, manipulierten Fahrzeuge in dem Geschädigten Vorteile entstehen lässt, die den im Entdeckungsfall zu leistenden Schadensersatz im Wege der Vorteilsanrechnung teilweise oder vollständig aufzehren, soll sich nicht auf einen adäquaten Kausalzusammenhang berufen dürfen. Die Adäquanztheorie erscheint damit nicht der geeignete Maßstab für die Vorteilsausgleichung.⁴⁴

Zwar stimmt der BGH der in der Literatur geäußerten grundsätzlichen Kritik an dem Merkmal der Adäquanz in Teilen zu.⁴⁵ Der „Filter der Adäquanz“ eigne sich nur dazu, völlig ungewöhnlich erlangte Vorteile von vornherein von der Anrechnung auszuschließen. Nicht zu Unrecht werde im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass auf das Merkmal der Adäquanz verzichtet werden könne und solle, weil es sich auch bei der Vorteilsanrechnung um ein Problem der Zurechnung und nicht der bloßen Verursachung handele, so wie dies die Rechtsprechung inzwischen bei Prüfung des Kausalzusammenhangs erkannt habe. Dennoch hält der BGH im Ergebnis an dem Merkmal der Adäquanz fest. Allerdings soll das wertende Merkmal das entscheidende Kriterium sein, ob die Anrechnung eines Vorteils im Einzelfall nach Sinn und Zweck des Schadensrechts unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten nach Treu und Glauben dem Geschädigten zugemutet werden kann.⁴⁶

b) *Zweck der Ersatzpflicht, Unzumutbarkeit und Unbilligkeit der Vorteilsanrechnung.* Es reicht also nicht aus, dass der aus dem schädigenden Ereignis herrührende Vorteil durch dieses adäquat-kausal verursacht worden ist.⁴⁷ Es muss hinzutreten, dass die Anrechnung dem Zweck der Ersatzpflicht entspricht. Insbesondere darf die Anrechnung nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise wie zu einer Recheneinheit verbunden sein.⁴⁸

aa) *Rechtsgüterschutz und Beachtung gesetzlicher Pflichten.* Der Zweck der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen ist auch in der Prävention im Sinne der Steuerung sozialen Verhaltens zu sehen.⁴⁹ Im Hinblick darauf ist es allerdings noch nicht geboten, die Vorteilsausgleichung grundsätzlich auszuschließen.⁵⁰ Wenn aber nach den Feststellungen der Landgerichte die Gesinnung des Automobilherstellers darauf gerichtet ist, aus Gewinnstreben⁵¹ massenhaft die Käufer bei ihrer Kaufentscheidung zu täuschen, die Wettbewerber⁵² zu benachteiligen und die Umwelt so zu schädigen, dass Gesundheitsgefahren drohen, weil die Schadstoffwerte erhöht werden,⁵³ wird mit der Anrechnung von Vorteilen der Zweck der Vorschriften jedenfalls dann verfehlt, wenn die Benutzung des jeweiligen Fahrzeugs im Umfang der zu erwartenden Gesamt-

nutzungsleistung den Wegfall des Schadensersatzanspruchs insgesamt zur Folge hat. Das eröffnet dem schädigenden Hersteller innerhalb seines Gewinnstrebens die kühle Kalkulation der Wirtschaftlichkeit seiner Rechtsverletzungen auf der Grundlage seiner mit den Fahrzeugen einhergehenden Verbrauchserwartung.

bb) *Unzumutbarkeit und Unbilligkeit der Vorteilsanrechnung.* Es erscheint bereits ein Ergebnis paradox, wonach ein gem. § 826 BGB haftender Motorenhersteller, der vorsätzlich gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen hat, ausgerechnet aus Billigkeitsgründen von seiner Schadensersatzhaftung im Wege der Vorteilsanrechnung wieder frei würde.⁵⁴ Genau hierzu führt aber eine Anrechnung vom Käufer eines Diesel-Pkw gezogener Nutzungen in Höhe der Fahrleistungen, wenn diese vom Umfang her der zu erwartenden Gesamtleistung entsprechen.⁵⁵

Bei wertender Betrachtung erscheint das andere Ergebnis, dass die Anrechnung zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers (VW) führen würde und deshalb dem Zweck der Ersatzpflicht nicht entspricht, richtig.⁵⁶ Unbillig erscheint es insbesondere, die dem geschädigten Käufer eines Diesel-Pkw nach dessen Schadensersatzverlangen und Angebot der Übergabe des Fahrzeugs Zug um Zug gleichsam aufgedrängten Nutzungen⁵⁷ anzurechnen. Denn hiernach steht es allein in der Entscheidung des Schädigers, den bis dahin zu beziffernden Schaden zu ersetzen. Dem geschädigten Käufer eines Diesel-Pkw im Hinblick darauf, dass er zur Durchsetzung seines Anspruchs erst prozessieren muss und während der Dauer des Rechtsstreits und des Annahmeverzugs des Schuldners schadensmindernd das Fahrzeug weiterbenutzt, den Anspruch aufzuehrend zu kürzen, erscheint schlicht unzumutbar. Anders wäre der geschädigte Diesel-Käufer gehalten, den Pkw stillzulegen. Hierdurch fielen zumindest Stellplatzkosten an. Der auf den Wagen angewiesene Berufspendler müsste für ein Ersatzfahrzeug sorgen, was erwartungsgemäß weitergehende Kosten verursachen würde, etwa die

42 Vgl. *Cantzel*, AcP 156, 29 (48) unter *Hinw. auf Heck*, *Grundriss des Schuldrechts*, 1929, 43.

43 Dagegen *Cantzel*, AcP 156, 29 (48).

44 *Cantzel*, AcP 156, 29 (51); vgl. *MuKoBGB/Oetker*, § 249 Rn. 233 „häufig nicht sachgerecht“; *Staudinger/Schiemann*, BGB, Neubearb. 2017, § 249 Rn. 139 f. mwN.

45 BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760.

46 BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760.

47 Vgl. *MuKoBGB/Oetker*, § 249 Rn. 233 mwN.

48 *StRspr.*, vgl. *BGH*, NJW 2007, 3130 (3132); *BGHZ* 136, 52 (54 f.) = NJW 1997, 2378; *BGHZ* 91, 206 (209 f.); *MuKoBGB/Oetker*, § 249 Rn. 234 mwN.

49 Vgl. *Palandt/Sprau*, Einf. v. § 823 BGB Rn. 1; zur Prävention als Folge der Schadenskompensation vgl. auch *BGHZ* 190, 145 = NJW 2012, 928.

50 Vgl. *Palandt/Sprau*, Einf. v. § 823 BGB Rn. 1; zur Prävention als Folge der Schadenskompensation vgl. auch *BGHZ* 190, 145 = NJW 2012, 928.

51 Vgl. *LG Heilbronn*, Ur. v. 22.5.2018 – 6 O 35/18, BeckRS 2018, 9511 Rn. 19, 26 f.; *LG Düsseldorf*, Ur. v. 9.2.2018 – 7 O 212/16, BeckRS 2018, 1444 – Profitinteresse.

52 Vgl. *LG Kiel*, Ur. v. 18.5.2018 – 12 O 371/17, BeckRS 2018, 8903 Rn. 44 „planmäßige Verschleierung“ gegenüber den Aufsichtsbehörden, den Verbrauchern und Mitbewerbern.

53 Vgl. *LG Krefeld*, Ur. v. 28.2.2018 – 7 O 10/17, BeckRS 2018, 3412 Rn. 43; *LG Duisburg*, Ur. v. 19.2.2018 – 1 O 178/17, BeckRS 2018, 1903 Rn. 37.

54 *LG Augsburg*, Ur. v. 14.11.2018 – 21 O 4310/16, BeckRS 2018, 33801; Ur. v. 5.12.2018 – 21 O 3267/17, BeckRS 2018, 33800; ebenso *Heese*, NJW 2019, 257 (261).

55 Vgl. zur Berechnung nach der Methode der linearen Teilwertabschreibung: *Wackerbarth*, NJW 2018, 1713.

56 Vgl. *BGH*, NJW 2007, 3130 (3132).

57 Vgl. zur aufgedrängten Nutzung des gemeinschaftlichen Hauses im Fall der Ehetrennung, wenn der im Haus verbleibende Ehegatte wirtschaftlich zur Übernahme von Gegenleistungen nicht in der Lage ist: *BGH*, NJW 1986, 1339 Rn. 10.

infolge der ausbleibenden Schadensersatzzahlung aufzuwendenden Kosten einer Finanzierung.⁵⁸ Demgegenüber erspart die Weiterbenutzung des Diesels dem Schädiger solche Schadensintensivierungen. Ein eigenes Verhalten des Geschädigten, zu dem er nicht aufgrund seiner Schadensabwendungs- und -minderungspflicht gem. § 254 II BGB verpflichtet ist, darf wegen des Grundsatzes, dass überpflichtgemäße Anstrengungen des Geschädigten den Schädiger nicht entlasten sollen, weder in die Schadensbilanz eingestellt werden noch braucht der Geschädigte es sich im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen zu lassen.⁵⁹

Bei einer Vorteilsanrechnung zugunsten des vorsätzlich sittenwidrig handelnden Herstellers, der mit seiner Täuschung zum Zweck der Kostensenkung, der Umgehung technischer Probleme und dem Erzielen von Wettbewerbsvorteilen zum Absatz seiner Fahrzeuge handelt, kommt dem Schädiger etwas zugute, was ihm wertmäßig nicht zusteht. Sie entlastet ihn unbillig, was mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), auf dem der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung letztlich beruht,⁶⁰ nach hier vertretener Ansicht nicht zu vereinbaren ist.

III. Zusammenfassung

Anders als bei den kaufrechtlichen Ansprüchen auf Rückabwicklung des Kaufvertrags kommt es bei den deliktischen Ansprüchen gem. §§ 826, 823 II BGB iVm § 263 StGB für die Diesel-Pkw-Käufer nicht auf die Vorschrift des § 346

BGB an. Eine Anrechnung gezogener Nutzungen kann auch nicht auf eine analoge Anwendung des § 346 BGB gestützt werden.

Bei den gegen den Hersteller der mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Dieselmotoren gerichteten Ansprüche gem. §§ 826, 823 II BGB iVm § 263 StGB beantwortet sich die Frage, ob vom Diesel-Pkw-Käufer gezogene Nutzungen seinen Schadensersatzanspruch aufzuehren, nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung.

Dabei ist eine pauschale Feststellung einer Überkompensation unzureichend. Vielmehr sind im einzelnen Schadensfall die widerstreitenden Interessen gerecht auszugleichen. Das dabei entscheidende Kriterium des wertenden Merkmals erfordert, dass eine Anrechnung dem Zweck der Ersatzpflicht entspricht und eine Anrechnung nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führt. Nach hier vertretener Ansicht dürfen jedenfalls solche Nutzungen den schädigenden Motorenhersteller nicht entlasten, die dem geschädigten Diesel-Käufer infolge der üblichen Weiterbenutzung des Diesel-Pkw während der Zeit des Annahmeverzugs zukommen. ■

⁵⁸ Vgl. *Pakstidt/Grüneberg*, § 254 BGB Rn. 43 mwN.

⁵⁹ Vgl. *BGHZ* 161, 389 = *NJW* 2005, 1047 (1049); *BGHZ* 55, 329 (332) = *NJW* 1971, 836.

⁶⁰ Vgl. *BGHZ* 91, 206 = *NJW* 1984, 2457; *OLG Brandenburg*, *Urt.* v. 31.8.2011 – 4 U 89/10, BeckRS 2011, 22618.

Professor Dr. Jan Lieder und Wiss. Mitarbeiter Martin Bialluch*

Brexit-Prophylaxe durch das 4. UmwG-ÄndG

Zum deutschen Vorstoß im Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung

Mit Blick auf das Schicksal, das tausenden britischen Limiteds mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland durch den Brexit droht, ermöglicht das Vierte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (4. UmwG-ÄndG) seit Beginn des Jahres eine grenzüberschreitende Verschmelzung EU/EWR-ausländischer Kapitalgesellschaften auf deutsche Personenhandelsgesellschaften. Der Beitrag beleuchtet die Hintergründe der Gesetzgebung und erläutert den Anwendungsbereich, das Umwandlungsverfahren und die auf den Brexit zugeschnittene Übergangsregelung. Er schließt mit einem Ausblick auf künftige Entwicklungen und einer Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse.

I. Gestaltungsmöglichkeiten im Vorfeld des Brexit

Die europäische Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 ff., 54 AEUV gewährleistet eine umfassende grenzüberschreitende Umwandlungsfreiheit in der Europäischen Union (EU)¹ und im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR).² Das Primärrecht determiniert insoweit die Gestaltungsfreiheit der nationalen Gesetzgeber. Ein unionsweit harmonisierter Regelungsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen existiert indes bisher nur in Teilen, namentlich für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (Art. 118 ff. GesRRL).³ Davon abgesehen besteht jedenfalls im Grundsatz Einigkeit darüber, dass sich Unternehmen vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit und ihrer Präzisierung durch die Rechtsprechung des *EuGH*⁴ im grenzüberschreitenden Kontext nach Belieben der umwandlungsrechtlichen Instrumentarien bedienen können.⁵

Schon ein flüchtiger Blick auf das 4. UmwG-ÄndG macht deutlich, dass es der jüngsten umwandlungsrechtlichen Neuregelung nicht um die umfassende Verwirklichung und rechts-sichere Ausgestaltung der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit geht. Rechtspolitischer Anlass der nur sehr punktuellen Änderungen im Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist stattdessen der bevorstehende Austritt des Vereinigten Königreichs (UK) aus der EU.⁶ Solange das UK als Mitgliedstaat anzusehen ist, sind grenzüberschreitende Formwechsel durch die *Cartesio/VALE*-Rechtsprechung des *EuGH* abgesichert, seit der Entscheidung *Polbud* auch als

* Der Autor *Lieder*, LL.M. (Harvard), ist Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg sowie Richter im zweiten Hauptamt am OLG Schleswig. Der Autor *Bialluch* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut.

¹ *Drinhausen in Semler/Stengel*, UmwG, 4. Aufl. 2017, Einleitung C Rn. 24 ff.; *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2017, 2225 (2233 f.).

² Vgl. die Parallelbestimmungen in Art. 31, 34 EWR-Vertrag.

³ RL 2017/1132/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. 2017 L 169, 46; dazu näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 22.

⁴ In der Gesamtschau *EuGH*, ECLI:EU:C:1988:456 = *NJW* 1989, 2186 – *Daily Mail*; ECLI:EU:C:1999:126 = *Slg.* 1999, I-1459 = *NJW* 1999, 2027 – *Centros*; ECLI:EU:C:2002:632 = *Slg.* 2002, I-9919 = *NJW* 2002, 3614 – *Überseeering*; ECLI:EU:C:2003:512 = *NJW* 2003, 3331 – *Inspire Art*; ECLI:EU:C:2005:762 = *Slg.* 2005, I-10825 = *NJW* 2006, 425 – *SEVIC*; ECLI:EU:C:2008:723 = *Slg.* 2008, I-9664 = *NJW* 2009, 569 – *Cartesio*; ECLI:EU:C:2012:440 = *NJW* 2012, 2715 – *VALE*; ECLI:EU:C:2017:804 = *NJW* 2017, 3639 – *Polbud*.

⁵ *Zust. Lieder/Bialluch*, *NorBZ* 2017, 209.

⁶ *Begr. RegE*, BT-Drs. 19/5463, 1 [7].

LG Augsburg: Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises in voller Höhe ohne Abzug von Nutzungsersatz für Käufer eines Fahrzeugs mit Motor mit Abgas-Manipulationssoftware

DAR 2019, 45

Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises in voller Höhe ohne Abzug von Nutzungsersatz für Käufer eines Fahrzeugs mit Motor mit Abgas-Manipulationssoftware

§§ 439, 826 BGB

Es widerspricht dem Gedanken des Schadensersatzes nach sittenwidriger Schädigung, wenn der Schädiger, der den Kaufpreis Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des betreffenden Fahrzeugs zu erstatten hat, Nutzungsersatz in Abzug bringen könnte. (Leitsatz der Redaktion)

LG Augsburg, Urteil vom 14.11.2018 (021 O 4310/16)

Sachverhalt:

1. Der Kl. begehrt Rückabwicklung eines vom sog. Dieselskandal betroffenen Kaufvertrags über den streitgegenständlichen Pkw.

Der Kl. erwarb Mitte 2012 das streitgegenständliche Fahrzeug zu einem Kaufpreis i. H. v. 29.907,66 € bei der Bekl. zu 1). Nach Zahlung des Kaufpreises wurde das Fahrzeug am 22.6.2012 an den Kl. ausgeliefert. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet und erfüllt nicht die Voraussetzungen der Euro 5-Norm. Deshalb forderte der Kl. die Bekl. zu 1) mit Schreiben vom 27.7.2016 auf, die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs aufgrund der eingebauten Software bis zum 10.8.2016 anzuerkennen und den Mangel zu beheben bzw. beheben zu lassen. Gleichzeitig wurde die Bekl. zu 1) aufgefordert, das dem Kl. zustehende Recht auf Minderung bzw. den Anspruch auf Schadensersatz bzgl. der eingebauten Manipulationssoftware schriftlich bis zum 10.8.2016 anzuerkennen. Nach Klageeinreichung am 20.12.2016 erklärte der Kl. mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 29.8.2018 den Rücktritt von dem Kaufvertrag aus dem Jahre 2012.

II. Der Kl. behauptet, das streitgegenständliche Fahrzeug sei bereits bei Übergabe mangelhaft gewesen, weil es unstrittig die Schadstoffgrenzwerte der Euro 5-Norm nicht erreichte. Deshalb stünden dem Kl. gegen die Bekl. zu 1) vertragliche Schadensersatzansprüche zu, wobei eine Fristsetzung nach §§ 440, 281 Abs. 1 und 2 BGB entbehrlich gewesen sei.

Gegenüber der Bekl. zu 2) – der Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs – stünden dem Kl. deliktische Schadensersatzansprüche zu, denn der Einbau der Manipulationssoftware stelle ein deliktisches und sittenwidriges Verhalten dar. Jedenfalls ggüb. der Bekl. zu 2) habe der Kl. auch keine Nutzungsentschädigung zu leisten, denn die Typengenehmigungen für die vom Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge seien kraft Gesetzes erloschen, weil mit dem Einbau verbotener Abschaltvorrichtungen eine Änderung ggüb. dem genehmigten Fahrzeugtyp vorgenommen wurde, durch die das Abgasverhalten verschlechtert wird. Die von der Bekl. zu 2) verschuldete illegale Nutzung der Fahrzeuge brauche sich der Kl. nicht anrechnen zu lassen.

III. Der Kl. hatte ursprünglich u. a. folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagtenparteien verpflichtet sind, der Klägerpartei Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs VW Golf Plus 1,6 TDI, die Beklagtenpartei zu 2) resultieren.

2. Es wird festgestellt, dass der Klägerpartei gegen die Beklagtenpartei zu 1) ein Minderungsrecht aus dem mit der Beklagtenpartei zu 1) geschlossenen Kaufvertrag über das im Klageantrag Ziffer 1. genannte Fahrzeug zusteht.

Zuletzt beantragt der Kl. u. a.:

1. Die Bekl. werden verurteilt, an die Klagepartei 29.907,66 € nebst Zinsen zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw VW Golf Plus Trendline 1,6 TDI.

IV. Die Bekl. zu 1) behauptet, das streitgegenständliche Fahrzeug sei nicht mangelhaft, denn eine Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit liege nicht vor. Der von dem Kl. gerügte Mangel könne durch das Aufspielen eines Software-Updates behoben werden. Danach hafte dem

46

LG Augsburg: Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises in voller Höhe ohne Abzug von Nutzungersatz für Käufer eines Fahrzeugs mit Motor mit Abgas-Manipulationssoftware (DAR 2019, 45)

streitgegenständlichen Fahrzeug auch kein merkantiler Minderwert an. Jedenfalls aber habe der Kl. Nutzungersatz zu leisten. Die zuletzt von dem Kl. gestellten Anträge seien bereits deshalb unbegründet, weil das klägerische Wahlrecht zwischen Rücktritt und Minderung des Kaufvertrags bereits erloschen sei. Deliktische Ansprüche gegen die Bekl. zu 1) seien nicht gegeben, denn die Bekl. zu 1) müsse sich ein etwaiges deliktisches Verhalten der Bekl. zu 2) nicht zurechnen lassen.

Die Bekl. zu 2) ist der Ansicht, das LG Augsburg sei im Hinblick auf die gegen die Bekl. zu 2) erhobene Klage nicht zuständig. Die erhobene Klage sei aber jedenfalls unbegründet, denn der Bekl. zu 2) könne eine Täuschung über Abgaswerte oder ein sittenwidriges Verhalten nicht nachgewiesen werden.

Die Klage war ggüb. der Bekl. zu 2) erfolgreich.

Aus den Gründen:

II. Die Klage ist nur gegenüber der Bekl. zu 2) begründet.

1. Der Kl. hat ggüb. der Bekl. zu 2) einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. Ggüb. der Bekl. zu 2) liegt keine unzulässige Änderung der Ausübung eines Gestaltungsrechts vor, denn die ursprünglich gegen die Bekl. zu 2) gerichteten Anträge und die zuletzt gestellten Anträge sind beide auf Schadensersatzansprüche wegen deliktischen Handelns gerichtet. Der Bekl. zu 2) ist auch ein sittenwidriges Verhalten vorzuwerfen. Es ist inzwischen allgemein bekannt und unstrittig, dass die Bekl. zu 2) in Dieselmotoren des Typs EA 189 eine Manipulationssoftware eingebaut hat, die zur Manipulation von Abgasgrenzwerten führte. Dieses Verfahren zielte darauf ab, Umsatzzahlen und im Ergebnis eigenen Gewinn der Bekl. zu 2) durch Täuschung der Kunden zu erzielen. Dieses Vorgehen der Bekl. zu 2) wurde massenhaft angewendet. Dies stellt ein sittenwidriges Verhalten i. S. v. § 826 BGB dar. Gegenüber der Bekl. zu 2) ist der Kl. auch nicht zum Nutzungersatz verpflichtet (vgl. EuGH, DAR 2008, 328 m. Anm. Lorenz), denn dies widerspräche dem Gedanken des Schadensersatzes nach sittenwidriger Schädigung.

Der Antrag auf Feststellung; dass sich die Bekl. zu 2) mit der Rücknahme des im Klageantrag genannten Pkw im Annahmeverzug befindet, war zurückzuweisen, denn gegenüber der Bekl. zu 2) hat der Kl. das streitgegenständliche Fahrzeug nicht in einer Annahmeverzug begründenden Weise angeboten. Insoweit geht das Gericht allerdings von einer geringfügigen Zuvielforderung i. S. v. § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ggüb. der Bekl. zu 2) aus.

Die geltend gemachten Zinsen sind nach § 291 BGB begründet.

2. Gegenüber der Bekl. zu 1) ist die Klage unbegründet, denn ihr gegenüber hatte der Kl. sowohl vorgerichtlich als auch mit den ursprünglichen Klageanträgen Minderung geltend gemacht. Der zuletzt von dem Kl. ggüb. der Bekl. zu 1) gestellte Antrag auf Rückabwicklung des Kaufvertrags nach erklärtem Rücktritt ist unbegründet, denn Rücktritt und Minderung schließen einander aus. Deshalb ist ein Übergang von der Minderung zum Rücktritt nicht möglich. Deliktische Ansprüche sind ggüb. der Bekl. zu 1) nicht gegeben, denn sie muss sich etwaiges Verhalten der Bekl. zu 2) nicht zurechnen lassen.

3. Vorgerichtliche .Rechtsanwaltskosten gegen die Bekl. zu 1) scheiden mangels eines begründeten Hauptanspruchs aus. Ggüb. der Bekl. zu 2) ist eine vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit der Klägervorteiler nicht nachgewiesen.

DAR-Hinweis:

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

Anmerkung

Von der Boulevardpresse als „bahnbrechend“ bzw. als „Hammer-Urteil“ apostrophiert, erweist sich die Entscheidung der 2. Zivilkammer des LG Augsburg bei näherem Hinsehen als Rohrkrepiere. Auslöser ist die Klage eines Verbrauchers gegen den Verkäufer eines neuen VW Golf mit Motor EA189 sowie gegen dessen Hersteller.

Die zuletzt auf Rückabwicklung gerichtete Klage gegen den Verkäufer hat das LG mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe vorgerichtlich wie auch mit seinem ursprünglichen Klageantrag Minderung geltend gemacht, daran sei er gebunden, ein Übergang zum Rücktritt ausgeschlossen. Womöglich hat dem Gericht die Entscheidung des BGH vom 9.5.2018 (DAR 2018, 564) vor Augen gestanden, der zufolge ein wirksam ausgeübtes Minderungsrecht einen Wechsel zum großen Schadenersatz bzw. zum Rücktritt ausschließt, ebenso ein Nebeneinander dieser Rechte bzw. Ansprüche. Die Betonung liegt auf „wirksam“. Eine unwirksame Minderungserklärung hat keinerlei Gestaltungswirkung und deshalb auch keine Bindungswirkung. Ob das Minderungsverlangen des Klägers wirksam gewesen ist, wird vom LG nicht geprüft, sondern schlicht unterstellt. Doch das ist hier nicht der Punkt.

Aufhorchen lässt die Entscheidung in einem anderen Punkt. Und das ist prima vista in der Tat ein „Hammer“. Der Hersteller wird nach § 826 BGB zum Schadensersatz in Höhe des vollen Kaufpreises verurteilt. Eine Kürzung im Umfang der gezogenen Nutzungen lehnt das LG mit einer doppelten Begründung ab. Zum einen wird auf die Quelle-Entscheidung EuGH DAR 2008, 328 verwiesen. Zum anderen und wohl als Hauptargument wird gesagt, ein Nutzungersatz widerspreche dem Gedanken des Schadensersatzes nach sittenwidriger Schädigung.

Weder der eine noch der andere Gedanke ist tragfähig. Nur im Fall der Ersatzlieferung nach § 439 Abs. 1 BGB wird ein Verbraucher seit der Quelle-Entscheidung von der Pflicht zum Nutzungswertersatz freigestellt (§ 474 Abs. 5 S. 1 BGB aF = 475 Abs. 3 S. 1 BGB nF). Schon beim Rücktritt gilt auch bei einem Verbrauchsgüterkauf die Normallage (BGH DAR 2009, 692), ebenso beim großen Schadensersatz. Gezogene Nutzungen (Gebrauchsvorteile) muss sich auch ein Verbraucher anrechnen lassen.

Gilt dies auch für einen vorsätzlich sittenwidrig Geschädigten? Klare Antwort: ja. Ansatz ist der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung. Vorsätzliches Tun, selbst eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung, schließt eine Anrechnung von Gebrauchsvorteilen nicht aus, so die gefestigte BGH-Rspr. in Betrugsfällen beim Gebrauchtwagenkauf (NJW 1962, 1909; NJW 1964, 39; NJW 1972, 36). § 393 BGB steht dem nicht entgegen, weil es nicht um eine Aufrechnung, sondern um eine Anrechnung per Vorteilsausgleich geht. Auch ein Betrüger oder Schädiger i. S. d. § 826 BGB kann

nicht auf einen neuen Prozess verwiesen werden, um dort seine Gegenansprüche geltend zu machen.

Bleibt die Frage, ob die Anrechnungspflicht angesichts der besonderen Dimension des VW-Diesel-Skandals normativ zu Gunsten der Käufer zu korrigieren ist, immer vorausgesetzt, dass die Herstellerhaftung nach § 826 BGB, § 831 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetzverstoß in trockenen Tüchern ist. Da an der Adäquanz des Vorteils kein Zweifel bestehen kann, kommen für eine Korrektur nur die extrem wertungsoffenen Kriterien der Zumutbarkeit für den Geschädigten bzw. der unangemessenen Entlastung des Schädigers in Betracht, also reine Billigkeitsgesichtspunkte. Insoweit kann man in VW-Diesel-Fällen (EA189) durchaus geteilter Meinung sein. Man muss sie nur nachvollziehbar begründen. Das LG Augsburg hat es nicht einmal versucht. Für andere Gerichte ist die Anrechenbarkeit auch bei deliktischer Haftung von VW u. a. so selbstverständlich, dass sie auf eine Begründung verzichten (aus jüngster Zeit z. B. LG Frankfurt/M., 12.11.18, 2-33 O 192/18, juris; LG Trier, 31.10.18, 5 O 114/18, juris; LG Köln, 12.10.18, 2 O 102/18, juris; LG Stuttgart, 14.8.18, 23 O 80/18, juris). Nähere Ausführungen, auch zum Verbraucherschutzaspekt, finden sich im Urteil des LG Potsdam vom 12.10.18, 6 O 101/18, juris. Das Ergebnis auch hier: Vorteilsausgleich ja.

Anschlussfrage: Wie ist der anrechenbare Vorteil zu berechnen? Nach der für den Rücktritt, den großen Schadensersatz und den Bereicherungsausgleich anerkannten linearen Wertschwundformel oder nach einer alternativen, für den Käufer womöglich günstigeren Berechnungsweise? Auch in diesem Punkt sind sich die Gerichte einig: Anrechnung wie in Rücktrittsfällen. Der BGH hat diese Methode für den Vorteilsausgleich beim großen Schadensersatz gem. § 463 BGB aF anerkannt (WM 1995, 1145 unter III). Sie im Rahmen der Deliktshaftung auszublenden, ist erwägenswert, letztlich aber nicht zu befürworten.

Auf dem Boden der h. M. stellen sich weitere Fragen: Ist bei „illegaler“ Nutzung wenigstens ein Abschlag zu machen? Und wie ist

LG Augsburg: Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises in voller Höhe ohne Abzug von Nutzungersatz für Käufer eines Fahrzeugs mit Motor mit Abgas-Manipulationssoftware (DAR 2019, 45)

47



es mit einer Begrenzung auf den Wertverlust/Zeitwert? Eine Frage, die sich spätestens nach erfolgreicher Musterfeststellungsklage bei Individualklagen vermehrt stellen wird (zum Problem Wackerbarth, NJW 2018, 1713).

Fazit: Auch bei deliktischer Haftung eines Herstellers aus § 826 BGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB sind gezogene Nutzungen entgegen LG Augsburg anrechenbar. Ein Eigenabzug ist keine Schlüssigkeitsvoraussetzung. Der Hersteller muss den Vorteilsausgleich von sich aus geltend machen; übrigens auch die Rückgabe des mangelhaften Fahrzeugs. Auch dies ist eine Frage des Vorteilsausgleichs. Aus Kostengründen ist Käufern zu empfehlen, beide Punkte schon bei der Formulierung des Klageantrags zu berücksichtigen. Die bis zur Klageeinreichung gefahrenen Kilometer sollten also bereits beim Klagebetrag abgesetzt werden (Kaufpreis ./- Km-Geld). Andernfalls drohen erhebliche Kostennachteile. Das LG Siegen hat eine Klage aus § 826 BGB sogar komplett abgewiesen. Begründung: Der Kläger habe die Schadensberechnung vereitelt, weil er den Km-Stand per letzter mündlicher Verhandlung nicht mitgeteilt habe (Urt. v. 23.3.18, 2 O 317/17, juris). So geht es natürlich auch nicht.

Dr. **Christoph Eggert, Vors. Richter am OLG a. D.**

Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB durch unzulässige Abschalteinrichtung („Abgasskandal“)

BGB §§ 31, 249 I, 295, 434 I 2, 826; StGB § 263

- 1. Ist das erworbene Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet, liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Käufers vor.**
- 2. Der Schaden des Käufers liegt in dem Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags über ein mangelhaftes Fahrzeug, unabhängig von einer zwischenzeitlichen technischen Überarbeitungsmöglichkeit („Software-Update“).**
- 3. Der Käufer hat einen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises abzüglich erlangter Gebrauchsvorteile für die Nutzung des Fahrzeugs. (Leitsätze der Verfasserin)**

LG München I, Urteil vom 25.10.2018 – 29 O 2250/18, BeckRS 2018, 40367

Prof. Dr. Sabine Otte-Gräbener, LL. M., Hochschule Düsseldorf

Sachverhalt

Die Klägerin erwarb bei der Beklagten als Verkäuferin und Herstellerin einen Pkw der Marke VW Sharan, der mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet war. Diese Abschalteinrichtung führte dazu, dass die zulässigen Stickoxidgrenzwerte nur im Prüfzyklus, nicht aber im Straßenbetrieb eingehalten wurden (sog. „Abgasskandal“). Die Beklagte entwickelte daraufhin eine technische Überarbeitungsmöglichkeit in Form eines Software-Updates, nach dessen Einspielen das Fahrzeug nur noch über einen einheitlichen Betriebsmodus verfügen würde.

Die Klägerin machte gegen die Beklagte u. a. einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs geltend.

Entscheidung

Das LG München I gab dem Anspruch der Klägerin aus § 826 i. V. m. § 31 BGB statt, allerdings nur abzüglich erlangter Gebrauchsvorteile für die Nutzung des Fahrzeugs.

Nach Auffassung des Gerichts hat die Beklagte der Klägerin in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden gem. § 826 BGB zugefügt. Der Schaden der Klägerin liege in dem Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags über ein Fahrzeug, das aufgrund der unzulässigen Abschalteinrichtung mit einem Sachmangel i. S. d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB behaftet sei. An dem Schaden in Form des ungewollten Vertragsschlusses ändere sich auch durch die zwischenzeitliche technische Überarbeitungsmöglichkeit („Software-Update“) des Fahrzeugs nichts, da sich ein arglistig getäuschter Käufer einer mangelhaften Sache nicht auf eine Beseitigung des Mangels verweisen lassen müsse. Das schädigende Verhalten der Beklagten sei als sittenwidrig i. S. d. § 826 BGB einzustufen, da sie ihre Kunden planmäßig unter Geheimhaltung einer bewusst eingebauten Funktion zur Manipulation der Emissionswerte bei ihrer Kaufentscheidung getäuscht habe, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Zudem habe sie auch im Hinblick auf den eingetretenen Schaden vorsätzlich gehandelt: Die Beklagte treffe hinsichtlich der Frage, welches ihrer Organe Kenntnis von der Manipulation der Software hatte und das Inverkehrbringen veranlasst hat, eine sekundäre Darlegungslast.

Allerdings müsse sich die Klägerin die erlangten Gebrauchsvorteile für die Nutzung des Fahrzeugs auf ihren Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises anrechnen lassen, um eine Überkompensation zu vermeiden.

Praxishinweis

Das Urteil des LG München I reiht sich in die jüngste Flut instanzgerichtlicher Entscheidungen im Zusammenhang mit dem „VW-Abgasskandal“ ein. Insbesondere aufgrund der kurzen Verjährung von Ansprüchen gegen den Verkäufer (§ 438 I Nr. 3 BGB) sind jüngst deliktische Ansprüche gegen den Hersteller (v. a. aus § 826 BGB, aber auch aus § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB bzw. i. V. m. §§ 6, 27 I EG-FGV) in den Vordergrund gerückt.

Das LG München I hat zutreffend aus § 826 BGB einen Anspruch auf Ersatz des Schadens bejaht, der der Klägerin durch den Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags über ein mangelhaftes Fahrzeug entstanden war. Dieses Urteil fügt sich stringent in die Linie der überwiegenden instanzgerichtlichen Rspr. ein (vgl. nur LG Stuttgart, Urt. v. 17.1.2019, BeckRS 2019, 271; a. A. die herstellerfreundliche Rspr. des OLG Braunschweig, Urt. v. 19.2.2019, BeckRS 2019, 2737). Mangels höchstrichterlicher Rspr. besteht derzeit jedoch ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit über die Frage, ob dem Käufer eines Pkw mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ein deliktischer Anspruch gegen den Hersteller zusteht.

Im Einklang mit der überwiegenden instanzgerichtlichen Rspr. hat das LG München I Vermögensvorteile in Form gezogener Fahrzeugnutzung auf den Ersatzanspruch angerechnet. Eine solche Vorteilsanrechnung überzeugt nicht, da sie zu einer unbilligen Entlastung des arglistig täuschenden Schädigers führen würde (so auch Heese, NJW 2019, 257, 261; LG Augsburg, Urt. v. 5.12.2018, BeckRS 2018, 3380).

Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge?

Von Prof. Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale), Regensburg*

Die Hersteller der manipulierten Diesel-Kraftfahrzeuge haften den Käufern (jedenfalls) aus § 826 BGB auf Schadensersatz. Dass daran kein ernsthafter Zweifel bestehen kann, hat das OLG Köln unlängst mit aller Deutlichkeit bestätigt. Als Gretchenfrage im sogenannten Dieselskandal verbleibt die schadensmindernde Anrechnung von Nutzungen zugunsten der Hersteller. Während die überwiegende Instanzrechtsprechung von einer solchen Anrechnung bisher noch wie selbstverständlich ausgeht, ist das LG Augsburg dem im Ergebnis zutreffend entgegengetreten. Denn nach vorzugswürdigem Verständnis ist von einer Vorteilsausgleichung aus Gründen der Haftungsprävention vorliegend abzusehen.

A. Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge

I. Herstellerhaftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, § 826 BGB

Die Hersteller der manipulierten Diesel-Kraftfahrzeuge¹ haften den Käufern auf Schadensersatz. Auf diesen Sachverhalt kommt mit § 826 BGB nicht nur der schwerste Haftungsvorwurf zur Anwendung, den das deutsche Zivilrecht kennt; die Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung ist nachgerade offensichtlich²: Das Inverkehrbringen der manipulierten Fahrzeuge erfüllt den Tatbestand der Sittenwidrigkeit. Denn es erfolgte mit dem Ziel, den ahnungslosen Primär- und Sekundärmarkt zu veranlassen, die von der Entziehung der Typenzulassung potenziell bedrohten Fahrzeuge an unwissende Käufer zu vertreiben. Triebfeder des planmäßigen und systematischen „Betrugs“ gegenüber Behörden und Kunden dürften die Gewinnerzielung und das regelwidrige Erschleichen von Wettbewerbsvorteilen gewesen sein.³ Die möglichen Konsequenzen für die Käufer dürfte den Herstellern bekannt und einerlei gewesen sein, namentlich das auf der Hand liegende Risiko des Verlusts der bestimmungsgemäßen Gebrauchsfähigkeit der Fahrzeuge aufgrund behördlichen Einschreitens. Dafür spricht auch, dass die Hersteller die Fahrzeuge zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen nicht *ad hoc* nachbessern konnten, sondern ein Softwareupdate zur Vermeidung der Stilllegung sämtlicher Fahrzeuge im Nachgang zu dem Bekanntwerden des Dieselskandals erst langwierig entwickeln mussten.

