

Die Haftung des Herstellers im „Diesel-Skandal“ aus der Perspektive des österreichischen Schadenersatzrechts

Der vorliegende Beitrag überlegt anlässlich der Rsp des dBGH¹⁾ und des aktuellen Urteils des EuGH zur Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen²⁾ die Ersatzpflicht listiger Hersteller von manipulierten Kfz nach der österr Rechtslage.

Von Richard Franz

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Haftungsgrundlage, Schaden und Ersatz
 - 1. BGH
 - 2. Österreich
 - a) Arglistige Täuschung
 - b) Unerwünschter Vertragsabschluss als realer Schaden
 - c) Schadenersatz mit Herausgabe des manipulierten Kfz
 - d) Schadenersatz bei Behalten des manipulierten Kfz
- C. Auswirkungen des Software-Updates
- D. Vorteilsausgleichung und Zinsschaden
 - 1. BGH
 - 2. Österreich
 - a) Vorteilsausgleichung
 - b) Zinsschaden
- E. Zusammenfassung

A. Einleitung

Als „Diesel-Skandal“ wird die im Jahr 2015 bekannt gewordene Manipulation gewisser Dieselmotoren von Kfz³⁾ durch eine Motorsteuerungssoftware mit Umschaltlogik bezeichnet. Diese Software erkennt, ob das Fahrzeug einer behördl Abgaswerte-Überprüfung unterzogen wird, und schaltet den Motor in einen speziellen Modus, der das für die erteilte Typgenehmigung zulässige Maß an Stickoxidemissionen einhält. Im normalen Fahrbetrieb wird hingegen die erlaubte Emission unerkannt überschritten.

Das deutsche Kraftfahrt-Bundesamt beurteilte diese Software im Herbst 2015 als unzulässige Abschaltvorrichtung und gab dem Hersteller auf, diese zu beseitigen und die Erfüllung der rechtl Anforderungen zu gewährleisten, andernfalls der Entzug der Zulassung und Zwangstilllegung für die betroffenen Kfz drohe. Der Hersteller entwickelte daraufhin ein Software-Update, womit die Umschaltlogik beseitigt und die Abgasgrenzwerte auch im normalen Fahrbetrieb eingehalten werden sollten. Der EuGH bestätigte im Dezember 2020 in der Rs *CLCV ua*⁴⁾ die grds Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen, die bei Zulassungsverfahren systema-

tisch die Leistung des Emissionskontrollsystems verbessern. Abschaltvorrichtungen seien nur ausnahmsweise zum Schutz des Motors vor plötzlichen und außergewöhnl Schäden, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Kfz führen, gerechtfertigt. Nach diesen Kriterien ist auch mit der Unzulässigkeit des Software-Updates zu rechnen, da nach diesem ebenfalls eine Abschaltvorrichtung zum Einsatz kommt, die das Emissionskontrollsystem bei Außentemperaturen unter 15° und über 33° Celsius abschaltet („Thermofenster“).⁵⁾

Bereits vor dem EuGH-Urteil brachten ungeachtet des „Sanierungsversuchs“ durch das Software-Update zahlreiche Käufer manipulierter Kfz Schadenersatzklagen gegen ihren Hersteller in Deutschland wie in Österreich ein. Sie gründeten ihr Ersatzbegehren insb darauf, dass sie der Hersteller getäuscht habe. Dabei fehlte es in aller Regel an einem direkten Vertragsverhältnis, weil der Endabnehmer das Kfz nicht vom Hersteller, sondern von einem (Gebrauchtwagen-)Händler oder einem anderen Endabnehmer gekauft hatte.

Einige Fälle gelangten bereits bis zum OGH, der allerdings die wesentlichen materiellrechtl Fragen noch nicht abschließend klären musste.⁶⁾

Der dBGH hingegen entschied bereits in sieben Fällen „in der Sache“: Die Käufer seien vom Kfz-Hersteller vorsätzlich sittenwidrig getäuscht worden. Ihnen stehe

ZVR 2021/60

§§ 874, 1295
ABGB

Diesel-Skandal;
List;
Schadenersatz;
Abschaltvorrichtung;
Software-Update;
hypothetische
Alternativdisposition

1) BGH 25. 5. 2020, VI ZR 252/19; 30. 7. 2020, VI ZR 354/19; 30. 7. 2020, VI ZR 397/19; 30. 7. 2020, VI ZR 367/19; 30. 7. 2020, VI ZR 5/20; 8. 12. 2020, VI ZR 244/20; 17. 12. 2020, VI ZR 739/20. Kurzer Überblick bei *Hopf*, BGH entschied in einem Dieselabgas-Fall, ÖJZ 2020, 481; *Buchleitner*, Rechtsprechungs-Update zum „Abgasskandal“, *ecolex* 2020, 777; *Riedler*, VW-Abgasskandal, ZVR 2020, 320.

2) EuGH 17. 12. 2020, C-693/18, *CLCV ua*.

3) In den bisherigen Entscheidungen des BGH ging es um das Verhalten des Volkswagen Konzerns. Siehe aber nun BGH 19. 1. 2021, VI ZR 433/19 (<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021016.html> [abgefragt am 10. 2. 2021]) zur Abschaltvorrichtung in einem Kfz der Daimler AG.

4) FN 2.

5) Dazu unter C.

6) Vgl OGH 5 Ob 62/18 f (keine Haftung des Herstellers mangels Kausalität der Täuschung für den Vertragsschluss); 10 Ob 44/19x (Vorlage von Fragen zur Gewährleistung an den EuGH); 4 Ob 141/19t und 4 Ob 119/19g (Unterbrechung bis zum Einlangen einer Vorabentscheidung des EuGH zur internationalen Zuständigkeit; s dazu nunmehr EuGH 9. 7. 2020, C-343/19, *VKI/VW AG*); OGH 9 Ob 84/18w (sachl Zuständigkeit); 1 Ob 198/20d (misslungener Kausalitätsbeweis).

Schadenersatz im Umfang des bezahlten Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des manipulierten Kfz und unter Anrechnung der aus dessen Nutzung gezogenen Vorteile zu.⁷⁾ Dabei könne der Ersatz uU durch die Vorteilsausgleichung zur Gänze aufgezehrt werden⁸⁾ und es stünden ihm Zinsen für den entbehrten Kaufpreis nicht zu.⁹⁾ Der BGH sprach außerdem aus, dass das Software-Update den Schaden der Käufer nicht beseitige.¹⁰⁾ Auf der anderen Seite verneinte er den Ersatz für den Fall, dass das manipulierte Kfz nach Bekanntwerden des „Diesel-Skandals“ gekauft worden war,¹¹⁾ bzw wegen Verjährung eines 2019 erhobenen Anspruchs.¹²⁾

Sind solche Ergebnisse auch vor dem OGH zu erwarten?