Der haftungsbegründende Schaden des Käufers liegt im Abschluss des in diesem Zeitpunkt für einen – jeden! – vernünftigen Käufer nachteiligen Vertrags⁴; darauf, ob das Fahrzeug im Erwerbszeitpunkt auch objektiv weniger wert war bzw. ohne Wertverlust wiederverkäuflich gewesen wäre, kommt es haftungsbegründend nicht an⁵. Die Hersteller handelten sowohl im Hinblick auf diese Schadenszufügung als auch auf die dem Sittenwidrigkeitsurteil zugrunde liegenden Tatsachen vorsätzlich. Dass die verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Hersteller in die planmäßige Manipulation der Motorsteuerungen selbst nicht wenigstens eingeweiht waren, erscheint eher unwahrscheinlich⁶; ungeachtet dessen greift im Ergebnis die Wissenszurechnung durch⁷.

Der Erwerb eines manipulierten Fahrzeugs beruht zweifelsfrei auch ursächlich auf dem sittenwidrigen Inverkehrbringen. Denn aus dem vorsätzlichen Ausgangsverhalten erwächst zugleich eine entsprechende Aufklärungspflicht der Hersteller, die diese gegenüber jedem Käufer schulden, der eines der manipulierten Fahrzeuge am Primär- oder am Sekundärmarkt erwirbt.⁸ Für den Käufer streitet dabei die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.⁹ Denn schon angesichts der im

Erwerbszeitpunkt bestehenden Risiken um die bestimmungsgemäße Gebrauchsfähigkeit der Fahrzeuge hätte bei gehöriger Aufklärung kein vernünftiger Käufer ein solches Fahrzeug überhaupt, wenigstens nicht ohne erheblichen Preisnachlass, erworben.¹⁰ Ob sich die (umweltbewussten) Käufer darüber hinaus auch in besonderer Weise auf die Einhaltung der gesetzlichen oder der herstellerseitig ausgewiesenen Abgaswerte verlassen haben¹¹, ist sodann nicht weiter entscheidend. Dementsprechend schulden die

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

124

Hersteller den Käufern allemal Schadensersatz in Höhe des aufgewendeten Kaufpreises; das erworbene Fahrzeug ist dann im Wege der Vorteilsausgleichung herauszugeben¹². Hat der Käufer das Fahrzeug zwischenzeitlich weiterveräußert, schadet das dem Anspruch nicht; der Käufer muss sich lediglich den erhaltenen Kaufpreis anrechnen lassen¹³.

Der Abschluss des Kaufvertrags entspricht dem für die Begründung der Haftung maßgeblichen Zeitpunkt; haftungsrechtlich ohne Relevanz bleibt daher sämtliches Nachtatverhalten der Hersteller. Das gilt insbesondere für das den Käufern aufgezwungene und hinsichtlich seiner Wirkungen und möglichen Folgeschäden höchst umstrittene Softwareupdate.¹⁴ Auf die Idee, der Käufer könnte gar treuwidrig handeln, wenn er an seinem Schadensersatzbegehren auch noch nach dem Aufspielen des Softwareupdates festhält, kann man im Grunde nicht kommen.¹⁵ Das hätte ungefähr den Charme, einem unter dem Gesichtspunkt der Risikotragung fehlerhaft beratenen Kapitalanleger die schadensersatzmäßige Rückabwicklung des Anlagenerwerbs zur verweigern, weil die Anlage zwischenzeitlich einmal im Wert gestiegen sei.¹⁶

II. Haftung aus § 826 BGB leichter Hand und keine Zulassung der Revision – die Zwischenbilanz des OLG Köln

Mit Beschluss vom 03.01.2019 hat das *OLG Köln* das, wie schon zahlreiche Instanzgerichte zuvor, im Ergebnis genauso gesehen.¹⁷ Es handelt sich wohl um die erste, die Berufungsinstanz abschließende Entscheidung eines Oberlandesgerichts zur Herstellerhaftung seit Bekanntwerden des Dieselskandals im September 2015. Diese Entscheidung kam etwas unerwartet. Schließlich hatten die Hersteller es bis dahin offenbar konsequent darauf angelegt, den Erlass solcher obergerichtlicher Rechtsprechung wenigstens durch vergleichweisen Freikauf zu vermeiden.¹⁸ Die Entscheidung des *OLG Köln* schließt mit der durchaus beeindruckenden Feststellung, dass der Sachverhalt „keine ungeklärten Rechtsfragen aufwirft und [...] sich unter Rückgriff auf die höchstrichterliche Rechtsprechung ohne weiteres entscheiden“ lässt.¹⁹ In dieser Deutlichkeit war zuvor nur der Verfasser dieses Beitrags hervorgetreten.²⁰ Der Entscheidung ist dennoch nicht vollumfänglich zuzustimmen. Denn es war gänzlich verfehlt, dass das Gericht eine Berufung des Herstellers gegen eine Verurteilung aufgrund von § 826 BGB nur beschlussmäßig ohne mündliche Verhandlung nach § 522 ZPO behandelt und die beantragte Zulassung der Revision zum BGH nach Zurückweisung der Berufung verweigert hat.

Neben einer Vielzahl bundesweit anhängiger Individualklagen steht immerhin die erste Verbrauchermusterfeststellungsklage inzwischen mit mehr als 400.000 Beteiligten zur Verhandlung vor dem *OLG Braunschweig* an.²¹ Im Nachgang zum *OLG Köln* hat das *Braunschweiger OLG* in einem Individualrechtsstreit unlängst gegenteilig entschieden²². Mit Rücksicht auf die zuvor schon sehr auffallend herstellerfreundliche Linie der am Sitz des VW-Mutterkonzerns beheimateten *Braunschweiger Gerichte*²³ musste für das *OLG Köln* doch auf der Hand liegen, dass es zur

Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) dringend einer Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* bedarf. Daran ändert sich nichts dadurch, dass vergleichbare Fragen der Haftungsbegründung in anderen Zusammenhängen, insbesondere im Kontext der Kapitalanlegerberatung, bereits geklärt sind.

Schließlich wird sich sogleich zeigen, dass die Rechtslage bei der *Berechnung* des Schadens noch längst nicht geklärt ist. Die Frage, ob und ggf. wie die Vorteilsausgleichung im Hinblick auf die zeitweise Nutzung der Kraftfahrzeuge durch die Käufer zur Anwendung kommen kann, ist höchstrichterlich bisher nicht explizit behandelt worden. Dagegen drängt sich der Gedanke der Verhaltensprävention gegenüber eines solchen systematischen „Absatzbetrugs“ am Markt geradezu auf. Die Rechtssache hat nach richtigem Verständnis damit insgesamt auch grundsätzliche Bedeutung, § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Freilich wäre eine Revision des beklagten Herstellers nicht unbedingt zu erwarten gewesen; vermutlich hätte dieser sie wenigstens im Angesicht eines drohenden Prozessverlusts – wieder einmal²⁴ – zurückgenommen.

B. Nutzungsentschädigung als Gretchenfrage der Herstellerhaftung

I. Problemaufriss

Die Gretchenfrage bei der Herstellerhaftung ist tatsächlich nicht die nach der *Haftungsbegründung*, sondern vielmehr die nach der *Schadensberechnung*. Erhält ein Käufer den auf den unerwünschten Vertrag geleisteten Kaufpreis gegen Rückgabe des Fahrzeugs im Wege des Schadensersatzes voll zurück oder muss er sich auf seinen Schaden auch noch eine Nutzungsentschädigung für die gefahrenen Kilometer anrechnen lassen (und wenn ja, nach Maßgabe welcher Bemessungskriterien)? Die Antwort

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

125

auf diese Frage wirkt über die bloße Schadensberechnung weit hinaus. Sie ist geeignet, das Verhalten sowohl auf Käufer- wie auf Herstellerseite erheblich zu beeinflussen.

Die große Mehrzahl der deutschen Käufer manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge hat von der Durchsetzung ihrer begründeten Ansprüche abgesehen. Nur um einen Bruchteil der etwa allein vom VW-Konzern abgesetzten 2,4 Millionen Fahrzeuge wird derzeit vor Gericht gestritten. Der Grund dafür ist sicherlich zunächst einmal in den erheblichen Unzulänglichkeiten des deutschen Zivilprozessrechts zu suchen²⁵, auf die der Gesetzgeber mit der Einführung der Verbrauchermusterfeststellungsklage aus Anlass des Dieselskandals wiederum nur unzulänglich reagiert hat²⁶. Im Übrigen wird ein nicht unbeträchtlicher Anteil der Käufer vermutlich schon deshalb von einer Klage abgesehen haben, weil der Eindruck vermittelt wurde, sie hätten nach geltender Dogmatik im Erfolgsfall die zwischenzeitliche Nutzung des Fahrzeugs wohl in nicht unerheblicher Höhe „zu vergüten“.

Die Hersteller haben umgekehrt ein erhebliches Interesse daran, dass sich die Rechtsdurchsetzung der wenigen klagewilligen Käufer möglichst lange hinauszögert, wenn mit jedem mit dem erworbenen Fahrzeug – notgedrungen – weiter gefahrenen Kilometer der den Käufern zustehende Schadensersatzanspruch schmilzt. Hinzu kommt, dass sich die Haftung auf Kaufpreiszahlung gegen Fahrzeugherausgabe *und* Anrechnung gezogener Nutzungen unter dem Gesichtspunkt des die Hersteller allein interessierenden Warenabsatzes, rein wirtschaftlich gesehen, als durchaus äquivalentes Umsatzgeschäft darstellen könnte. Wenn die Hersteller nun aber trotz der Haftung

wegen eines sittenwidrig vorsätzlich herbeigeführten Warenabsatzes wirtschaftlich praktisch gleich oder auch nur unwesentlich schlechter stehen, wie werden sich diese – und andere Hersteller anderer Produkte – dann künftig wohl am Markt verhalten?

II. Überblick über den Stand der Diskussion

Die ganz überwiegende Mehrzahl der Instanzgerichte rechnet die vom Käufer gezogenen Nutzungen bisher tatsächlich und dabei wohl nicht immer ganz reflektiert²⁷ schadensmindernd an. Die Gerichte machen insoweit keinen Unterschied zwischen der gewährleistungsrechtlichen Haftung des *ohne Vorsatz* handelnden Fahrzeugverkäufers und des *arglistig* agierenden Herstellers²⁸ und legen die allgemein bei der Rückabwicklung von Fahrzeugkäufen übliche Berechnungsformel auch im Rahmen von § 826 BGB zugrunde: Gebrauchsvorteil = Bruttokaufpreis multipliziert mit den gefahrenen Kilometern und dividiert durch die erwartete Gesamtfahrleistung (bzw. bei Gebrauchtfahrzeugen durch die voraussichtliche Restlaufleistung)²⁹. Dass die Gerichte die Nutzungsentschädigung auf der Grundlage des *Bruttokaufpreises* berechnen, muss dabei besonders betont werden. Schließlich war dieser im Erwerbszeitpunkt angesichts der Manipulation und den sich daraus ergebenden Verwendungsrisiken objektiv doch wohl (deutlich) überhöht.

Demgegenüber sorgte die 21. Zivilkammer des *LG Augsburg* mit zwei Einzelrichterentscheidungen unlängst für Aufsehen, indem sie die Anrechnung von Nutzungen vollumfänglich verneint hat und dies sowohl ohne Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Instanzrechtsprechung als auch mit denkbar knapper Begründung: „Dies würde zu einer unangemessenen und damit treuwidrigen Entlastung eines deliktisch handelnden Schädigers führen“³⁰. Wer nun allerdings meint, mit dem Einzelrichter am *Augsburger Landgericht* seien die Pferde durchgegangen, der irrt sich. Dieser liegt, wie der Verfasser andernorts bereits bemerkt hat³¹, mit seiner Einschätzung gerade richtig; man hätte sich freilich etwas mehr Substanz in der Begründung gewünscht.

Die Suche nach der Antwort auf die Frage nach Nutzungsersatz im Dieselskandal ist nämlich noch längst nicht beim (vermeintlichen) Dogma vom schadensrechtlichen Bereicherungsverbot beendet; sie führt geradewegs weiter zu seiner Einschränkung, um andernfalls bestehende unerwünschte Fehlanreize für künftiges vorsätzliches Herstellerverhalten zu vermeiden. Der für die Gewährleistung der Präventionsfunktion des Deliktsrechts zentrale Steuerungsgedanke gewinnt dabei nicht nur in der wissenschaftlichen Diskussion zunehmend Anhänger; er ist auch in der Rechtsprechung des BGH längst angekommen und mit dem Institut der Vorteilsausgleichung nach richtigem Verständnis seit jeher aufs Engste verknüpft.

C. Grundlagen und Grenzen der Vorteilsausgleichung

I. Konstruktive Verortung und normative Konturierung

1. Vorteilsausgleichung gem. § 242 BGB unter Rechtfertigungsvorbehalt

Nach der dem Schadensersatzrecht zugrunde gelegten Differenzhypothese kann der Geschädigte bekanntlich verlangen, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte.³² Wenn dem verbreitet unter dem Schlagwort des „Bereicherungsverbots“ hinzugesetzt wird, dass der Geschädigte zwar keinen Nachteil, umgekehrt aber auch keinen Vorteil aus dem Eingriff in seine rechtlich geschützten Interessen ziehen soll, dann ist das bereits unrichtig. Denn bei konsequenter Umsetzung dieses Gedankens wäre zugunsten des Schädigers jeder Vorteil auf den Vermögensnachteil anzurechnen – und das vertritt dann tatsächlich auch nieman.³³ Umgekehrt wird eine Besserstellung des Geschädigten ohne vernünftigen Grund ebenso nicht befürwortet. Das, so der BGH, wäre „unbillig“³⁴.

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

In der Literatur wird die Grundlage für die schadensmindernde Anrechnung von Vermögensvorteilen häufig in der Differenzhypothese selbst gesehen. Diese berücksichtigt ohne weiteres nicht nur die negativen Veränderungen im Vermögen des Geschädigten, sondern ganz selbstverständlich auch etwaige positive Veränderungen.³⁵ Hiernach bedarf nicht die Anrechnung eines Vorteils besonderer Begründung, sondern umgekehrt seine Nichtanrechnung im Einzelfall³⁶. Der BGH verortet die Vorteilsausgleichung, soweit keine Sonderregelungen greifen, demgegenüber im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).³⁷ Was auf den ersten Blick weniger elegant, konstruktiv geradezu etwas hilflos wirkt, ist dogmatisch allerdings vorzugswürdig. Denn nicht erst das Absehen von der Anrechnung von Vermögensvorteilen ist rechtfertigungsbedürftig; tatsächlich steht die Vorteilsausgleichung selbst unter Rechtfertigungsvorbehalt. Von diesem Grundansatz geht etwa auch der akademische *Draft Common Frame of Reference* für ein künftiges europäisches Zivilgesetzbuch aus.³⁸

Der historische Gesetzgeber hatte für das BGB auf eine ausdrückliche Regelung der schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung bewusst ganz verzichtet.³⁹ Auch er war sich im Klaren darüber, dass die Anrechnung von Vorteilen häufig mit gegenläufigen Wertungen in Konflikt geraten kann, vor allem im Bereich des Deliktsrechts. Dabei sollte es Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen bleiben, die Vorteilsausgleichung normativ zu konturieren⁴⁰ und damit auch die Kriterien zu formulieren, aufgrund deren dem Geschädigten die aus dem Eingriff resultierenden Vorteile – Bereicherungsverbot hin oder her – verbleiben müssen. Es ist an dieser Stelle nicht angezeigt, das nachfolgende Ringen um die Herausarbeitung dieser Kriterien und die fortbestehenden Streitfragen zu entfalten⁴¹. Schließlich wird es am Ende des Tages darauf ankommen, wie sich die Nutzungen der geschädigten Diesel-Käufer zu den in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Kriterien verhalten.

2. Kriterien des BGH und Fallgruppenbildung in der Literatur

Der BGH rechnet dem Geschädigten in ständiger Rechtsprechung zunächst einmal überhaupt nur diejenigen Vorteile zu, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind.⁴² Solche Vorteile sind weiter nur dann berücksichtigungsfähig, wenn „deren Anrechnung [auch] dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, d. h. den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt“⁴³. Gegen die ständige Rechtsprechung ist in der Literatur eingewandt worden, sie bleibe im Grunde bei Leerformeln stehen.⁴⁴ Ein überzeugendes Gegenmodell ist indes auch nicht hervorgebracht worden, was angesichts der thematischen Breite des Haftungsrechts und seiner bleibenden Entwicklungspotenziale nicht weiter verwundert. Daher überrascht es nicht, dass die Kommentarliteratur der zweifelsohne verbleibenden Konturlosigkeit der von der Rechtsprechung formulierten Wertungsformel durchweg mit der Systematisierung in Fallgruppen begegnet⁴⁵, ein Weg, der bekanntlich schon für die Systematisierung der Begründung der vorliegend in Rede stehenden Haftung aus § 826 BGB prägend ist⁴⁶.

3. Nutzen und Nachteil der Fallgruppenbildung: Die unerkannte Fallgruppe

Der Wert eines solchen Vorgehens steht allgemein außer Frage. Die Fallgruppenbildung dient der

regelhaften und damit rationalen Begründung juristischer Entscheidungsfindung.⁴⁷ Zudem hat sie für die Praxis einen wesentlichen heuristischen Wert. Gleichwohl liegt in diesem Vorgehen doch auch eine gewisse Gefahr, die sich in der bisherigen Diskussion zur Herstellerhaftung im Dieselskandal ersichtlich dann auch verwirklicht: Die Herausbildung von Fallgruppen hemmt den Rechtsanwender im wertungsoffenen Umgang mit Sachverhalten, die für die bisher anerkannten Fallgruppen nicht typisch sind. Es besteht die Tendenz, einen (scheinbar) nicht unter eine anerkannte Fallgruppe passenden Fall aus dem System zu werfen, anstatt auf die allgemeinen Kriterien zurückzugreifen und von der Fallgruppenbildung unbeeindruckt die Frage nach der Gebotenheit von Rechtsfortbildung zu stellen.⁴⁸ Die konkretisierende Bildung von Fallgruppen ist damit letztlich so hilfreich wie hinderlich.

Der Ausweg aus diesem Dilemma gelingt allerdings durch das ernsthafte Bemühen um unvoreingenommene Reflexion.⁴⁹ Auch im vorliegenden Fall entspricht das Absehen von Vorteilsausgleichung zum Zweck besserer Haftungsprävention zwar (noch) keiner der in der Kommentarliteratur anerkannten klassischen Fallgruppen. Es tritt allerdings erleichternd hinzu, dass der

127

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

Präventionsgedanke für den Ausschluss der Vorteilsausgleichung seit längerer Zeit spezifisch zur Diskussion steht⁵⁰ und in einigen Teilrechtsgebieten bereits so verfestigt ist, dass seine Anwendung auf die Herstellerhaftung im Dieselskandal tatsächlich nur begrenzten Neuigkeitswert hat. Die Kommentarliteratur hat diese Entwicklungen und ihre grundsätzliche Bedeutung für die Fallgruppenbildung bisher nur noch nicht hinreichend erfasst.

II. Präventionsfunktion und deliktische Haftung

Die Funktion des Deliktsrechts beschränkt sich nicht auf Ausgleich und Genugtuung; es ist insgesamt auch vom Präventionsgedanken durchdrungen.⁵¹ Durch die §§ 823 ff. BGB, namentlich durch § 826 BGB als Antwort auf die größten (drohenden) Eingriffe in die Rechte anderer, verwirklichen Gesetzgebung und Rechtsprechung die ihnen gem. Art. 1 Abs. 3 GG obliegenden Schutzpflichten.⁵² Eine Privatrechtsordnung ohne ein solides deliktisches Haftungsregime, das sowohl die erlittenen Einbußen ausgleicht als auch den Rechtsgüter- und Vermögensschutz präventiv *wirksam* verwirklicht, wäre schon verfassungsrechtlich defizitär⁵³, zumal der Staat mit den (ohnehin lückenhaften) Mitteln des Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts allein längst keine ausreichenden Wirkungen erzielen kann. Anknüpfend an seine verfassungsrechtliche Vorzeichnung findet der Präventionsgedanke seine sachliche Rechtfertigung in ökonomischen Erwägungen, namentlich dem Anreizgedanken, ohne dass dies schon eine Hinwendung zu einer ökonomischen Analyse bedeuten muss⁵⁴, wie sie heute vor allem noch in der akademischen Diskussion des anglo-amerikanischen Rechtskreises verbreitet ist. Der Ausgleichsgedanke und die Präventionsfunktion beschreiben die Funktionen des Deliktsrechts damit durchaus gleichwertig. Auf dieser Grundlage wird dann auch verständlich, dass der Präventionsgedanke bei der Auslegung und Anwendung sowohl des Deliktsrechts, wie etwa auch der funktionsnahen Rechtsinstitute der sogenannten quasi-vertraglichen Haftung, in der Sache vielfach den Ausschlag gibt.

Für die Ebene der Haftungsbegründung kann insoweit auf die Leserbrief-Entscheidung⁵⁵ verwiesen werden, durch die der BGH, gemeinsam mit seiner Herrenreiter-Entscheidung⁵⁶, den einfach-gesetzlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts vollendet hat⁵⁷. Ein anschauliches Beispiel aus

jüngerer Zeit ist die Begründung vorvertraglicher Aufklärungspflichten von Kapitalanlageberatern über die mit Dritten geschlossenen Provisions- und Gebührenteilungsvereinbarungen. Damit begegnet der BGH explizit präventiv dem bestehenden Fehlanreiz, bei der Auswahl der empfohlenen Anlagen das Interesse des Anlegers den eigenen Vergütungsinteressen hintanzustellen.⁵⁸ Auch auf der Ebene der Schadensbemessung ist der Präventionsgedanke als etablierter konturgebender Wertungsgesichtspunkt längst nicht mehr wegzudenken. Das wohl offensichtlichste Beispiel dürfte die Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung sein, bei der neben der Genugtuung des Opfers nach ständiger Rechtsprechung auch die Prävention im Vordergrund steht.⁵⁹ Für das klassische Schmerzensgeld muss nach richtigem Verständnis Entsprechendes gelten⁶⁰, da symbolische Beträge bei objektiv geringen Verletzungen gegenüber wohl situierten Tätern sicher keine abschreckende Wirkung entfalten⁶¹. So überrascht es letztlich nicht, dass der Präventionsgedanke seinen Weg auch in die Konturierung der Vorteilsausgleichung gefunden hat. Der vorliegend einschlägigen Regelung des § 826 BGB kommt nach überwiegendem Verständnis unter dem Gesichtspunkt der Verhaltenssteuerung eine besondere Bedeutung zu⁶². Ihre Effektivität insoweit folgt zum einen aus ihrer Nähe zum Betrugsvorwurf und damit aus einer entsprechenden Aussagekraft von auf § 826 BGB gestützten Gerichtsentscheidungen. Zum anderen ist entscheidend, dass sich die Regelung sowohl gegenüber Haftungsfreizeichnungen als auch gegenüber gesetzlichen Haftungseinschränkungen⁶³ als weitgehend immun erweist. Mit ihrer (vorrangigen) Anwendung auf die Herstellerhaftung im Dieselskandal allein, das sollte durch den Problemaufriss deutlich geworden sein⁶⁴, ist dem Präventionsgedanken des Haftungsrechts allerdings noch nicht hinreichend genüge getan.

III. Absehen von Vorteilsausgleichung und Präventionsfunktion

1. Vorteilsausgleichung und Haftungsprävention: Das Beispiel des Kapitalanlegerrechts

Die Rechtsprechung des BGH zur Kapitalanlegerberatung zeigt, dass an der Präventionsfunktion als Kernkriterium zur Einschränkung der Vorteilsausgleichung längst kein Weg mehr vorbeiführt. In einer aktuellen Entscheidung ging es um einen Anleger, der auf der Grundlage eines einheitlichen Beratungsgesprächs zwei verschiedene, strukturell aber gleichartige Anlageprodukte gezeichnet hatte, wobei seine Anlageentscheidung auf demselben Beratungsfehler beruhte. Die eine Anlage entwickelte sich in der Folgezeit positiv, die andere negativ. Der BGH hat die Vorteile aus dem sich positiv entwickelten Geschäft zwar letztlich im Rahmen der Rückabwicklung des anderen Geschäfts

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

128

angerechnet. Er ließ allerdings ausdrücklich offen, ob dies aus Gründen der besseren Prävention anders zu bewerten wäre, wenn sich Anhaltspunkte für eine gezielte Falschberatung ergeben.⁶⁵ Diesen Schritt war der BGH in einer früheren Entscheidung bereits gegangen: Eine Landesbank hatte eine Gemeinde wiederholt zum Abschluss von Zins-Swap-Verträge verleitet. Diese musste sich die Vorteile aus zu anderen Zeiten aufgrund gesonderter Beratung geschlossenen Verträgen sodann nicht anrechnen lassen. Zwar stellte der BGH zunächst eher formal auf die fehlende „Nämlichkeit des Schadensereignisses“ ab.⁶⁶ Sein wahres Motiv blieb allerdings nicht verborgen: „Der Verzicht auf eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung“, so der BGH, „sichert den Anreiz, Beratungspflichten stets und immer zu genügen“.⁶⁷

2. Vorteilsausgleichung und mutwillige Leistungsverzögerung

Das Absehen von Vorteilsausgleichung dient aber nicht allein dazu, *künftigem* haftungsbegründenden Fehlverhalten entgegenzuwirken. Das Korrektiv bei der Vorteilsausgleichung ist in gleicher Weise bedeutsam, um erkennbare Anreize zu einer mutwilligen Leistungsverzögerung im Hinblick auf *begangene* Verletzungshandlungen abzubauen. Es entspricht einer im Schadensrecht allgemein anerkannten Prämisse, dass der Schädiger durch die Verzögerung seiner Leistung keinen Vorteil erzielen darf. Auf dieser Grundlage hatte der BGH einmal die Erstattung ärztlich nachträglich verordneter Stärkungsmittel bejaht, die sich der Geschädigte aus eigenen Mitteln nicht beschaffen konnte, obwohl ein medizinisches Bedürfnis für das Mittel im Verordnungszeitpunkt streng genommen wohl nicht mehr bestand. Der „entscheidende Gesichtspunkt“ liege, so der BGH, darin, „daß der Schädiger nicht dadurch von der Verpflichtung zum Ersatz notwendiger Heilungskosten befreit werden soll, daß er durch Hinausschieben der Erfüllung eines im Gesetz begründeten Anspruchs den Verletzten außerstande gesetzt hat, sich notwendige Heil- oder Stärkungsmittel zu kaufen“⁶⁸.

Ganz ähnlich bildete der Präventionsgedanke ursprünglich die tragende Säule der Rechtsprechung zur Nutzungsentschädigung, wenn sich der Geschädigte keinen Ersatzwagen beschafft. Würde der Ausgleichsanspruch nach Unterbleiben der Ersatzwagenbeschaffung entfallen, so der BGH, wäre für den Schädiger und seinen Haftpflichtversicherer „ein starker Anreiz gegeben, die Erfüllung berechtigter Ansprüche abzulehnen“⁶⁹. Freilich hat die Rechtsprechung den Nutzungsschaden in der Folgezeit an weitere einschränkende Kriterien, die „Fühlbarkeit“ der Gebrauchsbeeinträchtigung und ihre Nichtabwendbarkeit durch zumutbare Disposition, gebunden⁷⁰ und seine Ausdehnung auf andere Gebrauchsgüter tendenziell verneint⁷¹. Der Präventionsgedanke hat seine zentrale Bedeutung hier dennoch nicht verloren.⁷²

Der Gedanke der Prävention gegenüber mutwilliger Leistungsverzögerung war, ist und bleibt bei der Schadensbegründung vielmehr insgesamt konturgebend, wie etwa auch im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Verzugszinsen, § 288 Abs. 1 BGB. Ursprünglich ging der BGH davon aus, dass die Regelung lediglich eine unwiderlegbare Vermutung enthalte, wonach dem Gläubiger der festgelegte Zinsverlust als Mindestschaden entstanden sei.⁷³ In der Rechtsprechung⁷⁴ wie auch in der Literatur⁷⁵ hat sich dagegen inzwischen die Vorstellung durchgesetzt, dass es angesichts des hohen pauschalierten Zinses weniger um den Ausgleich eines Mindestschadens gehen kann, als um die Abschöpfung einer Bereicherung beim Schuldner. „Dem Schuldner [soll auf diesem Wege] der Anreiz genommen werden, sich durch Unterlassen der fälligen Zahlung beim Gläubiger einen „Zwangskredit“ zu nehmen“.⁷⁶

Eine grundsätzliche Kritik gegenüber der Anwendung des Anreizgedankens im Schadensrecht wäre nach alledem verfehlt. Dieser hat vielmehr gerade auch dort seine Berechtigung und lässt sich folgerichtig auch bei der Vorteilsausgleichung (reziprok) fruchtbar machen. Es kann folgende Regel gelten: Vorteile, die der Geschädigte nur dadurch erlangt, dass der Schädiger die Erfüllung seiner gesetzlich begründeten Pflicht hinausschiebt, sind auf den Schaden grundsätzlich nicht anzurechnen, wenn durch die Anrechnung ein starker Anreiz entsteht, die Anspruchserfüllung mutwillig und kalkuliert zu verzögern. Das wird man insbesondere dann anzunehmen haben, wenn dem Geschädigten der Vorteil aufgedrängt wird, weil er ihn, bei wirtschaftlich vernünftiger Betrachtung, nicht aus anderweitiger zumutbarer Disposition erlangen kann.

3. Wahrung der Grenze zum Strafschadensersatz

Die Versagung der Vorteilsausgleichung soll indes auch nach hier vertretener Ansicht nicht dazu

führen, die deliktische Haftung um einen der deutschen Rechtsordnung fremden Strafschadensersatz zu erweitern. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus richtig, dass der BGH die Einschränkung der Vorteilsausgleichung im Kartellschadenersatzrecht (§ 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 101 AEUV aF) abgelehnt hat.⁷⁷ Dort ging es um die Frage, ob sich der Geschädigte den Vorteil aus der Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags an seine Abnehmer in der Veräußerungskette auf seinen Schaden anrechnen lassen muss (*passing-on-defense*). Obwohl der BGH auch hier den Präventionsgedanken der deliktischen Haftung besonders hervorgehoben hat, hielt er es zutreffend für ausschlaggebend, dass die

129

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

Einschränkung der Vorteilsausgleichung in diesen Fällen die mehrfache Inanspruchnahme wegen desselben Schadens zur Folge gehabt hätte, der wirtschaftlich nur einmal eingetreten sein kann. Demgegenüber bewirkt die Vorteilsausgleichung in diesem Fall keinen Wegfall des Schadens, sondern verlagert ihn lediglich auf den Marktteilnehmer der nächsten Absatzstufe.⁷⁸ Mit der neunten GWB-Novelle des Jahres 2017 hat der Gesetzgeber diesen Gedanken in § 33 c Abs. 1 S. 2 GWB positiv normiert.⁷⁹

D. Keine Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge

I. Absehen von Vorteilsausgleichung wegen mutwilliger Leistungsverzögerung

Wenn man die vorstehenden Ausführungen auf die Vorsatzhaftung der Hersteller im Dieselskandal herunterbricht, sprechen die weit besseren Gründe dafür, neben der Pflicht zur Herausgabe des Fahrzeugs von einer Anrechnung der gezogenen Nutzungen auf den Kaufpreisschaden abzusehen. Denn die Käufer wären durch eine solche Anrechnung „unzumutbar belastet“, die Hersteller „unbillig begünstigt“. Die Krux liegt in den vorliegenden Fällen darin, dass die Nutzungsentschädigung mit zunehmender Dauer der Rechtsdurchsetzung anwächst, weil sie von den tatsächlich gefahrenen Kilometern abhängt. Die Käufer werden demgegenüber praktisch kaum eine andere Wahl haben, als das Fahrzeug so lange zu nutzen, bis die Hersteller den Schaden (dann gezwungenermaßen) regulieren. Schließlich kann man es einem Käufer nicht zumuten, anderweitig zu disponieren und der anstehenden Kaufpreisrückzahlung durch Neubeschaffung vorzugreifen.⁸⁰

Vieles spricht dafür, dass die Hersteller als Vorsatzdeliktstäter auch im Nachtatverhalten planmäßig agieren und die Befriedigung der – offensichtlich begründeten⁸¹ – Ansprüche der Käufer (un-)gehörig hinauszögern, um damit auch von einer Vorteilsausgleichung zu profitieren. Das *LG Köln* fand zur Grundhaltung eines Herstellers deutliche Worte: „Angesichts dieses völligen Fehlens eines Unrechtsbewusstseins bringt die Beklagte nach Ansicht der Kammer auch zum Ausdruck, dass sie den sittenwidrigen Einsatz der illegalen Abschaltvorrichtung auch im Nachhinein billigt und diesen nicht verhindert hätte“⁸². Dazu passt es gut, dass die Hersteller im Grunde nur in den USA bereitwillig an der Aufklärung des Skandals und an der raschen Entschädigung der dortigen Käufer mitgewirkt haben, während sie in Deutschland Schadensersatzleistungen kategorisch und ohne rechtlich vertretbares Argument zurückweisen und den Erlass einer ihnen nachteiligen obergerichtlichen Rechtsprechung bisher mit allen zur Verfügung stehenden (legalen) Prozesstaktiken nahezu durchweg erfolgreich verhindern. Das reformbedürftige deutsche Zivilprozessrecht ist den Herstellern dabei durchaus in die Arme gefallen.

II. Absehen von Vorteilsausgleichung zur Haftungsprävention

Schließlich wären die Hersteller durch die schadensmindernde Anrechnung der Nutzungen auch deshalb „unbillig begünstigt“, weil eine solche Vorteilsausgleichung zur Folge hätte, dass der von § 826 BGB missbilligte sittenwidrige Warenabsatz am Markt wirtschaftlich praktisch ohne nennenswerte Folgen für die Hersteller bliebe. Diese erhielten nicht nur ein wiederverkäufliches Gebrauchtfahrzeug zurück, das sie, wie es den Anschein hat, jedenfalls auf dem osteuropäischen Markt immer noch leichter Hand absetzen können. Die Hersteller würden für den zwischenzeitlichen Wertverlust überdies noch erheblich kompensiert. Wenn das die Antwort des deutschen Haftungsrechts auf den *vorsätzlichen, systematischen* und *umfänglichen* Absatz gesetzwidrig manipulierter Waren am Markt wäre, dann sollte man besser keine allzu hohen Erwartungen an etwaige Lehren dieser oder anderer Hersteller aus den Vorfällen für die Zukunft haben.⁸³

E. Zusammenfassung

In der Dogmatik der Vorteilsausgleichung ist der Präventionsgedanke längst etabliert, auch wenn er in der für die Rechtsanwendung zentralen Fallgruppenbildung der Kommentarliteratur noch nicht hinreichend Abbildung gefunden hat. Vorteile, durch die ein starker Anreiz entsteht, die Rechtsverletzung gleichwohl zu begehen und/oder die Anspruchserfüllung ungehörig zu verzögern, sind auf den Schaden grundsätzlich nicht anzurechnen. Bei der Herstellerhaftung im Dieselskandal gebietet die Präventionsfunktion des Haftungsrechts unter beiden Gesichtspunkten ein Absehen von der Vorteilsausgleichung. Auf die Schadensersatzansprüche der Käufer aus § 826 BGB sind Nutzungen zugunsten der Hersteller schadensmindernd nicht anzurechnen. Die dadurch zwangsläufige Bereicherung der Käufer ist aus besseren Wertungsgründen hinzunehmen; von einem Strafschadensersatz kann insoweit jedenfalls keine Rede sein.⁸⁴ Die in der Instanzrechtsprechung bisher verbreitete Gegenansicht „widerspricht dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht“ aus § 826 BGB, weil sie die geschädigten Käufer „unzumutbar belastet“ und die Hersteller der manipulierten Fahrzeuge „unbillig begünstigt“.

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

130

-
- * Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht, Europäisches Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg. Er ist vom Dieselskandal nicht unmittelbar betroffen und mit der Sache gutachterlich nicht vorbefasst. Er dankt Professor Dr. Dr. h.c. *Ekkehard Schumann*, Ref. iur. *Nikolaus Schröder* und Ref. iur. *Jakob Baumgartner* für kritische Durchsicht und wertvolle Anregungen.
- 1 Zu einer auf allgemeinkundigen Tatsachen und Äußerungen sowie der Instanzrechtsprechung beruhenden Sachverhaltsdarstellung vgl. *Heese*, NJW 2019, 257 ff.
 - 2 Vgl. schon *Heese*, NJW-Editorial H. 49/2018 und zum nachfolgenden eingehender *Heese*, NJW 2019, 257 (259 ff.). Die Gegenauffassung – d. h. im Ergebnis praktisch keine Haftung der Hersteller – vertreten *Riehm*, DAR 2016, 12 und *Oechsler*, NJW 2017, 2865.
 - 3 S. auch LG Wuppertal v. 16.01.2018, Az. 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 Rn. 44.
 - 4 Vgl. nur BGH NJW 1998, 302 (304).
 - 5 *Heese*, NJW 2019, 257 (260); aus der Rspr. s. nur OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 41; LG Ingolstadt v. 15.05.2018, Az. 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798 Rn. 76; a.A. offenbar nur *Riehm*, DAR 2016 12 (13, 15).
 - 6 OLG Köln v. 16.07.2018, Az. 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255 Rn. 23 sowie OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 34 ff.
 - 7 Vgl. ausführlicher *Heese*, NJW 2019, 257 (260 f.).

- 8 Heese, NJW 2019, 257 (261); s. auch LG Wuppertal v. 16.01.2018, Az. 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 Rn. 34; a.A. *Oechsler*, NJW 2017, 2865 (2866).
- 9 Heese, NJW 2019, 257 (261) gegen *Oechsler*, NJW 2017, 2865 (2867 f.).
- 10 Ebenso OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 47; a.A. *Oechsler*, NJW 2017, 2865 (2867).
- 11 Vgl. hierzu *Oechsler*, NJW 2017, 2865 f.
- 12 Heese, NJW 2019, 257 (261).
- 13 Zutreffend LG Krefeld v. 13.02.2019, Az. 2 O 313/17 (noch unveröffentlicht); zur Parallele bei der fehlerhaften Kapitalanlegerberatung vgl. BGH NJW 2013, 450 (451).
- 14 Heese, NJW 2019, 257 (259 f.).
- 15 Vgl. die Parallelwertung bei BGH NJW 2019, 292 (294).
- 16 Zur Haftung wegen fehlerhafter Kapitalanlegerberatung Heese, *Beratungspflichten* 2015, 118, 127 ff., 381 ff.
- 17 OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498; s. bereits OLG Köln v. 16.07.2018, Az. 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255 und jetzt OLG Karlsruhe v. 05.03.2019, Az. 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395 Rn. 116 ff.
- 18 Vgl. nur beck-aktuell v. 30.08.2018, becklink 2010808; s. auch FAZ v. 30.08.2018, Vorwurf gegen VW, Diesel-Urteile per Vergleich verhindert, www.faz.de, alle zitierten Homepages zuletzt abgerufen am 03.02.2019.
- 19 OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 49.
- 20 Vgl. Heese, NJW-Editorial H. 49/2018: „zumal die Rechtslage tatsächlich so kompliziert nicht ist: § 826 BGB!“; s. auch Heese, NJW 2019, 257.
- 21 Vgl. beck-aktuell v. 01.02.2019, becklink 2012138; s. auch Der Spiegel v. 02.01.2019, Abgasskandal: Mehr als 400.000 Dieselfahrer fordern Schadensersatz von VW, abrufbar unter www.spiegel.de.
- 22 Vgl. OLG Braunschweig v. 19.02.2019, Az. 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737.
- 23 Vgl. OLG Braunschweig v. 02.11.2017, Az. 7 U 69/17, BeckRS 2017, 147936: Ausschluss der Herstellerhaftung jedenfalls nach Medienbekanntwerden des Dieselskandals; hierzu ablehnend Heese, NJW 2019, 257 (262); s. auch LG Braunschweig NJW-RR 2018, 379 (382); v. 27.10.2017, Az. 3 O 296/17, BeckRS 2017, 131154: Herstellerverhalten nicht sittenwidrig; auch insoweit ablehnend Heese, NJW 2019, 259; s. auch noch LG Braunschweig v. 06.07.2018, Az. 11 O 3017/17, BeckRS 2018, 14999.
- 24 Vgl. zu einem solchen Fall beck-aktuell v. 12.12.2018, Becklink 2011716.
- 25 Heese, NJW 2019, 257.
- 26 Heese, NJW-Editorial H. 49/2018.
- 27 Vgl. aber nun erstmals LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53.
- 28 Deutlich LG Dortmund v. 06.06.2017, Az. 12 O 228/16, juris.
- 29 Vgl. LG Köln v. 12.04.2018, Az. 24 O 287/17, BeckRS 2018, 26971 mit Hinweis auf *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf*, 13. Aufl. 2017, Rn. 1166.
- 30 LG Augsburg v. 05.12.2018, Az. 21 I 3267/17, BeckRS 2018, 33800; s. auch LG Augsburg v. 14.11.2018, Az. 21 O 4310/16, BeckRS 2018, 33801 noch mit fragwürdigem Hinweis auf EuGH NJW 2008, 1433.
- 31 Vgl. Heese, NJW 2019, 257 (261 f.); dem folgend *J. Bruns* NJW 2019, 801, 804.
- 32 Statt aller MünchKommBGB/*Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 18; grundlegend *Mommsen*, *Beiträge zum Obligationsrecht II: Zur Lehre vom Interesse*, 1855, 11.
- 33 Hierzu deutlich und mit recht kritisch gegenüber dem Schlagwort MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 249 Rn. 238; s. auch jurisPK-BGB/*Rüßmann*, 09.11.2018, § 249 Rn. 48; vgl. noch BGH NJW 1984, 2457 (2458): „jedenfalls in gewissem Umfang“.
- 34 BGH NJW 1984, 2457 (2458).
- 35 Staudinger/*Schiemann*, Neubearb. 2017, § 249 Rn. 132; s. auch Rn. 137: Vorteil als „Komplementärbegriff zum Schaden“; BeckOGK/*J. Flume*, 01.08.2018, § 249 Rn. 332
- 36 Vgl. Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 132.
- 37 BGH NJW 1984, 2457 (2458); NJW 2007, 2695 (2696); s. schon BGH NJW 1973, 1190 (1191).
- 38 Vgl. Art. VI – 6:103 DCFR, abgedruckt bei *von Bar/Clive*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Full Edition*, Vol. 6, 2009.
- 39 Das übersieht LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53, wenn es eine ausdrückliche Regelung des Gesetzgebers vermisst.
- 40 Vgl. *Mugdan*, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche*

- Reich, II. Bd., 1899, 10.
- 41 Im Überblick Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 137 ff. mwN.; zur Entwicklung in der Rechtslehre auch *Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 2003, 490 ff.
- 42 Kritisch gegenüber der Bedeutung von Adäquanz bzw. Vorhersehbarkeit des Vorteilsintritts *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29 ff.; dem folgend etwa Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 139; einschränkend auch MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 249 Rn. 237: nur Regeltauglich.
- 43 BGH ständig, vgl. BGH NJW 1984, 2457 (2458); NJW 1997, 2378; NJW 2007, 2695 (2696).
- 44 Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 140; ebenso *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, 45.
- 45 Instruktiv zur Vorgehensweise Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 140; s. auch *Jauernig/Teichmann*, BGB, 17. Aufl. 2018, Vorbem §§ 249-253 Rn. 36: „Möglich ist wohl nur die Bildung von Fallgruppen“. Zur Fallgruppenbildung sodann ausf. Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), Rn. 145 ff.; MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 249 Rn. 241 ff.; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, BGB, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 307 ff.; *Erman/Ebert*, BGB, 15. Aufl. 2017, Vorbem. vor § 249 Rn. 97 f.
- 46 Vgl. statt aller MünchKommBGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 64 ff., der insoweit allerdings auch einen fundierten theoretischen Unterbau zur Konkretisierung des Begriffs der Sittenwidrigkeit anbietet, vgl. aaO. Rn. 12 ff.
- 47 Vgl. nur *Haferkamp*, ZfPW 2016, 319 (334).
- 48 So auch bei LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53: „[Nach] 119 Jahren Existenz von § 826 BGB“ keine Konstellation für Rechtsfortbildung.
- 49 Eine, wenn auch zu theoretisch bleibende, Diskussion um die generelle Aufnahme des Präventionsgedankens in die Vorteilsausgleichung findet sich etwa bei *Thüsing* (Fn. 44), 360 ff.
- 50 Vgl. nur jurisPK-BGB/*Rüßmann* (Fn. 33), § 249 Rn. 17.
- 51 Vgl. nur BeckOGK/*Spindler*, 01.07.2018, § 823 Rn. 11 f.; ausf. *Wagner*, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Gutachten A, 2006, S. A 78 ff.
- 52 Vgl. anschaulich BGHZ 26, 349 (354 f.) – Herrenreiter.
- 53 Vgl. eindrücklich schon BVerfG NJW 1979, 305 (307); im Übrigen wohl allg. Meinung, vgl. nur MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 46), Vor § 823 Rn. 75; s. auch *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, 30 ff.
- 54 So etwa *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 59 ff.; etwas zurückhaltender BeckOGK/*Spindler* (Fn. 51), § 823 Rn. 11.
- 55 Vgl. BGHZ 13, 334.
- 56 Vgl. BGHZ 26, 349.
- 57 Vgl. auch MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 46), Vor § 823 Rn. 75.
- 58 Vgl. BGH NJW 2001, 962 (963); s. weiter die sog. Kickback-Rechtsprechung, z. B. BGH NJW 2007, 1876 (1878 f.); NJW 2012, 66 (70).
- 59 BGH NJW 1995, 861 (865); NJW 2005, 215 (216); NJW 2014, 2029 (2034); s. auch BVerfG NJW-RR 2017, 879 (880).
- 60 Wie hier *Kötz/Wagner* (Fn. 54), Rn. 707 f.; ablehnend MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 253 Rn. 14; zur verfassungsrechtlichen Haltbarkeit der Differenzierung zwischen Schmerzensgeld und Geldentschädigung s. dagegen BVerfG NJW 2000, 2187 (2188).
- 61 Mustergültig war insoweit der Ausgang eines Strafverfahrens gegen einen ehem. Profifußballer, der für eine Ohrfeige neben einer Geldauflage iHv. 125.000 DM weitere 22.000 DM Schmerzensgeld an sein Opfer zahlen musste, vgl. DIE WELT v. 17.08.2001, Stefan Effenberg muss 125.000 Mark Strafe zahlen, www.welt.de.
- 62 Vgl. *Hopt*, in: FS Gernhuber, 1993, 169 (174); s. auch *Heese*, Beratungspflichten (Fn. 16), 429.
- 63 Zur Unanwendbarkeit des Mitverschuldenseinwands vgl. *Heese*, NJW 2019, 257 (262 f.).
- 64 Oben B I.
- 65 BGH NJW 2019, 215 (218).
- 66 BGH NJW 2015, 2248 (2256).
- 67 BGH NJW 2015, 2248 (2257).
- 68 BGH NJW 1958, 627; vgl. hierzu auch, obschon in der dogmatischen Herangehensweise kritisch *Medicus*, VersR 1981, 593 (598).

- 69 BGH NJW 1966, 1260 (1261); tendenziell kritisch *Medicus*, VersR 1981, 593 (598 f.); s. noch *Stürner*, VersR 1984, 297 (301 f.).
- 70 Vgl. nur BGH NJW 2014, 1374 (1375).
- 71 Für Erstreckung auf Eigentumswohnung aber BGH NJW 2014, 1374 (1375).
- 72 Vgl. auch OLG Karlsruhe NZV 2011, 546: Zeitliche Dauer des entschädigungspflichtigen Nutzungsausfalls verlängert sich, wenn Geschädigtem die Gebrauchsvorteile durch schuldhaftes Verhalten des Schädigers (Verzug oder zögerliches Regulierungsverhalten der einstandspflichtigen Versicherung) für längere Zeit entgehen.
- 73 BGH NJW 1979, 1494; s. auch BGH NJW 1980, 1955 (1956).
- 74 Deutlich BGH NJW 2013, 859 (860): „[D]er Schuldner [soll] auch angehalten werden, eine Geldschuld pünktlich zu erfüllen“; s. auch BGH NJW 1985, 2325 (2326).
- 75 Vgl. BeckOGK/*Dornis*, 01.12.2018, § 288 Rn. 3.
- 76 MünchKommBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2019, § 288 Rn. 5 mwN.
- 77 BGH NJW 2012, 928 (933) – ORWI; zur Gegenansicht vgl. die zahlr. Nachw. bei *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 33 GWB Rn. 64.
- 78 BGH NJW 2012, 928 (933) – ORWI.
- 79 Vgl. BT-Drs. 18/10207, 56 f.
- 80 Wie hier jetzt auch *J. Bruns* NJW 2019, 801, 804 f.
- 81 Oben A.
- 82 LG Köln v. 12.04.2018, Az. 24 O 287/17, BeckRS 2018, 26971, Rn. 26.
- 83 A. A. LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53, das die bloße Kaufpreistrückzahlung als ausreichend sieht, um Anreize bei der Volkswagen AG und anderen Herstellern „für deliktische Machenschaften auszulöschen“. Das ist angesichts des Nachtatverhaltens der Volkswagen AG, einer von massenhaften Verurteilungen unbeeindruckten umfassenden Leugnung von Rechtsverstoß und Haftung, nur schwer verständlich.
- 84 Gegen OLG Karlsruhe v. 05.03.2019, Az. 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395 Rn. 117; LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53.

Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge

Professor Dr. Michael Heese*

Während die U.S.-amerikanischen Käufer von manipulierten VW-Diesel-Kraftfahrzeugen mit dem in Kalifornien zustande gebrachten Volkswagen Class Settlement Program in weitem Umfang entschädigt wurden, ist der Dieselskandal für die deutsche (Zivil-)Rechtsordnung längst zu einer Belastungsprobe geworden. Der Grund dafür liegt in erheblichen Unzulänglichkeiten des deutschen Zivilprozessrechts, durch die längst überfällige Grundsatzentscheidungen hinausgezögert werden. Dabei liegt die Haftung der Hersteller (auch) nach deutschem Recht auf der Hand. Eine Fallstudie soll das verdeutlichen.

I. Aktueller Anlass der Fallstudie

Nachdem der so genannte Dieselskandal im September 2015 öffentlich wurde, nahmen einige Käufer betroffener Kraftfahrzeuge zunächst ihre gewerblichen Verkäufer aus Gewährleistungs-¹ und Bereicherungsrecht² in Anspruch. Erhebliche Unsicherheiten bei der Anwendung des Gewährleistungsrechts auf den in tatsächlicher Hinsicht zunächst noch nicht umfassend aufgeklärten Sachverhalt³ und die kurze Verjährung aufgrund der im Verhältnis von Hersteller und Verkäufer nicht Platz greifenden Wissenszurechnung (§ 438 I Nr. 3 BGB)⁴ machten die Geltendmachung der Verkäuferhaftung allerdings eher unattraktiv. Nach anfänglicher Zweigleisigkeit wendeten sich die Käufer überwiegend an die unmittelbar verantwortlichen Hersteller. Allein Volkswagen musste 2,4 Mio. betroffene Fahrzeuge zurückrufen und es wird bundesweit von 26.000 Individualprozessen gegen VW berichtet. Zu diesen trat jüngst die Erhebung der ersten Verbrauchermusterfeststellungsklage mit inzwischen mehr als 300.000 beteiligten Verbrauchern hinzu.⁵

In Bezug auf die zugrunde liegende materielle Rechtslage besteht allerdings längst noch keine Rechtssicherheit. Die beklagten Hersteller wussten es bisher durch legale Prozesstaktiken, insbesondere durch vergleichweisen Freikauf im Angesicht eines drohenden Prozessverlusts, gezielt zu vermeiden, dass für sie nachteilige obergerichtliche Judikate mit Ausstrahlungswirkung gefällt werden.⁶ Die dagegen öffentlich zugänglichen Entscheidungen zulasten der von dem Betrugsskandal betroffenen Käufer ergeben durchaus ein Zerrbild,⁷ zumal der herstellerfreundlichen Rechtsprechung von *LG* und *OLG Braunschweig* aufgrund der dortigen Zuständigkeit für die Verbrauchermusterfeststellungsklage gegen VW besonderes Gewicht zukommt.

Dabei liegt die weitgehende deliktische Haftung der Hersteller schon *prima vista* auf der Hand und die Rechtslage ist, wie der Autor bereits bemerkt hat, „tatsächlich so kompliziert nicht“⁸. Dieser Beitrag soll diese These untermauern, den etwas verfehlten Eindruck, den die Rechtsprechung teilweise vermittelt, korrigieren und den Klägern auf dem Weg zur wünschenswerten Herbeiführung einer die wesentlichen Rechtsfragen klärenden Entscheidung des *BGH* Beistand leisten. Die folgenden Erörterungen beschränken sich auf eine Herstellerhaftung aus § 826 BGB und dort auf bisher erkennbar wesentliche Fragen. Auf die konkurrierend in Betracht kommende Haftung aus § 823 II BGB (zum einen iVm § 263 StGB – Betrug,⁹ zum anderen iVm §§ 6, 27 EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung¹⁰) sei nur hingewiesen.

II. Sachverhalt: Allgemeinkundige Tatsachen und Äußerungen, Instanzrechtsprechung

Der Kläger macht gegen die Beklagte Schadensersatz infolge des Erwerbs dreier Kraftfahrzeuge

geltend. Die Beklagte ist die Herstellerin der serienmäßig produzierten Fahrzeuge, von denen der Kläger bei einem der Vertragshändler der Beklagten eines im Juni 2015 und eines im März 2016 erworben hatte. Ein weiteres drittes Fahrzeug hatte der Klä-

Heese: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge (NJW 2019, 257)

258



ger ebenfalls im März 2016 außerhalb des Vertragshandels erworben. Die Fahrzeuge unterschiedlichen Typs verfügen über Dieselmotoren der Baureihe EA189.

Im Jahr 2014 hatte der Gesetzgeber die Emissionsgrenzwerte für Diesel-Pkw (Euro-Grenzwerte) erneut abgesenkt. Seit Längerem sind die traditionellen Maßnahmen der Abgasnachbereitung mittels eines Katalysators allein nicht mehr geeignet, um die vorgeschriebenen Grenzwerte für Stickoxidemissionen einzuhalten. Vielmehr setzen Hersteller auf die Verminderung der Entstehung von Stickoxiden schon während der Verbrennung. Mittels zunehmend aufwändiger werdender Konzepte der Abgasrückführung lässt sich die Verbrennungstemperatur im Motor absenken und damit die Entstehung der umweltschädlichen Stickoxide verringern.

Die Steuergeräte, die in die vom Kläger erworbenen Fahrzeuge verbaut wurden und die die Motorfunktionen steuern, regeln und überwachen, sehen für die Abgasrückführung zwei Betriebsmodi vor, einen allgemeinen und einen optimierten Modus. Dabei vermag das Motorsteuergerät zu erkennen, ob sich das Fahrzeug aktuell auf einem technischen Prüfstand zum Zweck der Ermittlung der Emissionswerte befindet oder ob es regulär im Straßenverkehr betrieben wird. Im ersteren Fall schaltet das Motorsteuergerät die Abgasrückführung in den optimierten Modus, durch den die gesetzlich vorgegebenen Grenzwerte der Euro-Abgasnorm nicht überschritten werden. Wird das Fahrzeug dagegen im Straßenverkehr betrieben, schaltet das Motorsteuergerät in den gewöhnlichen Modus, bei dem es zu einer erheblichen Überschreitung der Grenzwerte kommt.¹¹ Der Einsatz solcher Software verstößt unzweifelhaft gegen das ausdrückliche Verbot des Art. 5 II der Fahrzeugemissionen-Verordnung.¹²

Die Beklagte hatte die öffentlich-rechtliche Typenzulassung erhalten, wonach die serienmäßig hergestellten Fahrzeuge den geltenden Vorschriften, insbesondere den gesetzlichen Sicherheits- und Umweltstandards, entsprechen, indem sie gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt bzw. den von diesem benannten Prüflaboratorien und Zertifizierungsstellen die Verwendung der softwaremäßigen Steuerung des Abgasrückführungssystems verschwiegen hatte. Auf der Grundlage der so erschlichenen Typengenehmigung hatte die Beklagte die gem. §§ 27, 6 EG-FGV erforderlichen Übereinstimmungsbescheinigungen ausgestellt, wonach sie gegenüber dem jeweiligen Fahrzeugkäufer nicht nur zutreffend erklärt hat, „dass das [jeweilige] Fahrzeug [...] mit dem unter der EG-Typgenehmigungsnummer [...] beschriebenen vollständigen [...] Typ in jeder Hinsicht übereinstimmt“, sondern weitergehend auch unzutreffend, dass das Abgasverhalten des jeweiligen Fahrzeugs, wie es in den Typgenehmigungsunterlagen angegeben ist, auch tatsächlich „den Werten nach den in den jeweiligen Rechtsakten festgelegten Verfahren unter Berücksichtigung der nach diesen Rechtsakten zulässigen Toleranzen“ entspricht.¹³

Der Umstand, dass die Beklagte in erheblichem Umfang rechtswidrige Abschaltvorrichtungen in der Motorsteuerung ihrer Diesel-Fahrzeuge verbaut hatte, wurde der deutschen Öffentlichkeit durch Medienberichterstattung erstmals im September 2015 bekannt. Anlass war eine so genannte *Notice of Violation* der U.S.-amerikanischen Umweltschutzbehörde EPA an das in den USA ansässige Tochterunternehmen der Beklagten, durch die parallele Verstöße gegen den U. S.-amerikanischen *Clean Air Act* geltend gemacht wurden. Der Grund für die enorme mediale Aufmerksamkeit, die der Skandal unmittelbar erhielt, lag auch an der raschen und konsequenten Aufklärung des

Parallelsachverhalts durch die U.S.-amerikanischen Behörden, an der sich die Beklagte, offenbar zunächst anders als in Deutschland, zum Zweck der Folgenbegrenzung aktiv und weitgehend beteiligte und an den empfindlichen Strafsanktionen gegenüber der Beklagten selbst sowie gegenüber einigen ihrer verantwortlichen Angestellten. In der Folgezeit sollte nicht nur eine zivilrechtliche Sammelklage U. S.-amerikanischer Käufer hinzutreten, die im Jahr 2018 durch die Auflage eines rund zehn Milliarden Dollar teuren Entschädigungsprogramms vergleichsweise erledigt wurde,¹⁴ sondern auch ein bis dato fortbestehender internationaler Haftbefehl gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten erlassen werden.¹⁵

In Bezug auf den deutschen Markt richtete die Beklagte im Oktober 2015 eine Informationsplattform im Internet ein, auf der sich Käufer unter Angabe der Fahrzeug-Identifizierungsnummer seither darüber informieren können, ob ihr Diesel-Fahrzeug zu den betroffenen Fahrzeugen zählt. Im gleichen Monat ordnete das Kraftfahrt-Bundesamt den verpflichtenden Rückruf von 2,4 Mio. Dieselfahrzeugen der Beklagten an, um einen regel- und zulassungskonformen Zustand der betreffenden Fahrzeuge herzustellen.¹⁶ Eine technische Behebung der Motorsteuerung wurde von der Beklagten allerdings erst für September 2016 in Aussicht gestellt und den Käufern von Fahrzeugen mit Dieselmotoren der Baureihe EA189 schließlich in Gestalt eines kostenfreien Softwareupdates zum Ende des Jahres 2016 im Wege eines Rückrufs angeboten. Das Kraftfahrt-Bundesamt hatte der Beklagten im August 2016 bestätigt, „dass unzulässige Abschaltvorrichtungen nicht (mehr) festgestellt wurden, dass weiterhin vorhandene Abschaltvorrichtungen als zulässig eingestuft wurden, dass die Grenzwerte bei den Schadstoffemissionen eingehalten und dass die Dauerhaltbarkeit von emissionsmindernden Einrichtungen den Anforderungen genügen würden“¹⁷.

Auch die britische Typgenehmigungsbehörde (VCA) erklärte im Mai 2017 anlässlich einer Freigabebestätigung, dass ein mit dem Softwareupdate nachgerüstetes Fahrzeug der Beklagten mit einem Dieselmotor der Baureihe EA189 den gesetzlichen Vorschriften nunmehr entspreche. Darüber hinaus erklärte die VCA offenbar weiter, dass die ursprünglich von der Beklagten angegebenen Kraftstoffverbrauchswerte und CO₂-Emissionen ebenso wie Motorleistung, maximales Drehmoment und Geräuschemissionswerte dadurch unverändert geblieben seien.¹⁸ Eine vergleichbare Feststellung im Hinblick auf diese Fernwirkungen der Nachbesserung durch das Kraftfahrt-Bundesamt liegt bis dato, soweit ersichtlich, nicht vor. Ungeachtet dessen ist gegenwärtig unklar, ob Beeinträchtigungen bei Leistung oder Verbrauch sowie weitere technische Beeinträchtigungen an den Fahrzeugen infolge der Anwendung des Softwareupdates tatsächlich ausgeschlossen werden

Heese: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge (NJW 2019, 257)

259

können.¹⁹ Trotz dieser Unsicherheiten haben die nach Landesrecht zuständigen Behörden von einer Untersagung der Betriebserlaubnis gem. § 5 FZV gegenüber Eigentümern und Haltern Gebrauch gemacht, die die Durchführung des Softwareupdates verweigert hatten. Verwaltungsgerichte haben die aufschiebende Wirkung von Widersprüchen gegen solche für sofort vollziehbar erklärte Untersagungsverfügungen teilweise wiederhergestellt, da jedenfalls kein öffentliches Interesse am sofortigen Vollzug bestehe.²⁰ Eine abschließende (verwaltungs-)gerichtliche Klärung der Wirksamkeit der Bindung der öffentlich-rechtlichen Betriebserlaubnis an die Durchführung des Softwareupdates steht aus.²¹

Dem Kläger war die Berichterstattung zum so genannten Dieselskandal beginnend im September 2015 nicht entgangen. Allerdings behauptet er, dass ihm im März des Jahres 2016 nicht einmal bekannt war, dass auch sein im Juni 2015 erworbenes Fahrzeug zu den von den

Manipulationsvorwürfen betroffenen Fahrzeugen zählt. Auch die Betroffenheit der im März 2016 hinzuerworbenen Fahrzeuge sei ihm nicht bekannt gewesen. Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz in Höhe der gezahlten Kaufpreise unter Herausgabe und Übereignung der Fahrzeuge.

Die Beklagte bestreitet den Manipulationsvorwurf als solchen nicht mehr. Sie ist allerdings der Auffassung, dass eine zivilrechtliche Herstellerhaftung gegenüber den Käufern der Fahrzeuge grundlegend nicht greife, da sie mit der Zurverfügungstellung des Softwareupdates zum Ende des Jahres 2016 sowohl einen technisch einwandfreien wie rechtskonformen Zustand hergestellt habe.²² Spätestens mit dem Beginn der Berichterstattung im September 2015 sei ein Käufer eines von den Manipulationen betroffenen Diesel-Fahrzeugs nicht mehr schutzwürdig. Hilfsweise meint sie, der Kläger müsse sich auf seinen Schaden eine Nutzungsentschädigung anrechnen lassen.

III. Grundfall: Erwerb im Vertragshandel und vor Bekanntwerden des Dieselskandals

1. Sittenwidrigkeit

Schon das ursprüngliche Inverkehrbringen der manipulierten Dieselfahrzeuge mit dem Ziel, diese am Markt abzusetzen, erfüllt den Tatbestand der Sittenwidrigkeit.²³ Daran kann nach geltender Dogmatik kein Zweifel bestehen.²⁴ Allerdings ist im Ausgangspunkt daran zu erinnern, dass über die Konkretisierung des Begriffs der Sittenwidrigkeit bis heute keine Einigkeit besteht. Vorliegend muss der Hinweis genügen, dass die Rechtsprechung noch immer davon ausgeht, das Deliktsrecht mache sich „Vorschriften der Moral zu eigen, indem es Rechtshandlungen auch dann missbilligt, wenn sie einen Verstoß gegen das Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein des Volkes, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden enthalten“²⁵.

Dieser auf das *RG* zurückgehenden Ansatz, der für eine Haftung jenseits des § 823 BGB vermeintlich gültige moralische Maßstäbe der Mehrheitsgesellschaft zugrunde legt, wird in der Literatur vielfach kritisiert.²⁶ Die vorliegende Fallkonstellation gibt indes keinen Anlass zu einer Auseinandersetzung mit abweichenden Interpretationskonzepten.²⁷ Denn das Verhalten der Beklagten ist geradezu prototypisch für das, was die geltende Haftungsordnung nach allgemeinem Verständnis durch § 826 BGB einerseits zu kompensieren und andererseits präventiv zu unterbinden sucht: Die Beklagte hat ganze Modellgruppen von Dieselfahrzeugen planmäßig und systematisch vorsätzlich konstruiert, um die Zulassungsbehörden zur Erlangung der Typenzulassung arglistig darüber zu täuschen, dass die gesetzlich vorgesehenen Emissionsgrenzwerte im Regelbetrieb tatsächlich nicht überschritten werden. Im Zuge der Inverkehrgabe der Fahrzeuge samt Übereinstimmungsbescheinigungen wurde die Täuschung im Rechtsverkehr verfestigt, wobei sich die Beklagte undoloser Werkzeuge in Gestalt ihres Vertragshändlersystems bedient hat.

Der *BGH* stellt entscheidend darauf ab, dass das Verhalten „nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“. Dieser sei durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln.²⁸ Dass die Beklagte mit ihrem Verhalten auf rechtswidrigem Weg Gewinne und Wettbewerbsvorteile zu erzielen suchte, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.²⁹ Ganz offenbar herrschte bei der Beklagten die Vorstellung vor, dass man die projizierten Absatzzahlen angesichts der zunehmend verschärften Regulierung der Abgaswerte in Europa und den USA auf rechtskonformem Weg, insbesondere ohne erhebliche Investitionen in das Produkt oder gar einen weitergehenden Systemwechsel, nicht würde erreichen können. Ein Unternehmen, das meint, seine Wettbewerbsfähigkeit am Markt nur durch planmäßigen und systematischen³⁰ „Betrug“ gegenüber Behörden und Kunden aufrecht erhalten zu können, verdient zweifelsfrei das moralische Unwerturteil der Rechtsordnung, zumal die Konsequenzen für die Gebrauchsfähigkeit des Kfz für den Kunden im Zeitpunkt des Inverkehrbringens unabsehbar

waren.³¹ Durch den Hinweis auf ihr „Nachtatverhalten“ sucht sich die Beklagte der begründeten deliktischen Haftung freilich untauglich zu entziehen. Darauf, ob durch das Softwareupdate schließlich doch noch ein „technisch einwandfreier wie rechtskonformer Zustand“ hergestellt wur-

Heese: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge (NJW 2019, 257)

260

de, kommt es nicht an.³² Insbesondere ist der Kläger nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert, an seinem Schadensersatzbegehren festzuhalten.³³

2. (Vermögens-)Schaden

Der haftungsbegründende Schaden liegt im Abschluss des Kaufvertrags, wobei es weder darauf ankommt, ob das Fahrzeug im Erwerbszeitpunkt aufgrund der unzulässigen Technik objektiv weniger Wert, insbesondere ob es technisch nutzbar und ohne Wertverlust wiederverkäuflich gewesen wäre,³⁴ noch, ob die spätere Nachbesserung solche etwaigen Einbußen ausgleichen konnte.³⁵ Ausreichend ist allein, dass der Vertrag im Zeitpunkt seines Zustandekommens normativ als für einen vernünftigen Käufer nachteilig anzusehen ist.

Ein haftungsbegründendes Verhalten, das täuschungsbedingt zum Abschluss von Verträgen führt, stellt die schadensrechtliche Dogmatik freilich vor eine Herausforderung. Umstritten ist, ob sich die Vermögenslage durch den Abschluss des Vertrags zwingend nachteilig gegenüber dem hypothetischen alternativen Kausalverlauf entwickelt haben muss.³⁶ In der Literatur ist die Vorstellung verbreitet, dass es ausreicht, wenn der Vertrag unter Verletzung einer die selbstbestimmte Ausübung der Vertragsfreiheit schützenden Pflicht geschlossen wurde.³⁷ Der *BGH* hält indes daran fest, dass es auch in diesen Fällen eines Vermögensschadens bedarf.³⁸ Allerdings kommt auch dieser mit einem subjektbezogen³⁹ zu begreifende Schadensbegriff letztlich in der Mehrzahl der Fälle zu gleichen Ergebnissen. Auch hiernach kommt es nicht darauf an, dass der objektive Wert der Leistung hinter der gezahlten Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückgeblieben ist. Es reicht vielmehr bereits aus, wenn sich der Vertragsschluss nach der Verkehrsanschauung als im konkreten Fall unangemessen und nachteilig darstellt.⁴⁰ Der *BGH* spricht insoweit mit begrüßenswerter Offenheit von einer „normativen Kontrolle“, der die Differenzhypothese zu unterziehen ist.⁴¹

Instanzgerichte wenden diese Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt an und kommen im Ergebnis zutreffend zu einem subjektbezogenen Schaden des Käufers.⁴² Im Übrigen käme es auf die beschriebene normative Korrektur der Differenzhypothese letztlich nicht einmal an, da die manipulierten Fahrzeuge im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs zweifelsohne objektiv minderwertig waren, zumal im Grunde „kein verständiger Autokäufer ein Kraftfahrzeug kauft, welches zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses [den] entscheidenden gesetzlichen Anforderungen nicht genügt, [weil] dessen Hersteller die behördenseits gleichwohl erteilte Typengenehmigung durch Täuschung erschlichen hat“⁴³. Es wäre schon zweifelhaft, ob ein Käufer das im Kaufzeitpunkt unübersehbare Verwendungsrisiko am deutschen Markt wenigstens dann eingegangen wäre, wenn die Beklagte die Manipulation offengelegt und die Fahrzeuge mit erheblichen Preisnachlässen angeboten hätte. Der spätere Preisverfall der betroffenen Dieselfahrzeuge am Markt – mit und ohne Durchführung des Softwareupdates – hat diese Einschätzung dann auch bestätigt. Die bei „ungewollten Verträgen“ Platz greifende normative Schadensermittlung erspart dem Käufer indes solchen weitergehenden Sachvortrag; das Gericht muss entsprechenden Beweisanträgen nicht nachgehen und kann die Frage hier offen lassen.⁴⁴

3. Vorsatz und Wissenszurechnung

Es wurde bereits vorausgesetzt, dass die Beklagte vorsätzlich gehandelt hat. Der Vorsatz muss sich auf die Schadenszufügung beziehen⁴⁵ und sich nach richtigem Verständnis auf die dem Sittenwidrigkeitsurteil zugrunde liegenden Tatsachen erstrecken,⁴⁶ nicht dagegen auch auf das daraus gezogene Sittenwidrigkeitsurteil der Rechtsordnung.⁴⁷ Dabei bedarf es gegenüber einem arbeitsteilig agierenden Unternehmen einiger Bemerkungen zur Wissenszurechnung. Bisher höchstrichterlich nicht abschließend geklärt ist, ob die für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit juristischen Personen entwickelten weitreichenden Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung⁴⁸ im Rahmen der deliktischen Haftung Anwendung finden. Der *BGH* tendiert, ausgehend von seinem moralgeprägten Begriffsverständnis der Sittenwidrigkeit, insoweit jedenfalls zu erheblichen Einschränkungen, als dass es nicht zu einer „mosaikartigen“ Zusammensetzung der auf verschiedene Personen verteilten kognitiven Elemente kommen dürfe.⁴⁹ Im vorliegenden Fall bedarf es vertiefter Auseinandersetzung mit der Wissenszurechnung indes nicht. Zum einen liegt es schon außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass das planmäßige und systematische Herstellen und Inverkehrbringen rechtswidrig konstruierter Produkte im vorliegenden Ausmaß dem kognitiven Horizont der verfassungsmäßig berufenen Vertreter entgangen und lediglich einem Verhaltensexzess untergeordneter Konstrukteure zuzuschreiben sein könnte.⁵⁰ Zum anderen lassen sich die technischen Maßnahmen von ihrer rechtswidrigen Verwendungsabsicht und der dahinter stehenden Motivation nicht sinnvoll trennen; alle für die Wissenszurechnung maßgeblichen kognitiven Elemente müssen nach Lage der Dinge wenigstens in der Person eines leitenden Mitarbeiters unterhalb der Organebene⁵¹ voll verwirklicht worden sein, so dass der „personale Charakter der Schadensersatzpflicht“⁵² durch die Zurechnung des Wissens in jedem Fall gewahrt bleibt.⁵³ Auf dieser Grundlage kann sodann kein Zweifel

Heese: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge (NJW 2019, 257)

261  

bestehen, dass es der Beklagten darauf ankam, neben den staatlichen Behörden auch die potenziellen Käufer der Fahrzeuge über für deren Erwerbsentschluss konstitutive Umstände zu täuschen.

Über weitergehende Vorstellungen der Beklagten lässt sich trefflich spekulieren. Das Entdeckungsrisiko als solches dürfte sie jedenfalls noch in Kauf genommen haben. Unklar ist, ob die Beklagte auf dieser Grundlage auch die Anwendung der gesetzlich denkbaren Sanktionen, des Widerrufs von Typengenehmigungen und – jedenfalls zeitweiser – Betriebsuntersagungen für möglich gehalten hatte. Angesichts des bisherigen Einflusses der Beklagten und anderer Branchenvertreter auf die deutsche Politik ist es durchaus plausibel, dass die Beklagte für den Entdeckungsfall auf ein weitgehendes Vollzugsdefizit vertraut hatte, wie es in Deutschland teilweise dann auch zu beobachten war und dass sie das Ausmaß des rigiden Durchgreifens der U. S.-amerikanischen Behörden umgekehrt nicht im Ansatz erwartet hatte. Nicht entfernt dürfte die Beklagte damit gerechnet haben, dass sich die Entdeckung der systematischen Manipulation als Katalysator für Dieselfahrverbote und einen Preisverfall am Dieselfahrzeugmarkt insgesamt erweisen sollte. Darauf, dass die Beklagte weitergehend auch billigend in Kauf genommen hat, in ihrer typischen Verwendbarkeit eingeschränkte und/oder wertgeminderte Fahrzeuge auf den Markt zu bringen, kommt es haftungsbegründend indes nicht an.