B. Haftungsgrundlage, Schaden und Ersatz

1. BGH

Zugunsten der Haftung des Herstellers dem Grunde nach entschied der BGH erstmals in der E VI ZR 252/19. Der kl Käufer hatte das manipulierte Kfz als Gebrauchtfahrzeug nicht vom bekl Hersteller erworben.¹³⁾ Die Ersatzpflicht des Herstellers stützte der BGH auf eine vorsätzl sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB):¹⁴⁾ Es stehe wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugkäufer gleich, wenn ein Fahrzeughersteller im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen der Fahrzeuge durch arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt ausnutzt.

Nach den Feststellungen hätte der Kl bei Kenntnis der wahren Umstände (insb des Risikos einer behördl Stilllegung) vom Erwerb abgesehen.¹⁵⁾ Sein Schaden bestehe im durch die Täuschung bewirkten Abschluss des Kaufvertrags über das Kfz.¹⁶⁾

Der Käufer sei im Wege der schadenersatzrechtl Naturalrestitution (§ 249 Abs 1 BGB) so zu stellen, als ob er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte.¹⁷⁾ Der Hersteller habe ihm den an den Verkäufer bezahlten Kaufpreis zu erstatten. Im Gegenzug habe der Käufer das Kfz an den Hersteller zu übertragen und müsse sich vom Ersatz den aus der Nutzung des Kfz gezogenen Vorteil abziehen lassen. Voraussetzung für diese Rückabwicklung des Vertrags auf dem Wege der Naturalrestitution sei ein Vermögensschaden.¹⁸⁾ Dieser liege hier selbst bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung vor, da das Fahrzeug für die Zwecke des Käufers objektiv nicht voll brauchbar sei.¹⁹⁾ Durch die Gefahr der behördl Betriebseinschränkung bei Entdeckung der Umschaltlogik hinge es ex ante letztlich vom Zufall ab, ob die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs eingeschränkt werde.

2. Österreich

a) Arglistige Täuschung

Unterstellt man den vom BGH angenommenen Sachverhalt, so findet sich die dem § 826 BGB vergleichbare

Haftungsgrundlage in § 1295 Abs 2 ABGB.²⁰⁾ Anders als die deutsche Parallelnorm wird § 1295 Abs 2 als Generalnorm²¹⁾ allerdings verhältnismäßig selten als (einzige) Haftungsgrundlage herangezogen, weil besondere ges Tatbestände zur Anwendung kommen.²²⁾ Im vorliegenden Fall ist insb²³⁾ an § 874 ABGB zu denken.²⁴⁾ Danach haftet derjenige, der einen Vertrag durch List vorsätzl²⁵⁾ bewirkt hat.²⁶⁾ Diese Haftung trifft nicht nur den Vertragspartner des Getäuschten, sondern auch einen listigen Dritten.²⁷⁾ Von diesem kann der Irreführte Schadenersatz fordern, ohne zwingend den geschlossenen Vertrag anzufechten.²⁸⁾

Ein solcher „Dritter“ ist auch der Hersteller des manipulierten Kfz.²⁹⁾ Seine Haftung nach § 874 ABGB setzt voraus, dass die Willenserklärung des Käufers zum Abschluss des Kaufvertrags durch die Täuschung verursacht wurde. Das vom BGH angenommene Verhalten des Herstellers würde diesen Tatbestand erfüllen: Demnach hat der Hersteller durch das Inverkehrbringen der manipulierten Kfz und die damit verbundene Erzeugung einer verkehrüblichen Erwartungshaltung³⁰⁾ den Käufer systematisch und bewusst in die Irre geführt.³¹⁾ Alternativ dazu sind mE die die Einhaltung der Grenzwerte behauptenden Erklärungen in den verkaufsrele-

7) BGH VI ZR 252/19; VI ZR 397/19.

8) BGH VI ZR 354/19; s noch D.

9) BGH VI ZR 354/19; VI ZR 397/19; s noch D.

10) BGH VI ZR 252/19; VI ZR 367/19; dazu unter C.

11) BGH VI ZR 5/20; VI ZR 244/20.

12) BGH VI ZR 739/20.

13) Auch den anderen erwähnten Entscheidungen des BGH lagen Gebrauchtwagenkäufe zugrunde.

14) Zur Zurechnung des festgestellten Handelns bzw Wissens des Leiters der Entwicklungsabteilung und des Vorstands s BGH VI ZR 252/19; Lorenz, Roma locuta, causa finita – Die „Dieselskandal“-Entscheidung des BGH, NJW 2020, 1924 (1925 f); G. Wagner in MÜKoBGB⁹ (2020) § 826 Rz 41 f.

15) Neben BGH VI ZR 252/19 auch in BGH VI ZR 397/19 festgestellt.

16) BGH VI ZR 252/19; s auch G. Wagner in MÜKoBGB⁹ § 826 Rz 44 f, 70.

17) So auch G. Wagner in MÜKoBGB⁹ § 826 Rz 70 ff: Ersetzt wird also nur der Vertrauensschaden.

18) Überw Rsp seit BGH 26. 9. 1997, V ZR 29/96. Krit dagegen zT die L: s zB Fleischer, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200 (2000) 91 (111 ff); G. Wagner, Schadensberechnung im Kapitalmarktrecht, ZGR 2008, 495 (508) mwN.

19) Zust Lorenz, NJW 2020, 1924 (1925).

20) Riedler, ZVR 2020, 320 (327).

21) Koziol, HPR II⁹ (2018) Rz A/1/4.

22) Koziol, HPR II⁹ Rz A/4/18; vgl auch Reischauer in Rummel⁹ (2007) § 1295 ABGB Rz 58.

23) Zu weiteren Anspruchsgrundlagen Maderbacher, Käuferrechte im Fall der Manipulation von Kfz-Emissionswerten (NOx), VbR 2019, 51 (53 f).

24) Kogler, Falsche Abgaswerte – Rechtsfolgen, SV 2017, 71 (74); Maderbacher, VbR 2019, 51 (53 f); Riedler, ZVR 2020, 320 (327); OGH 5 Ob 62/18f (obiter).

25) Schädigungsabsicht ist keine Voraussetzung (Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁹ [2020] § 874 Rz 2).

26) „Bewirkt“ iSd § 874 ABGB ist als „Veranlassung“ iSd § 870 ABGB zu verstehen. Es kommt somit auf die Kausalität des listigen Handelns für den Vertragsschluss an (vgl Gschnitzer in Klang, ABGB IV/1² [1968] 145; Kogler, SV 2017, 71 [74]).

27) Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁹ § 874 Rz 1; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 874 Rz 1 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at); OGH RIS-Justiz RS0016298; RS0014882; 9 Ob 84/18 w.

28) OGH RIS-Justiz RS0014779; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014) § 874 Rz 5.

29) Zur Zurechnung des Handelns seiner Organe und Repräsentanten („Machthaber“) nach österr Recht s Riedler, ZVR 2020, 320 (321).

30) Dieser vertraut typischerweise auf die Einhaltung der normativen Vorgaben und geht nicht von der Gefahr einer behördl Betriebseinschränkung (in Österreich etwa durch Entzug der Zulassung gem § 56 Abs 1 c KFG) aus.

31) BGH VI ZR 252/19.

vanten Werbematerialien des Herstellers (Kataloge, Preislisten, Internet etc) zu würdigen.³²⁾ Mit Blick auf sie darf der Käufer erwarten, dass das vom Verkäufer angebotene Kfz die Abgasgrenzwerte einhält.³³⁾ Der Erwerb des Kfz durch den Käufer ist typischerweise auch die Intention des Herstellers hinter den Werbeaussagen wie auch beim Inverkehrbringen.³⁴⁾

b) Unerwünschter Vertragsabschluss als realer Schaden

Geht man vom dargestellten rechtswidrigen Verhalten aus, folgt aus der Kausalitätsprüfung der Ersatz des sog Vertrauensschadens: Der Käufer ist so zu stellen, wie er ohne die Täuschung stehen würde.³⁵⁾ Hätte der Käufer ohne die Täuschung den Kaufvertrag über das Kfz nicht abgeschlossen, besteht sein Schaden im unerwünschten Vertragsabschluss über das Kfz.³⁶⁾ Dieser Schaden ist auf dem Wege der Naturalrestitution zu „beseitigen“. Für diese schadenersatzrechtl Rückabwicklung ist im Unterschied zur Rsp des BGH das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht erforderlich. Der weite Schadensbegriff des ABGB umfasst nämlich jeden Zustand, an dem ein geringeres rechtl Interesse als am bisherigen besteht.³⁷⁾ Eine in Geld messbare Vermögenseinbuße ist daher weder eine Voraussetzung für das Vorliegen eines realen Schadens³⁸⁾ noch für dessen Beseitigung durch die Naturalrestitution.³⁹⁾ Es genügt, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nicht seinem Willen entspricht (beurteilt nach seinen berechtigten Vorstellungen und Wünschen).⁴⁰⁾

Vom Vertrauensschaden ist der Nichterfüllungsschaden und dabei, als sein typischer Kern, der Mangelsschaden zu unterscheiden. Er besteht darin, dass der Käufer vermögensmäßig nicht so steht wie bei vertragskonformer Erfüllung durch den Verkäufer. In der hier vorgestellten Fallkonstellation besteht dieser Schaden darin, dass das Kfz aufgrund der Überschreitung der Abgasgrenzwerte nicht den vertragl mit dem Verkäufer vereinbarten Zustand erfüllt.⁴¹⁾ Diesen Nachteil hat das hier betrachtete rechtswidrige Verhalten des Herstellers

(die Irreführung) jedoch nicht verursacht,⁴²⁾ weshalb ein entsprechender Ersatz ausscheidet.

Der Vertrauensschaden in Gestalt des unerwünschten Vertrags wurde in den letzten Jahren iZm den Fällen der fehlerhaften Anlageberatungen intensiv diskutiert.⁴³⁾ Die Rsp gelangte dabei zu Präzisierungen der Tatbestandsvoraussetzungen iZm der Relevanz des hypothetischen Alternativverhaltens des Geschädigten:⁴⁴⁾ Hätte der Anleger ohne schädigendes Verhalten sein Geld in andere Anlageprodukte investiert, wovon bei vorgefasstem Anlageentschluss im Regelfall auszugehen sei, so ist seine hypothetische Alternativveranlagung bei der Ermittlung des Schadens zu berücksichtigen.⁴⁵⁾

Der BGH nimmt in den hier besprochenen Entscheidungen keine Differenzierung nach dem Vorliegen oder Fehlen eines vorgefassten Kaufentschlusses vor.⁴⁶⁾ Der OGH wird wohl die Grundsätze seiner Rsp zu den Anlegerschäden sinngemäß anwenden.⁴⁷⁾ So stellte er auch abseits der Anlageberaterfälle bereits auf den hypothetischen Verlauf der Dispositionen ab, etwa bei fehlerhafter Beratung über den Einsatz von Herbiziden⁴⁸⁾ oder bei der Haftung eines Immobilienmaklers wegen Aufklärungspflichtverletzung.⁴⁹⁾ In den Fällen des „Diesel-Skandals“ dürfte typischerweise ein vorgefasster Kaufentschluss des Käufers anzunehmen sein: Zwar hat dann die Täuschung womöglich seinen Entschluss zum Kauf des konkreten Kfz verursacht, nicht aber seine vorgelagerte grundsätzl Entscheidung, ein Kfz zu erwerben. Im Regelfall hätte der Käufer also ohne die Täuschung nicht gar kein Kfz, sondern ein anderes Kfz erworben. In dieser Konstellation besteht der Schaden des Käufers im unerwünschten Erwerb des manipulierten Kfz anstatt des Erwerbs eines Alternativfahrzeugs (uU eines anderen Herstellers oder mit anderer Antriebsart). Für die Berücksichtigung der hypothetischen Alternativdisposition spräche zudem wie auch bei den Fällen fehlerhafter Anlageberatung, dass dadurch eine Bereicherung des

42) Ohne die Täuschung hätte der Käufer ja nach den Feststellungen den Kaufvertrag gar nicht abgeschlossen.

43) Statt vieler P. Bydliński, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159 (161); Kodek, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11 (12f, 22f); Gumhold, Schadensberechnung bei Anlegerschäden (2017).

44) Die Rsp hat sich von der „Mindestschadenersatzjudikatur“ (Ersatz des Investitionsbetrags abzüglich etwaiger Zinszahlungen; zB OGH 10 Ob 11/07 a) hin zur Einbeziehung der hypothetischen Alternativanlage entwickelt (zB 4 Ob 67/12z); s zur Rsp-Entwicklung zB Gumhold, Anlegerschäden 21 ff; Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek, Praxiskomm ABGB⁴ (2016) § 1300 Rz 98.

45) ZB OGH 4 Ob 67/12z; 1 Ob 73/18v; krit dazu zB Dullinger, Anm zu 4 Ob 67/12z, JBI 2012, 788 (793 ff).

46) Unklar ist, ob überhaupt ein solches Vorbringen erstattet wurde. Davon abgesehen bemerkt der BGH (in VI ZR 252/19) zum anzurechnenden Vorteil des Geschädigten (Vorteilsausgleich; dazu unter D.), dass dieser nicht unter Berücksichtigung eines hypothetischen Alternativfahrzeugs zu bemessen ist, weil auch alle anderen Kfz in der Modellreihe des Herstellers manipuliert gewesen wären. Dieser Gedanke entspricht nicht genau der vom OGH überlegten hypothetischen Alternativveranlagung, die sich nicht auf den konkreten Emittenten beschränkt: vgl OGH 8 Ob 109/16m (Alternative einer Vorsorgewohnung). Für eine Berücksichtigung eines hypothetischen Alternativfahrzeugs auch nach deutschem Recht Riehm, Deliktischer Schadensersatz in den „Diesel-Abgas-Fällen“, NJW 2019, 1105 (1107).