4. Kausalität und Schutzzweck

Der (Vermögens-)Schaden muss durch das sittenwidrige vorsätzliche Verhalten verursacht worden sein und dem Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm unterfallen.⁵⁴ Eine Haftung für Verhalten, das täuschungsbedingt zum Abschluss von Verträgen führt, kommt daher im Kontext von § 826 BGB nur in Betracht, wenn dem Kläger der Nachweis gelingt, dass das Verhalten für seinen Willensentschluss tatsächlich ursächlich war.⁵⁵ Freilich erfolgte der Vertragsschluss nicht wegen der die Sittenwidrigkeit begründenden Konstruktion und des anschließenden Inverkehrbringens des manipulierten Fahrzeugs, sondern weil der Kläger beim Erwerb des Fahrzeugs über diesen Umstand durch die Beklagte nicht aufgeklärt wurde. Rechtsdogmatisch ist allerdings auch von einer entsprechenden Aufklärungspflicht der Beklagten auszugehen, die ihre Grundlage wiederum in dem vorsätzlichen rechtswidrigen Ausgangsverhalten findet.⁵⁶ Die Grenzen dieser Aufklärungspflicht, die zugleich den Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm konturieren, werden noch auszuloten sein (unten IV, V). Im Ausgangsfall – Erwerb im Vertragshandel und vor Bekanntwerden des Skandals – ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Beklagte den Käufer über den Makel des konkreten Fahrzeugs hätte aufklären müssen, was ihr aufgrund der vertraglichen Beziehungen zum Vertragshandel auch unschwer möglich und angesichts der Schwere des Ausgangsvorwurfs ohne Weiteres zumutbar gewesen wäre.⁵⁷

Für den Käufer greift sodann die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.⁵⁸ Diese streitet in Entscheidungssituationen zulasten desjenigen, der vorsätzlich oder fahrlässig unter Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten auf den Willensentschluss eines anderen eingewirkt hat, nach gefestigter Rechtsprechung jedenfalls dann, wenn „aus der Sicht eines vernünftig [U]rteilenden [...] eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte“. ⁵⁹ Dass kein vernünftiger Käufer das Fahrzeug unter diesen Umständen – überhaupt oder zum gewöhnlichen Preis – erworben hätte, versteht sich von selbst.

5. Schadensberechnung

a) Kaufpreis gegen Fahrzeugherausgabe

Der Anspruch des Klägers richtet sich auf die Erstattung des an den Vertragshändler gezahlten Kaufpreises bzw. auf Befreiung von der noch nicht getilgten Verbindlichkeit, § 251 BGB,⁶⁰ sowie auf Erstattung der im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme des Kfz getätigten nutzlosen Aufwendungen. Das Kfz hat der Kläger der Beklagten im Wege der Vorteilsausgleichung zu übereignen; ein noch nicht erfüllter Anspruch des Klägers gegenüber dem Vertragshändler wäre an die Beklagte abzutreten.⁶¹

b) Keine Anrechnung von Nutzungen

Dagegen muss eine schadensmindernde Anrechnung gezogener Nutzungen unterbleiben. Diese, für die Herstellerhaftung zentrale Frage, wird in der Instanzrechtsprechung bisher noch überwiegend anders gehandhabt.⁶² Allerdings steht die Anrechnung von Nutzungen schon quer zum haftungsbegründenden Vorwurf der arglistigen Herbeiführung des Kaufvertrags, denn der Käufer wollte das Fahrzeug kaufen, keinesfalls „mieten“. Ungeachtet dessen liegt auf der Hand, dass die wegen Arglist haftende Beklagte die Wertschöpfung des inkriminierten Warenabsatzes nicht doch noch im Wege der Schadensberechnung zeitweilig realisieren darf, zumal sich die Berechnung am vereinbarten – objektiv wohl überhöhten – Kaufpreis orientieren soll.⁶³ Beispielhaft für die wertungsmäßige Schiefelage, die die Anwendung der Vorteilsausgleichung zur Folge hat, steht eine Entscheidung des *LG Ingolstadt*, das auf den Kaufpreis in Höhe von rund 25.000 Euro zusätzlich zur Herausgabe des Kfz eine Nutzungsentschädigung in Höhe von rund 15.500 Euro in Abzug gebracht hat.⁶⁴ Für den Hersteller dürfte die deliktische Haftung hiernach rein wirtschaftlich nahezu keinen

Unterschied machen. Die Beklagte hätte nicht nur kaum wirksame zivilrechtliche Konsequenzen zu befürchten und wäre unangemessen entlastet;⁶⁵ die Präventionsfunktion des Deliktsrechts gegenüber arglistiger Vermögensschädigung wäre zudem substantiell verfehlt.⁶⁶

Heese: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge (NJW 2019, 257)

262



Das damit in Konflikt stehende allgemeine schadensrechtliche Bereicherungsverbot muss gegenüber diesen Normzweck Gesichtspunkten wertungsmäßig zurücktreten.

Der Ausschluss eines Nutzungersatzes gilt richtigerweise auch noch für den Zeitraum, nachdem der Käufer von der haftungsbegründenden Täuschung positive Kenntnis erlangt hat und solange die Beklagte den Käufern die Rückerstattung des Kaufpreises gegen Fahrzeugherausgabe – gegebenenfalls unter Zuhilfenahme ihres Vertragshandels – nicht von sich aus anbietet. Normativer Rückhalt lässt sich hierfür auch aus dem Versicherungsvertragsrecht gewinnen, das die Rückerstattung der gezahlten Versicherungsprämien im Nachgang zur Täuschungsanfechtung des Versicherers umfänglich sperrt und zwar bis zum Wirksamwerden der Anfechtungserklärung, vgl. § 39 I 2 VVG.

c) Minderwert trotz und infolge des Softwareupdates

Der Käufer könnte anstelle der Rückabwicklung auch an dem (für ihn) ungünstigen Vertrag festhalten und den Vermögensschaden ersetzt verlangen, der seinen berechtigten Erwartungen entspricht. Die Berechnung des Vertrauensschadens erfolgt dann in der Weise, dass der Käufer so behandelt wird, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. „Der Schaden ist [...] der Betrag, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat“, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Verkäufer den Vertrag zu anderen Bedingungen überhaupt geschlossen hätte.⁶⁷ Allerdings gestalten sich die dem Käufer obliegende Darlegung und der Beweis des Schadens dann aufwändiger, wobei insoweit immerhin die Erleichterungen des § 287 ZPO greifen.⁶⁸ In Betracht kommt ein Minderwert des erworbenen Fahrzeugs sowohl infolge der – möglicherweise rechtlich zwingenden – Durchführung des Softwareupdates als auch aufgrund der ungeachtet der Herstellung zulassungskonformer Zustände bestehenden Werteinbruchs für die mit dem Makel eines Dieselskandalfahrzeugs behafteten Fahrzeuge am Markt.⁶⁹ Dass ein solcher Minderwert kausal und zurechenbar auf dem Ausgangsverhalten beruht,⁷⁰ liegt auf der Hand.

IV. Erwerb im Vertragshandel und nach Bekanntwerden des Dieselskandals

1. Volenti non fit iniuria

Der Erwerb eines von der Manipulation betroffenen Fahrzeugs in Kenntnis der Umstände schließt eine Haftung der Beklagten aus, wobei insoweit freilich nicht die Sittenwidrigkeit des schädigenden Ausgangsverhaltens entfällt,⁷¹ sondern die Entscheidungskausalität (oben III 4). Allerdings darf nicht vorschnell auf eine Kenntnis des Käufers geschlossen werden. Voraussetzung ist zum einen, dass dieser von der Manipulation des konkreten Fahrzeugs Kenntnis hatte, das er zu erwerben beabsichtigte, zum anderen, dass ihm die Bedeutung der Manipulation und die sich daraus ergebenden bzw. noch drohenden Konsequenzen sowohl in technischer wie auch in rechtlicher Hinsicht zumindest auf laienhafter Ebene klar gewesen sind. Das schließt im vorliegenden Fall ein, dass dem Käufer bewusst war, dass die (uneingeschränkte) fortdauernde Nutzbarkeit des zu erwerbenden Kfz im öffentlichen Straßenverkehr infrage stand. Die Beweislast dafür wird man

richtigerweise der mit Vorsatz agierenden Beklagten aufzuerlegen haben;⁷² wenigstens trifft diese eine sekundäre Darlegungslast.

Die vorliegende Kenntnis des Käufers von der öffentlichen Berichterstattung allein schadet damit nicht, zumal ein Käufer angesichts der Schwere des Vorwurfs nicht damit rechnen musste, dass ihm der Vertragshandel ein von den Vorwürfen betroffenes Fahrzeug dann überhaupt noch ohne Hinweis auf die Umstände und ohne erheblichen Preisnachlass anbietet. Das *OLG Braunschweig* schließt dagegen bisher unzutreffend von der allgemeinen Kenntnis der Skandalberichterstattung in den Medien, die es dem Käufer überdies noch unterstellt, auf das konkrete Bewusstsein, dass das erworbene Kfz zu den manipulierten Fahrzeugen zählt⁷³ und dies obwohl die Beklagte mit der Einrichtung der Informationsplattform im Internet selbst praktisch eingeräumt hat, dass einem Laien nur mittels individualisierter Prüfung unter Abgleich der Fahrzeug-Identifizierungsnummer die eigene Betroffenheit vor Augen geführt werden kann. Das *OLG* verwechselt dabei nicht nur positive Kenntnis mit einem bloßen sich der Kenntnis verschließenden Verhalten, sondern will den Arglistigen überdies noch mit hohen Verhaltensanforderungen an den Getäuschten belohnen. Dabei begründet selbst größte Fahrlässigkeit in Arglistfällen typischerweise nicht einmal ein Mitverschulden (unten IV 3).

2. Kausalität und Schutzzweck im Übrigen

Auch wenn ein Käufer keine positive Kenntnis im beschriebenen Sinne hatte, liegt mit dem Öffentlichwerden des planmäßigen, massenhaften Vertriebs manipulierter Dieselfahrzeuge für einen jeden nachfolgenden Erwerb die Frage nach der Begrenzung der Haftung der Beklagten unter Schutzzweckgesichtspunkten, also normativ, durchaus nahe. Allerdings ist die Schwere des Vorwurfs gegenüber der Beklagten wiederum auch dann maßgebend, wenn sich die Frage stellt, ob die Beklagte alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um die Auswirkungen ihres arglistigen Ursprungsverhaltens zu begrenzen. Hier liegt das eigentliche rechtliche Problem der Herstellerhaftung im Dieselskandal. Solange der Erwerb allerdings im Vertragshandel der Beklagten erfolgt ist, bedarf es insoweit noch keiner vertieften Überlegungen. Denn die Beklagte hätte diesem gegenüber durchsetzen können, dass der Vertrieb manipulierter Fahrzeuge (einstweilen) eingestellt wird oder jedenfalls nur noch unter ausdrücklicher Aufklärung des Erwerbers erfolgt. Eine entsprechende und gegebenenfalls entschädigungspflichtige Kooperationspflicht ist dem Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und Vertragshandel jedenfalls auf der Grundlage von § 242 BGB zu entnehmen.

3. (Kein) Mitverschuldenseinwand

Der allgemein im Schadensrecht zum Zuge kommende Mitverschuldenseinwand erfährt im Rahmen des § 826 BGB normativ erhebliche Einschränkungen. Wenigstens „in den Kernbereichen des § 826, wie etwa in den Fällen arglistiger Täuschung, ist dem Geschädigten selbst grobe Fahrlässigkeit nicht haftungsmindernd anzurechnen“⁷⁴. Im Verhältnis zu

Heese: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge (NJW 2019, 257)

263 

juristischen Personen gilt das jedenfalls, soweit diese sich arglistiges Verhalten ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter zurechnen lassen müssen.⁷⁵ Anders als im Rahmen der Haftungsbegründung kommt es beim Mitverschulden also auf die konkrete Anknüpfung bei der Wissenszurechnung an (oben III 3). Für die den Zeitraum nach Bekanntwerden des Dieselskandals betreffende Haftung ist das freilich unproblematisch: Spätestens dann waren die Organe der

Beklagten über alle Umstände informiert und hätten den unaufgeklärten Verkauf ihrer Fahrzeuge im Vertragshandel verhindern müssen.

V. Erwerb außerhalb des Vertragshandels

In den Fällen schließlich, in denen der Käufer ein von der Beklagten manipuliertes Fahrzeug außerhalb des Vertragshandels erworben hatte, stehen erstmals ernsthaft schützenswerte Interessen der Beklagten an einer Begrenzung ihrer deliktischen Haftung in Rede. Allerdings droht die Haftung der Beklagten mit Blick auf den Umfang des privaten und des gewerblichen Fahrzeuggebrauchts nicht etwa „uferlos“ zu werden. Denn entweder kann der Weiterverkäufer seinen Vermögensschaden auf den unaufgeklärten (Letzt-)Käufer abwälzen oder dieser preist den ihm bekannten Makel ein. Entscheidend dürfte aber sein, dass die Beklagte außerhalb des Systems des Vertragshandels keine vernünftige Handhabe hat, um individuelle Informationspflichten von Verkäufern gegenüber Kaufinteressenten für die Vertragsanbahnung durchzusetzen. Daher spricht vieles dafür, den Zurechnungszusammenhang ab dem Zeitpunkt als unterbrochen anzusehen, ab dem die Beklagte alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um die Marktteilnehmer fortlaufend über von den Manipulationen konkret betroffenen Fahrzeuge zu informieren. Ob vorliegend insoweit die im Oktober 2015 erfolgte Einrichtung der Informationsplattform im Internet ausreichend war und sich die Beklagte im Übrigen auf die Informationswirkung der Medienberichterstattung verlassen durfte, mag der Autor heute noch nicht abschließend beurteilen.

VI. Zusammenfassung

Hersteller von Diesel-Kraftfahrzeugen, bei denen die Abgasrückführung softwaregesteuert manipuliert wurde, haften den Käufern aus § 826 BGB umfänglich jedenfalls dann, wenn der Käufer von der Manipulation des konkreten Fahrzeugs und ihrer tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung im Erwerbszeitpunkt keine Kenntnis hatte und der Erwerb vor dem Bekanntwerden des Dieselskandals und vor der Einrichtung einer spezifischen Informationsplattform im Internet erfolgt ist. Darauf, ob der Vertrag im Vertragshandel geschlossen wurde, kommt es nicht an. Der Schaden umfasst jedenfalls den gezahlten Kaufpreis und nutzlose Aufwendungen unter Übereignung des erworbenen Fahrzeugs; eine Nutzungsentschädigung muss sich der Käufer schadensmindernd dagegen nicht anrechnen lassen.

Beim Erwerb nach Bekanntwerden des Dieselskandals ist zu differenzieren: An der Haftung beim Erwerb im Vertragshandel ändert sich wiederum nichts, solange der Käufer von der Manipulation des konkreten Fahrzeugs keine Kenntnis hatte; ein Mitverschuldenseinwand scheidet im Übrigen kategorisch aus, zumal Kenntnis in der Person eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters inzwischen unabweisbar war. Beim Erwerb außerhalb des Vertragshandels ist dagegen von einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs auszugehen, nachdem der Hersteller alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um die Marktteilnehmer fortlaufend über die von den Manipulationen konkret betroffenen Fahrzeuge zu informieren.

* Der Autor, LL.M. (Yale), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht, Europäisches Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg. Er ist vom Dieselskandal selbst weder unmittelbar noch mittelbar betroffen und mit der Sache gutachterlich oder in sonstiger Weise nicht vorbefasst.

1 Vgl. *OLG Köln*, NJW-RR 2018, 373: Erheblicher Sachmangel und Rücktritt vom Kaufvertrag; *OLG Celle*, MDR 2016, 1016 = BeckRS 2016, 13999.

2 Vgl. *LG Augsburg*, NJW-RR 2018, 1073: Nichtiger Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 27 I EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung und bereicherungsrechtliche

- Rückabwicklung; hierzu ablehnend *Armbrüster*, NJW 2018, 3481.
- 3 Vgl. nur *OLG Koblenz*, NJW-RR 2018, 376.
- 4 Vgl. *OLG Hamm*, Beschl. v. 5.1.2017 – 28 U 201/16, BeckRS 2017, 108482; *OLG Celle*, VersR 2016, 1515 (1516) = BeckRS 2016, 13999.
- 5 Vgl. beck-aktuell v. 2.11.2018, becklink 2011379 sowie FAZ v. 2.1.2019, Musterfeststellungsklage: Mehr als 300.000 Dieselfahrer wollen Schadenersatz von VW, www.faz.de, alle zitierten Homepages zuletzt abgerufen am 5.1.2019.
- 6 Vgl. nur beck-aktuell v. 30.8.2018, becklink 2010808; s. auch FAZ v. 30.8.2018, Vorwurf gegen VW, Diesel-Urteile per Vergleich verhindert, www.faz.de.
- 7 Vgl. aber die Übersicht über ergangene erstinstanzliche Entscheidung zulasten der Hersteller unter www.test.de/Abgasskandal-4918330-5038098.
- 8 *Heese*, NJW-Editorial H. 49/2018.
- 9 Vgl. auch *LG Krefeld*, Urt. v. 19.7.2017 – 7 O 147/16, BeckRS 2017, 117776 .
- 10 Vgl. *LG Kleve*, VuR 2017, 232 (235 ff.) = BeckRS 2017, 106026 und *LG Ingolstadt*, Urt. v. 15.5.2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798.
- 11 Vgl. *OLG Köln*, NJW-RR 2018, 373; *LG Augsburg*, NJW-RR 2018, 1073 (1074); s. auch *OLG Dresden*, NZV 2018, 269.
- 12 VO EG Nr. 715/2007 v. 20.6.2017, ABl. 2017 171, 1.
- 13 Vgl. das Muster in Anhang IX der RL 2007/46/EG v. 5.9.2007, ABl. 2007 263, 1; zu diesem Erklärungsgehalt der Übereinstimmungsbescheinigungen auch *Harke*, VuR 2017, 83 und im Anschluss daran *LG Ingolstadt*, Urt. v. 15.5.2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798.
- 14 Vgl. Abgasskandal in den USA, Berufungsgericht bestätigt Milliardenvergleich von VW, Manager Magazin v. 10.7.2018, abrufbar unter www.manager-magazin.de.
- 15 Vgl. Nach Anklage in den USA, US-Haftbefehl gegen Winterkorn, Tagesschau v. 5.5.2018, abrufbar unter www.tagesschau.de.
- 16 Vgl. Kraftfahrt-Bundesamt, Pressemit. v. 16.10.2015, abrufbar unter www.kba.de.
- 17 *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
- 18 Vgl. die Hinweise bei *OLG Koblenz*, NJW-RR 2018, 376 (377) und *LG Braunschweig*, Urt. v. 27.10.2017 – 3 O 296/17, BeckRS 2017, 131154, dort freilich mit unzutreffender Annahme einer Bindung an die Feststellungen der britischen Behörde.
- 19 Vgl. hierzu den Klägervortrag bei *OLG Dresden*, NZV 2018, 269; offen gelassen bei *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446; s. auch *Heimgärtner*, DAR 2015, 622 (624).
- 20 Vgl. *VG Karlsruhe*, Beschl. v. 26.2.2018 – 12 K 16702/17, BeckRS 2018, 2283; *VG Sigmaringen*, Beschl. v. 4.4.2018 – 5 K 1476/18, BeckRS 2018, 6337; *VG Hamburg*, Beschl. v. 20.6.2018 – 15 E 1483/18; aA *OVG Münster*, NZV 2018, 484 im Anschluss an *VG Düsseldorf*, Beschl. v. 28.3.2018 – 6 L 709/18, BeckRS 2018, 6138.
- 21 Anders, indes unsubstanziert und unter bloßem Hinweis auf die als solches irrelevante Freigabebestätigung der britischen Typpenehmigungsbehörde *OLG Koblenz*, NJW-RR 2018, 376 (377) und *LG Braunschweig*, Urt. v. 27.10.2017 – 3 O 296/17, BeckRS 2017, 131154.
- 22 Vgl. *LG Ingolstadt*, Urt. v. 15.5.2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798.
- 23 Vgl. *OLG Köln*, Beschl. v. 16.7.2018 – 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255; *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446; *LG Krefeld*, Urt. v. 19.7.2017 – 7 O 147/16, BeckRS 2017, 117776; *LG Würzburg*, Urt. v. 23.2.2018 – 71 O 862/16, BeckRS 2018, 1691; *LG Hanau*, Urt. v. 7.6.2018 – 9 O 76/18, BeckRS 2018, 33799. Das bejaht auch *Riehm*, DAR 2016, 12 (15). Verfehlt aA dagegen *LG Braunschweig*, NJW-RR 2018, 379 (382) und inhaltsgleich Urt. v. 27.10.2017 – 3 O 296/17, BeckRS 2017, 131154; s. auch *LG Braunschweig*, Urt. v. 6.7.2018 – 11 O 3017/17, BeckRS 2018, 14999 Rn. 27 ff.
- 24 Zur Fallgruppenartigkeit – Sittenwidrigkeit, Arglist und Täuschung, insbesondere bei Vertragsabschluss, BeckOGK/*Spindler*, 1.7.2018, § 826 BGB Rn. 25 ff.; MüKoBGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 66 ff.
- 25 *BGHZ* 17, 327 = NJW 1955, 1274; aus der aktuellen Rechtsprechung s. nur *BGH*, NJW 2014, 1380 und NJW 2017, 250 = WM 2016, 1975 (1978) zu dem „für das Merkmal der Sittenwidrigkeit iSd § 826 BGB erforderliche moralische Unwerturteil“.
- 26 Vgl. nur eingehend MüKoBGB/*Wagner*, § 826 Rn. 12 ff.; s. auch *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016 Rn. 256 ff.
- 27 Auf der Linie der *BGH*-Rechtsprechung im vorliegenden Kontext etwa *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
- 28 *BGH*, NJW 2014, 1380; NJW-RR 2013, 1448 (1449).

- 29 Zutreffend schon *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
30 Vgl. *BGH*, NJW-RR 2013, 1448 (1449), wo in casu ein systematisches Vorgehen nicht nachzuweisen war.
- 31 Vgl. auch *OLG Köln*, Beschl. v. 16.7.2018 – 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255.
32 Vgl. auch *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 und zum maßgeblichen Handlungszeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit s. *BGHZ* 100, 353 = NJW 1987, 1878 (1879).
- 33 Vgl. die Parallelwertung bei *BGH*, NJW 2019, 292 (unter Nr. 4 in diesem Heft).
34 Das verkennt *Riehm*, DAR 2016, 12 (13, 15).
35 Zutreffend *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
36 Vgl. zum Ganzen *Heese*, Beratungspflichten, 2015, 217 ff.
37 Vgl. nur *Fleischer*, AcP 200 (2000) 91 (111 ff.) und die weiteren Nachw. bei *Heese*, Beratungspflichten, 219.
- 38 *BGH*, NJW 1998, 302 (304); s. auch *BGHZ* 137, 314 = NJW 1998, 989 (899).
39 *BGHZ* 161, 361 = NJW-RR 2005, 611 (612).
40 *BGH*, NJW 1998, 302 (304).
41 *BGHZ* 161, 361 = NJW-RR 2005, 611 (612).
42 Vgl. eingehend *LG Ingolstadt*, Urt. v. 15.5.2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798; s. auch *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446; *LG Krefeld*, Urt. v. 19.7.2017 – 7 O 147/16, BeckRS 2017, 117776; *LG Würzburg*, Urt. v. 23.2.2018 – 71 O 862/16, BeckRS 2018, 1691.
- 43 *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
44 Wie geschehen bei *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
45 *BGHZ* 101, 380 = NJW 1987, 3256 (3258).
46 Vgl. *MüKoBGB/Wagner*, § 826 Rn. 33.
47 Vgl. *BGHZ* 101, 380 = NJW 1987, 3256 (3258).
48 Vgl. *BGHZ* 132, 30 = NJW 1996, 1339.
49 *BGH*, NJW 2017, 250 = WM 2016, 1975 (1978); s. auch schon *BGH*, NJW 2012, 1789 (1790); krit. *MüKoBGB/Wagner*, § 826 Rn. 38; die einschlägige Rechtsprechung übersieht *Riehm*, DAR 2016, 12 (15).
- 50 Vgl. *OLG Köln*, Beschl. v. 16.7.2018 – 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255 Rn. 23; s. auch *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446: Kenntnis bis in die Vorstandsebene „ist anzunehmen“.
- 51 Zum ohnehin weiten haftungsrechtlichen Organbegriff unter § 31 BGB s. nur *MüKoBGB/Leuschner*, 8. Aufl. 2018, § 31 Rn. 14 f.
52 *BGH*, NJW 2017, 250 = WM 2016, 1975 (1978).
53 IErg. auch *LG Würzburg*, Urt. v. 23.2.2018 – 71 O 862/16, BeckRS 2018, 1691.
54 *MüKoBGB/Wagner*, § 826 Rn. 45.
55 Vgl. *BGH*, NJW-RR 2013, 1448 (1451).
56 Vgl. auch *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
57 Der Vertragshändler hätte freilich selbst dem Käufer gegenüber eine entsprechende vorvertragliche Aufklärungspflicht, die jedenfalls bei Arglist zu einer Haftung aus culpa in contrahendo neben Gewährleistungsrecht führt, vgl. hierzu *BGHZ* 180, 205 = NJW 2009, 2120 (2122) und *Heese*, Beratungspflichten, 471 f.
- 58 Hierzu umfänglich *Heese*, Beratungspflichten, 297 ff.; im vorliegenden Kontext s. *OLG Köln*, Beschl. v. 16.7.2018 – 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255.
- 59 Im Kontext rechtlicher Beratung s. nur *BGHZ* 123, 311 = NJW 1993, 3259.
60 Vgl. nur *Heese*, Beratungspflichten, 221 f.; iErg. gleich, nur dogmatisch unrichtig auf § 249 I BGB abstellend *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446.
61 Vgl. *BGH*, NJW 2013, 450 (451).
62 Vgl. *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 in Anlehnung an § 346 I BGB; *LG Würzburg*, Urt. v. 23.2.2018 – 71 O 862/16, BeckRS 2018, 1691; *LG Ingolstadt*, Urt. v. 15.5.2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798 und *LG Hanau*, Urt. v. 7.6.2018 – 9 O 76/18, BeckRS 2018, 33799.
- 63 Vgl. *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 Rn. 77.
64 *LG Ingolstadt*, Urt. v. 15.5.2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798.
65 Vgl. auch *BGH*, NJW 1984, 2457 (2458): Nur solche Vorteile anzurechnen, „deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, das heißt dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet“; s. auch *MüKoBGB/Oetker*, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 237 f.
66 IErg. wie hier *LG Augsburg*, Urt. v. 5.12.2018 – 21 O 3267/17, BeckRS 2018, 33800; s.

auch *LG Augsburg*, Urt. v. 14.11.2018 – 21 O 4310/16, BeckRS 2018, 33801, allerdings unter fragwürdigem Hinweis auf *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:231 = Slg. 2008, I-2713 = NJW 2008, 1433.

67 Vgl. zum Ganzen *BGHZ* 168, 35 = NJW 2006, 3139 (3141).

68 Vgl. *MüKoBGB/Wagner*, § 826 Rn. 52; eingehender *Heese*, Beratungspflichten, 294 f.

69 Deutlich *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 Rn. 80.

70 AA für einen Minderwert infolge der Nachbesserung verfehlt *Riehm*, DAR 2016, 12 (13).

71 Unzutreffend *OLG Braunschweig*, Beschl. v. 2.11.2017 – 7 U 69/17, BeckRS 2017, 147936.

72 Beim Zusammentreffen von arglistiger Täuschung und positiver Kenntnis erscheint die Anwendung der für die Rechtswidrigkeit geltenden Grundsätze zur Beweislast des Deliktsschuldners (hierzu *MüKoBGB/Wagner*, § 826 Rn. 86) sachgerecht.

73 *OLG Braunschweig*, Beschl. v. 2.11.2017 – 7 U 69/17, BeckRS 2017, 147936.

74 *MüKoBGB/Wagner*, § 826 Rn. 55; s. hierzu *BGH*, NJW 1984, 921 (922); s. bereits *BGHZ* 57, 137 = NJW 1972, 36 (38).

75 Vgl. *BGH*, BB 1966, 600; s. bereits *RGZ* 162, 202 (208); anders im Lichte von § 831 BGB nur bei Verrichtungsgehilfen, vgl. *BGH*, NJW 1984, 921 (922).

Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge?

Von Prof. Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale), Regensburg*

Die Hersteller der manipulierten Diesel-Kraftfahrzeuge haften den Käufern (jedenfalls) aus § 826 BGB auf Schadensersatz. Dass daran kein ernsthafter Zweifel bestehen kann, hat das OLG Köln unlängst mit aller Deutlichkeit bestätigt. Als Gretchenfrage im sogenannten Dieselskandal verbleibt die schadensmindernde Anrechnung von Nutzungen zugunsten der Hersteller. Während die überwiegende Instanzrechtsprechung von einer solchen Anrechnung bisher noch wie selbstverständlich ausgeht, ist das LG Augsburg dem im Ergebnis zutreffend entgegengetreten. Denn nach vorzugswürdigem Verständnis ist von einer Vorteilsausgleichung aus Gründen der Haftungsprävention vorliegend abzusehen.

A. Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge

I. Herstellerhaftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, § 826 BGB

Die Hersteller der manipulierten Diesel-Kraftfahrzeuge¹ haften den Käufern auf Schadensersatz. Auf diesen Sachverhalt kommt mit § 826 BGB nicht nur der schwerste Haftungsvorwurf zur Anwendung, den das deutsche Zivilrecht kennt; die Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung ist nachgerade offensichtlich²: Das Inverkehrbringen der manipulierten Fahrzeuge erfüllt den Tatbestand der Sittenwidrigkeit. Denn es erfolgte mit dem Ziel, den ahnungslosen Primär- und Sekundärmarkt zu veranlassen, die von der Entziehung der Typenzulassung potenziell bedrohten Fahrzeuge an unwissende Käufer zu vertreiben. Triebfeder des planmäßigen und systematischen „Betrugs“ gegenüber Behörden und Kunden dürften die Gewinnerzielung und das regelwidrige Erschleichen von Wettbewerbsvorteilen gewesen sein.³ Die möglichen Konsequenzen für die Käufer dürfte den Herstellern bekannt und einerlei gewesen sein, namentlich das auf der Hand liegende Risiko des Verlusts der bestimmungsgemäßen Gebrauchsfähigkeit der Fahrzeuge aufgrund behördlichen Einschreitens. Dafür spricht auch, dass die Hersteller die Fahrzeuge zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen nicht *ad hoc* nachbessern konnten, sondern ein Softwareupdate zur Vermeidung der Stilllegung sämtlicher Fahrzeuge im Nachgang zu dem Bekanntwerden des Dieselskandals erst langwierig entwickeln mussten.

Der haftungsbegründende Schaden des Käufers liegt im Abschluss des in diesem Zeitpunkt für einen – jeden! – vernünftigen Käufer nachteiligen Vertrags⁴; darauf, ob das Fahrzeug im Erwerbszeitpunkt auch objektiv weniger wert war bzw. ohne Wertverlust wiederverkäuflich gewesen wäre, kommt es haftungsbegründend nicht an⁵. Die Hersteller handelten sowohl im Hinblick auf diese Schadenszufügung als auch auf die dem Sittenwidrigkeitsurteil zugrunde liegenden Tatsachen vorsätzlich. Dass die verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Hersteller in die planmäßige Manipulation der Motorsteuerungen selbst nicht wenigstens eingeweiht waren, erscheint eher unwahrscheinlich⁶; ungeachtet dessen greift im Ergebnis die Wissenszurechnung durch⁷.

Der Erwerb eines manipulierten Fahrzeugs beruht zweifelsfrei auch ursächlich auf dem sittenwidrigen Inverkehrbringen. Denn aus dem vorsätzlichen Ausgangsverhalten erwächst zugleich eine entsprechende Aufklärungspflicht der Hersteller, die diese gegenüber jedem Käufer schulden, der eines der manipulierten Fahrzeuge am Primär- oder am Sekundärmarkt erwirbt.⁸ Für den Käufer streitet dabei die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.⁹ Denn schon angesichts der im

Erwerbszeitpunkt bestehenden Risiken um die bestimmungsgemäße Gebrauchsfähigkeit der Fahrzeuge hätte bei gehöriger Aufklärung kein vernünftiger Käufer ein solches Fahrzeug überhaupt, wenigstens nicht ohne erheblichen Preisnachlass, erworben.¹⁰ Ob sich die (umweltbewussten) Käufer darüber hinaus auch in besonderer Weise auf die Einhaltung der gesetzlichen oder der herstellerseitig ausgewiesenen Abgaswerte verlassen haben¹¹, ist sodann nicht weiter entscheidend. Dementsprechend schulden die

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

124

Hersteller den Käufern allemal Schadensersatz in Höhe des aufgewendeten Kaufpreises; das erworbene Fahrzeug ist dann im Wege der Vorteilsausgleichung herauszugeben¹². Hat der Käufer das Fahrzeug zwischenzeitlich weiterveräußert, schadet das dem Anspruch nicht; der Käufer muss sich lediglich den erhaltenen Kaufpreis anrechnen lassen¹³.

Der Abschluss des Kaufvertrags entspricht dem für die Begründung der Haftung maßgeblichen Zeitpunkt; haftungsrechtlich ohne Relevanz bleibt daher sämtliches Nachtatverhalten der Hersteller. Das gilt insbesondere für das den Käufern aufgezwungene und hinsichtlich seiner Wirkungen und möglichen Folgeschäden höchst umstrittene Softwareupdate.¹⁴ Auf die Idee, der Käufer könnte gar treuwidrig handeln, wenn er an seinem Schadensersatzbegehren auch noch nach dem Aufspielen des Softwareupdates festhält, kann man im Grunde nicht kommen.¹⁵ Das hätte ungefähr den Charme, einem unter dem Gesichtspunkt der Risikotragung fehlerhaft beratenen Kapitalanleger die schadensersatzmäßige Rückabwicklung des Anlagenerwerbs zur verweigern, weil die Anlage zwischenzeitlich einmal im Wert gestiegen sei.¹⁶

II. Haftung aus § 826 BGB leichter Hand und keine Zulassung der Revision – die Zwischenbilanz des OLG Köln

Mit Beschluss vom 03.01.2019 hat das *OLG Köln* das, wie schon zahlreiche Instanzgerichte zuvor, im Ergebnis genauso gesehen.¹⁷ Es handelt sich wohl um die erste, die Berufungsinstanz abschließende Entscheidung eines Oberlandesgerichts zur Herstellerhaftung seit Bekanntwerden des Dieselskandals im September 2015. Diese Entscheidung kam etwas unerwartet. Schließlich hatten die Hersteller es bis dahin offenbar konsequent darauf angelegt, den Erlass solcher obergerichtlicher Rechtsprechung wenigstens durch vergleichweisen Freikauf zu vermeiden.¹⁸ Die Entscheidung des *OLG Köln* schließt mit der durchaus beeindruckenden Feststellung, dass der Sachverhalt „keine ungeklärten Rechtsfragen aufwirft und [...] sich unter Rückgriff auf die höchstrichterliche Rechtsprechung ohne weiteres entscheiden“ lässt.¹⁹ In dieser Deutlichkeit war zuvor nur der Verfasser dieses Beitrags hervorgetreten.²⁰ Der Entscheidung ist dennoch nicht vollumfänglich zuzustimmen. Denn es war gänzlich verfehlt, dass das Gericht eine Berufung des Herstellers gegen eine Verurteilung aufgrund von § 826 BGB nur beschlussmäßig ohne mündliche Verhandlung nach § 522 ZPO behandelt und die beantragte Zulassung der Revision zum BGH nach Zurückweisung der Berufung verweigert hat.

Neben einer Vielzahl bundesweit anhängiger Individualklagen steht immerhin die erste Verbrauchermusterfeststellungsklage inzwischen mit mehr als 400.000 Beteiligten zur Verhandlung vor dem *OLG Braunschweig* an.²¹ Im Nachgang zum *OLG Köln* hat das *Braunschweiger OLG* in einem Individualrechtsstreit unlängst gegenteilig entschieden²². Mit Rücksicht auf die zuvor schon sehr auffallend herstellerfreundliche Linie der am Sitz des VW-Mutterkonzerns beheimateten *Braunschweiger Gerichte*²³ musste für das *OLG Köln* doch auf der Hand liegen, dass es zur

Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) dringend einer Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* bedarf. Daran ändert sich nichts dadurch, dass vergleichbare Fragen der Haftungsbegründung in anderen Zusammenhängen, insbesondere im Kontext der Kapitalanlegerberatung, bereits geklärt sind.

Schließlich wird sich sogleich zeigen, dass die Rechtslage bei der *Berechnung* des Schadens noch längst nicht geklärt ist. Die Frage, ob und ggf. wie die Vorteilsausgleichung im Hinblick auf die zeitweise Nutzung der Kraftfahrzeuge durch die Käufer zur Anwendung kommen kann, ist höchstrichterlich bisher nicht explizit behandelt worden. Dagegen drängt sich der Gedanke der Verhaltensprävention gegenüber eines solchen systematischen „Absatzbetrugs“ am Markt geradezu auf. Die Rechtssache hat nach richtigem Verständnis damit insgesamt auch grundsätzliche Bedeutung, § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Freilich wäre eine Revision des beklagten Herstellers nicht unbedingt zu erwarten gewesen; vermutlich hätte dieser sie wenigstens im Angesicht eines drohenden Prozessverlusts – wieder einmal²⁴ – zurückgenommen.

B. Nutzungsentschädigung als Gretchenfrage der Herstellerhaftung

I. Problemaufriss

Die Gretchenfrage bei der Herstellerhaftung ist tatsächlich nicht die nach der *Haftungsbegründung*, sondern vielmehr die nach der *Schadensberechnung*. Erhält ein Käufer den auf den unerwünschten Vertrag geleisteten Kaufpreis gegen Rückgabe des Fahrzeugs im Wege des Schadensersatzes voll zurück oder muss er sich auf seinen Schaden auch noch eine Nutzungsentschädigung für die gefahrenen Kilometer anrechnen lassen (und wenn ja, nach Maßgabe welcher Bemessungskriterien)? Die Antwort

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

125



auf diese Frage wirkt über die bloße Schadensberechnung weit hinaus. Sie ist geeignet, das Verhalten sowohl auf Käufer- wie auf Herstellerseite erheblich zu beeinflussen.