47) Parallelen zwischen Anlegerschäden und dem „Diesel-Skandal“ zieht etwa auch Kogler, SV 2017, 71 (74). Allg eine Berücksichtigung der hypothetischen Alternativdispositionen befürwortend Koziol, HPR I⁴ Rz B/1/108, 114 aE.

48) OGH 6 Ob 104/06x.

49) OGH 5 Ob 93/16m.

32) Vgl denn auch § 922 Abs 2 ABGB.

33) Krachler/Rzehorska, Überschreitung von Abgasgrenzwerten: Nichterfüllung der Zulassungsvoraussetzungen, ZVR 2016, 148 (149, 152); Buchleitner, Abgaskandal: Gewährleistung oder Irrtum oder doch beides? ecolex 2019, 300 (301); Kogler, SV 2017, 71.

34) Riedler, ZVR 2020, 320 (327).

35) OGH RIS-Justiz RS0016293; RS0016294; Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 874 Rz 4; Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 874 Rz 4; Riedler in Schwimann/Kodek, Praxiskomm ABGB⁴ (2014) § 874 Rz 9.

36) OGH RIS-Justiz RS0129706 (T 3); RS0120784 (T 7); 6 Ob 145/08d; 6 Ob 97/18k; Rüdfler, Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht, in Aicher/Holoubek, Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 193 (238); Kogler, SV 2017, 71 (74); aA Krachler/Rzehorska, ZVR 2016, 148 (151).

37) OGH RIS-Justiz RS0022537; Kodek in ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 2 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

38) Vgl Reischauer in Rummel⁶ § 1293 Rz 2; Brandstätter, Verjährung und Schaden (2017) 83, 85.

39) ZB OGH 4 Ob 140/12k; RIS-Justiz RS0030153; Koziol, HPR I⁴ Rz B/1/3, 18; Kerner in KBB⁶ § 1293 Rz 1.

40) In OGH 7 Ob 253/97 z etwa hatte der Kl eine risikolose Veranlagung gewünscht, woran der OGH die empfohlene und letztlich erworbene Anlage maß; ähnlich OGH 9 Ob 81/17b; 9 Ob 66/18y (obiter).

41) Zur Gewährleistung im „Diesel-Skandal“ Krachler/Rzehorska, ZVR 2016, 148 (149); Kogler, SV 2017, 71 (72); Riedler, ZVR 2020, 320 (325); Maderbacher, VbR 2019, 51 (52f); Buchleitner, ecolex 2019, 300 (301).

Geschädigten vermieden wird: Dem Käufer würden allg (Markt-)Risiken zugeordnet, die ihn unabhängig von der Täuschung auch bei Kauf eines hypothetischen Alternativfahrzeugs getroffen hätten.⁵⁰⁾

c) Schadenersatz mit Herausgabe des manipulierten Kfz

Für den BGH umfasst die Naturalrestitution die Pflicht des Herstellers zur Erstattung des vom geschädigten Käufer an den Verkäufer gezahlten Kaufpreises⁵¹⁾ Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des manipulierten Kfz.⁵²⁾

Dieser Einschätzung stimmt die Lehre auch für das österr Recht zu.⁵³⁾ Bei Berücksichtigung der hypothetischen Alternativdisposition im Rahmen der Naturalrestitution trifft diese Formel jedoch nur in der seltenen Variante zu, dass der Käufer ohne die konkrete Täuschung überhaupt kein Kfz gekauft hätte.⁵⁴⁾ Hatte der Käufer hingegen einen vorgefassten Kaufentschluss, hätte er zwar nicht den bezahlten, aber doch den hypothetischen Kaufpreis für das Alternativfahrzeug aufgewendet.⁵⁵⁾ Da die Naturalrestitution den Geschädigten so stellen soll, wie er ohne Schädigung stünde, wäre dem Käufer in diesem Fall nicht der Kaufpreis, sondern das hypothetische Alternativfahrzeug in jenem Zustand zu verschaffen, in dem es sich (nach einem entsprechenden Gebrauch seit dem Ankauf) zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz befunden hätte.⁵⁶⁾

Entsprechend der allg Grundsätze zur Naturalrestitution und dabei im Besonderen der Auslegung ihrer Untunlichkeit iSd § 1323 ABGB wäre freilich der geschädigte Käufer nicht unbedingt gezwungen, sich vom Hersteller das hypothetische Alternativfahrzeug liefern zu lassen. Er kann auch (vorschussweise) jenen

Geldbetrag fordern, den er für die Beschaffung des Alternativfahrzeugs benötigt.⁵⁷⁾ Dieser Ersatz seines Integritätsinteresses in Geld setzt freilich die Möglichkeit und das tatsächl Interesse des Käufers an der Anschaffung voraus.⁵⁸⁾ Ist sie unmöglich, untunlich⁵⁹⁾ oder vom Käufer gar nicht gewünscht,⁶⁰⁾ steht dem Geschädigten nur der objektive Wert des hypothetischen Alternativfahrzeugs als Geldleistung zu.⁶¹⁾

In allen bisher dargestellten Varianten kommt es zur Übertragung des manipulierten Kfz an den schädigenden Hersteller. Dass dieser dadurch in eine Lage kommt, in der er sich ohne sein schädigendes Verhalten nicht befunden hätte, ist ohne Belang.⁶²⁾ Entscheidend ist die Perspektive des Käufers: Er wird auf diese Weise so gestellt, wie er ohne Schädigung stünde.⁶³⁾

d) Schadenersatz bei Behalten des manipulierten Kfz

Die Herausgabe des manipulierten Kfz lässt sich schadenersatzrechtl im konkreten Fall als Teil der vom Käufer begehrten Naturalrestitution deuten. Möchte der Käufer das Kfz behalten, kann er an ihrer Stelle Geldersatz verlangen. Die Naturalrestitution ist im delikt Bereich⁶⁴⁾ bereits dann iSd § 1323 ABGB untunlich, wenn sie der Geschädigte nicht wünscht.⁶⁵⁾

Der Geldersatz ist durch eine Differenzrechnung zu ermitteln.⁶⁶⁾ Auch dafür ist die hypothetische Alternativdisposition bedeutsam: Hätte der Käufer ein anderes Kfz erworben, besteht der Schaden in der Differenz des Wertes des behaltene manipulierten Kfz zum aktuellen Wert des hypothetischen Alternativfahrzeugs.⁶⁷⁾ Lag hingegen kein Kaufentschluss vor (der Käufer hätte also ohne die Täuschung gar kein Kfz gekauft), so besteht der Schaden in der Differenz des Wertes des vom Käufer behaltene manipulierten Kfz zum (dem Verkäufer bezahlten) Kaufpreis.⁶⁸⁾

Unterstellt man, dass der Käufer durch einen Verkauf des manipulierten Kfz dessen Marktpreis erzielen könnte, führen der Geldersatz statt der Naturalrestitu-

50) Solche sind ähnlich den allg Kursverlusten am Kapitalmarkt in Folge der Finanzkrise 2008/2009 (dazu zB *Sommer*, Anlegerschaden und Marktrisiko [2018] 175 ff) auch bei Kfz vorstellbar, man denke etwa an negative Preiseffekte am Diesel-Gebrauchtwagenmarkt durch die unabhängig vom „Diesel-Skandal“ zunehmende Diskussion über Fahrverbote in Stadtgebieten für Diesel-Kfz (vgl *Riehm*, NJW 2019, 1105 [1106]).