Die große Mehrzahl der deutschen Käufer manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge hat von der Durchsetzung ihrer begründeten Ansprüche abgesehen. Nur um einen Bruchteil der etwa allein vom VW-Konzern abgesetzten 2,4 Millionen Fahrzeuge wird derzeit vor Gericht gestritten. Der Grund dafür ist sicherlich zunächst einmal in den erheblichen Unzulänglichkeiten des deutschen Zivilprozessrechts zu suchen²⁵, auf die der Gesetzgeber mit der Einführung der Verbrauchermusterfeststellungsklage aus Anlass des Dieselskandals wiederum nur unzulänglich reagiert hat²⁶. Im Übrigen wird ein nicht unbeträchtlicher Anteil der Käufer vermutlich schon deshalb von einer Klage abgesehen haben, weil der Eindruck vermittelt wurde, sie hätten nach geltender Dogmatik im Erfolgsfall die zwischenzeitliche Nutzung des Fahrzeugs wohl in nicht unerheblicher Höhe „zu vergüten“.

Die Hersteller haben umgekehrt ein erhebliches Interesse daran, dass sich die Rechtsdurchsetzung der wenigen klagewilligen Käufer möglichst lange hinauszögert, wenn mit jedem mit dem erworbenen Fahrzeug – notgedrungen – weiter gefahrenen Kilometer der den Käufern zustehende Schadensersatzanspruch schmilzt. Hinzu kommt, dass sich die Haftung auf Kaufpreizrückzahlung gegen Fahrzeugherausgabe *und* Anrechnung gezogener Nutzungen unter dem Gesichtspunkt des die Hersteller allein interessierenden Warenabsatzes, rein wirtschaftlich gesehen, als durchaus äquivalentes Umsatzgeschäft darstellen könnte. Wenn die Hersteller nun aber trotz der Haftung

wegen eines sittenwidrig vorsätzlich herbeigeführten Warenabsatzes wirtschaftlich praktisch gleich oder auch nur unwesentlich schlechter stehen, wie werden sich diese – und andere Hersteller anderer Produkte – dann künftig wohl am Markt verhalten?

II. Überblick über den Stand der Diskussion

Die ganz überwiegende Mehrzahl der Instanzgerichte rechnet die vom Käufer gezogenen Nutzungen bisher tatsächlich und dabei wohl nicht immer ganz reflektiert²⁷ schadensmindernd an. Die Gerichte machen insoweit keinen Unterschied zwischen der gewährleistungsrechtlichen Haftung des *ohne Vorsatz* handelnden Fahrzeugverkäufers und des *arglistig* agierenden Herstellers²⁸ und legen die allgemein bei der Rückabwicklung von Fahrzeugkäufen übliche Berechnungsformel auch im Rahmen von § 826 BGB zugrunde: Gebrauchsvorteil = Bruttokaufpreis multipliziert mit den gefahrenen Kilometern und dividiert durch die erwartete Gesamtfahrleistung (bzw. bei Gebrauchtfahrzeugen durch die voraussichtliche Restlaufleistung)²⁹. Dass die Gerichte die Nutzungsentschädigung auf der Grundlage des *Bruttokaufpreises* berechnen, muss dabei besonders betont werden. Schließlich war dieser im Erwerbszeitpunkt angesichts der Manipulation und den sich daraus ergebenden Verwendungsrisiken objektiv doch wohl (deutlich) überhöht.

Demgegenüber sorgte die 21. Zivilkammer des *LG Augsburg* mit zwei Einzelrichterentscheidungen unlängst für Aufsehen, indem sie die Anrechnung von Nutzungen vollumfänglich verneint hat und dies sowohl ohne Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Instanzrechtsprechung als auch mit denkbar knapper Begründung: „Dies würde zu einer unangemessenen und damit treuwidrigen Entlastung eines deliktisch handelnden Schädigers führen“³⁰. Wer nun allerdings meint, mit dem Einzelrichter am *Augsburger Landgericht* seien die Pferde durchgegangen, der irrt sich. Dieser liegt, wie der Verfasser andernorts bereits bemerkt hat³¹, mit seiner Einschätzung gerade richtig; man hätte sich freilich etwas mehr Substanz in der Begründung gewünscht.

Die Suche nach der Antwort auf die Frage nach Nutzungsersatz im Dieselskandal ist nämlich noch längst nicht beim (vermeintlichen) Dogma vom schadensrechtlichen Bereicherungsverbot beendet; sie führt geradewegs weiter zu seiner Einschränkung, um andernfalls bestehende unerwünschte Fehlanreize für künftiges vorsätzliches Herstellerverhalten zu vermeiden. Der für die Gewährleistung der Präventionsfunktion des Deliktsrechts zentrale Steuerungsgedanke gewinnt dabei nicht nur in der wissenschaftlichen Diskussion zunehmend Anhänger; er ist auch in der Rechtsprechung des BGH längst angekommen und mit dem Institut der Vorteilsausgleichung nach richtigem Verständnis seit jeher aufs Engste verknüpft.

C. Grundlagen und Grenzen der Vorteilsausgleichung

I. Konstruktive Verortung und normative Konturierung

1. Vorteilsausgleichung gem. § 242 BGB unter Rechtfertigungsvorbehalt

Nach der dem Schadensersatzrecht zugrunde gelegten Differenzhypothese kann der Geschädigte bekanntlich verlangen, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte.³² Wenn dem verbreitet unter dem Schlagwort des „Bereicherungsverbots“ hinzugesetzt wird, dass der Geschädigte zwar keinen Nachteil, umgekehrt aber auch keinen Vorteil aus dem Eingriff in seine rechtlich geschützten Interessen ziehen soll, dann ist das bereits unrichtig. Denn bei konsequenter Umsetzung dieses Gedankens wäre zugunsten des Schädigers jeder Vorteil auf den Vermögensnachteil anzurechnen – und das vertritt dann tatsächlich auch nieman.³³ Umgekehrt wird eine Besserstellung des Geschädigten ohne vernünftigen Grund ebenso nicht befürwortet. Das, so der BGH, wäre „unbillig“³⁴.

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

In der Literatur wird die Grundlage für die schadensmindernde Anrechnung von Vermögensvorteilen häufig in der Differenzhypothese selbst gesehen. Diese berücksichtigt ohne weiteres nicht nur die negativen Veränderungen im Vermögen des Geschädigten, sondern ganz selbstverständlich auch etwaige positive Veränderungen.³⁵ Hiernach bedarf nicht die Anrechnung eines Vorteils besonderer Begründung, sondern umgekehrt seine Nichtanrechnung im Einzelfall³⁶. Der BGH verortet die Vorteilsausgleichung, soweit keine Sonderregelungen greifen, demgegenüber im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).³⁷ Was auf den ersten Blick weniger elegant, konstruktiv geradezu etwas hilflos wirkt, ist dogmatisch allerdings vorzugswürdig. Denn nicht erst das Absehen von der Anrechnung von Vermögensvorteilen ist rechtfertigungsbedürftig; tatsächlich steht die Vorteilsausgleichung selbst unter Rechtfertigungsvorbehalt. Von diesem Grundansatz geht etwa auch der akademische *Draft Common Frame of Reference* für ein künftiges europäisches Zivilgesetzbuch aus.³⁸

Der historische Gesetzgeber hatte für das BGB auf eine ausdrückliche Regelung der schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung bewusst ganz verzichtet.³⁹ Auch er war sich im Klaren darüber, dass die Anrechnung von Vorteilen häufig mit gegenläufigen Wertungen in Konflikt geraten kann, vor allem im Bereich des Deliktsrechts. Dabei sollte es Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen bleiben, die Vorteilsausgleichung normativ zu konturieren⁴⁰ und damit auch die Kriterien zu formulieren, aufgrund deren dem Geschädigten die aus dem Eingriff resultierenden Vorteile – Bereicherungsverbot hin oder her – verbleiben müssen. Es ist an dieser Stelle nicht angezeigt, das nachfolgende Ringen um die Herausarbeitung dieser Kriterien und die fortbestehenden Streitfragen zu entfalten⁴¹. Schließlich wird es am Ende des Tages darauf ankommen, wie sich die Nutzungen der geschädigten Diesel-Käufer zu den in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Kriterien verhalten.

2. Kriterien des BGH und Fallgruppenbildung in der Literatur

Der BGH rechnet dem Geschädigten in ständiger Rechtsprechung zunächst einmal überhaupt nur diejenigen Vorteile zu, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind.⁴² Solche Vorteile sind weiter nur dann berücksichtigungsfähig, wenn „deren Anrechnung [auch] dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, d. h. den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt“⁴³. Gegen die ständige Rechtsprechung ist in der Literatur eingewandt worden, sie bleibe im Grunde bei Leerformeln stehen.⁴⁴ Ein überzeugendes Gegenmodell ist indes auch nicht hervorgebracht worden, was angesichts der thematischen Breite des Haftungsrechts und seiner bleibenden Entwicklungspotenziale nicht weiter verwundert. Daher überrascht es nicht, dass die Kommentarliteratur der zweifelsohne verbleibenden Konturlosigkeit der von der Rechtsprechung formulierten Wertungsformel durchweg mit der Systematisierung in Fallgruppen begegnet⁴⁵, ein Weg, der bekanntlich schon für die Systematisierung der Begründung der vorliegend in Rede stehenden Haftung aus § 826 BGB prägend ist⁴⁶.

3. Nutzen und Nachteil der Fallgruppenbildung: Die unerkannte Fallgruppe

Der Wert eines solchen Vorgehens steht allgemein außer Frage. Die Fallgruppenbildung dient der

regelhaften und damit rationalen Begründung juristischer Entscheidungsfindung.⁴⁷ Zudem hat sie für die Praxis einen wesentlichen heuristischen Wert. Gleichwohl liegt in diesem Vorgehen doch auch eine gewisse Gefahr, die sich in der bisherigen Diskussion zur Herstellerhaftung im Dieselskandal ersichtlich dann auch verwirklicht: Die Herausbildung von Fallgruppen hemmt den Rechtsanwender im wertungsoffenen Umgang mit Sachverhalten, die für die bisher anerkannten Fallgruppen nicht typisch sind. Es besteht die Tendenz, einen (scheinbar) nicht unter eine anerkannte Fallgruppe passenden Fall aus dem System zu werfen, anstatt auf die allgemeinen Kriterien zurückzugreifen und von der Fallgruppenbildung unbeeindruckt die Frage nach der Gebotenheit von Rechtsfortbildung zu stellen.⁴⁸ Die konkretisierende Bildung von Fallgruppen ist damit letztlich so hilfreich wie hinderlich.

Der Ausweg aus diesem Dilemma gelingt allerdings durch das ernsthafte Bemühen um unvoreingenommene Reflexion.⁴⁹ Auch im vorliegenden Fall entspricht das Absehen von Vorteilsausgleichung zum Zweck besserer Haftungsprävention zwar (noch) keiner der in der Kommentarliteratur anerkannten klassischen Fallgruppen. Es tritt allerdings erleichternd hinzu, dass der

127

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

Präventionsgedanke für den Ausschluss der Vorteilsausgleichung seit längerer Zeit spezifisch zur Diskussion steht⁵⁰ und in einigen Teilrechtsgebieten bereits so verfestigt ist, dass seine Anwendung auf die Herstellerhaftung im Dieselskandal tatsächlich nur begrenzten Neuigkeitswert hat. Die Kommentarliteratur hat diese Entwicklungen und ihre grundsätzliche Bedeutung für die Fallgruppenbildung bisher nur noch nicht hinreichend erfasst.

II. Präventionsfunktion und deliktische Haftung

Die Funktion des Deliktsrechts beschränkt sich nicht auf Ausgleich und Genugtuung; es ist insgesamt auch vom Präventionsgedanken durchdrungen.⁵¹ Durch die §§ 823 ff. BGB, namentlich durch § 826 BGB als Antwort auf die größten (drohenden) Eingriffe in die Rechte anderer, verwirklichen Gesetzgebung und Rechtsprechung die ihnen gem. Art. 1 Abs. 3 GG obliegenden Schutzpflichten.⁵² Eine Privatrechtsordnung ohne ein solides deliktisches Haftungsregime, das sowohl die erlittenen Einbußen ausgleicht als auch den Rechtsgüter- und Vermögensschutz präventiv *wirksam* verwirklicht, wäre schon verfassungsrechtlich defizitär⁵³, zumal der Staat mit den (ohnehin lückenhaften) Mitteln des Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts allein längst keine ausreichenden Wirkungen erzielen kann. Anknüpfend an seine verfassungsrechtliche Vorzeichnung findet der Präventionsgedanke seine sachliche Rechtfertigung in ökonomischen Erwägungen, namentlich dem Anreizgedanken, ohne dass dies schon eine Hinwendung zu einer ökonomischen Analyse bedeuten muss⁵⁴, wie sie heute vor allem noch in der akademischen Diskussion des anglo-amerikanischen Rechtskreises verbreitet ist. Der Ausgleichsgedanke und die Präventionsfunktion beschreiben die Funktionen des Deliktsrechts damit durchaus gleichwertig. Auf dieser Grundlage wird dann auch verständlich, dass der Präventionsgedanke bei der Auslegung und Anwendung sowohl des Deliktsrechts, wie etwa auch der funktionsnahen Rechtsinstitute der sogenannten quasi-vertraglichen Haftung, in der Sache vielfach den Ausschlag gibt.

Für die Ebene der Haftungsbegründung kann insoweit auf die Leserbrief-Entscheidung⁵⁵ verwiesen werden, durch die der BGH, gemeinsam mit seiner Herrenreiter-Entscheidung⁵⁶, den einfach-gesetzlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts vollendet hat⁵⁷. Ein anschauliches Beispiel aus

jüngerer Zeit ist die Begründung vorvertraglicher Aufklärungspflichten von Kapitalanlageberatern über die mit Dritten geschlossenen Provisions- und Gebührenteilungsvereinbarungen. Damit begegnet der BGH explizit präventiv dem bestehenden Fehlanreiz, bei der Auswahl der empfohlenen Anlagen das Interesse des Anlegers den eigenen Vergütungsinteressen hintanzustellen.⁵⁸ Auch auf der Ebene der Schadensbemessung ist der Präventionsgedanke als etablierter konturgebender Wertungsgesichtspunkt längst nicht mehr wegzudenken. Das wohl offensichtlichste Beispiel dürfte die Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung sein, bei der neben der Genugtuung des Opfers nach ständiger Rechtsprechung auch die Prävention im Vordergrund steht.⁵⁹ Für das klassische Schmerzensgeld muss nach richtigem Verständnis Entsprechendes gelten⁶⁰, da symbolische Beträge bei objektiv geringen Verletzungen gegenüber wohl situierten Tätern sicher keine abschreckende Wirkung entfalten⁶¹. So überrascht es letztlich nicht, dass der Präventionsgedanke seinen Weg auch in die Konturierung der Vorteilsausgleichung gefunden hat. Der vorliegend einschlägigen Regelung des § 826 BGB kommt nach überwiegendem Verständnis unter dem Gesichtspunkt der Verhaltenssteuerung eine besondere Bedeutung zu⁶². Ihre Effektivität insoweit folgt zum einen aus ihrer Nähe zum Betrugsvorwurf und damit aus einer entsprechenden Aussagekraft von auf § 826 BGB gestützten Gerichtsentscheidungen. Zum anderen ist entscheidend, dass sich die Regelung sowohl gegenüber Haftungsfreizeichnungen als auch gegenüber gesetzlichen Haftungseinschränkungen⁶³ als weitgehend immun erweist. Mit ihrer (vorrangigen) Anwendung auf die Herstellerhaftung im Dieselskandal allein, das sollte durch den Problemaufriss deutlich geworden sein⁶⁴, ist dem Präventionsgedanken des Haftungsrechts allerdings noch nicht hinreichend genüge getan.

III. Absehen von Vorteilsausgleichung und Präventionsfunktion

1. Vorteilsausgleichung und Haftungsprävention: Das Beispiel des Kapitalanlegerrechts

Die Rechtsprechung des BGH zur Kapitalanlegerberatung zeigt, dass an der Präventionsfunktion als Kernkriterium zur Einschränkung der Vorteilsausgleichung längst kein Weg mehr vorbeiführt. In einer aktuellen Entscheidung ging es um einen Anleger, der auf der Grundlage eines einheitlichen Beratungsgesprächs zwei verschiedene, strukturell aber gleichartige Anlageprodukte gezeichnet hatte, wobei seine Anlageentscheidung auf demselben Beratungsfehler beruhte. Die eine Anlage entwickelte sich in der Folgezeit positiv, die andere negativ. Der BGH hat die Vorteile aus dem sich positiv entwickelten Geschäft zwar letztlich im Rahmen der Rückabwicklung des anderen Geschäfts

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

128

angerechnet. Er ließ allerdings ausdrücklich offen, ob dies aus Gründen der besseren Prävention anders zu bewerten wäre, wenn sich Anhaltspunkte für eine gezielte Falschberatung ergeben.⁶⁵ Diesen Schritt war der BGH in einer früheren Entscheidung bereits gegangen: Eine Landesbank hatte eine Gemeinde wiederholt zum Abschluss von Zins-Swap-Verträge verleitet. Diese musste sich die Vorteile aus zu anderen Zeiten aufgrund gesonderter Beratung geschlossenen Verträgen sodann nicht anrechnen lassen. Zwar stellte der BGH zunächst eher formal auf die fehlende „Nämlichkeit des Schadensereignisses“ ab.⁶⁶ Sein wahres Motiv blieb allerdings nicht verborgen: „Der Verzicht auf eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung“, so der BGH, „sichert den Anreiz, Beratungspflichten stets und immer zu genügen“.⁶⁷

2. Vorteilsausgleichung und mutwillige Leistungsverzögerung

Das Absehen von Vorteilsausgleichung dient aber nicht allein dazu, *künftigem* haftungsbegründenden Fehlverhalten entgegenzuwirken. Das Korrektiv bei der Vorteilsausgleichung ist in gleicher Weise bedeutsam, um erkennbare Anreize zu einer mutwilligen Leistungsverzögerung im Hinblick auf *begangene* Verletzungshandlungen abzubauen. Es entspricht einer im Schadensrecht allgemein anerkannten Prämisse, dass der Schädiger durch die Verzögerung seiner Leistung keinen Vorteil erzielen darf. Auf dieser Grundlage hatte der BGH einmal die Erstattung ärztlich nachträglich verordneter Stärkungsmittel bejaht, die sich der Geschädigte aus eigenen Mitteln nicht beschaffen konnte, obwohl ein medizinisches Bedürfnis für das Mittel im Verordnungszeitpunkt streng genommen wohl nicht mehr bestand. Der „entscheidende Gesichtspunkt“ liege, so der BGH, darin, „daß der Schädiger nicht dadurch von der Verpflichtung zum Ersatz notwendiger Heilungskosten befreit werden soll, daß er durch Hinausschieben der Erfüllung eines im Gesetz begründeten Anspruchs den Verletzten außerstande gesetzt hat, sich notwendige Heil- oder Stärkungsmittel zu kaufen“⁶⁸.

Ganz ähnlich bildete der Präventionsgedanke ursprünglich die tragende Säule der Rechtsprechung zur Nutzungsentschädigung, wenn sich der Geschädigte keinen Ersatzwagen beschafft. Würde der Ausgleichsanspruch nach Unterbleiben der Ersatzwagenbeschaffung entfallen, so der BGH, wäre für den Schädiger und seinen Haftpflichtversicherer „ein starker Anreiz gegeben, die Erfüllung berechtigter Ansprüche abzulehnen“⁶⁹. Freilich hat die Rechtsprechung den Nutzungsschaden in der Folgezeit an weitere einschränkende Kriterien, die „Fühlbarkeit“ der Gebrauchsbeeinträchtigung und ihre Nichtabwendbarkeit durch zumutbare Disposition, gebunden⁷⁰ und seine Ausdehnung auf andere Gebrauchsgüter tendenziell verneint⁷¹. Der Präventionsgedanke hat seine zentrale Bedeutung hier dennoch nicht verloren.⁷²

Der Gedanke der Prävention gegenüber mutwilliger Leistungsverzögerung war, ist und bleibt bei der Schadensbegründung vielmehr insgesamt konturgebend, wie etwa auch im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Verzugszinsen, § 288 Abs. 1 BGB. Ursprünglich ging der BGH davon aus, dass die Regelung lediglich eine unwiderlegbare Vermutung enthalte, wonach dem Gläubiger der festgelegte Zinsverlust als Mindestschaden entstanden sei.⁷³ In der Rechtsprechung⁷⁴ wie auch in der Literatur⁷⁵ hat sich dagegen inzwischen die Vorstellung durchgesetzt, dass es angesichts des hohen pauschalierten Zinses weniger um den Ausgleich eines Mindestschadens gehen kann, als um die Abschöpfung einer Bereicherung beim Schuldner. „Dem Schuldner [soll auf diesem Wege] der Anreiz genommen werden, sich durch Unterlassen der fälligen Zahlung beim Gläubiger einen „Zwangskredit“ zu nehmen“.⁷⁶

Eine grundsätzliche Kritik gegenüber der Anwendung des Anreizgedankens im Schadensrecht wäre nach alledem verfehlt. Dieser hat vielmehr gerade auch dort seine Berechtigung und lässt sich folgerichtig auch bei der Vorteilsausgleichung (reziprok) fruchtbar machen. Es kann folgende Regel gelten: Vorteile, die der Geschädigte nur dadurch erlangt, dass der Schädiger die Erfüllung seiner gesetzlich begründeten Pflicht hinausschiebt, sind auf den Schaden grundsätzlich nicht anzurechnen, wenn durch die Anrechnung ein starker Anreiz entsteht, die Anspruchserfüllung mutwillig und kalkuliert zu verzögern. Das wird man insbesondere dann anzunehmen haben, wenn dem Geschädigten der Vorteil aufgedrängt wird, weil er ihn, bei wirtschaftlich vernünftiger Betrachtung, nicht aus anderweitiger zumutbarer Disposition erlangen kann.

3. Wahrung der Grenze zum Strafschadensersatz

Die Versagung der Vorteilsausgleichung soll indes auch nach hier vertretener Ansicht nicht dazu

führen, die deliktische Haftung um einen der deutschen Rechtsordnung fremden Strafschadensersatz zu erweitern. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus richtig, dass der BGH die Einschränkung der Vorteilsausgleichung im Kartellschadenersatzrecht (§ 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 101 AEUV aF) abgelehnt hat.⁷⁷ Dort ging es um die Frage, ob sich der Geschädigte den Vorteil aus der Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags an seine Abnehmer in der Veräußerungskette auf seinen Schaden anrechnen lassen muss (*passing-on-defense*). Obwohl der BGH auch hier den Präventionsgedanken der deliktischen Haftung besonders hervorgehoben hat, hielt er es zutreffend für ausschlaggebend, dass die

129

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

Einschränkung der Vorteilsausgleichung in diesen Fällen die mehrfache Inanspruchnahme wegen desselben Schadens zur Folge gehabt hätte, der wirtschaftlich nur einmal eingetreten sein kann. Demgegenüber bewirkt die Vorteilsausgleichung in diesem Fall keinen Wegfall des Schadens, sondern verlagert ihn lediglich auf den Marktteilnehmer der nächsten Absatzstufe.⁷⁸ Mit der neunten GWB-Novelle des Jahres 2017 hat der Gesetzgeber diesen Gedanken in § 33 c Abs. 1 S. 2 GWB positiv normiert.⁷⁹

D. Keine Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge

I. Absehen von Vorteilsausgleichung wegen mutwilliger Leistungsverzögerung

Wenn man die vorstehenden Ausführungen auf die Vorsatzhaftung der Hersteller im Dieselskandal herunterbricht, sprechen die weit besseren Gründe dafür, neben der Pflicht zur Herausgabe des Fahrzeugs von einer Anrechnung der gezogenen Nutzungen auf den Kaufpreisschaden abzusehen. Denn die Käufer wären durch eine solche Anrechnung „unzumutbar belastet“, die Hersteller „unbillig begünstigt“. Die Krux liegt in den vorliegenden Fällen darin, dass die Nutzungsentschädigung mit zunehmender Dauer der Rechtsdurchsetzung anwächst, weil sie von den tatsächlich gefahrenen Kilometern abhängt. Die Käufer werden demgegenüber praktisch kaum eine andere Wahl haben, als das Fahrzeug so lange zu nutzen, bis die Hersteller den Schaden (dann gezwungenermaßen) regulieren. Schließlich kann man es einem Käufer nicht zumuten, anderweitig zu disponieren und der anstehenden Kaufpreisrückzahlung durch Neubeschaffung vorzugreifen.⁸⁰

Vieles spricht dafür, dass die Hersteller als Vorsatzdeliktstäter auch im Nachtatverhalten planmäßig agieren und die Befriedigung der – offensichtlich begründeten⁸¹ – Ansprüche der Käufer (un-)gehörig hinauszögern, um damit auch von einer Vorteilsausgleichung zu profitieren. Das *LG Köln* fand zur Grundhaltung eines Herstellers deutliche Worte: „Angesichts dieses völligen Fehlens eines Unrechtsbewusstseins bringt die Beklagte nach Ansicht der Kammer auch zum Ausdruck, dass sie den sittenwidrigen Einsatz der illegalen Abschaltvorrichtung auch im Nachhinein billigt und diesen nicht verhindert hätte“⁸². Dazu passt es gut, dass die Hersteller im Grunde nur in den USA bereitwillig an der Aufklärung des Skandals und an der raschen Entschädigung der dortigen Käufer mitgewirkt haben, während sie in Deutschland Schadensersatzleistungen kategorisch und ohne rechtlich vertretbares Argument zurückweisen und den Erlass einer ihnen nachteiligen obergerichtlichen Rechtsprechung bisher mit allen zur Verfügung stehenden (legalen) Prozesstaktiken nahezu durchweg erfolgreich verhindern. Das reformbedürftige deutsche Zivilprozessrecht ist den Herstellern dabei durchaus in die Arme gefallen.

II. Absehen von Vorteilsausgleichung zur Haftungsprävention

Schließlich wären die Hersteller durch die schadensmindernde Anrechnung der Nutzungen auch deshalb „unbillig begünstigt“, weil eine solche Vorteilsausgleichung zur Folge hätte, dass der von § 826 BGB missbilligte sittenwidrige Warenabsatz am Markt wirtschaftlich praktisch ohne nennenswerte Folgen für die Hersteller bliebe. Diese erhielten nicht nur ein wiederverkäufliches Gebrauchtfahrzeug zurück, das sie, wie es den Anschein hat, jedenfalls auf dem osteuropäischen Markt immer noch leichter Hand absetzen können. Die Hersteller würden für den zwischenzeitlichen Wertverlust überdies noch erheblich kompensiert. Wenn das die Antwort des deutschen Haftungsrechts auf den *vorsätzlichen, systematischen* und *umfänglichen* Absatz gesetzwidrig manipulierter Waren am Markt wäre, dann sollte man besser keine allzu hohen Erwartungen an etwaige Lehren dieser oder anderer Hersteller aus den Vorfällen für die Zukunft haben.⁸³

E. Zusammenfassung

In der Dogmatik der Vorteilsausgleichung ist der Präventionsgedanke längst etabliert, auch wenn er in der für die Rechtsanwendung zentralen Fallgruppenbildung der Kommentarliteratur noch nicht hinreichend Abbildung gefunden hat. Vorteile, durch die ein starker Anreiz entsteht, die Rechtsverletzung gleichwohl zu begehen und/oder die Anspruchserfüllung ungehörig zu verzögern, sind auf den Schaden grundsätzlich nicht anzurechnen. Bei der Herstellerhaftung im Dieselskandal gebietet die Präventionsfunktion des Haftungsrechts unter beiden Gesichtspunkten ein Absehen von der Vorteilsausgleichung. Auf die Schadensersatzansprüche der Käufer aus § 826 BGB sind Nutzungen zugunsten der Hersteller schadensmindernd nicht anzurechnen. Die dadurch zwangsläufige Bereicherung der Käufer ist aus besseren Wertungsgründen hinzunehmen; von einem Strafschadensersatz kann insoweit jedenfalls keine Rede sein.⁸⁴ Die in der Instanzrechtsprechung bisher verbreitete Gegenansicht „widerspricht dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht“ aus § 826 BGB, weil sie die geschädigten Käufer „unzumutbar belastet“ und die Hersteller der manipulierten Fahrzeuge „unbillig begünstigt“.

Heese: Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge? (VuR 2019, 123)

130

-
- * Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht, Europäisches Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg. Er ist vom Dieselskandal nicht unmittelbar betroffen und mit der Sache gutachterlich nicht vorbefasst. Er dankt Professor Dr. Dr. h.c. *Ekkehard Schumann*, Ref. iur. *Nikolaus Schröder* und Ref. iur. *Jakob Baumgartner* für kritische Durchsicht und wertvolle Anregungen.
- 1 Zu einer auf allgemeinkundigen Tatsachen und Äußerungen sowie der Instanzrechtsprechung beruhenden Sachverhaltsdarstellung vgl. *Heese*, NJW 2019, 257 ff.
 - 2 Vgl. schon *Heese*, NJW-Editorial H. 49/2018 und zum nachfolgenden eingehender *Heese*, NJW 2019, 257 (259 ff.). Die Gegenauffassung – d. h. im Ergebnis praktisch keine Haftung der Hersteller – vertreten *Riehm*, DAR 2016, 12 und *Oechsler*, NJW 2017, 2865.
 - 3 S. auch LG Wuppertal v. 16.01.2018, Az. 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 Rn. 44.
 - 4 Vgl. nur BGH NJW 1998, 302 (304).
 - 5 *Heese*, NJW 2019, 257 (260); aus der Rspr. s. nur OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 41; LG Ingolstadt v. 15.05.2018, Az. 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798 Rn. 76; a.A. offenbar nur *Riehm*, DAR 2016 12 (13, 15).
 - 6 OLG Köln v. 16.07.2018, Az. 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255 Rn. 23 sowie OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 34 ff.
 - 7 Vgl. ausführlicher *Heese*, NJW 2019, 257 (260 f.).

- 8 Heese, NJW 2019, 257 (261); s. auch LG Wuppertal v. 16.01.2018, Az. 4 O 295/17, BeckRS 2018, 1446 Rn. 34; a.A. *Oechsler*, NJW 2017, 2865 (2866).
- 9 Heese, NJW 2019, 257 (261) gegen *Oechsler*, NJW 2017, 2865 (2867 f.).
- 10 Ebenso OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 47; a.A. *Oechsler*, NJW 2017, 2865 (2867).
- 11 Vgl. hierzu *Oechsler*, NJW 2017, 2865 f.
- 12 Heese, NJW 2019, 257 (261).
- 13 Zutreffend LG Krefeld v. 13.02.2019, Az. 2 O 313/17 (noch unveröffentlicht); zur Parallele bei der fehlerhaften Kapitalanlegerberatung vgl. BGH NJW 2013, 450 (451).
- 14 Heese, NJW 2019, 257 (259 f.).
- 15 Vgl. die Parallelwertung bei BGH NJW 2019, 292 (294).
- 16 Zur Haftung wegen fehlerhafter Kapitalanlegerberatung Heese, *Beratungspflichten* 2015, 118, 127 ff., 381 ff.
- 17 OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498; s. bereits OLG Köln v. 16.07.2018, Az. 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255 und jetzt OLG Karlsruhe v. 05.03.2019, Az. 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395 Rn. 116 ff.
- 18 Vgl. nur beck-aktuell v. 30.08.2018, becklink 2010808; s. auch FAZ v. 30.08.2018, Vorwurf gegen VW, Diesel-Urteile per Vergleich verhindert, www.faz.de, alle zitierten Homepages zuletzt abgerufen am 03.02.2019.
- 19 OLG Köln v. 03.01.2019, Az. 18 U 70/18, BeckRS 2019, 498 Rn. 49.
- 20 Vgl. Heese, NJW-Editorial H. 49/2018: „zumal die Rechtslage tatsächlich so kompliziert nicht ist: § 826 BGB!“; s. auch Heese, NJW 2019, 257.
- 21 Vgl. beck-aktuell v. 01.02.2019, becklink 2012138; s. auch Der Spiegel v. 02.01.2019, Abgasskandal: Mehr als 400.000 Dieselfahrer fordern Schadensersatz von VW, abrufbar unter www.spiegel.de.
- 22 Vgl. OLG Braunschweig v. 19.02.2019, Az. 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737.
- 23 Vgl. OLG Braunschweig v. 02.11.2017, Az. 7 U 69/17, BeckRS 2017, 147936: Ausschluss der Herstellerhaftung jedenfalls nach Medienbekanntwerden des Dieselskandals; hierzu ablehnend Heese, NJW 2019, 257 (262); s. auch LG Braunschweig NJW-RR 2018, 379 (382); v. 27.10.2017, Az. 3 O 296/17, BeckRS 2017, 131154: Herstellerverhalten nicht sittenwidrig; auch insoweit ablehnend Heese, NJW 2019, 259; s. auch noch LG Braunschweig v. 06.07.2018, Az. 11 O 3017/17, BeckRS 2018, 14999.
- 24 Vgl. zu einem solchen Fall beck-aktuell v. 12.12.2018, Becklink 2011716.
- 25 Heese, NJW 2019, 257.
- 26 Heese, NJW-Editorial H. 49/2018.
- 27 Vgl. aber nun erstmals LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53.
- 28 Deutlich LG Dortmund v. 06.06.2017, Az. 12 O 228/16, juris.
- 29 Vgl. LG Köln v. 12.04.2018, Az. 24 O 287/17, BeckRS 2018, 26971 mit Hinweis auf *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf*, 13. Aufl. 2017, Rn. 1166.
- 30 LG Augsburg v. 05.12.2018, Az. 21 I 3267/17, BeckRS 2018, 33800; s. auch LG Augsburg v. 14.11.2018, Az. 21 O 4310/16, BeckRS 2018, 33801 noch mit fragwürdigem Hinweis auf EuGH NJW 2008, 1433.
- 31 Vgl. Heese, NJW 2019, 257 (261 f.); dem folgend *J. Bruns* NJW 2019, 801, 804.
- 32 Statt aller MünchKommBGB/*Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 18; grundlegend *Mommsen*, *Beiträge zum Obligationsrecht II: Zur Lehre vom Interesse*, 1855, 11.
- 33 Hierzu deutlich und mit recht kritisch gegenüber dem Schlagwort MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 249 Rn. 238; s. auch jurisPK-BGB/*Rüßmann*, 09.11.2018, § 249 Rn. 48; vgl. noch BGH NJW 1984, 2457 (2458): „jedenfalls in gewissem Umfang“.
- 34 BGH NJW 1984, 2457 (2458).
- 35 Staudinger/*Schiemann*, Neubearb. 2017, § 249 Rn. 132; s. auch Rn. 137: Vorteil als „Komplementärbegriff zum Schaden“; BeckOGK/*J. Flume*, 01.08.2018, § 249 Rn. 332
- 36 Vgl. Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 132.
- 37 BGH NJW 1984, 2457 (2458); NJW 2007, 2695 (2696); s. schon BGH NJW 1973, 1190 (1191).
- 38 Vgl. Art. VI – 6:103 DCFR, abgedruckt bei *von Bar/Clive*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Full Edition*, Vol. 6, 2009.
- 39 Das übersieht LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53, wenn es eine ausdrückliche Regelung des Gesetzgebers vermisst.
- 40 Vgl. *Mugdan*, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche*

- Reich, II. Bd., 1899, 10.
- 41 Im Überblick Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 137 ff. mwN.; zur Entwicklung in der Rechtslehre auch *Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 2003, 490 ff.
- 42 Kritisch gegenüber der Bedeutung von Adäquanz bzw. Vorhersehbarkeit des Vorteilsintritts *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29 ff.; dem folgend etwa Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 139; einschränkend auch MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 249 Rn. 237: nur Regeltauglich.
- 43 BGH ständig, vgl. BGH NJW 1984, 2457 (2458); NJW 1997, 2378; NJW 2007, 2695 (2696).
- 44 Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 140; ebenso *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, 45.
- 45 Instruktiv zur Vorgehensweise Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), § 249 Rn. 140; s. auch *Jauernig/Teichmann*, BGB, 17. Aufl. 2018, Vorbem §§ 249-253 Rn. 36: „Möglich ist wohl nur die Bildung von Fallgruppen“. Zur Fallgruppenbildung sodann ausf. Staudinger/*Schiemann* (Fn. 35), Rn. 145 ff.; MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 249 Rn. 241 ff.; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, BGB, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 307 ff.; *Erman/Ebert*, BGB, 15. Aufl. 2017, Vorbem. vor § 249 Rn. 97 f.
- 46 Vgl. statt aller MünchKommBGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 64 ff., der insoweit allerdings auch einen fundierten theoretischen Unterbau zur Konkretisierung des Begriffs der Sittenwidrigkeit anbietet, vgl. aaO. Rn. 12 ff.
- 47 Vgl. nur *Haferkamp*, ZfPW 2016, 319 (334).
- 48 So auch bei LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53: „[Nach] 119 Jahren Existenz von § 826 BGB“ keine Konstellation für Rechtsfortbildung.
- 49 Eine, wenn auch zu theoretisch bleibende, Diskussion um die generelle Aufnahme des Präventionsgedankens in die Vorteilsausgleichung findet sich etwa bei *Thüsing* (Fn. 44), 360 ff.
- 50 Vgl. nur jurisPK-BGB/*Rüßmann* (Fn. 33), § 249 Rn. 17.
- 51 Vgl. nur BeckOGK/*Spindler*, 01.07.2018, § 823 Rn. 11 f.; ausf. *Wagner*, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Gutachten A, 2006, S. A 78 ff.
- 52 Vgl. anschaulich BGHZ 26, 349 (354 f.) – Herrenreiter.
- 53 Vgl. eindrücklich schon BVerfG NJW 1979, 305 (307); im Übrigen wohl allg. Meinung, vgl. nur MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 46), Vor § 823 Rn. 75; s. auch *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, 30 ff.
- 54 So etwa *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 59 ff.; etwas zurückhaltender BeckOGK/*Spindler* (Fn. 51), § 823 Rn. 11.
- 55 Vgl. BGHZ 13, 334.
- 56 Vgl. BGHZ 26, 349.
- 57 Vgl. auch MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 46), Vor § 823 Rn. 75.
- 58 Vgl. BGH NJW 2001, 962 (963); s. weiter die sog. Kickback-Rechtsprechung, z. B. BGH NJW 2007, 1876 (1878 f.); NJW 2012, 66 (70).
- 59 BGH NJW 1995, 861 (865); NJW 2005, 215 (216); NJW 2014, 2029 (2034); s. auch BVerfG NJW-RR 2017, 879 (880).
- 60 Wie hier *Kötz/Wagner* (Fn. 54), Rn. 707 f.; ablehnend MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 32), § 253 Rn. 14; zur verfassungsrechtlichen Haltbarkeit der Differenzierung zwischen Schmerzensgeld und Geldentschädigung s. dagegen BVerfG NJW 2000, 2187 (2188).
- 61 Mustergültig war insoweit der Ausgang eines Strafverfahrens gegen einen ehem. Profifußballer, der für eine Ohrfeige neben einer Geldauflage iHv. 125.000 DM weitere 22.000 DM Schmerzensgeld an sein Opfer zahlen musste, vgl. DIE WELT v. 17.08.2001, Stefan Effenberg muss 125.000 Mark Strafe zahlen, www.welt.de.
- 62 Vgl. *Hopt*, in: FS Gernhuber, 1993, 169 (174); s. auch *Heese*, Beratungspflichten (Fn. 16), 429.
- 63 Zur Unanwendbarkeit des Mitverschuldenseinwands vgl. *Heese*, NJW 2019, 257 (262 f.).
- 64 Oben B I.
- 65 BGH NJW 2019, 215 (218).
- 66 BGH NJW 2015, 2248 (2256).
- 67 BGH NJW 2015, 2248 (2257).
- 68 BGH NJW 1958, 627; vgl. hierzu auch, obschon in der dogmatischen Herangehensweise kritisch *Medicus*, VersR 1981, 593 (598).

- 69 BGH NJW 1966, 1260 (1261); tendenziell kritisch *Medicus*, VersR 1981, 593 (598 f.); s. noch *Stürner*, VersR 1984, 297 (301 f.).
- 70 Vgl. nur BGH NJW 2014, 1374 (1375).
- 71 Für Erstreckung auf Eigentumswohnung aber BGH NJW 2014, 1374 (1375).
- 72 Vgl. auch OLG Karlsruhe NZV 2011, 546: Zeitliche Dauer des entschädigungspflichtigen Nutzungsausfalls verlängert sich, wenn Geschädigtem die Gebrauchsvorteile durch schuldhaftes Verhalten des Schädigers (Verzug oder zögerliches Regulierungsverhalten der einstandspflichtigen Versicherung) für längere Zeit entgehen.
- 73 BGH NJW 1979, 1494; s. auch BGH NJW 1980, 1955 (1956).
- 74 Deutlich BGH NJW 2013, 859 (860): „[D]er Schuldner [soll] auch angehalten werden, eine Geldschuld pünktlich zu erfüllen“; s. auch BGH NJW 1985, 2325 (2326).
- 75 Vgl. BeckOGK/*Dornis*, 01.12.2018, § 288 Rn. 3.
- 76 MünchKommBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2019, § 288 Rn. 5 mwN.
- 77 BGH NJW 2012, 928 (933) – ORWI; zur Gegenansicht vgl. die zahlr. Nachw. bei *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 33 GWB Rn. 64.
- 78 BGH NJW 2012, 928 (933) – ORWI.
- 79 Vgl. BT-Drs. 18/10207, 56 f.
- 80 Wie hier jetzt auch *J. Bruns* NJW 2019, 801, 804 f.
- 81 Oben A.
- 82 LG Köln v. 12.04.2018, Az. 24 O 287/17, BeckRS 2018, 26971, Rn. 26.
- 83 A. A. LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53, das die bloße Kaufpreistrückzahlung als ausreichend sieht, um Anreize bei der Volkswagen AG und anderen Herstellern „für deliktische Machenschaften auszulöschen“. Das ist angesichts des Nachtatverhaltens der Volkswagen AG, einer von massenhaften Verurteilungen unbeeindruckten umfassenden Leugnung von Rechtsverstoß und Haftung, nur schwer verständlich.
- 84 Gegen OLG Karlsruhe v. 05.03.2019, Az. 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395 Rn. 117; LG München II v. 15.02.2019, Az. 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53.

Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät

Professor Dr. Michael Heese, LL. M. (Yale)*

Der Dieselskandal stellt die deutsche Rechtsordnung auf eine Belastungsprobe. Nachdem die Leistungsgrenzen des Zivilprozessrechts deutlich geworden sind, nähert sich die zivilrechtliche Seite der Herstellerhaftung langsam aber sicher ihrem grande finale. Der VI. Zivilsenat des BGH dürfte bald zu klären haben, ob das deutsche Deliktsrecht Zähne hat oder ob es nur ein Papiertiger ist. In der Zwischenzeit setzt nicht nur die Braunschweiger Ziviljustiz ihren Blindflug fort. Auch einzelne Vertreter der Zivilrechtswissenschaft stellen ein unzutreffendes Bild der Lage vor den Gerichten dar und versuchen im Auftrag der Hersteller Zweifel zu säen, wo für solche tatsächlich kein Raum ist. Zum Zustand der Rechtsdurchsetzung, zur Rolle ihrer Protagonisten und zur Funktion des Privatrechts lassen sich aus dem Dieselskandal schon heute zentrale Einsichten gewinnen.

I. Zur Rolle von Rechtsprechung und Anwaltschaft

1. Bestandsaufnahme der Diskussion um die materielle Rechtslage

Eine Bestandsaufnahme der Diskussion um die materielle Rechtslage zur Herstellerhaftung ist zunächst einmal angezeigt, weil diese in der Literatur nicht objektiv abgebildet wird. Stattdessen wird der unzutreffende Eindruck erzeugt, dass sich die Diskussion erst neuerlich vom Gewährleistungsrecht in das Deliktsrecht verlagert habe und sich überhaupt eine „substanzielle Schadensersatzhaftung der Hersteller [...] dogmatisch nicht begründen“ ließe.¹ Die gerichtliche Praxis offenbart tatsächlich längst das gegenteilige Bild.² Die Mehrzahl der Instanzgerichte, darunter die *Oberlandesgerichte Köln*³ und *Karlsruhe*,⁴ verurteilt die *Volkswagen AG* und andere Hersteller auf Schadensersatz.⁵ Überwiegend

Heese: Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät (NZV 2019, 273)

274



stellen die Gerichte dabei zutreffend auf den Tatbestand der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ab, § 826 BGB.⁶ Auf die naheliegende Möglichkeit einer Haftung der *Robert Bosch GmbH* als Teilnehmerin des Delikts (§ 830 BGB) hat das *OLG Stuttgart* aufmerksam gemacht.⁷ Instanzgerichte, die eine Herstellerhaftung anfänglich abgelehnt hatten, folgen – mit Ausnahmen⁸ – inzwischen dieser Linie.⁹ Auf der Grundlage der gegen *Winterkorn* et al. unter anderem wegen Betrugs in besonders schwerem Fall erhobenen Anklage¹⁰ dürfte die alternativ zu § 826 BGB verbreitete Begründungslinie aus §§ 823 II BGB iVm. 263 StGB künftig noch stärker in den Fokus geraten.¹¹

In der Rechtsfolge werden die Hersteller dann durchweg im Wege des Schadensersatzes auf Kaufpreisrückzahlung Zug-um-Zug entweder gegen Herausgabe des noch vorhandenen Fahrzeugs oder gegen Herausgabe eines erzielten Veräußerungserlöses verurteilt.¹² Uneinigkeit besteht lediglich darin, ob von dem gezahlten Kaufpreis im Wege der Vorteilsausgleichung ein Nutzungswert nach der bei der Rückabwicklung von Fahrzeugkäufen üblichen Berechnungsformel¹³ abzuziehen ist. In der Instanzrechtsprechung wird diese Vorteilsausgleichung überwiegend unkritisch

durchgeführt,¹⁴ teilweise aber auch – zutreffend – umfänglich abgelehnt, da das Schadensrecht in den vorliegenden Fällen des arglistigen systematischen „Absatzbetrugs“ andernfalls seine Präventionsfunktion verfehlen würde.¹⁵ Andere Gerichte stehen auf dem Standpunkt, dass sich die Käufer die gezogenen Nutzungen allenfalls zeitweise anrechnen lassen müssen, etwa bis zur Ausübung des Rückabwicklungsverlangens.¹⁶ In einem aktuellen Urteil vertritt das *LG Nürnberg-Fürth* den Standpunkt, dass der Nutzungsersatz zugunsten des beklagten Herstellers auf den Zeitraum zwischen Kenntniserlangung und Rückabwicklungsverlangen beschränkt ist, da der Käufer das Fahrzeug nur in diesem Zeitraum in Kenntnis der wahren Umstände vorbehaltlos genutzt habe.¹⁷ Auch besteht Uneinigkeit im Hinblick auf die Verzinsung des Kaufpreisschadens. Einige Instanzgerichte, die eine Einschränkung der Vorteilsausgleichung zu Lasten der Hersteller ablehnen, gehen auf der Grundlage von § 849 BGB davon aus, dass die Hersteller bereits *ab dem Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung* Zinsen iHv. 4 % schulden.¹⁸

Die Gegenauffassung, die sämtliche bisher diskutierten Anspruchsgrundlagen schon dem Grunde nach verneint, findet sich offenbar nur noch bei wenigen Landgerichten,¹⁹ wobei sich darunter auch zahlreiche Klagen befinden, die allein wegen unzureichendem Sachvortrag abgewiesen wurden. Überdies wurde der Verfasser im Rahmen der Einholung gerichtlicher Auskünfte darauf hingewiesen, dass die Hersteller selbst in solchen Fällen die Klageforderungen häufig freiwillig erfüllen, um auf diese Weise das nachfolgende Rechtsmittel abzuwenden.

2. Der fortgesetzte Blindflug der Braunschweiger Ziviljustiz

Eine echte Sonderstellung bei der Abweisung von Käuferklagen haben sich die *Braunschweiger Instanzgerichte* erarbeitet.²⁰ Dabei hat sich das *OLG Braunschweig* unlängst selbst ein schlechtes Zeugnis ausgestellt. Schon die Ablehnung der Haftung aus § 826 BGB dem Grunde nach lässt sich tatsächlich kaum vertretbar begründen. Nach Auffassung des OLG sei der von den Käufern geltend gemachte Schaden vom Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen des europäischen und des nationalen Kfz-Zulassungsrechts nicht erfasst und *deshalb* auch im Kontext des § 826 BGB nicht ersatzfähig.²¹ Die Übertragung der im Rahmen einer Haftung aus § 823 II BGB – durchaus vertretbar – getroffenen Schutzzweckerwägungen auf die Haftung aus § 826 BGB ist tatsächlich eher

Heese: Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät (NZV 2019, 273)

275 

fernliegend und steht in klarem Widerspruch zur geltenden Dogmatik.²² Entscheidend für den Normzweck der „dritten kleinen Generalklausel“ des Deliktsrechts ist vorliegend allein, dass Kaufverträge, die bei Kenntnis der wahren Umstände niemals geschlossen worden wären, arglistig und sittenwidrig herbeigeführt wurden.²³

Aber auch der Umstand, dass sich das Gericht im Übrigen auf wenige nichtssagende Sätze beschränkt und sich mit der herrschenden Gegenauffassung in Rechtsprechung und Literatur und mit der einschlägigen Rechtsprechung des BGH nicht einmal ansatzweise auseinandergesetzt hat,²⁴ muss hervorgehoben werden. Schließlich forderte der entsprechende Klägervortrag schon von Verfassungs wegen eine sich in den Urteilsgründen substantiell niederschlagende Auseinandersetzung, Art. 103 I GG.²⁵ Dieser Umgang mit dem Rechtsschutzersuchen ist ein Tiefschlag nicht nur für den (Berufungs-)Kläger dieses Verfahrens, sondern auch für die mehr als 400.000 Beteiligten der vor dem *OLG Braunschweig* weiterhin anhängigen Musterfeststellungsklage.

3. Individualverfahren, Massenverfahren und fehlendes höchstrichterliches Judikat

Insgesamt ist aber festzustellen, dass die Rechtsprechung ganz überwiegend und gemeinsam mit einer engagierten Anwaltschaft bei der zivilhaftungsrechtlichen Bewältigung des Dieselskandals einen guten Eindruck hinterlässt. Für Unmut sowohl bei den Gerichten als auch bei der auf der Klägersseite tätigen Anwaltschaft sorgt vielmehr das deutsche Zivilprozessrecht, das bei der massenhaften Bewältigung der Klagewelle seine Leistungsgrenzen offenbart und ungehinderten Raum für eine ungebührliche Verzögerung der höchstrichterlichen Klärung der Rechtslage lässt.

Der Dieselskandal hat bundesweit zu einer anhaltenden Flut von gleichgerichteten Individualklagen geführt.²⁶ Die vom Gesetzgeber zur Bewältigung von Massenschäden zum 1.11.2018 aus Anlass des Dieselskandals²⁷ eingeführte Musterfeststellungsklage hat mit mehr als 400.000 Beteiligten zwar regen Zulauf erfahren. Das neue Verfahren kann indes nicht einmal den Anschein effektiver Rechtsdurchsetzung wahren: Die Zuweisung der ausschließlichen Zuständigkeit am Sitz des Beklagten ist strukturell verfehlt, ebenso wie die Verengung des Verfahrens auf Ansprüche von Verbrauchern. Das Verfahren ist für eine vergleichsweise Konfliktlösung und für effektiven Rechtsschutz in angemessener Zeit untauglich – der entscheidende Geburtsfehler liegt in der lediglich feststellenden Wirkung eines verfahrensabschließenden Urteils.²⁸

Hersteller nutzen diese und weitere Schwächen des Zivilprozessrechts aus, um Käufer zu zermürben und die Durchsetzung der Ansprüche zu verzögern. Die Strategie besteht in einer umfassenden Leugnung von Rechtsverstoß und Haftung.²⁹ *Tonio Walter* fand die richtigen Worte: „Da bleibt einem schon die Spucke weg, wenn man liest, mit welchen Mitteln und Argumenten VW versucht, sich jeder Haftung im Dieselskandal zu entziehen.“³⁰ Zudem werden die Bestellung gerichtlicher Sachverständiger und der Erlass obergerichtlicher Judikate mit Ausstrahlungswirkung durch vergleichswisen Freikauf gezielt abgewendet.³¹ Dem Verfasser dieses Beitrags wurde von einem Fall berichtet, in dem dem Kläger auf eine geltend gemachte Forderung iHv. 29.000 Euro unter Herausgabe des Fahrzeugs im Gegenzug zur Klagerücknahme rund 41.000 Euro zzgl. Kostenerstattung angeboten wurde.

So manchem Landrichter platzt bei diesem Herstellerverhalten allmählich der Kragen. Die Obergerichte, allen voran der BGH, steuern neuerdings mit der Veröffentlichung ihrer Hinweisbeschlüsse³² erfreulicherweise³³ dagegen. Im Übrigen hilft sich die Praxis auch mit unechten Sammelklagen. Der Inkassodienstleister *Financialright GmbH* hat sich nach eigenen Aussagen die Ansprüche von rund 45.000 Dieselskäufern abtreten lassen.³⁴ Seither hat die *Volkswagen AG* ihre Abwehrstrategie auch auf die gezielte Bekämpfung dieser prozessualen Gestaltungsform erweitert.³⁵ Der Inkassodienstleister steht offenbar auch hinter der vom *OLG Braunschweig* entschiedenen Individualklage, was immerhin Anlass zur Hoffnung gibt, dass die Befassung des BGH dieses Mal nicht aufgrund eines Vergleichs in letzter Minute abgewendet werden kann.³⁶

II. Zur Rolle der Rechtswissenschaft

1. Über allen Gipfeln ist (entweder) Ruh' ...

Während Rechtsprechung und Anwaltschaft die zivilrechtliche Bewältigung des Dieselskandals mit großem Engagement aufführen, gewinnt man den Eindruck, die Zivilrechtswissenschaft habe es sich mit dem Rest der Bevölkerung in der ersten Reihe gemütlich gemacht und verfolge das Schauspiel mit gespannter Aufmerksamkeit. Die Strafrechtswissenschaft, deren Beiträge auch zivilrechtlich von erheblichem Interesse wären (vgl. §§ 823 II BGB iVm. 263 StGB), bleibt der Veranstaltung gleich ganz fern.³⁷ Was ist nur der Grund der breiten Enthaltensamkeit und was ist gar ihr Ziel? Wird nur

darauf gewartet, dass BGH oder EuGH den Schlusspunkt unter das Thema setzen, damit in aller Ruhe die Nach-

276

Heese: Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät (NZV 2019, 273)

lese beginnen kann? Hat die Rechtswissenschaft denn nicht mehr den Anspruch, aus ihrer bedeutsamen Stellung der Unabhängigkeit heraus die Lösung gesellschaftlich relevanter Fragen aktiv zu begleiten und auf sie Einfluss zu nehmen? Man kann sich nur wünschen, dass die Verbindungen von Rechtswissenschaft und Wirtschaft noch nicht einen Grad erreicht haben, der sich in verbreiteter Zurückhaltung niederschlägt, wenn der mächtigste Akteur des bedeutsamsten deutschen Wirtschaftszweigs ins Scheinwerferlicht gerät.

Es existieren durchaus Aufsatzbeiträge³⁸ und inzwischen auch erste Kommentierungen³⁹ einschlägiger Vorschriften, die den Dieselskandal aus der Perspektive des Deliktsrechts beleuchten. Nur steht die wissenschaftliche Diskussion bisher in keinem angemessenen Verhältnis zur praktischen und wissenschaftlichen Bedeutung des Themas und zu seinem Facettenreichtum, wie er in der Instanzrechtsprechung breiten Ausdruck findet.⁴⁰ Als die Diskussion nach Jahren des anfänglichen Schweigens langsam in Gang kam, war die Bewältigung des Skandals in den USA im Zuge eines *class action*-Verfahrens bereits abgeschlossen.

2. ... oder selektive Beredsamkeit

Natürlich weiß man, dass die Rechtswissenschaft *hinter* dem Vorhang von Beginn an überaus aktiv ist und – wie in Konflikten mit wirtschaftlicher Bedeutung üblich – zumeist für die finanzkräftige Seite den Souffleur gibt. Daran ist im Grundsatz nichts auszusetzen. (Spätestens) wenn solche Gutachten allerdings in die öffentliche Diskussion eingeführt werden, gelten die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis. Hierzu zählen die *unzweideutige* Offenlegung, dass der Beitrag in Verbindung mit einem Rechtsgutachten steht sowie die gewissenhafte und integere Auseinandersetzung mit dem aktuellen Erkenntnisstand und anderen wissenschaftlichen Auffassungen.

Teilweise wurde die gutachterliche Vorbefassung im Kontext des Dieselskandals gleich ganz verheimlicht – auf den im *Spiegel* unter dem treffenden Titel „*Windige Helfer*“ erschienenen Beitrag soll hier nur hingewiesen werden.⁴¹ Andere Autoren begnügen sich – offenbar unter Billigung der jeweiligen Zeitschriftenredaktionen – mit dem distanziert wirkenden und offensichtlich auf Verharmlosung des Interessenkonflikts abzielenden Hinweis, der Aufsatz gehe „auf eine Anfrage aus der Praxis zurück“.⁴² In einem solchen Rahmen wurde dem Verfasser dieses Beitrags unlängst vorgehalten, dass seine zuvor „vereinzelt“ vertretene These, „die weitgehende deliktische Haftung der Hersteller [liege] schon prima vista auf der Hand“, nicht zutreffe.⁴³ Leider ist dabei unerwähnt geblieben, dass neben weiteren Stimmen in der (unabhängigen) Literatur⁴⁴ die Mehrheit der Instanzrechtsprechung ohne größere Umschweife zur Haftung der Hersteller auf Kaufpreisrückzahlung kommt.⁴⁵ Stattdessen wurde die Haftung (auch) aus § 826 BGB schon dem Grunde nach ohne jede Begründung und nur unter Hinweis auf die schon handwerklich schwache Entscheidung des *OLG Braunschweigs* abgetan.⁴⁶ Es spricht durchaus für sich, dass das *OLG Köln* zuvor ausgeführt hatte: „[D]er Fall wirft keine ungeklärten Rechtsfragen auf und lässt sich unter Rückgriff auf die höchstrichterliche Rechtsprechung ohne weiteres entscheiden“.⁴⁷

3. Wissenschaftliche Grundlegung vor dem Anwendungsfall

Dabei wäre es tatsächlich einmal interessant zu erfahren, wie diejenigen die Frage der Herstellerhaftung beurteilen, die aufgrund ihrer grundlegenden Abhandlungen zur Präventions- und Steuerungsfunktion des Deliktsrechts und ihrer Eigenständigkeit gegenüber dem schadensrechtlichen Ausgleichsgedanken entscheidende Vorarbeiten geleistet haben.⁴⁸ In diesem Rahmen wurde immerhin der „Abgesang auf das Bereicherungsverbot“ angestimmt.⁴⁹ Den schadensrechtlich relevanten Fragen der Herstellerhaftung wurde grundlegender auch unter dem Schlagwort vom „Schutz vor dem unerwünschten Vertrag“⁵⁰ nachgegangen. Eine in der Literatur verbreitete Auffassung fordert im Kontext von *culpa in contrahendo* und § 826 BGB sogar den völligen Verzicht auf das Erfordernis eines Vermögensschadens⁵¹, denn dieses sei „dogmatisch wenig überzeugend“ und „entbehrlich“. Selbst eine „Lösung vom *nicht* nachteiligen Vertrag“ wird bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs befürwortet.⁵² Verträgt sich diese im Besonderen auf den Schutz der ungestörten Willensbildung abstellende schadensrechtliche Beseitigung unerwünschter Verträge überhaupt ansatzweise mit den unlängst erhobenen und sogleich noch vorzustellenden Forderungen nach einer rein vermögensausgleichsorientierten Rückabwicklungsbilanz?⁵³ Immerhin soll die Naturalrestitution hiernach ein „der Anfechtung auch gegenüber

Heese: Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät (NZV 2019, 273)

277

Dritten wirtschaftlich gleichbedeutendes Vertragslösungsrecht“ gewähren.⁵⁴

Allerdings sollte man auch keine allzu hohen Erwartungen an Nachhaltigkeit und Konsequenz in den Rechtswissenschaften haben. Ein erklärter Anhänger der „ungewollten Verpflichtung als Schaden“ hat in einem auf Rechtsgutachten hin erstellen Beitrag unlängst behauptet, dass „nicht davon auszugehen“ sei, dass diese normative Schadenskategorie auf die Dieselskäufer zutrifft, weil die Fahrzeuge ungeachtet der Manipulation für die Zwecke der Käufer brauchbar gewesen seien.⁵⁵ Wenn man damit ernst machte, hätte das ungefähr den Charme, einem im Hinblick auf seine Risikobereitschaft fehlerhaft aufgeklärten Kapitalanleger den Vermögensdispositionsschaden abzusprechen, weil dieser die Kapitalanlage dennoch habe als Investment „nutzen“ können. Die Instanzgerichte sehen das daher richtigerweise anders.⁵⁶

III. Zur Funktion des Privatrechts

1. Herstellerhaftung im Dieselskandal als Nagelprobe

Die Herstellerhaftung ist ein Thema von erheblichem öffentlichem Interesse und von außerordentlicher wirtschaftlicher Bedeutung. Der Umgang mit Unternehmen, die ihre Waren unter Verstoß gegen wesentliche Gestaltungsvorgaben der Rechtsordnung auf den Markt bringen und dabei Händler und Abnehmer täuschen, entscheidet sich – wie letztlich immer – im Zivilrecht, zumal sich das deutsche Strafrecht, dem ein Unternehmensstrafrecht bislang unbekannt ist,⁵⁷ bestenfalls an ehemaligen Leitungsorganen abarbeiten kann. Vor allem aber ist die Herstellerhaftung ein Thema mit Grundlagencharakter und deshalb von herausgehobenem wissenschaftlichem Interesse. Der VI. Zivilsenat des BGH wird die dogmatischen Weichen an den Funktionen des Privatrechts auszurichten haben.

Dabei könnte er das Pendel zurückwerfen zu einer streng vermögensorientierten Haftung und damit – mehr oder minder im Sinne des Gesetzgebers des Jahres 1900 – den überkommenen Ausgleichsgedanken erneut zur alleinigen Wertungsgröße des deutschen Delikts- und Schadensrechts erklären. Was spricht dafür? Ein manipuliertes Diesel-Kraftfahrzeug hätte zwar

niemand sehenden Auges erworben, aber haben die Käufer am Ende „praktisch“ überhaupt einen Schaden? Konnten sie die Fahrzeuge denn nicht wie geplant nutzen und erscheint das Aufkommen von – bisher regional begrenzten – Diesel-Fahrverboten nicht kaum mehr als ein von den Herstellern beim besten Willen nicht vorhersehbarer Reflex? Auch der Umstand, dass den Käufern das Softwareupdate mit seinen allemal ungeklärten Auswirkungen aufgedrängt wurde, schädigt ihr Vermögen jedenfalls (bisher) nicht nachweislich. Und das mit dem Wertverlust der Fahrzeuge am Markt ist auch eine komplizierte Sache; in Polen, so hört man, verkaufen sich die makelbehafteten Fahrzeuge noch immer gut.

2. Enthftung der Hersteller: Streng vermögensausgleichsorientierter Ansatz

Ganz auf dieser Linie wird neuerdings vertreten, dass der Schaden des Käufers lediglich „in der Differenz zwischen dem tatsächlich eingetretenen Wertverlust des gekauften Fahrzeugs und dem hypothetischen Wertverlust eines Alternativfahrzeugs“ bestehe.⁵⁸ Was auf den ersten Blick dogmatisch eingängig klingt, läuft bei näherem Hinsehen unter Berücksichtigung der zu erfolgenden Fahrzeugherausgabe praktisch auf ein Nullsummenspiel hinaus – und eben das ist beabsichtigt.⁵⁹ Hiernach soll auf den zurückzuzahlenden Kaufpreis im Wege der Vorteilsausgleichung – anstelle des geringeren, weil „käuferfreundlich“⁶⁰ gerechneten Nutzwerts des erworbenen Fahrzeugs – der betragsmäßig viel höhere ersparte Wertverlust eines hypothetisch alternativ erworbenen Fahrzeugs in Abzug gebracht werden. Die Rede ist von einer schadensrechtlich beachtlichen Reserveursache.⁶¹

Auf diese Begründung ist bisher noch niemand gekommen,⁶² und das aus guten Gründen: Zum einen sind im Kontext der Naturalrestitution nach bisherigem Verständnis allenfalls solche Reserveursachen schadensmindernd zu berücksichtigen, die „mit Sicherheit ebenfalls zu dem eingetretenen Schaden geführt hätten“.⁶³ Nur dann wird ein solcher hypothetischer Alternativverlauf auch zu einem Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung.⁶⁴ Durch den alternativen Erwerb eines nicht manipulierten Alternativfahrzeugs wäre der Schaden aber gerade nicht eingetreten. Auch die geltende Rechtsprechung zur Kapitalanlegerberatung gibt für die Gegenthese nichts her.⁶⁵ Die schadensrechtliche Erheblichkeit eines alternativen Anlagengeschäfts bleibt dort vielmehr auf einen zusätzlich zur Vertragsrückabwicklung geltend gemachten entgangenen Gewinn beschränkt.⁶⁶ Ein alternatives Erwerbsgeschäft kann nämlich nur dort schadensrechtlich zu Lasten des Geschädigten beachtlich sein, wo dieser selbst das positive Interesse geltend macht.⁶⁷

Zum anderen widerspricht das Abstellen auf ein hypothetisch alternativ erworbenes Fahrzeug auch der Funktion der schadensrechtlichen Vertragsrückabwicklung, die der getäuschte Käufer nach ständiger Rechtsprechung wahlweise anstelle des Vermögensdifferenzschadens beanspruchen kann.⁶⁸ Schließlich sucht die Rechtsprechung auf diesem Wege die Vertragsschlussautonomie auch jenseits der Grenzen des §§ 123 II, 124 I BGB durch *culpa in contrahendo* und § 826 BGB effektiv zu gewährleisten. Dem entspricht es auch, dass die hypothetische Reserveursache generell als eine Frage der *Schadenszurechnung* gesehen wird,⁶⁹ bei der nicht etwa Kausalitätserwägungen, sondern *Wertungen* den Ausschlag geben.

Heese: Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät (NZV 2019, 273)

278

Für den Fall, dass der dogmatische Kniff mit der schadensrechtlich beachtlichen Reserveursache beim BGH nicht verfangen sollte, wird auf das den Käufern aufgezwungene Softwareupdate verwiesen. Es sei jedenfalls missbräuchlich, wenn ein Käufer Schadensersatz begehrte, nachdem der Hersteller den Tatbestand „vollständig ungeschehen“ gemacht habe.⁷⁰ Die fortbestehenden

gravierenden Bedenken gegenüber der Wirksamkeit und den Nebenwirkungen der von den Herstellern entwickelten Softwareupdates – Stichwort: Versottung und Langlebigkeit des Motors – werden dabei wiederum verschwiegen,⁷¹ ebenso, dass die Rechtsprechung solchen Vortrag in den Fällen der Diesel-Herstellerhaftung schon (zutreffend) verworfen hat.⁷² Und auch der BGH hatte für den Griff zu diesem letzten Strohalm der Rechtsordnung in einem ganz ähnlichen Fall unlängst nichts übrig.⁷³ Es muss eben doch um einiges mehr passieren, bis der „Betrüger“ dem „Betrogenen“ mit der Missbrauchskeule kommen kann.

3. Haftung der Hersteller: Präventionsfunktion als Komplementärfunktion des Delikts- und Schadensrechts

Die Herstellerhaftung im Dieselskandal wird am Ende des Tages aber ohnehin nicht von dogmatischen Kunstgriffen entschieden; das Besteck der kleinteiligen Gebrauchsdogmatik wird erst auf der Grundlage der funktionalen Sicht auf das Privatrecht geschliffen. Maßgeblich ist, ob sich die Präventionsfunktion als zu den Prinzipien des Ausgleichs und der Genugtuung hinzutretende Komplementärfunktion des Delikts- und Schadensrechts⁷⁴ auch weiterhin durchsetzen wird. Namentlich in der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH hat diese sowohl auf haftungsbegründender⁷⁵ als auch auf haftungsausfüllender⁷⁶ Ebene zunehmend deutlichen Niederschlag gefunden. Nach richtiger Auffassung steht vorliegend im Zentrum der Wertung, dass kein vernünftiger, über den Manipulationsvorgang aufgeklärter Käufer ein solches Fahrzeug erworben hätte, zumindest weil das greifbare Risiko der Stilllegung im Raum stand. Daher darf auch die schadensrechtliche Rückabwicklung nicht zu einem Ergebnis führen, das dem Bestand des rechtswidrig herbeigeführten Vertrags wirtschaftlich gleich oder nahe kommt.⁷⁷ Der neuerdings unternommene Versuch, den Kaufpreisschaden dogmatisch fragwürdig hinwegzurechnen, stellt die Vertragsabschlussfreiheit gegenüber dem arglistigen Herstellerverhalten im Ergebnis praktisch schutzlos und ermuntert zur Nachahmung und zu Wiederholungstaten.

Dabei wird nicht unberücksichtigt bleiben können, dass die systematische und arglistige Produktmanipulation der Hersteller auch dazu beigetragen hat, dass Gewährleistungsansprüche gegen Verkäufer im Zeitpunkt der Aufdeckung des Skandals entweder längst verjährt waren oder im Zuge der von den Herstellern eher behinderten⁷⁸ Aufklärung der Tatsachen zeitnah verjährt sind. Vor diesem Hintergrund ist die Berechnung des Nutzungersatzes in „Parallele zu der käuferfreundlichen Rechtsprechung im Rücktrittsrecht“ alles andere als „unreflektiert“.⁷⁹ Auch muss man sehen, dass die Käufer durch das Herstellerverhalten mehrheitlich letztlich um ihren Nacherfüllungsanspruch gebracht wurden,⁸⁰ bei dem im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ein Anspruch auf Wertersatz für Nutzungen gerade ausgeschlossen ist.⁸¹

Und wenn man es mit der Präventionsfunktion des Delikts- und Schadensrechts wirklich ernst meint, wird man auch nicht dabei zusehen, wie die auf Kaufpreistrückzahlung Zug-um-Zug gegen Fahrzeugherausgabe gerichteten Schadensersatzansprüche im Wege der Vorteilsausgleichung durch die Anrechnung gezogener Nutzungen dahinschmelzen. Denn dann würden der planmäßige, massenhafte und systematische „Absatzbetrug“ und die anschließende mutwillige Leistungsverzögerung am Ende des Tages zivilhaftungsrechtlich doch noch ohne hinreichende Folgen bleiben. Die auch vom Verfasser dieses Beitrags unter dem Gesichtspunkt der besseren Haftungsprävention befürwortete Einschränkung der Vorteilsausgleichung⁸² findet in Gesetz⁸³ und Rechtsprechung⁸⁴ bereits hinreichenden Niederschlag⁸⁵ und hat mit einem Strafschadensersatz U. S.-amerikanischer Provenienz⁸⁶ nichts zu tun.⁸⁷

IV. Fazit und Ausblick

Der Dieselskandal ging mit neuen Vorwürfen gegen die *Daimler AG*⁸⁸ unlängst in eine weitere Runde. Derweil werden die Hersteller von den Instanzgerichten inzwischen mit Mehrheit in die Haftung genommen. Tatsächlich liegt die Herstellerhaftung wenigstens auf der Grundlage von § 826 BGB auf der Hand. Aktuelle Bemühungen, den Käuferschaden und den Schutzzweckzusammenhang in Abrede zu stellen, verfangen nicht. Allerdings ist der konkrete Haftungsumfang noch längst nicht ausgemacht, und dies ungeachtet der in der Literatur neuerdings unterbreiteten Vorschläge zur *de facto* Enthftung der Hersteller, die ebenfalls nicht überzeugen. Im Gegenteil wird man den Herstellern aus Gründen der besseren Haftungsprävention einen Nutzungsersatz im Wege der Vorteilsausgleichung entweder vollständig oder wenigstens substanziell zeitweise zu versagen haben.

279 ▲

Heese: Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät (NZV 2019, 273)

Der Dieselskandal hat aber auch die Reformbedürftigkeit des deutschen Zivilprozessrechts in besonderer Weise deutlich werden lassen, die durch die Einführung der Musterfeststellungsklage nicht behoben wurde. Der kollektive Rechtsschutz muss schlagkräftiger und die individuelle Rechtsdurchsetzung von ungebührlichen Verzögerungstaktiken abgeschirmt werden. Während sich die unabhängige Rechtswissenschaft noch weithin bedeckt hält und eine klärende Entscheidung des BGH nur langsam näher rückt, setzt die *Braunschweiger* Ziviljustiz ihren Blindflug gegenüber der herrschenden Meinung und der geltenden Dogmatik fort. Im Konzert damit erzeugen einzelne im Auftrag von Herstellern tätig werdende Vertreter der Zivilrechtswissenschaft ein unzutreffendes Bild der Lage vor den Gerichten und säen selbst dort Zweifel, wo die Rechtslage tatsächlich klar ist. Endet die Musterfeststellungsklage in einem Fiasko oder überträgt sich die zutage getretene Schwarmintelligenz der Instanzgerichte auf das oberste Bundesgericht? Der Dieselskandal wird jetzt erst richtig spannend!