51) Zur an dieser Stelle ausgeblendeten Frage der Anrechnung der Nutzungen des Kfz zu Lasten des Geschädigten s unten D.

52) Oben bei B.1.

53) ZB *Kogler*, SV 2017, 71 (74 f); *Riedler*, ZVR 2020, 320 (321, 328).

54) Vgl sinngemäß bei den Anlegerschäden (zB OGH 7 Ob 77/10 i), wo nach der jüngeren Rsp ein Ersatz des Investitionsbetrags (abzgl erhaltener Zinsen und Dividenden) grds nur erfolgt, wenn ohne fehlerhafte Beratung nicht veranlagt worden wäre (zB 2 Ob 133/16 x) oder die hypothetische Alternativanlage werterhaltend gewesen wäre (zB 8 Ob 109/16 m; 1 Ob 159/19 t).

55) Differenzen zwischen diesen Preisen sind bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen.

56) Dies ist bei Kfz angesichts ihrer besonderen Marktgängigkeit und Austauschbarkeit typischerweise ähnlich einfach denkbar wie bei Finanzanlageprodukten. Vgl iSd bei den Anlegerschäden: zB OGH 7 Ob 77/10 i; 4 Ob 67/12 z; 2 Ob 17/13 h; *P. Bydliński*, ÖBA 2008, 159 (162); *Kozioł*, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger, in FS *Plicker* (2010) 523 (537); *Kodek*, ÖBA 2012, 11 (13 f). Krit zu dieser „doppelten Naturalrestitution“ etwa *M. Bydliński*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBI 2011, 681 (687); *G. Graf*, Was ist der Schaden des geschädigten Anlegers? *ecolex* 2011, 391 (392); nach *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 747 ff, kann der Geschädigte auch iS eines Teilersatzbegehrens bloß die schadenersatzrechtl Rückabwicklung des tatsächl geschlossenen Vertrags verlangen, dem Schädiger stehe aber dann der Gegenbeweis offen, dass gewisse Risiken auch die hypothetische Alternativanlage getroffen hätten und daher vom Geschädigten, etwa durch Ausgleichszahlungen, zu tragen sind.

57) *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1978) 46 ff; *Kozioł*, HPR I⁴ Rz D/1/16 ff; *Reischauer* in *Rummel*³ (2004) § 1323 Rz 6 f, 9, 9 c, 11, nach dem den Geschädigten aber die Mehrkosten im Vergleich zur ihm zumutbaren Naturalleistung durch den Schädiger treffen (Schadensminderungsobliegenheit).

58) *Kozioł*, HPR I⁴ Rz D/1/17 f; vgl OGH 1 Ob 105/19 a.

59) OGH RIS-Justiz RS0030117; *Hinteregger* in ABGB-ON^{1.05} § 1323 Rz 9 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at).

60) Sofern nicht berechnete Interessen des Schädigers dem Wertersatz entgegenstehen (OGH 1 Ob 46/11 p; RIS-Justiz RS0053254); s auch FN 65.

61) Vgl zur Anlageberatung OGH 6 Ob 91/10 s.

62) Zur Anlageberatung zB OGH 6 Ob 9/11 h; 2 Ob 133/16 x; *Kodek*, ÖBA 2012, 11 (15); allg *Kozioł*, HPR I³ Rz A/2/297; aA *M. Bydliński*, JBI 2011, 681 (685); *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 148.

63) Zu Anlageprodukten zB *Trenker*, Die hypothetische Alternativanlage, ÖJZ 2013, 5 (9); *Kozioł*, HPR I³ Rz A/2/298; *P. Bydliński*, ÖBA 2008, 159 (162); *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010, 718 (721 f).

64) Im Rahmen der Vertragshaftung (Ersatz des Mangelschadens) ist hingegen § 933 a ABGB zu beachten.

65) OGH RIS-Justiz RS0030659; RS0112887; RS0088999; beachte FN 60.

66) *Kozioł*, HPR I⁴ Rz B/1/19 f.

67) Ähnlich bereits *Kogler*, SV 2017, 71 (74). Vgl zur fehlerhaften Anlageberatung *Schobel/Parzmayer*, Anlegerschaden und Schadensberechnung, ÖBA 2010, 165 (169 ff); *Trenker*, Umfang und Art des Ersatzanspruches bei fehlerhafter Anlageberatung, wbl 2010, 618 (620 f).

68) Zu den Konsequenzen für den Vorteilsausgleich s unten D.2.a.

tion und die auf Ersatz des Wertinteresses gerichtete Geldleistung bei Herausgabe des Kfz wirtschaftl zum selben Ergebnis. Der Unterschied besteht nur darin, ob der Käufer das Kfz im Rahmen der Abwicklung des Schadenersatzes dem Schädiger überlässt. Diese Entscheidung wird der Käufer entweder nach seinen ideellen Interessen treffen oder – so keine solchen ideellen Interessen bestehen oder überwiegen – auf Grundlage der ökonomischen Prüfung, ob er das Kfz selbst zu einem höheren Preis als den Marktwert verwerfen könnte.

Hält man sich dies vor Augen, stellt sich die Frage, ob der Alternative des Behaltens des Kfz nicht der Einwand der Spekulationsmöglichkeit des Käufers entgegenstehen muss. Die Rsp zum Schadenersatz bei den Anlegerschäden geht diesen Weg und verwehrt dem Käufer die Variante des Geldersatzes statt der Naturalrestitution, wenn er das Anlageprodukt behält.⁶⁹⁾ Wendete man diese Rsp auch auf die vorliegende Konstellation an, verhinderte man die beschriebene Möglichkeit des Käufers, seinen Ersatz durch Prüfung der eigenen Verwertungsmöglichkeit zu maximieren. Gleichzeitig würde man diesen Weg aber auch jenen Käufern verwehren, die ein Interesse an tatsächl Behalten und Verwenden des manipulierten Kfz haben. Dies erscheint im Einklang mit anderen Stimmen nicht gerechtfertigt: Die hier beobachteten Kfz sind mit Anlageprodukten hinsichtlich der Spekulationsgefahr nicht ohne weiteres vergleichbar. Ihnen fehlt die hohe Volatilität, womit ein wesentl Grund der Rsp bei Anlegerschäden wegfällt.⁷⁰⁾

Die bisher besprochenen Konstellationen gehen von der Feststellung aus, dass der Käufer das manipulierte Kfz ohne die Täuschung nicht erworben hätte. Sein Interesse, das Kfz nun behalten zu wollen, basiert auf einer entsprechenden Motivänderung. Anders läge nun aber der Fall, wenn die Täuschung am konkreten Kaufabschluss dem Grunde nach nichts geändert hätte, der Käufer aber nur bereit gewesen wäre, für das Kfz verhältnismäßig weniger zu bezahlen.⁷¹⁾ Der Geldersatz besteht dann in der Differenz zwischen dem tatsächl gezahlten Kaufpreis und dem Preis, der ohne die Täuschung vereinbart worden wäre. Nach einer Rsp-Linie des OGH⁷²⁾ wäre dieser Schaden nach der relativen Berechnungsmethode zu berechnen, sodass sich der angepasste Preis zum tatsächl bezahlten Preis so verhielte wie der Wert der Ware ohne die vorgetäuschten Qualitäten zum Wert mit diesen Qualitäten.⁷³⁾

C. Auswirkungen des Software-Updates

Das deutsche Kraftfahrt-Bundesamt, welches die EG-Typgenehmigung⁷⁴⁾ erteilt hatte, stuft die verwendete Motorsteuerungssoftware mit Umschaltlogik im Herbst 2015 als unzulässige Abschaltvorrichtung⁷⁵⁾ ein und ordnete deren Beseitigung an. Der Hersteller entwickelte in der Folge ein Software-Update, durch das das Kfz auch im normalen Fahrbetrieb die Abgasgrenzwerte einhalten sollte.⁷⁶⁾ Das Kraftfahrt-Bundesamt erkannte damit die Vorschriftsmäßigkeit der Kfz als hergestellt.⁷⁷⁾ Betroffene Käufer wurden zum Update auf Kosten des Herstellers aufgefordert.⁷⁸⁾

Ist der Schaden der Endabnehmer mit diesem Update beseitigt und damit ihr Interesse an einem Ersatz beseitigt? Der BGH verneint dies: Der Schaden bestehe

nämlich im ungewollten Vertragsschluss, der durch die nachträgl Veränderung des Werts oder des Zustands des Vertragsgegenstands nicht rückwirkend zu einem gewollten wird.⁷⁹⁾

Die Auffassung des BGH trifft mE auch für das österreich Recht zu. Hätte der Käufer ohne die Täuschung ein anderes oder gar kein Kfz erworben und möchte das Kfz nun auch nicht etwa behalten,⁸⁰⁾ wird der vom Hersteller verursachte Schaden des Käufers durch das Software-Update nicht ausgeglichen.⁸¹⁾

Auswirkungen des Software-Updates zugunsten des Herstellers würden außerdem voraussetzen, dass es zu keiner sonstigen Beeinträchtigung des Kfz kommt⁸²⁾ und es nach dem Update die Vorgaben der EG-Typgenehmigung einhält.⁸³⁾ Die vorgelagerte Frage der Zulässigkeit des Software-Updates ist angesichts des in der Zwischenzeit ergangenen Urteils des EuGH in der Rs *CLCV ua*⁸⁴⁾ allerdings wohl zu verneinen. Danach ist der Einbau einer Abschaltvorrichtung nur ausnahmsweise gerechtfertigt, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnl Schäden, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs der Fahrzeuge führen, zu

69) OGH 8 Ob 123/05 d; 6 Ob 7/15 w; RIS-Justiz RS0120784 (T 17, T 20); dafür hingegen zB *Schobel/Parzmayer*, ÖBA 2010, 165 (169 ff); *Trenker*, wbl 2010, 618 (620 ff); *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 718 (731).

70) *Kogler*, SV 2017, 71 (75); *Maderbacher*, VbR 2019, 51 (54).

71) Setzt voraus, dass der Verkäufer auch zu diesem Preis abgeschlossen hätte (vgl OGH 5 Ob 93/16 m; 6 Ob 29/18 k). Der listig Irreführende könne dies aber nur zum Schutz wesentl eigener Interessen entgegensetzen (*Riedler*, ZVR 2020, 320 [325]: gleiche Kriterien wie bei Anpassung wegen List maßgeblich).

72) OGH 6 Ob 600/90; 1 Ob 27/97 w; sowie (bloß) obiter in 3 Ob 236/01 d; 8 Ob 106/17 x; zust *Riedler* ZVR 2020, 320 (326); beachte aber 4 Ob 1678/95 (obiter); 5 Ob 93/16 m.

73) *Riedler*, ZVR 2020, 320 (321, 326), nimmt einen Minderwert von 10–30% (je nach Modell) an. Beachte *Riehm*, NJW 2019, 1105 (1106): keine negativen Preiseffekte im Diesel-Gebrauchtwagenmarkt nach Bekanntwerden der Abgasmanipulation.

74) Art 10 VO (EG) 715/2007, ABI L 2007/171, 1.

75) ISv Art 5 Abs 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007.

76) ZB <https://www.audi.de/de/brand/de/neuwagen/layer/serviceaktion.html> (abgefragt 22. 10. 2020) oder <https://www.volkswagen.at/diesel-info> (abgefragt 22. 10. 2020).

77) BGH VI ZR 367/19; beachte aber nunmehr EuGH C-693/18 (FN 2), dazu noch im Detail weiter unten.

78) Laut Medienberichten aus dem Jahr 2018 wurden in Österreich bereits 91% der betroffenen Fahrzeuge mittels Software-Update umgerüstet (<https://www.derstandard.at/story/2000081529531/oesterreichs-diesel-update-verweigerern-droht-stilllegung> [Stand 14. 6. 2018]).

79) BGH VI ZR 252/19; VI ZR 367/19.

80) Der Täuschende kann den Vertrag nicht gegen den Willen des Irreführten dadurch aufrechterhalten, dass er die vorgetäuschten Umstände herstellt (vgl OGH 4 Ob 11/13 s; RIS-Justiz RS0014786). Eine Klaglosstellung durch den Listigen kommt somit nicht in Betracht, sofern der Getäuschte nicht selbst am Vertrag festhalten will (*Pletzer* in ABGB-ON^{1.03} § 870 Rz 28 [Stand 1. 8. 2019, rdb.at]; *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 870 Rz 10).

81) Dies betrifft vielmehr den Mangelschaden, der vom Hersteller aber nicht zu ersetzen ist; s bereits B.2.b.