-
- * Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht, Europäisches Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg. Er ist vom Dieselskandal nicht betroffen und mit der Sache gutachterlich nicht vorbefasst. Für Diskussionsbereitschaft und kritische Anregungen gilt Professor Dr. Dr. h. c. *Ekkehard Schumann*, Professor Dr. *Alexander Hellgardt*, LL. M. (Harvard) und Professor Dr. *Tonio Walter* herzlicher Dank. Die zitierten Webseiten wurden zuletzt am 5.5.2019 abgerufen.
- 1 Vgl. *Riehm* NJW 2019, 1105 ff. und gleichsinnig *Armbrüster* ZIP 2019, 837 ff., jeweils nach gutachterlicher Vorbefassung.
 - 2 Auf veraltetem Diskussionsstand unlängst auch *Lempp* NZV 2019, 249, 253: „Von einem Trend in der Rechtsprechung der Instanzgerichte, einer „herrschenden Meinung“ gar, zu sprechen, wäre vermessen.“
 - 3 *OLG Köln*, Beschl. v. 3.1.2019 – 18 U 70/18 (rechtskräftig), BeckRS 2019, 498 = DAR 2019, 204 = NZV 2019, 249 m. Anm. *Lempp* – von *Armbrüster* unlängst übersehen, dafür aber mit unzutreffendem Hinweis auf tatsächlich nicht zugunsten der Hersteller einschlägige Entscheidungen des *OLG München*, vgl. ZIP 2019, 837 mit Fn. 4, 5. Vgl. auch bereits *OLG Köln*, Hinweisbeschl. v. 29.11.2018 – 18 U 70/18, BeckRS 2018, 36568.
 - 4 *OLG Karlsruhe*, Hinweisbeschl. v. 5.3.2019 – 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395; s. auch *OLG Oldenburg*, Hinweisbeschl. v. 5.12.2018 – 14 U 60/18, BeckRS 2018, 37536 Rn. 30 ff.
 - 5 Vgl. statt vieler *LG Bad Kreuznach*, Urt. v. 5.12.2018 – 3 O 29/18, BeckRS 2018, 42669; *AG Beckum*, Urt. v. 28.12.2018 – 13 C 95/18, BeckRS 2018, 42660; *LG Frankfurt (Oder)*,

- Urt. v. 17.7.2017 – 13 O 174/16, BeckRS 2017, 136693; *LG Halle/S.*, Urt. v. 5.3.2019 – 5 O 109/18, BeckRS 2019, 5080; *LG Hamburg*, Urt. v. 19.2.2019 – 310 O 99/18, BeckRS 2019, 3337; *LG Hanau*, Urt. v. 7.6.2018 – 9 O 76/18, BeckRS 2018, 33799; *LG Heilbronn*, Urt. v. 9.8.2018 – Sp 2 O 278/17, SVR 2019, 97; *LG Kaiserslautern*, Urt. v. 16.4.2019 – 4 O 356/18, BeckRS 2019, 9251; *LG Kassel*, Urt. v. 11.12.2018 – 8 O 2210/17, BeckRS 2018, 41899; *LG Konstanz*, Urt. v. 12.4.2019 – E 3 O 401/18, BeckRS 2019, 8169; *LG Krefeld*, Urt. v. 19.7.2017 – 7 O 147/16, BeckRS 2017, 117776; *LG Mönchengladbach*, Urt. v. 11.7.2017 – 1 O 320/16, BeckRS 2017, 132860; *LG München I*, Urt. v. 25.10.2018 – 29 O 2250/18, BeckRS 2018, 40367; *LG München II*, Urt. v. 15.2.2019 – 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631; *LG Paderborn*, Urt. v. 8.5.2018 – 2 O 6/18, BeckRS 2018, 27468; *LG Potsdam*, Urt. v. 16.11.2018 – 6 O 462/17, BeckRS 2018, 29778; *LG Siegen*, Urt. v. 9.1.2019 – 1 O 36/17, BeckRS 2019, 4038; *LG Würzburg*, Urt. v. 23.2.2018 – 71 O 862/16, BeckRS 2018, 1691; *LG Tübingen*, Urt. v. 8.3.2019 – 4 O 307/18, BeckRS 2019, 7495; *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 296/17, BeckRS 2018, 1146. Vgl. auch die unter www.auto-rueckabwicklung.de/erwirkte-urteile.html im Volltext dokumentierten rund 850 Entscheidungen u. a. der Landgerichte *Aachen, Arnsberg, Augsburg, Aurich, Baden-Baden, Bamberg, Bayreuth, Berlin, Bielefeld, Bonn, Bremen, Bückeburg, Chemnitz, Coburg, Darmstadt, Dortmund, Duisburg, Essen, Flensburg, Frankenthal (Pfalz), Frankfurt/Main, Freiburg, Fulda, Gießen, Heidelberg, Hildesheim, Itzehoe, Karlsruhe, Kiel, Koblenz, Limburg, Lübeck, Mainz, Münster, Neubrandenburg, Neuruppin, Nürnberg-Fürth, Offenburg, Oldenburg, Osnabrück, Ravensburg, Regensburg, Saarbrücken, Schweinfurt, Trier, Tübingen* und *Waldshut-Tiengen* sowie die umfangreiche Dokumentation der *Stiftung Warentest*, abrufbar unter www.test.de/Abgasskandal-4918330-5092247, mit Entscheidungen u. a. auch der Landgerichte *Cottbus, Gera, Görlitz, Hof, Magdeburg, Mannheim, Meiningen, Stade, Stendal, Traunstein, Ulm, Verden, Weiden* und *Wiesbaden*. S. zudem die im Volltext veröffentlichten Entscheidungen unter www.baumreiter.de/unsere-erfolge-im-abgasskandal.
- 6 Vgl. eingehend *Heese* NJW 2019, 257 (259 ff.) und jetzt auch *Lempp* NZV 2019, 249, 253 f.: „Königsweg“.
- 7 Vgl. *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 1.3.2019 – 1 W 41/18, BeckRS 2019, 3952 und 1 W 42/18, BeckRS 2019, 3953.
- 8 Vgl. sogleich.
- 9 Vgl. nur nach anfänglich a. A. nun *LG Stralsund*, Urt. v. 3.4.2019 – 1 O 38/18, BeckRS 2019, 6352; *LG Leipzig*, Urt. v. 7.9.2018 – 7 O 702/18, BeckRS 2018, 41849; *LG Stuttgart*, Urt. v. 16.11.2017 – 19 O 34/17, BeckRS 2017, 148166; *LG Düsseldorf*, Urt. v. 9.2.2018 – 7 O 212/16, BeckRS 2018, 1444; *LG Köln*, Urt. v. 18.7.2017 – 22 O 59/17, BeckRS 2017, 124393; *LG Kleve*, Urt. v. 6.10.2017 – 3 O 201/16, BeckRS 2017, 148208; s. auch *LG Bochum*, Urt. v. 8.2.2019 – I-4 O 101/18, BeckRS 2019, 1778; *LG Lüneburg*, Urt. v. 12.2.2019 – 9 O 140/18, BeckRS 2019, 3857; *LG Erfurt*, Urt. v. 14.12.2018 – 9 O 875/18, BeckRS 2018, 40380 und *LG Ellwangen*, Urt. v. 17.1.2019 – 4 O 155/18, BeckRS 2019, 6345.
- 10 Vgl. FAZ v. 15.4.2019, Diesel-Skandal, Anklage gegen ehemaligen VW-Chef Winterkorn erhoben, abrufbar unter www.faz.de.
- 11 Vgl. schon *LG Köln*, Urt. v. 18.7.2017 – 22 O 59/17, BeckRS 2017, 124393; *LG Bayreuth*, Urt. v. 23.10.2017 – 23 O 227/17, BeckRS 2017, 132296.
- 12 Vgl. hierzu *LG Krefeld* WM 2019, 476 (479 f.).
- 13 Gebrauchsvorteil = Bruttokaufpreis multipliziert mit den gefahrenen Kilometern und dividiert durch die erwartete Gesamtfahrleistung (bzw. bei Gebrauchtfahrzeugen durch die voraussichtliche Restlaufleistung), vgl. nur *LG Köln*, Urt. v. 12.4.2018 – 24 O 287/17, BeckRS 2018, 26971 mit Hinweis auf *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf*, 13. Aufl. 2017, Rn. 1166.
- 14 Vgl. pars pro to *LG Wuppertal*, Urt. v. 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, 33798.
- 15 Aus der Rechtsprechung s. *LG Augsburg*, Urt. v. 5.12.2018 – 21 I 3267/17, BeckRS 2018, 33800 Rn. 12 und v. 14.11.2018 – 21 O 4310/16, BeckRS 2018, 33801 Rn. 13; *LG Halle*, Urt. v. 5.3.2019 – 5 O 109/18, BeckRS 2019, 5080 Rn. 15 ff.; aus der Literatur s. *Heese* VuR 2019, 123 (124 ff.); *ders.* NJW 2019, 257 (261); dem folgend *Otte-Gräbener* GWR

- 2019, 149; s. auch *Eggert DAR* 2019, 45 (46): „Insoweit kann man in VW-Diesel-Fällen (EA189) durchaus geteilter Meinung sein. Man muss sie nur nachvollziehbar begründen“. Unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten im Ergebnis gleich *Harke VuR* 2017, 83 (90 f.); ablehnend *OLG Karlsruhe*, Hinweisbeschl. v. 5.3.2019 – 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395 Rn. 117; *LG München II*, Urte. v. 15.2.2019 – 13 O 3243/18, BeckRS 2019, 1631 Rn. 53; s. nun auch *Riehm NJW* 2019, 1105 (1107 f.); *Armbrüster ZIP* 2019, 837 (846).
- 16 Vgl. *LG Hamburg*, Urte. v. 19.2.2019 – 310 O 99/18, BeckRS 2019, 3337 Rn. 49 ff.: Nicht über den Zeitpunkt des Rückabwicklungsverlangens hinaus; vgl. auch *J. Bruns NJW* 2019, 801 (804 f.): nicht während des Annahmeverzugs.
- 17 *LG Nürnberg-Fürth*, Urte. v. 17.4.2019 – 9 O 8773/18, BeckRS 2019, 7977, Rn. 22 ff.
- 18 Vgl. *LG Kiel DAR* 2019, 208, 212; *LG Darmstadt*, Urte. v. 13.5.2019 – 3 O 330/18, BeckRS 2019, 8925.
- 19 Nach dem aktuellen Kenntnisstand des Verfassers handelt es sich um *einzelne Kammern* der Landgerichte *Bayreuth, Bückeburg, Darmstadt, Erfurt, Freiburg, Fulda, Hagen* (vgl. Urte. v. 20.6.2018 – 2 O 271/17, BeckRS 2018, 14835), *Kempten, Landshut, Magdeburg, Mainz* und *Würzburg*, sowie wohl umfassender um die Landgerichte *Ansbach* (vgl. Urte. v. 2.6.2017 – 2 O 1074/16 –, juris), *Aschaffenburg* (vgl. Urte. v. 4.5.2017 – 33 I 15/16, BeckRS 2017, 155547), *Marburg* (vgl. Urte. v. 26.6.2018 – 7 O 90/16 –, juris), *Memmingen* und *Rottweil* (vgl. Urte. v. 28.6.2017 – 2 O 270/16 –, juris).
- 20 Vgl. *OLG Braunschweig*, Urte. v. 19.2.2019 – 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737 und Beschl. v. 2.11.2017 – 7 U 69/17, BeckRS 2017, 147936; s. auch *LG Braunschweig*: Urte. v. 31.8.2018 – 3 O 21/17, BeckRS 2017, 122797; v. 27.10.2017 – 3 O 296/17, BeckRS 2017, 131154; v. 6.7.2018 – 11 O 3017/17, BeckRS 2018, 14999 sowie *NJW-RR* 2018, 379.
- 21 *OLG Braunschweig*, Urte. v. 19.2.2019 – 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737 Rn. 173.
- 22 Instruktiv zu den einschlägigen Schutzzweckerwägungen im Rahmen von § 826 BGB *LG Tübingen*, Urte. v. 8.3.2019 – 4 O 307/18, BeckRS 2019, 7495 Rn. 29; deutlich auch *Spindler* in BeckOGK/BGB, 1.7.2018, § 826 Rn. 171. Zur Vermeidung unerwünschter Verträge als Normzweck des § 826 BGB statt vieler *Stoll*, FS Riesenfeld, 1983, 275 (281).
- 23 Vgl. *Heese NJW* 2019, 257 (259 f.). Das verkennt nun auch *Armbrüster ZIP* 2019, 837 (845).
- 24 Vgl. *OLG Braunschweig*, Urte. v. 19.2.2019 – 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737 Rn. 176 ff.
- 25 Vgl. *BVerfG NJW* 2015, 1746 und eingehender *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 85. EL November 2018, Art. 103 I Rn. 94.
- 26 Vgl. *OLG Frankfurt/M.*, Pressemit. v. 25.2.2019, Rasanter Anstieg der Dieselfahrer bei den hessischen Landgerichten, zusammengefasst in *NZV* 3/2019, VII, abrufbar unter www.ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de und *Süddeutsche Zeitung* v. 24.4.2019, Bayerns Justiz ächzt unter den vielen Dieselsklagen, abrufbar unter www.sueddeutsche.de.
- 27 Vgl. nur *Stadler JZ* 2018, 793: „lex Volkswagen“.
- 28 Zum Ganzen eingehend *Heese JZ* 2019, 429 (434 ff., 439 f.).
- 29 Vgl. nur *LG Köln*, Urte. v. 12.4.2018 – 24 O 287/17, BeckRS 2018, 26971, Rn. 36 und unlängst *Süddeutsche Zeitung* v. 16.4.2019, Abgasskandal, Staatsanwaltschaft vermutet hohen Schaden für VW-Kunden, abrufbar unter www.sueddeutsche.de.
- 30 *Walter*, Unternehmensstrafrecht muss sein, *FAZ Einspruch*, 27.2.2019, abrufbar unter www.einspruch.faz.net.
- 31 Vgl. nur *BGH*, Pressemit. v. 11.12.2018 zum Az. VIII ZR 78/18 und v. 22.2.2019 zum Az. VIII ZR 225/17, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de; siehe auch *Jahn NJW-Editorial* H. 41/2018.
- 32 *BGH NZV* 2019, 244; *OLG Köln*, Hinweisbeschl. v. 16.7.2018 – 27 U 10/18, BeckRS 2018, 24255; *OLG Karlsruhe*, Hinweisbeschl. v. 5.3.2019 – 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395; s. auch *OLG München*, Hinweisbeschl. v. 29.1.2019 – 8 U 3066/18 (juris).
- 33 Vgl. zu dieser Forderung *Heese NJW-Editorial* H. 49/2018; kritisch dagegen *Riedel NJW-Editorial* H. 13/2019.
- 34 Hierzu *Heese JZ* 2019, 429 (437).
- 35 Vgl. *Gnirke*, Windige Helfer, *Der Spiegel*, Heft 15/2019, S. 68 f.
- 36 Vgl. *Heese JZ* 2019, 429 (438).
- 37 Vgl. wohl einzig *Satzger* in *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 4. Aufl. 2019, § 263 Rn. 51, 128, 282, 314; sehr vage *Grützner/Boerger/Momsen CCZ* 2018, 50 (55 ff.); aus dem Kreis der wissenschaftlichen Qualifikanten s. immerhin *Isfen JA* 2016, 1; *Brand/Hotz NZG*

- 2017, 976; *Lück* JuS 2018, 1148; *Brand* wistra 2019, 169.
- 38 Vgl. *Heese* NJW 2019, 257 ff.; *ders.* VuR 2019, 123 ff.; *ders.* JZ 2019, 429 (432 f.); s. weiter *Riehm* DAR 2016, 12; *Oechsler* NJW 2017, 2865; *Harriehausen* NJW 2018, 3137 (3140 ff.); knapp auch *Witt* NJW 2017, 3681 (3685); *Staudinger/Ruks* NJW 2019, 1179 (1181 f.); eingehender schon *Harke* VuR 2017, 83 und nun wieder *Riehm* NJW 2019, 1105 und unlängst *Armbrüster* ZIP 2019, 837. Aus dem Kreis der wissenschaftlichen Mitarbeiter s. *Legner* VuR 2018, 251; aus der Praxis andeutungsweise *Bachmeier* DAR 2016, 538 (542) und *Steenbuck* MDR 2016, 185 (190); eingehender nun *Lempp* NZV 2019, 249, 253 ff.
- 39 Vgl. *Förster* in BeckOK/BGB, 1.2.2019, § 826 Rn. 57 ff.; *Spindler* in BeckOGK/BGB (Fn. 22), § 826 Rn. 167 ff.
- 40 Vgl. nur *LG Erfurt*, Beschl. v. 25.3.2019 – 8 O 1045/18 (juris).
- 41 *Gnirke* (Fn. 35) mit Hinweis auf *Greger* MDR 2018, 897. Dabei ist es nicht ohne Ironie, dass ausgerechnet einer der lautesten Befürworter der außergerichtlichen Streitschlichtung den „Ausverkauf des Rechts“ behauptet.
- 42 Vgl. *Altmeppen* ZIP 2016, 97; *Riehm* ZIP 2019, 598; s. auch *ders.* NJW 2019, 1105 zudem mit dem – wohl relativierend gedachten – Hinweis, er sei „[a]ls Halter eines Fahrzeugs mit dem EA189-Motor [...] selbst unmittelbar von der Thematik betroffen“. Mit angemessener Deutlichkeit – „(Rechts)Gutachten“ – aber *Klinger* ZUR 2017, 131; *M. Schröder* DVBl. 2017, 1193; *Armbrüster* NJW 2018, 3481; *ders.* ZIP 2019, 837; s. auch *Artz/Harke* NJW 2017, 3409.
- 43 *Riehm* NJW 2019, 1105.
- 44 Vgl. nur *Harriehausen* NJW 2018, 3137 (3140 ff.); *Spindler* in BeckOGK/BGB (Fn. 22), § 826 Rn. 170, 171.
- 45 Vgl. oben I 1 und dazu im Kontrast *Riehm* NJW 2019, 1105 Fn. 5 mit Hinweis nur auf die *Braunschweiger* Rechtsprechung und auf längst überholte Entscheidungen von *LG Köln* und *LG Ellwangen*. Ein zugunsten der Hersteller verzerrtes Bild der aktuellen Lage vor den Instanzgerichten erzeugt auch *Armbrüster* ZIP 2019, 837: „Landgerichte hinsichtlich der Deliktshaftung uneins“.
- 46 Vgl. *Riehm* NJW 2019, 1105 Fn. 4: „mit überzeugenden Gründen“; mit oberflächlicher Begründung auch *Armbrüster* ZIP 2019, 837 (845).
- 47 Vgl. *OLG Köln* NZV 2019, 249 Rn. 49. Diese Entscheidung übersieht *Armbrüster* ZIP 2019, 837, wenn dieser fälschlich behauptet, dass *OLG Braunschweig* habe „das erste obergerichtliche Urteil zur Haftung des Herstellers abgasmanipulierter Fahrzeuge gefällt“.
- 48 Vgl. eingehend *Wagner* AcP 206 (2006), 352 (360 ff., 451 ff.); *MüKoBGB/ders.*, 7. Aufl. 2017, Vor § 823 Rn. 45 ff.; *ders.*, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, A 78 ff.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 59 ff.; *BeckOGK/Spindler*, 1.7.2018, § 823 Rn. 11 f.; s. bereits *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 1994, S. 354: „Prävention als wesentliche und legitime Rolle“; zurückhaltend etwa *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, 64 f.
- 49 *Wagner* AcP 206 (2006), 352 (470 f.).
- 50 Vgl. unter diesem Titel *Lorenz*, 1997.
- 51 Vgl. *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, insb. 72 ff., 384, 386 f., 388 ff.; *ders.* ZIP 1998, 1053 (1055); *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 20 f., 88; *ders.* NJW 1999, 900 (901 f.); *Fleischer* AcP 200 (2000), 91 (111 ff.) und *Staudinger/Singer/von Finckenstein*, BGB, Neubearb. 2017, § 123 Rn. 105 mit Hinweis auf die Motive; s. auch bereits *Wiedemann* JZ 1998, 1176 (1177).
- 52 Vgl. *Grigoleit* NJW 1999, 900 (902).
- 53 Hierzu eingehend unten III 2.
- 54 So *Lorenz* (Fn. 51), 379.
- 55 Vgl. *MüKoVVG/Armbrüster*, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 310 und nunmehr *ders.* ZIP 2019, 837 (845) mit Hinweis auf *Riehm* NJW 2019, 1105 (1106), der seinerseits die zivilschadensrechtliche normative Kategorie des ungewollten Vertrags mit der allein betrugsstrafrechtlich relevanten Lehre vom subjektiven Schadenseinschlag fehlerhaft gleichsetzt.
- 56 Vgl. pars pro toto *OLG Köln*, NZV 2019, 249 (rechtskräftig); *LG Ingolstadt*, Urt. v. 15.5.2018 – 42 O 1199/17, BeckRS 2018, 33798; aus der Literatur s. *Heese* NJW 2019, 257 (260); *Harriehausen* NJW 2018, 3137 (3140); *Staudinger/Ruks* NJW 2019, 1179

- (1181 f.).
- 57 Hierzu kritisch *Walter* (Fn. 30); s. auch BT-Drucks. 19/7983 und immerhin § 130 OWiG.
- 58 *Riehm* NJW 2019, 1105 (1109).
- 59 Vgl. *Riehm* NJW 2019, 1105 (1109).
- 60 *Riehm* NJW 2019, 1105 (1108).
- 61 *Riehm* NJW 2019, 1105 (1107) unter i. E. unzutreffender Berufung auf MüKoBGB/*Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 213.
- 62 Vgl. selbst *Riehm* NJW 2019, 1105 (1107).
- 63 MüKoBGB/*Oetker* (Fn. 61), § 249 Rn. 213, 207; zum Ganzen aber kritisch *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 184: Widerspruch zum Präventionszweck!
- 64 Instruktiv MüKoBGB/*Oetker* (Fn. 61), § 249 Rn. 213.
- 65 So aber *Riehm* NJW 2019, 1105 (1107).
- 66 Vgl. deutlich die von *Riehm* (Fn. 65) in Bezug genommene Entscheidung OLG München, Urte. v. 12.6.2012 – 18 U 4424/11, BeckRS 2012, 18790 sub II 4 c bb).
- 67 A.A. im beschränkten Kontext der Kapitalanlegerberatung offenbar nur *Geibel*, Der Kapitalanlegerschaden, 2002, 443.
- 68 Vgl. *BGH* NJW 2001, 2875 (2876 f.); s. auch MüKoBGB/*Wagner* (Fn. 48), § 826 Rn. 66, 69.
- 69 Vgl. MüKoBGB/*Oetker* (Fn. 61), § 249 Rn. 208.
- 70 *Riehm* NJW 2019, 1105 (1110 f.).
- 71 Vgl. *Riehm* NJW 2019, 1105 (1106) Rn. 19. Vgl. dagegen *Hüning* NZV 2019, 27 (29 f.); zu Zweifeln an einer tatsächlichen behördlichen Nachprüfung s. eindringlich *LG München II*, Urte. v. 28.2.2019 – 11 O 4963/17, BeckRS 2019, 6343.
- 72 Deutlich OLG Karlsruhe, Hinweisbeschl. v. 5.3.2019 – 13 U 142/18, BeckRS 2019, 3395 Rn. 19: „rechtlich lediglich als Angebot der Schadenswiedergutmachung zu bewerten“; s. auch *LG Krefeld* WM 2019, 476 (478); *LG Stuttgart*, Urte. v. 8.2.2018 – 19 O 68/17, BeckRS 2018, 5648 Rn. 60 und *Heese* VuR 2019, 123 (124).
- 73 Vgl. *BGH* NJW 2019, 292 (296).
- 74 Vgl. im Überblick nur *Heese* VuR 2019, 123, (127) m. Nw.
- 75 Vgl. im Kontext vorvertraglicher Aufklärungspflichten von Kapitalanlageberatern *BGH* NJW 2001, 962 (963); s. auch die sog. Kickback-Rechtsprechung, z. B. *BGH* NJW 2007, 1876 (1878 f.); NJW 2012, 66 (70).
- 76 Vgl. *BGH* NJW 2015, 2248 (2256 f.); s. auch *BGH* NJW 2019, 215 (218) und grundlegend bereits *BGHZ* 26, 349 (354 f.) – Herrenreiter.
- 77 So aber explizit *Riehm* NJW 2019, 1105 (1110).
- 78 Vgl. nur die Begründung des „Rückrufbescheids“ des *Kraftfahrt-Bundesamt* v. 15.10.2015 (unveröffentlicht, liegt Verfasser im Volltext vor), wonach Volkswagen erklärt habe, keine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut und eingesetzt zu haben.
- 79 Vgl. dagegen *Riehm* NJW 2019, 1105 (1108).
- 80 Hierzu nun deutlich *BGH* WM 2019, 424; dazu eingehend *Servatius* ZIP 2019, 954.
- 81 Vgl. *EuGH* NJW 2008, 1433 (1434 f.) – Quelle AG und § 475 III 1 BGB nF.; vgl. weitergehend noch *Harke* VuR 2017, 83 (91).
- 82 Vgl. *Heese* NJW 2019, 257 (261) und eingehender *ders.* VuR 2019, 123 ff. sowie *J. Bruns* NJW 2019, 801 ff.; zur Rspr. s. die Nw. oben Fn. 15-17.
- 83 Vgl. § 288 BGB und *BGH* NJW 2013, 859 (860): Schuldner soll angehalten werden, eine Geldschuld pünktlich zu erfüllen.
- 84 Vgl. nur *BGH* NJW 2015, 2248 (2257).
- 85 Eingehender *Heese* VuR 2019, 123 (127 ff.).
- 86 So verfehlt *Riehm* NJW 2019, 1105 (1108); die etablierte Präventionsfunktion des deutschen Delikts- und Schadensrechts verkennt auch *Armbrüster*, vgl. ZIP 2019, 837 (846).
- 87 Hierzu instruktiv *Wagner*, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, A 81 f.
- 88 Vgl. *Süddeutsche Zeitung* v. 14.4.2019, Abgasskandal, Neue Vorwürfe gegen Daimler, abrufbar unter www.sueddeutsche.de.

Gericht: **OLG München 3. Zivilsenat**
Entscheidungsdatum: **23.03.2017**
Aktenzeichen: **3 U 4316/16**
ECLI: **ECLI:DE:OLGMUEN:2017:0323.3U4316.16.0A**
Dokumenttyp: **Beschluss**

Quelle:



Normen: **§ 323 Abs 1 BGB, § 434 Abs 1 S 3 BGB, § 91a Abs 1 S 1 ZPO**
Zitiervorschlag: **OLG München, Beschluss vom 23. März 2017 – 3 U 4316/16 –, juris**

Kostentragung im Prozess über die Mängelbeseitigung bei einem vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs: Übereinstimmende Erledigungserklärung nach Erfüllung des klägerischen Anspruchs; Vorliegen eines Sachmangels, Bemessung der Nacherfüllungsfrist

Orientierungssatz

1. Lässt sich das Motiv der beklagten Partei für die Erfüllung des klägerischen Anspruchs nicht ersehen, dann ist davon auszugehen, dass eine "Hinnahme" des klägerischen Rechtsstandpunktes vorliegt, die nach § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO zur Konsequenz hat, dass die beklagte Partei die Kosten des Rechtsstreits tragen muss.(Rn.11)
2. Ein VW-Fahrzeug, das mit einer Software ausgestattet ist, die ausschließlich auf dem Rollenprüfstand einen anderen - niedrigeren - Schadstoffausstoß generiert als er im Echtbetrieb zu erwarten wäre, ist im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB mangelhaft.(Rn.13)
3. Beim Erwerb eines Pkw darf die Frist zur Nacherfüllung im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB nicht länger als ein Jahr sein. Denn die Frist darf nicht so bemessen werden, dass damit der auf Austausch von Ware gegen Geld gerichtete synallagmatische Kaufvertrag in eine Art Dauerschuldverhältnis umgewandelt wird.(Rn.14)

Fundstellen

RAW 2017, 134-135 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Traunstein 3. Zivilkammer, 10. Oktober 2016, 3 O 709/16

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche LG Osnabrück 9. Zivilkammer, 24. November 2017, 9 O 1061/16

Vergleiche LG Aachen 12. Zivilkammer, 5. Oktober 2017, 12 O 201/16

Vergleiche LG Düsseldorf, 13. Juli 2017, 14e O 191/16

Vergleiche LG Aachen 9. Zivilkammer, 18. Mai 2016, 9 O 269/16

Tenor

1. Die Beklagte hat die Kosten beider Instanzen zu tragen.
2. Der Streitwert wird auf 15.900,00 € festgesetzt.
3. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

- 1 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91a Abs. 1 ZPO.
- 2 Die Parteien haben den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.
- 3 Das Gericht hat deshalb unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen darüber zu entscheiden, wie die Kosten des Rechtsstreits zu verteilen sind.
- 4 Vorliegend sind der beklagten Partei die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 5 **1) Sach- und Streitstand; Verfahrensgang**
- 6 Gegenstand der Klage war ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises für einen vom Kläger am 20.04.2015 bei der Beklagten erworbenen gebrauchten PKW Golf Trendline BlueMotion Technology 1,6l TDI 77kw 7-Gang-Doppelkupplungsgetriebe DSG abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 6,3 Cent je gefahrenen Kilometer Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs sowie die Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde. Grund für den zuvor am 11.12.2015 vom Kläger erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag war, dass der PKW mit der im Rahmen des in der Öffentlichkeit unter der Bezeichnung „VW-Skandal“ bekannt gewordenen so bezeichneten „Schummel-Software“ ausgestattet war und die Beklagte, eine VW-Vertragshändlerin weder innerhalb der vom Kläger gesetzten Frist noch auch nur bis zum 14.03.2017 den nach Auffassung des Klägers darin zu sehenden Mangel behoben hat. Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 10.10.2016 die Klage abgewiesen. Es ließ offen, ob überhaupt ein Sachmangel vorliege. Jedenfalls sei die vom Kläger der Beklagten gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis 23.11.2015 eindeutig zu kurz. Im Hinblick darauf, dass der Hersteller, der sich um die Mängelbeseitigung in Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt bemühe, bereits angekündigt hat, dass diese in den nächsten Monaten kostenlos vorgenommen werde, sei dem Kläger ein Zuwarten jedenfalls bis Ende Dezember 2016 zumutbar.
- 7 Der Kläger legte gegen dieses Urteil Berufung ein, der die Beklagte entgegentrat. Nachdem der Senat Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 22.03.2017 anberaumt hatte, teilte der Kläger mit Schriftsatz vom 14.03.2017 mit, dass zwar die Mängelbeseitigung immer noch nicht vorgenommen worden sei, die Beklagte aber mit Schreiben vom 8.3.2017 angekündigt hat, das Fahrzeug zurückzunehmen und die Finanzierung bei der V. Bank abzulösen. Die bisher vom Kläger bezahlten Finanzierungsraten würden inklusive Zinsen erstattet, von dem sich daraus errechnenden Betrag würden 2.000 € abgezogen. Unstreitig wies das Fahrzeug bereits am 06.09.2016 einen Kilometerstand von 80.162 km auf.
- 8 Mit Schriftsatz vom 14.03.2017 erklärte der Kläger den Rechtsstreit für erledigt und beantragte,

der Beklagten die Kosten des Verfahrens auf zu erlegen. Mit Schriftsatz vom 20.03.2017 stimmte die Beklagte der Erledigterklärung zu und beantragte, dem Kläger die Kosten auf zu erlegen, da das Berufungsvorbringen nicht geeignet gewesen wäre, die Unrichtigkeit des angefochtenen Urteils des LG Traunstein zu begründen.

9 2) Zur Erfüllung der klägerischen Ansprüche durch die Beklagte

10 Regelmäßig sind der beklagten Partei, die durch Erfüllung der streitgegenständlichen Ansprüche das erledigende Ereignis herbeigeführt hat, die Kosten des Verfahrens zu überbürden, da sie sich durch dieses Verhalten gleichsam freiwillig in die Rolle des Unterlegenen begeben hat (vgl. OLG Frankfurt MDR 1996, 246). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn die beklagte Partei deutlich macht, dass andere Motive als die Anerkennung der Berechtigung der gegen sie geltend gemachten Ansprüche für ihr Verhalten bestimmend waren (OLG Frankfurt aaO. gegen OLG Karlsruhe, MDR 1986, 240f. das eine eindeutige Erklärung der beklagten Partei, mit der Erfüllung der Ansprüche deren Berechtigung anzuerkennen, forderte). Umstritten ist, ob es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz gibt, wonach sich aus der freiwilligen Erfüllung der streitgegenständlichen Ansprüche die Kostentragungspflicht ableiten lässt oder ob in der Erfüllungshandlung nur ein widerlegbares Indiz zu sehen ist. Der BGH geht von ersterem nur dann aus, wenn das Prozessverhalten der beklagten Partei keinen anderen Grund haben kann als den, dass der Rechtsstandpunkt der Klagepartei hingenommen wird (BGH, NJW-RR, 2012, 688f, Tz. 12).

11 Die Beklagte hat ihr Verhalten dem Senat gegenüber schriftsätzlich nicht erläutert und auch aus dem vom Kläger vorgelegten Schreiben der Beklagten an ihn vom 8.3.2017 lässt sich das Motiv der Beklagten für die Erfüllung der klägerischen Ansprüche (in Ansehung der abzusetzenden Nutzungsentschädigung sogar über die vom Kläger gestellten Ansprüche hinausgehend) nicht ersehen. Allein der Antrag, dem Beklagten mögen die Kosten auferlegt werden, weil das angefochtene Urteil zugunsten der Beklagten richtig gewesen sei, vermag hier nicht schlüssig zu erklären, was denn nun das bestimmende Motiv für die Beklagte gewesen sein soll. Geht man davon aus, dass die Erfüllung der klägerischen Ansprüche dem Zweck geschuldet war, eine obergerichtliche Entscheidung zu den aufgeworfenen Fragen zu verhindern, so ändert dies nichts daran, dass damit im konkreten Verfahren der Rechtsstandpunkt des Klägers akzeptiert wurde. Das aber ist im Sinne der Entscheidung des BGH (NJW-RR 2012, 688f, Tz. 12) eine „Hinnahme“ des klägerischen Rechtsstandpunkts, die nach § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Konsequenz hat, auch die Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen.

12 3) Zum voraussichtlichen Prozessausgang

13 Unabhängig davon entspricht hier es hier der Billigkeit im Sinne von § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO, der Beklagten die Kosten des Verfahrens auf zu erlegen, da nach derzeitiger Aktenlage auch nicht damit zu rechnen gewesen wäre, dass das landgerichtliche klageabweisende Urteil bestätigt worden wäre. Zum einen hat der Senat keinen Zweifel daran, dass ein „Blue-Motion“-Golf, der mit einer Software ausgestattet ist, die ausschließlich auf dem Rollenprüfstand einen anderen - niedrigeren - Schadstoffausstoß generiert als er im Echtbetrieb zu erwarten wäre, mangelhaft im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB ist. Dies gilt völlig unbeschadet von den zwischen den Parteien streitigen Fragen des tatsächlichen Schadstoffausstoßes des Fahrzeugs im Echtbetrieb einfach deshalb, weil das Kraftfahrtbundesamt wie auch die entsprechenden Behörden im benachbarten Ausland - aufgrund des „VW-Skandals“ allgemein bekannt - prüfen muss, ob eine Entziehung der Betriebserlaubnis geboten ist, wenn der Hersteller innerhalb einer angemessenen Frist nicht für Abhilfe sorgt. Um letztere ist, auch dies ist allgemein bekannt und zwischen den Parteien unstri-

tig, VW ersichtlich bemüht und hat deshalb auch angekündigt, kostenlos die entsprechenden Maßnahmen an den mit der „Schummelsoftware“ ausgestatteten Fahrzeugen vorzunehmen. Die Darstellung der Beklagten, VW betreibe diesen mit beträchtlichen Kosten verbundenen Aufwand nur aus „Kulanz“, ist als perplexer Parteivortrag insoweit unbeachtlich, da dies, träfe es denn zu, den Vorwurf der Untreue im Sinne von § 266 StGB gegen das Management des VW-Konzerns begründen würde.

14 Zutreffend hat zwar das Landgericht erkannt, dass die vom Kläger im vorliegenden Fall gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung von ca. 6 Wochen zu kurz war. Zutreffend war auch die Erwägung des Landgerichts, dass die Setzung einer zu kurzen Frist zur Nacherfüllung nicht ins Leere läuft, sondern die angemessene Frist in Gang setzt. Der Senat ist aber abweichend vom Landgericht der Auffassung, dass die Frist zur Nacherfüllung beim Erwerb eines PKW im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB nicht länger als ein Jahr sein kann. Denn Sinn der Bestimmungen über die Nacherfüllung ist es, dem Vorrang der Vertragserfüllung vor anderen Gewährleistungsrechten Ausdruck zu verleihen. Die Bindung des Käufers über einen Zeitraum von 12 Monaten hinaus ist damit nicht mehr zu rechtfertigen, zumal sich faktisch durch die Pflicht des Käufers, Nutzungsentschädigung an den Verkäufer zu entrichten, bei einer Bindung von mehr als einem Jahr trotz nicht vertragskonformer Leistung des Verkäufers ein zusätzliches Rücktrittshindernis für den Käufer ergibt und der Verkäufer insoweit einen **unbilligen Vorteil** erlangen würde. Anders formuliert: Die Frist zur Nacherfüllung darf nicht so bemessen werden, dass damit der auf Austausch von Ware gegen Geld gerichtete synallagmatische Kaufvertrag in eine Art Dauerschuldverhältnis umgewandelt wird.

15 Im vorliegenden Fall hat der Verkäufer, der sich insoweit das Verhalten des Herstellers zurechnen lassen muss, da er sich dessen Mithilfe zur Nacherfüllung zu nutze macht, innerhalb von mehr als 14 Monaten nicht die Nacherfüllung zu Wege gebracht und muss daher den Rücktritt des Käufers hinnehmen.

16 4) Zu § 574 ZPO

17 Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen. Zwar geht der Senat davon aus, dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen einen in der Berufungsinstanz ergehenden Beschluss nach § 91 a ZPO nicht schon wegen des Regelungsgehalts des § 99 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen ist (so BGH, NJW-RR 04, 999). Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Klärung materiell-rechtlicher Fragen kommt aber wegen der ohnehin nur summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Ausgangsgericht nicht in Betracht (so BGH, NJW-RR 2006, 566 und öfter).