82) So aber HG Wien 11 Cg 52/18 m BeckRS 2019, 32104: VW erwecke im geschäftl Verkehr in Österreich den „unrichtigen Eindruck“, durch ein Softwareupdate könnten die Grenzwerte „ohne Verschlechterungen hins Kraftstoffverbrauch, CO₂-Immissionen, Motorleistung und Drehmoment sowie Geräuschimmissionen“ erreicht werden. Auch *Krächler/Rzehorska*, ZVR 2016, 148 (149, 153) nehmen erhöhten Kraftstoffverbrauch oder stärkere Abnutzung durch das Update an. Der ÖAMTC konnte bei Tests keine Verbrauchs- oder Leistungsnachteile durch das Software-Update feststellen (<https://www.oeamtc.at/thema/autokauf/neue-oeamtc-tests-zu-vw-rueckruf-verbrauch-und-leistung-weiterhin-unbeeinflusst-19190841> [abgefragt 22. 10. 2020]).

83) Beachte OGH 10 Ob 44/19 x (Vorlagebeschluss zur Zulässigkeit der Funktionsweise des Software-Updates an den EuGH).

84) EuGH C-693/18 (FN 2).

schützen. Der EuGH äußert sich damit nicht eigens zum Software-Update. Der Kfz-Hersteller hat jedoch vor dem OGH⁸⁵⁾ bereits zugestanden, dass auch beim Software-Update eine Abschalteneinrichtung zum Einsatz kommt. Das Kfz wird danach nur bei Außentemperaturen zwischen 15 und 33° Celsius („Thermofenster“) in einem Modus betrieben, bei dem die Abgasgrenzwerte eingehalten werden.⁸⁶⁾ Dieses „Thermofenster“ sei notwendig, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und daher ausnahmsweise zulässig. Bestätigt der EuGH im bereits anhängigen Vorabentscheidungsverfahren zur Zulässigkeit des Software-Updates⁸⁷⁾ seine aufgestellten Kriterien, trifft diese Auffassung des Herstellers wohl nicht zu. So hielt der OGH bereits fest, dass in Österreich ca die Hälfte des Jahres im Durchschnitt Außentemperaturen außerhalb des „Thermofensters“ vorliegen. Schäden, die bei halbjährlich bestehenden Außenbedingungen auftreten, sind mE nicht „außergewöhnlich“. Zudem müsste es sich dabei um unmittelbare Beschädigungen handeln, die plötzlich auftreten und zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs führen. Allein die Bewahrung vor Verschmutzung und Verschleiß vermögen nach dem EuGH die Ausnahme von der Unzulässigkeit einer Abschalteneinrichtung nicht zu rechtfertigen.⁸⁸⁾

D. Vorteilsausgleichung und Zinsschaden

1. BGH

Eine viel diskutierte Frage betrifft die Relevanz der Vorteile des Käufers aus der Nutzung des manipulierten Fahrzeugs. Bereits in der ersten Entscheidung zum „Diesel Skandal“⁸⁹⁾ urteilte der BGH, dass sich der Käufer diese Vorteile durch Abzug einer Abgeltung der gefahrenen Kilometer auf seinen Schadenersatz anrechnen lassen muss. Das Höchstgericht verwies auf den Grundsatz der Vorteilsausgleichung, der auch bei der vorsätzl sittenwidrigen Schädigung zur Anwendung komme.⁹⁰⁾ In einer weiteren Entscheidung stellte der BGH klar, dass dieser Vorteilsausgleich auch zu einem vollständigen Aufzehren des zu erstattenden Kaufpreises führen kann.⁹¹⁾ Der finanzielle Schaden sei in diesem Fall durch die geldwerte Fahrzeugnutzung bereits vollständig ausgeglichen worden.

Für den getäuschten Käufer bedeutet diese Konsequenz zweifellos eine negative Überraschung. Er würde im Gegenzug auf den Verlust seiner Nutzungsmöglichkeit des bezahlten Kaufpreises verweisen. Das deutsche Schadenersatzrecht kennt idZ den in § 849 BGB geregelten Anspruch auf die sog Deliktzinsen, die dem Geschädigten ab dem Tag des Schadensereignisses zustehen. Sie sollen als pauschalierter Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer entzogenen, auch infolge von Täuschung herausgegebenen Sache (auch Geld) ausgleichen.⁹²⁾ Solche Zinsen spricht nun der BGH dem geschädigten Käufer nicht zu,⁹³⁾ weil dem Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Kaufpreises der Nutzen⁹⁴⁾ des Kfz gegenüberstehe.⁹⁵⁾

2. Österreich

a) Vorteilsausgleichung

Das Prinzip der Vorteilsausgleichung ist auch Bestandteil des österr Schadenersatzrechts und Konsequenz

aus dessen Ausgleichsfunktion.⁹⁶⁾ Dem Geschädigten ist der gesamte tatsächl entstandene Schaden – und nicht mehr – zu ersetzen.⁹⁷⁾ Daher sind bei der Berechnung des Schadenersatzes grundsätzlich Vorteile, die durch die Schädigung verursacht wurden, schadensmindernd zu berücksichtigen.⁹⁸⁾

Das Prinzip des Vorteilsausgleichs ist freilich keine zwingende Mechanik. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Entlastung des Schädigers durch die Berücksichtigung des konkreten Vorteils sachl gerechtfertigt ist und dem Zweck des Schadenersatzes entspricht.⁹⁹⁾ Im Zentrum der ratio des österr Schadenersatzrechts steht zweifellos seine Ausgleichsfunktion;¹⁰⁰⁾ die Frage ist nun, welche Bedeutung man allenfalls auch einer Präventionsfunktion einräumt, um aus ihr allenfalls für den Schädiger pönalisierende Effekte abzuleiten. Die hA räumt ihr nur eine sekundäre und untergeordnete Bedeutung ein.¹⁰¹⁾ Dem ist mE zugunsten einer Vorteilsausgleichung in Fällen des „Diesel-Skandals“ zu folgen.¹⁰²⁾

Daraus folgt allerdings nicht zwingend die schadensmindernde Anrechnung der Nutzung des manipulierten Kfz. Auch hier entscheiden die konkreten Feststellungen über den Kauf eines hypothetischen Alternativfahrzeugs: Hätte der Käufer nämlich auch ohne Täuschung ein (alternatives) Kfz¹⁰³⁾ erworben, so hätte

85) OGH 10 Ob 44/19x.

86) OGH 10 Ob 44/19x.

87) Eingeleitet durch OGH 10 Ob 44/19x.

88) EuGH C-693/18 (FN 2).

89) BGH VI ZR 252/19.

90) Ebenso *Riehm*, NJW 2019, 1105 (1107 f); aA *Heese*, Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge, NJW 2019, 257 (261 f); *ders*, Außer Spesen nichts gewesen – Der Dieselskandal, das Deliktsrecht und der Bundesgerichtshof, NJW 2020, 2779; *Bruns*, Vorteilsanrechnung beim Schadenersatz für abgasmanipulierte Diesel-Fahrzeuge, NJW 2019, 801 (803 f) (bei Haftung für vorsätzl sittenwidrige Schädigung überwiege wertungsmäßig die Präventionsfunktion des Deliktsrechts).

91) BGH VI ZR 354/19.