Gericht: **OLG München 3. Zivilsenat**
Entscheidungsdatum: **23.03.2017**
Aktenzeichen: **3 U 4316/16**
ECLI: **ECLI:DE:OLGMUEN:2017:0323.3U4316.16.0A**
Dokumenttyp: **Beschluss**

Quelle:



Normen: **§ 323 Abs 1 BGB, § 434 Abs 1 S 3 BGB, § 91a Abs 1 S 1 ZPO**
Zitiervorschlag: **OLG München, Beschluss vom 23. März 2017 – 3 U 4316/16 –, juris**

Kostentragung im Prozess über die Mängelbeseitigung bei einem vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs: Übereinstimmende Erledigungserklärung nach Erfüllung des klägerischen Anspruchs; Vorliegen eines Sachmangels, Bemessung der Nacherfüllungsfrist

Orientierungssatz

1. Lässt sich das Motiv der beklagten Partei für die Erfüllung des klägerischen Anspruchs nicht ersehen, dann ist davon auszugehen, dass eine "Hinnahme" des klägerischen Rechtsstandpunktes vorliegt, die nach § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO zur Konsequenz hat, dass die beklagte Partei die Kosten des Rechtsstreits tragen muss.(Rn.11)
2. Ein VW-Fahrzeug, das mit einer Software ausgestattet ist, die ausschließlich auf dem Rollenprüfstand einen anderen - niedrigeren - Schadstoffausstoß generiert als er im Echtbetrieb zu erwarten wäre, ist im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB mangelhaft.(Rn.13)
3. Beim Erwerb eines Pkw darf die Frist zur Nacherfüllung im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB nicht länger als ein Jahr sein. Denn die Frist darf nicht so bemessen werden, dass damit der auf Austausch von Ware gegen Geld gerichtete synallagmatische Kaufvertrag in eine Art Dauerschuldverhältnis umgewandelt wird.(Rn.14)

Fundstellen

RAW 2017, 134-135 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Traunstein 3. Zivilkammer, 10. Oktober 2016, 3 O 709/16

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche LG Osnabrück 9. Zivilkammer, 24. November 2017, 9 O 1061/16

Vergleiche LG Aachen 12. Zivilkammer, 5. Oktober 2017, 12 O 201/16

Vergleiche LG Düsseldorf, 13. Juli 2017, 14e O 191/16

Vergleiche LG Aachen 9. Zivilkammer, 18. Mai 2016, 9 O 269/16

Tenor

1. Die Beklagte hat die Kosten beider Instanzen zu tragen.
2. Der Streitwert wird auf 15.900,00 € festgesetzt.
3. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

- 1 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91a Abs. 1 ZPO.
- 2 Die Parteien haben den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.
- 3 Das Gericht hat deshalb unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen darüber zu entscheiden, wie die Kosten des Rechtsstreits zu verteilen sind.
- 4 Vorliegend sind der beklagten Partei die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 5 **1) Sach- und Streitstand; Verfahrensgang**
- 6 Gegenstand der Klage war ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises für einen vom Kläger am 20.04.2015 bei der Beklagten erworbenen gebrauchten PKW Golf Trendline BlueMotion Technology 1,6l TDI 77kw 7-Gang-Doppelkupplungsgetriebe DSG abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 6,3 Cent je gefahrenen Kilometer Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs sowie die Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde. Grund für den zuvor am 11.12.2015 vom Kläger erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag war, dass der PKW mit der im Rahmen des in der Öffentlichkeit unter der Bezeichnung „VW-Skandal“ bekannt gewordenen so bezeichneten „Schummel-Software“ ausgestattet war und die Beklagte, eine VW-Vertragshändlerin weder innerhalb der vom Kläger gesetzten Frist noch auch nur bis zum 14.03.2017 den nach Auffassung des Klägers darin zu sehenden Mangel behoben hat. Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 10.10.2016 die Klage abgewiesen. Es ließ offen, ob überhaupt ein Sachmangel vorliege. Jedenfalls sei die vom Kläger der Beklagten gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis 23.11.2015 eindeutig zu kurz. Im Hinblick darauf, dass der Hersteller, der sich um die Mängelbeseitigung in Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt bemühe, bereits angekündigt hat, dass diese in den nächsten Monaten kostenlos vorgenommen werde, sei dem Kläger ein Zuwarten jedenfalls bis Ende Dezember 2016 zumutbar.
- 7 Der Kläger legte gegen dieses Urteil Berufung ein, der die Beklagte entgegentrat. Nachdem der Senat Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 22.03.2017 anberaumt hatte, teilte der Kläger mit Schriftsatz vom 14.03.2017 mit, dass zwar die Mängelbeseitigung immer noch nicht vorgenommen worden sei, die Beklagte aber mit Schreiben vom 8.3.2017 angekündigt hat, das Fahrzeug zurückzunehmen und die Finanzierung bei der V. Bank abzulösen. Die bisher vom Kläger bezahlten Finanzierungsraten würden inklusive Zinsen erstattet, von dem sich daraus errechnenden Betrag würden 2.000 € abgezogen. Unstreitig wies das Fahrzeug bereits am 06.09.2016 einen Kilometerstand von 80.162 km auf.
- 8 Mit Schriftsatz vom 14.03.2017 erklärte der Kläger den Rechtsstreit für erledigt und beantragte,

der Beklagten die Kosten des Verfahrens auf zu erlegen. Mit Schriftsatz vom 20.03.2017 stimmte die Beklagte der Erledigterklärung zu und beantragte, dem Kläger die Kosten auf zu erlegen, da das Berufungsvorbringen nicht geeignet gewesen wäre, die Unrichtigkeit des angefochtenen Urteils des LG Traunstein zu begründen.

9 2) Zur Erfüllung der klägerischen Ansprüche durch die Beklagte

10 Regelmäßig sind der beklagten Partei, die durch Erfüllung der streitgegenständlichen Ansprüche das erledigende Ereignis herbeigeführt hat, die Kosten des Verfahrens zu überbürden, da sie sich durch dieses Verhalten gleichsam freiwillig in die Rolle des Unterlegenen begeben hat (vgl. OLG Frankfurt MDR 1996, 246). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn die beklagte Partei deutlich macht, dass andere Motive als die Anerkennung der Berechtigung der gegen sie geltend gemachten Ansprüche für ihr Verhalten bestimmend waren (OLG Frankfurt aaO. gegen OLG Karlsruhe, MDR 1986, 240f. das eine eindeutige Erklärung der beklagten Partei, mit der Erfüllung der Ansprüche deren Berechtigung anzuerkennen, forderte). Umstritten ist, ob es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz gibt, wonach sich aus der freiwilligen Erfüllung der streitgegenständlichen Ansprüche die Kostentragungspflicht ableiten lässt oder ob in der Erfüllungshandlung nur ein widerlegbares Indiz zu sehen ist. Der BGH geht von ersterem nur dann aus, wenn das Prozessverhalten der beklagten Partei keinen anderen Grund haben kann als den, dass der Rechtsstandpunkt der Klagepartei hingenommen wird (BGH, NJW-RR, 2012, 688f, Tz. 12).

11 Die Beklagte hat ihr Verhalten dem Senat gegenüber schriftsätzlich nicht erläutert und auch aus dem vom Kläger vorgelegten Schreiben der Beklagten an ihn vom 8.3.2017 lässt sich das Motiv der Beklagten für die Erfüllung der klägerischen Ansprüche (in Ansehung der abzusetzenden Nutzungsentschädigung sogar über die vom Kläger gestellten Ansprüche hinausgehend) nicht ersehen. Allein der Antrag, dem Beklagten mögen die Kosten auferlegt werden, weil das angefochtene Urteil zugunsten der Beklagten richtig gewesen sei, vermag hier nicht schlüssig zu erklären, was denn nun das bestimmende Motiv für die Beklagte gewesen sein soll. Geht man davon aus, dass die Erfüllung der klägerischen Ansprüche dem Zweck geschuldet war, eine obergerichtliche Entscheidung zu den aufgeworfenen Fragen zu verhindern, so ändert dies nichts daran, dass damit im konkreten Verfahren der Rechtsstandpunkt des Klägers akzeptiert wurde. Das aber ist im Sinne der Entscheidung des BGH (NJW-RR 2012, 688f, Tz. 12) eine „Hinnahme“ des klägerischen Rechtsstandpunkts, die nach § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Konsequenz hat, auch die Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen.

12 3) Zum voraussichtlichen Prozessausgang

13 Unabhängig davon entspricht hier es hier der Billigkeit im Sinne von § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO, der Beklagten die Kosten des Verfahrens auf zu erlegen, da nach derzeitiger Aktenlage auch nicht damit zu rechnen gewesen wäre, dass das landgerichtliche klageabweisende Urteil bestätigt worden wäre. Zum einen hat der Senat keinen Zweifel daran, dass ein „Blue-Motion“-Golf, der mit einer Software ausgestattet ist, die ausschließlich auf dem Rollenprüfstand einen anderen - niedrigeren - Schadstoffausstoß generiert als er im Echtbetrieb zu erwarten wäre, mangelhaft im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB ist. Dies gilt völlig unbeschadet von den zwischen den Parteien streitigen Fragen des tatsächlichen Schadstoffausstoßes des Fahrzeugs im Echtbetrieb einfach deshalb, weil das Kraftfahrtbundesamt wie auch die entsprechenden Behörden im benachbarten Ausland - aufgrund des „VW-Skandals“ allgemein bekannt - prüfen muss, ob eine Entziehung der Betriebserlaubnis geboten ist, wenn der Hersteller innerhalb einer angemessenen Frist nicht für Abhilfe sorgt. Um letztere ist, auch dies ist allgemein bekannt und zwischen den Parteien unstri-

tig, VW ersichtlich bemüht und hat deshalb auch angekündigt, kostenlos die entsprechenden Maßnahmen an den mit der „Schummelsoftware“ ausgestatteten Fahrzeugen vorzunehmen. Die Darstellung der Beklagten, VW betreibe diesen mit beträchtlichen Kosten verbundenen Aufwand nur aus „Kulanz“, ist als perplexer Parteivortrag insoweit unbeachtlich, da dies, träfe es denn zu, den Vorwurf der Untreue im Sinne von § 266 StGB gegen das Management des VW-Konzerns begründen würde.

14 Zutreffend hat zwar das Landgericht erkannt, dass die vom Kläger im vorliegenden Fall gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung von ca. 6 Wochen zu kurz war. Zutreffend war auch die Erwägung des Landgerichts, dass die Setzung einer zu kurzen Frist zur Nacherfüllung nicht ins Leere läuft, sondern die angemessene Frist in Gang setzt. Der Senat ist aber abweichend vom Landgericht der Auffassung, dass die Frist zur Nacherfüllung beim Erwerb eines PKW im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB nicht länger als ein Jahr sein kann. Denn Sinn der Bestimmungen über die Nacherfüllung ist es, dem Vorrang der Vertragserfüllung vor anderen Gewährleistungsrechten Ausdruck zu verleihen. Die Bindung des Käufers über einen Zeitraum von 12 Monaten hinaus ist damit nicht mehr zu rechtfertigen, zumal sich faktisch durch die Pflicht des Käufers, Nutzungsentschädigung an den Verkäufer zu entrichten, bei einer Bindung von mehr als einem Jahr trotz nicht vertragskonformer Leistung des Verkäufers ein zusätzliches Rücktrittshindernis für den Käufer ergibt und der Verkäufer insoweit einen unbilligen Vorteil erlangen würde. Anders formuliert: Die Frist zur Nacherfüllung darf nicht so bemessen werden, dass damit der auf Austausch von Ware gegen Geld gerichtete synallagmatische Kaufvertrag in eine Art Dauerschuldverhältnis umgewandelt wird.

15 Im vorliegenden Fall hat der Verkäufer, der sich insoweit das Verhalten des Herstellers zurechnen lassen muss, da er sich dessen Mithilfe zur Nacherfüllung zu nutze macht, innerhalb von mehr als 14 Monaten nicht die Nacherfüllung zu Wege gebracht und muss daher den Rücktritt des Käufers hinnehmen.

16 4) Zu § 574 ZPO

17 Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen. Zwar geht der Senat davon aus, dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen einen in der Berufungsinstanz ergehenden Beschluss nach § 91 a ZPO nicht schon wegen des Regelungsgehalts des § 99 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen ist (so BGH, NJW-RR 04, 999). Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Klärung materiell-rechtlicher Fragen kommt aber wegen der ohnehin nur summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Ausgangsgericht nicht in Betracht (so BGH, NJW-RR 2006, 566 und öfter).

Dastis/Hoeren: Berechnung des Nutzungersatzes
bei der Rückabwicklung von Kfz-Kaufverträgen

NJW 2019, 2430

Berechnung des Nutzungersatzes bei der Rückabwicklung von Kfz-Kaufverträgen

Rechtsanwalt Dr. Juan Carlos Dastis und Rechtsreferendarin Julia Hoeren^{*}

Die Rechtsprechung stellt bei der Berechnung des Nutzungersatzes im Zuge der Rückabwicklung von Kfz-Kaufverträgen regelmäßig auf die Laufleistung im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ab. Diese Berechnungsmethode steht nicht im Einklang mit der materiellen Rechtslage und ist auch prozessrechtlich nicht geboten. Die Karlsruher Formel ermöglicht es, auf den entscheidenden Zeitpunkt der Rückgabe abzustellen und ist daher vorzugswürdig. Der Beitrag versteht sich als Plädoyer für die Karlsruher Formel.

I. Einleitung

Bei Rückabwicklung eines Kfz-Kaufvertrags wird zur Berechnung des im Rahmen des § 346 II 1 Nr. 1 BGB zu leistenden Nutzungersatzes in der Praxis überwiegend auf den Kilometerstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt.¹ Auf die Rückabwicklungsklage des Käufers tenorieren die Gerichte meist die Rückzahlungsverpflichtung in Höhe des Kaufpreises abzüglich des nach der Formel

Bruttokaufpreis x Laufleistung bei mündlicher Verhandlung

Voraussichtliche Gesamtlauflistung

berechneten Nutzungersatzes.

Dabei benachteiligt das Abstellen auf die Laufleistung im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zur Bestimmung des Gebrauchsvorteils den Verkäufer als Gläubiger des Nutzungersatzanspruchs. Zwischen der mündlichen Verhandlung und der Vollstreckung kann ein langer Zeitraum liegen, in dem der Käufer das Fahrzeug weiter nutzen kann.² Bei

2431

Dastis/Hoeren: Berechnung des Nutzungersatzes bei der Rückabwicklung von Kfz-Kaufverträgen (NJW 2019, 2430)

Vollstreckung durch den Käufer, der den Zeitpunkt der Rückabwicklung bis zu einem gewissen Grad in der Hand hat, wäre der Verkäufer deshalb auf die Vollstreckungsabwehrklage angewiesen. Nur so könnte er verhindern, die ausgeurteilte Summe zahlen zu müssen, obwohl ihm materiell-rechtlich inzwischen ein höherer Nutzungersatzanspruch zusteht, der die saldierte Rückzahlungssumme verringern müsste.

Auch in der Literatur wird das Abstellen auf die mündliche Verhandlung nicht hinterfragt. Dass diese Vorgehensweise keiner gefestigten Überzeugung entspringt, sondern unreflektiert geschieht, zeigt ein kürzlich veröffentlichter Aufsatz von Beck.³ Auch er hält (ohne nähere Begründung) die mündliche Verhandlung für maßgeblich und beruft sich dabei auf das *OLG Karlsruhe*,⁴ das jedoch gerade *nicht* auf die mündliche Verhandlung abstellt. Denn das *OLG Karlsruhe* kommt Verkäufern mit der nach ihm benannten Karlsruher Formel zu Hilfe. In einem Urteil aus dem Jahr 2003 tenorierte der *14. Zivilsenat des OLG Karlsruhe*⁵:

„Die Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw Audi A 6 Quattro TDI 2,5l V 6, amtl. Kennzeichen ..., Fahrgestellnummer ..., an den Kläger 42.155,52 Euro abzüglich eines Betrages, der sich wie folgt errechnet: 0,169 Euro x km gemäß Tachostand im Zeitpunkt der Rückgabe nebst 4 % Zinsen aus dem gemäß vorstehender Berechnung sich ergebenden Betrag seit dem 25.8.2000 zu zahlen.“

Mit dieser Formel wird der Zeitpunkt für die Bemessung des Nutzungersatzes auf den Zeitpunkt der

Rückgabe verschoben. Begründet wurde diese Tenorierung damit, „dass die Gebrauchsvorteile grundsätzlich bis zum Tage der Rückgabe zu vergüten sind“ und „zwischen dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung und der Vollstreckung häufig eintretende erhebliche Änderungen quasi automatisch berücksichtigt“ würden. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte sich das Problem zugespitzt, da der Kläger durchschnittlich monatlich eine Strecke von ca. 2.350 km zurückgelegt hatte, die Weiternutzung nach mündlicher Verhandlung den Verkäufer also in besonderem Maße benachteiligt hatte. Dieser Beitrag versteht sich als Plädoyer für die Karlsruher Formel, da sich mit ihr die materielle Rechtslage verwirklichen lässt. Verkäufer haben materiell-rechtlich einen Anspruch auf Nutzungersatz bis zum Zeitpunkt der Rückgabe (II).⁶ Die prozessrechtlichen Einwände, die teilweise gegen die Karlsruher Formel vorgebracht werden, greifen nicht durch: Die Karlsruher Formel ist prozessual zulässig, weil es im beschränkten Umfang möglich ist und die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt, auf außerprozessuale Tatsachen wie den Kilometerstand im Zeitpunkt der Rückgabe abzustellen (III). Die von Teilen der Rechtsprechung vertretene Kappung des Nutzungersatzes mit Blick auf den verbliebenen Zeitwert des Fahrzeugs überzeugt nicht, so dass eine dahingehende Beschränkung der Karlsruher Formel nicht geboten scheint (IV). Da der *BGH* in einer jüngeren Entscheidung⁷ im Zug-um-Zug-Antrag des Käufers eine Aufrechnungs-erklärung mit der Folge einer Saldierung des Kaufpreistrückzahlungsanspruchs und des Nutzungersatzanspruchs erkennt, ist die Karlsruher Formel hinsichtlich der Tenorierung der Prozesszinsen zu modifizieren (V).

II. Rückgabe als maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Nutzungersatzes

Materiell-rechtlich ist für die Berechnung des Nutzungersatzes gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB der Zeitpunkt der Rückgabe maßgeblich. Zwar nennt § 346 BGB keinen Zeitpunkt, bis zu dem gezogene Nutzungen vergütet werden müssen. Ziel des Nutzungersatzes ist jedoch der Ausgleich für den tatsächlichen Gebrauch, der auch nach der mündlichen Verhandlung fortgesetzt werden kann. § 302 BGB, der auch auf die Rückabwicklung infolge Rücktritts anzuwenden ist,⁸ bestimmt dies für die während des Annahmeverzugs gezogenen Nutzungen sogar ausdrücklich.

Rückt man in den Fokus, dass durch die Rücktrittserklärung der Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wird und damit ein Ende findet, so könnte man meinen, nur das bis dahin Erlangte sei zurückzugewähren.⁹ Ziel des § 346 BGB sei es, das bis dahin Geschehene umzukehren.¹⁰ Eine etwaige Weiternutzung wäre im Rahmen des § 346 BGB unbeachtlich. Diese Sichtweise verkennt jedoch, dass das Rücktrittsrecht – im Unterschied zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen – keine Rückabwicklung des Rechtsgrundlosen meint. Durch die Rücktrittserklärung wird ein neues Rückabwicklungsschuldverhältnis begründet,¹¹ so dass sich der Inhalt der Pflichten nicht auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung beschränkt. Das Rückgewährschuldverhältnis selbst begründet Rechte und Pflichten.¹² Es stellte zudem einen Wertungswiderspruch dar, dem Käufer des Fahrzeugs für die Zeit vor Rücktrittserklärung, also unter Fortbestehen der kaufrechtlichen Grundlage, die Nutzungen zu nehmen, für die Zeit danach jedoch zu belassen.

III. Prozessuale Umsetzung

Da das Prozessrecht dem materiellen Recht dienen soll, gilt es, dem materiell-rechtlich gefundenen Ergebnis prozessual zur Geltung zu verhelfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Prozessrecht eigenen Gesetzmäßigkeiten folgt, die im Einzelfall einer absoluten Verwirklichung des materiellen Rechts entgegenstehen können. Doch weder die Grenzen der Rechtskraft noch prozessuale Bestimmtheiterfordernisse stehen der Karlsruher Formel entgegen. Damit findet die bisherige Praxis auch keine Rechtfertigung im Prozessrecht.

1. Grenzen der Rechtskraft

Das Abstellen auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung wäre nachvollziehbar, würde die Rechtskraft in diesem Zeitpunkt ihre zeitliche Grenze finden. Da der Tenor in Rechtskraft erwächst, wäre es unmöglich, in ihm etwas aufzunehmen, was hinter der zeitlichen Grenze der Rechtskraft läge. Eine solche Begrenzung gebietet die materielle Rechtskraft jedoch nicht. Auch ein Umkehrschluss aus § 767 II ZPO ergibt nicht, dass das erstinstanzliche Gericht nur über den Zeitraum bis zur mündlichen Verhandlung entscheiden könnte.

2432 ▲▼

Dastis/Hoeren: Berechnung des Nutzungersatzes bei der Rückabwicklung von Kfz-Kaufverträgen (NJW 2019, 2430)

Die Frage der Rechtskraftbegrenzung stellt sich erst gar nicht, wenn der Käufer den Nutzungersatz noch nicht im Wege eines Zug-um-Zug-Antrags berücksichtigt hat. In diesem Fall wird der Nutzungersatz nicht mittels Aufrechnung und der damit verbundenen faktischen Saldierung Teil der Hauptforderung, sondern bleibt eine isolierte Zug-um-Zug-Forderung. Als solche ist er von der Rechtskraft nicht erfasst,¹³ so dass etwaige Grenzen der Rechtskraft ohnehin nicht entgegenstehen können.

Doch auch in Fällen der Berücksichtigung des Nutzungersatzes im Klageantrag bedeutet der in § 767 II ZPO genannte Stichtag der mündlichen Verhandlung keine zeitliche Grenze im Hinblick auf die Tenorierung. Dass der Zug-um-Zug-Antrag nach dem *BGH*¹⁴ zur Aufrechnung führt und der Nutzungersatz die Klageforderung damit reduziert, lässt keinen abweichenden Schluss zu. Zwar ist die Entscheidung eines Gerichts typischerweise historisch. Dies liegt jedoch darin begründet, dass es die zukünftigen Entwicklungen regelmäßig nicht vorhersehen kann.¹⁵ Dennoch ist es einem Gericht nicht verwehrt, seine Entscheidung auf prognostizierbare Umstände zu erstrecken.¹⁶ Derartige Prognosen sind etwa bei der Tenorierung von Prognoseentscheidungen über Unterhaltszahlungen erforderlich und üblich.¹⁷

2. Hinreichende Bestimmtheit in der Zwangsvollstreckung

Die Karlsruher Formel ist entgegen der teilweise in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Ansicht auch hinreichend bestimmt und vollstreckbar.¹⁸ Zur Vollstreckungsfähigkeit eines Titels muss der Anspruch hinreichend bestimmt tenoriert sein. Diese Anforderungen dienen keinem Selbstzweck, sondern sollen das Vollstreckungsorgan in die Lage versetzen, das Urteil effizient vollziehen zu können.¹⁹ Daher genügt es, wenn sich der Zahlungsanspruch aus dem Titel errechnen lässt.²⁰ Im Titel müssen lediglich alle Kriterien für die Bestimmbarkeit des Anspruchsumfangs festgelegt sein.²¹ Ein Gerichtsvollzieher, der die Kaufpreisforderung abzüglich des zu errechnenden Nutzungersatzes vollstreckt, kann den Umfang des tenorierten Anspruchs leicht errechnen. Der Tenor gibt ihm alle Faktoren vor; lediglich der aktuelle Tachostand muss im Zeitpunkt der Rückgabe abgelesen werden.

Die bislang zu dieser Frage ergangene Rechtsprechung des *BGH* steht dem nicht entgegen. Eine außerhalb des Urteils liegende Berechnungsgrundlage ließ der *BGH*²² zwar bereits einmal scheitern, weil die Vollstreckbarkeit fehlte, da die Bemessungsgrundlage bei einem Dritten hätte erfragt werden müssen.²³ Dies ist bei der Rückabwicklung eines Kfz-Kaufvertrags jedoch anders. Der Tachostand ist – anders als im zugrunde liegenden Fall des *BGH* – dem Käufer bekannt. Der Gerichtsvollzieher müsste nicht auf die Auskunft eines Dritten vertrauen, um vollstrecken zu können. Wären die Zahlungsansprüche bei einem Zug-um-Zug-Antrag nicht – entsprechend der Rechtsprechung des *BGH*²⁴ – zu saldieren, sondern Zug um Zug zu vollstrecken, träfe den Käufer nach dem Beibringungsgrundsatz der Vollstreckung die Obliegenheit, die erforderlichen Nachweise seiner Leistung – mithin den Tachostand – zu beschaffen.²⁵ Die Auslegung des *BGH* des Zug-um-Zug-Antrags als Aufrechnungserklärung vermag den Käufer von dieser Obliegenheit nicht zu entbinden, zumal die Vollstreckung in seinem Interesse liegt.

Dass eine derartige Vorgehensweise möglich ist, bestätigt der Vollstreckungsprozess bei Teilleistungen

zwischen Verurteilung und Vollstreckung. Bereits das (zwingend zu verwendende) Formular des Vollstreckungsauftrags an den Gerichtsvollzieher (§ 1 I GVFV) verlangt vom Gläubiger, inzwischen geleistete Zahlungen anzugeben. Seine Angaben können der Vollstreckung also durchaus zugrunde gelegt werden. Auch der in diesem Zusammenhang geäußerte Einwand, der Tachostand könnte manipuliert sein, weshalb sich eine Tenorierung nach der Karlsruher Formel verbiete,²⁶ trägt nicht. Denn dieses Risiko besteht auch bei der Feststellung des Tachostands im Rahmen der mündlichen Verhandlung und ist somit kein genuiner Nachteil der Karlsruher Formel.

IV. Künftiges Erreichen einer Kappungsgrenze kein Hindernis

Gegen die Karlsruher Formel kann auch nicht eingewandt werden, die unbeschränkte Tenorierung des Nutzungersatzes als Abzugsposten des Kaufpreistrückzahlungsanspruchs würde das noch nicht vorhersehbare Erreichen einer Höchstgrenze für den Nutzungersatz unbeachtet lassen. Es finden sich vereinzelte Entscheidungen, die in dem verbliebenen Zeitwert²⁷ oder auch in der Differenz zwischen dem ursprünglichen Kaufpreis und dem verbliebenen Zeitwert²⁸ eine Kappungsgrenze für die Bemessung des Nutzungersatzes erkennen möchten.²⁹ Unter dieser Prämisse wäre die Tenorierung über den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung hinaus problematisch, da das Gericht nicht vorhersehen kann, ob der rechnerisch zu ermittelnde Nutzungersatz bei Rückgabe den verbliebenen Zeitwert bzw. die Differenz dessen zum Kaufpreis übersteigen wird.

Dieses Problem stellt sich jedoch tatsächlich nicht, da eine solche Kappungsgrenze der Rechtsprechung des *BGH* und der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Der Gesetzgeber hat in § 346 II 2 BGB vorgesehen, dass der Nutzungersatz in Bezug zur Gegenleistung berechnet werden muss. Die gewollte Obergrenze ist deshalb im Kaufpreis, nicht im verbliebenen Zeitwert oder der Differenz dieses Wertes zum Kaufpreis zu sehen.³⁰ Der Kaufpreis ist im Fall der Saldierung jedoch nicht als Obergrenze zu tenorieren; da der Nutzungersatz als Abzugsposten des Kaufpreistrückzahlungsanspruchs erscheint, käme es bei negativem Saldo überhaupt nicht zur Vollstreckung durch den Käufer.

Die gängige, durch die Rechtsprechung des *BGH* geprägte Methode zur Berechnung des Nutzungersatzes stellt bewusst nicht auf die tatsächliche Wertminderung des Fahr-

2433 ▲
▼

Dastis/Hoeren: Berechnung des Nutzungersatzes bei der Rückabwicklung von Kfz-Kaufverträgen (NJW 2019, 2430)

zeugs durch die Nutzung ab, sondern bepreist den herauszugebenden Nutzungsvorteil.³¹ Das Ziel, das die zum Teil befürwortete Kappungsgrenze verfolgt, entspricht damit nicht dem vom *BGH* verfolgten Ziel. Wäre dies anders, wäre die Berechnungsmethode des *BGH* überflüssig und könnte schlicht durch die Differenz von Kaufpreis und aktuellem Zeitwert ersetzt werden.

Dass die Berechnungsmethode des *BGH* von diesem Gedanken getragen ist, zeigt sich insbesondere darin, dass der *BGH* sich ausdrücklich für eine lineare³² und gegen eine degressive³³ Berechnungsmethode entschieden hat, obwohl Letztere den tatsächlichen Wertverlust aufgrund hoher Anfangsverluste³⁴ beim Kfz-Kauf besser abbilden würde.³⁵ Die Kappung verfolgt das Ziel der Erfassung des tatsächlichen Wertverlusts, das der *BGH* jedoch nicht zu erreichen versucht. Die gängige Berechnungsmethode lässt die tatsächliche Wertentwicklung außer Acht, so dass eine Kappung aufgrund des Minderwertes nicht angezeigt ist.³⁶ Dieses Ergebnis ist auch wertungsmäßig zwingend. Wenn der tatsächliche Wertverlust den durch lineare Wertabschreibung ermittelten Wert überstiege, erhielte der Verkäufer diesen nicht, müsste im umgekehrten Fall jedoch auf den aufgrund der gängigen Methode berechneten höheren Wert verzichten. Diese Einseitigkeit zulasten des Nutzungersatzgläubigers wäre unbillig.³⁷

V. Auslegung des Zug-um-Zug-Antrags als Aufrechnungserklärung auf den Zinsanspruch

Schließlich wird gegen die Karlsruher Formel vorgebracht, der Tenor bringe nicht hinreichend zum Ausdruck, wie die (Prozess-)Zinsen berechnet werden sollen.³⁸ Tatsächlich ist im Rahmen der Tenorierung der Karlsruher Formel ein zeitlicher Bezugspunkt für die Zinsberechnung festzulegen. Dieses Bedürfnis entsteht jedoch nicht erst durch die Anwendung der Karlsruher Formel, sondern ergibt sich bereits aus der nach dem *BGH*³⁹ im Fall eines Zug-um-Zug-Antrags vorzunehmenden Saldierung. Bereits durch diese Auslegung des Klageantrags, und nicht erst durch die Tenorierung der Berechnungsformel, wird der Bezugspunkt der Zinsforderung variabel.

Bei steigender Gegenforderung und gleichbleibender Hauptforderung ist für den Bezugswert bei der Zinsberechnung auf die jeweilige Höhe abzustellen. Dies ist für Forderungen, die einer nachträglichen Wertveränderung unterliegen, strittig,⁴⁰ für Steigerungen aufgrund sachlicher Erhöhung der Leistung jedoch – soweit ersichtlich – einhellige Meinung.⁴¹ Die Erhöhung des Nutzungsersatzanspruchs ist auf die gestiegene tatsächliche Nutzung, nicht bloß auf eine (ggf. unbeachtliche) Wertveränderung zurückzuführen, so dass der jeweilige sich verändernde Saldo entscheidend ist.⁴²

Würde sich die Zinslast punktuell aus der im Zeitpunkt der Rückgabe (ohne Anwendung der Karlsruher Formel: im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung) zu bestimmenden Hauptforderung ergeben, so wären dem Käufer Zinsansprüche genommen, die ihm materiell-rechtlich eigentlich zustünden. Die Errechnung der Zinsen aus diesem niedrigen Betrag würde verfälschen, dass die Summe, aus der Zinsen zu zahlen sind, ursprünglich höher war. Materiell richtig wäre eine tagesgenaue Zinsbestimmung. Die Berechnungsgrundlage würde sich mit den täglich gefahrenen Kilometern reduzieren. Dies ist jedoch praktisch kaum durchführbar und bedeutete im Verhältnis zu den geringen Auswirkungen auf die Zinsforderung einen unverhältnismäßigen Aufwand. Daher sollte aus Vereinfachungsgründen für die Zinsberechnung (ebenfalls) auf den Zeitpunkt der Rückgabe abgestellt werden.⁴³

Die Karlsruher Formel wäre daher hinsichtlich der Zinsen zu ergänzen⁴⁴ und stellt sich wie folgt dar:

Der Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen Übergabe des Pkw (...) an den Kläger (Kaufpreis) Euro abzüglich eines Betrags, der sich wie folgt errechnet: (Kaufpreis) Euro x Tachostand in km zum Zeitpunkt der Rückgabe des Fahrzeugs ÷ erwartete Gesamtlauflistung,⁴⁵ zuzüglich Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem gemäß vorstehender Rechnung sich ergebenden Betrag seit dem (Datum der Rechtshängigkeit) zu zahlen.

VI. Zusammenfassung

Die in der Praxis übliche Tenorierung im Fall der Rückabwicklung eines Kfz-Kaufvertrags stellt im Rahmen der Vollstreckung eine Benachteiligung des Verkäufers dar. Der Nutzungsersatzanspruch des Verkäufers reicht materiell-rechtlich bis zur tatsächlichen Rückgabe, dennoch beschränkt die Praxis ihn faktisch auf den – materiell-rechtlich irrelevanten – Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Die Karlsruher Formel schafft Abhilfe, indem sie den Nutzungsersatz nicht (bezogen auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung) beziffert, sondern eine Berechnungsmethode in den Tenor aufnimmt, mit der der Nutzungsersatz bis zum materiell-rechtlich relevanten Zeitpunkt der Rückgabe berücksichtigt wird.

* Der Autor *Dastis*, LL. M. (Cambridge), ist Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität München; die Autorin *Hoeren* ist Rechtsreferendarin im Bezirk des *OLG Nürnberg* und Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Universität Regensburg.

¹ Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung vgl. ua *OLG Koblenz*, Urt. v. 18.12.2008 – [6 U 564/08](#), BeckRS 2009, [6222](#); *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2008, [1199](#); *OLG Koblenz*, NJW 2009, [3519](#); *OLG*

- Hamm*, NJOZ 2011, [447](#); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18.8.2016 – [3 U 20/15](#), BeckRS 2016, [18226](#).
- ² Die Nutzung nach Rücktrittserklärung ist zulässig, wie sich auch im Umkehrschluss aus § [347](#) BGB ergibt.
- ³ *Beck*, NJW 2018, [29](#).
- ⁴ *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, [1950](#) ([1951](#)).
- ⁵ *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, [1950](#) unter Verweis auf einen Vorschlag von *Kaufmann*, DAR 1990, [294](#) ([296](#)). Tatsächlich dürfte eine derartige Berechnungsformel erstmals vom *OLG Oldenburg* tenoriert worden sein, NJW 1991, [1187](#). Auf obergerichtlicher Ebene wurde die Karlsruher Formel, soweit ersichtlich, bislang allein bestätigt vom *OLG Nürnberg*, NJW 2005, [2019](#) ([2021](#)).
- ⁶ *OLG Nürnberg*, NJW 2005, [2019](#) ([2021](#)) = SVR 2005, [463](#) ([465](#)) (ohne Begründung); *Staudinger/Stieper*, BGB, Neubearb. 2017, § 100 Rn. 5; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 1157.
- ⁷ *BGH*, NJW 2017, [2102](#).
- ⁸ *Palandt/Grüneberg*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 302 Rn. 1.
- ⁹ So zur alten Rechtslage der Widerrufsfolgen *BGH*, NJW 2015, [3441](#).
- ¹⁰ Vgl. BeckOK BGB/H. *Schmidt*, 49. Ed. 2019, § 346 Rn. [5](#).
- ¹¹ *Staudinger/Kaiser*, BGB, Neubearb. 2012, § 346 Rn. 1.
- ¹² *Staudinger/Kaiser*, § 346 Rn. 6.
- ¹³ *MüKoZPO/Gottwald*, 5. Aufl. 2016, § 322 Rn. [108](#).
- ¹⁴ *BGH*, NJW 2017, [2102](#).
- ¹⁵ BeckOK ZPO/*Gruber*, 31. Ed. 2018, § 322 Rn. [31](#).
- ¹⁶ *MüKoZPO/Gottwald*, § 322 Rn. [138](#).
- ¹⁷ *Saenger* in HK-ZPO, 8. Aufl. 2019, § 322 Rn. 28.
- ¹⁸ Dagegen *OLG Koblenz*, Urt. v. 18.12.2008 – [6 U 564/08](#), BeckRS 2009, [6222](#); NJW 2009, [3519](#); *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2008, [1199](#); *KG*, Urt. v. 18.12.2006 – [2 U 13/06](#), BeckRS 2007, [1195](#).
- ¹⁹ *MüKoZPO/Becker-Eberhard*, § 253 Rn. [45](#) mwN.
- ²⁰ *BGHZ* 88, [62](#) = NJW 1983, [2262](#).
- ²¹ *BGHZ* 165, [223](#) = NJW 2006, [695](#).
- ²² *BGHZ* 22, [54](#) = NJW 1957, [23](#); der Titel gab einen Anspruch in Höhe von „50 % der Höchstpension eines bayerischen Notars nach Maßgabe der Satzung der Bayerischen Notarkasse“.
- ²³ *BGHZ* 22, [54](#) = NJW 1957, [23](#).
- ²⁴ *BGH*, NJW 2017, [2102](#).
- ²⁵ BeckOK ZPO/*Ulrici*, § 756 Rn. [3.1](#).
- ²⁶ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2008, [1199](#) ([1201](#)).
- ²⁷ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 3.7.2014 – [I-3 U 39/12](#), BeckRS 2014, [14180](#).
- ²⁸ *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, [1950](#); *OLG Hamm*, MDR 1982, [580](#); so auch noch *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 12. Aufl. 2014, Rn. 1165.
- ²⁹ Eingehend *Wackerbarth*, NJW 2018, [1713](#) ([1716](#) f.).
- ³⁰ So nun auch *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, Rn. 1165.
- ³¹ *JurisPK-BGB/Faust*, 8. Aufl. 2017, § 346 Rn. 110.
- ³² *BGHZ* 88, [28](#) = NJW 1983, [2194](#); *BGH*, NJW 1995, [2159](#).
- ³³ Vgl. zum Nutzungersatz für die Nutzung einer Mietwohnung *BGHZ* 164, [235](#) = NJW 2006, [53](#).
- ³⁴ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, Rn. 1163.
- ³⁵ *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, [1950](#).

³⁶ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, Rn. 1165.

³⁷ *JurisPK-BGB/Faust*, § 346 Rn. 110.1.

³⁸ *KG*, Urt. v. 18.12.2006 – [2 U 13/06](#), BeckRS 2007, [1195](#).

³⁹ *BGH*, NJW 2017, [2102](#).

⁴⁰ Umfassende Übersicht bei *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2016, § 389 Rn. 36 ff.

⁴¹ *BeckOK BGB/Dennhardt*, § 389 Rn. [6](#); *Staudinger/Gursky*, § 389 Rn. 47; *MüKoBGB/Schlüter*, § 389 Rn. [9](#); *Palandt/Grüneberg*, § 389 Rn. 2.

⁴² Vgl. das Rechenbeispiel bei *MüKoBGB/Schlüter*, § 389 Rn. [9](#).

⁴³ So auch *OLG Nürnberg*, NJW 2005, [2019 \(2021\)](#) = SVR 2005, [463 \(465\)](#) (ohne Begründung).

⁴⁴ In der Entscheidung zur Karlsruher Formel wurde der Zinsanspruch auf § [347](#) S. 3 BGB aF gestützt.

⁴⁵ Zur Laufleistung verschiedener Fahrzeugtypen *MüKoBGB/Gaier*, § 346 Rn. [35](#) mwN.