92) BGH 26. 11. 2007, II ZR 167/06; *Wagner* in MüKoBGB⁸ § 849 BGB Rz 5, 8.

93) BGH VI ZR 397/19; VI ZR 354/19.

94) Dieser Nutzen sei nicht eingeschränkt, weil sich die drohende Betriebseinschränkung nicht verwirklicht habe.

95) *Krit Heese*, NJW 2020, 2779 (2785): Mit Blick auf die Vorteilsanrechnung doppelte Berücksichtigung der Nutzungen des Kfz zu Lasten des Käufers.

96) *Karner* in KBB⁶ § 1295 Rz 16; *Reischauer* in Rummel³ § 1312 ABGB Rz 2; *Kodek* in ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 41 ff (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

97) OGH 1 Ob 70/18b; RIS-Justiz RS0023600 (T 10); *Koziol*, HPR I⁴ Rz D/2/48.

98) Vgl OGH 9 Ob 22/19 d.

99) OGH 2 Ob 70/20 p; RIS-Justiz RS0023600; *Koziol*, HPR I⁴ D/2/48; *Kodek* in ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 43.

100) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 187 ff; *Kodek* in ABGB-ON^{1.03} Vor § 1293 Rz 4 ff (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); OGH 6 Ob 712/76; 9 Ob 22/19 d; RIS-Justiz RS0022586; RS0023471.

101) Siehe zB *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 2/60, 3/5 mwN; Für eine stärkere Präventionsfunktion des Haftungsrechts de lege ferenda etwa *Kletečka*, Punitive damages – Der vergessene Reformpunkt? ÖJZ 2008, 785; *ders*, Effektivitätsdefizite und dysfunktionale Verhaltenssteuerung im Privatrecht – Kann das Schadenersatzrecht hier etwas leisten? JBl 2018, 497.

102) Präventionsfunktion übernehmen im konkreten Zusammenhang öff-rechtl Regelungen: So kann seit 1. 9. 2020 die Kommission der EU Überprüfungen von Kfz in Laboratorien oder auf Straßen durchführen, bei Verstößen EU-weite Rückrufe anordnen und Sanktionen iHv bis zu € 30.000,- pro Fahrzeug ua gegenüber den Herstellern verhängen (VO [EU] 2018/858, ABIL 2018/151, 1).

103) Ebenso wenn der Käufer das manipulierte Kfz nur billiger erworben und somit auch ohne Täuschung genutzt hätte (so auch *Maderbacher*, VbR 2019, 51 [55] und *Riedler*, ZVR 2020, 320 [329]).

er ohne die Schädigung zwar nicht das manipulierte, wohl aber das alternative Kfz genutzt. Dies ändert zwar nichts daran, dass ihm das schädigende Ereignis den Vorteil der tatsächl Nutzung des manipulierten Kfz gebracht, gleichzeitig aber (als zusätzl Schaden) die Nutzung des hypothetischen Alternativfahrzeugs genommen hat. Diese beiden Positionen sind einander gegenüberzustellen. Abhängig von ihrer Bewertung heben sie einander auf oder verbleibt als Differenz ein zusätzl Schaden oder ein abzuziehender Vorteil.

Anders liegt der Fall, dass der Käufer ohne Täuschung gar kein Kfz gekauft hätte, sodass er als Schadenersatz den Kaufpreis gegen Rückstellung des Kfz verlangen kann.¹⁰⁴⁾ In dieser Konstellation stellt die Nutzung des manipulierten Kfz im Vergleich zum hypothetischen Zustand ohne Täuschung einen anzurechnenden Vorteil dar. Der Käufer hätte dann nämlich kein hypothetisches Alternativfahrzeug genutzt.

Fraglich ist im Übrigen die Formel für die Berechnung dieses Vorteils. Der BGH teilt den Kaufpreis durch die (beim Vertragsabschluss) zu erwartende Gesamtleistung und multipliziert diesen Betrag (= Preis pro km der Gesamtleistung) mit der Zahl der vom Käufer gefahrenen km. Mit dieser Formel wird nun aber ausgeblendet, dass der Käufer für seinen Kaufpreis nicht das Kfz im versprochenen Zustand erhalten hat. Überzeugend wirkt daher die von der Lehre¹⁰⁵⁾ vorgeschlagene Modifikation dahingehend, dass nicht der tatsächl, sondern der für ein manipuliertes Kfz angemessene Kaufpreis¹⁰⁶⁾ heranzuziehen ist.

b) Zinsschaden

Das ABGB kennt keine § 849 BGB entsprechende Regelung. Eine vom konkreten Schaden unabhängige pauschale Mindestentschädigung für den Entzug von Geld ist in §§ 918, 1000, 1333 ABGB nur für den Verzug mit einer Geldschuld angeordnet. Diese Regelungen kommen auch auf Schadenersatzansprüche, die auf Geld gerichtet sind, zur Anwendung, wobei aber deren Fälligkeit umstritten ist.¹⁰⁷⁾

Davon abgesehen kommt uU ein konkreter Zinsschaden durch den Entzug der Liquidität des Käufers in Betracht, wenn er etwa keinen vorgefassten Kaufentschluss hatte und den tatsächl gezahlten Kaufpreis anderweitig investiert hätte. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Differenz zum tatsächl gezahlten Kaufpreis, hätte der Käufer ohne die Täuschung das hypothetische Alternativfahrzeug bzw das manipulierte Kfz zu einem günstigeren Preis erworben. Neben den sonstigen Anspruchsvoraussetzungen wäre freilich zu beweisen, welcher Nutzen tatsächl nicht gezogen werden konnte.

E. Zusammenfassung

Nach österr Recht würde in den vom BGH entschiedenen Sachverhalten der Hersteller eines manipulierten Kfz dem getäuschten Käufer wegen arglistiger Täuschung gem § 874 ABGB für dessen Schaden haften. Hätte der Käufer ohne die Täuschung des Herstellers das Kfz nicht erworben, ist der reale Vertrauensschaden bereits der abgeschlossene Kaufvertrag.

Dieser Schaden ist primär durch Naturalrestitution zu beseitigen und in deren Rahmen das Kfz an den Schädiger zu übertragen. Die Grundsätze der Judikatur zu fehlerhafter Anlageberatung sind wohl sinngemäß anzuwenden. Bei typischerweise vorgefasstem Kaufentschluss hätte der Käufer ohne Täuschung ein anderes Kfz erworben. Ihm ist dann das hypothetisch erworbene Alternativfahrzeug in entsprechend genutztem Zustand zu verschaffen bzw der zur Anschaffung notwendige Betrag in Geld zu ersetzen. Ist die Anschaffung des hypothetischen Alternativfahrzeugs unmöglich, untunlich oder vom Käufer nicht gewünscht, ist dessen objektiver Wert zu ersetzen. Eine Vorteilsanrechnung aus der Nutzung des Kfz hat nicht zu erfolgen. Hätte der Käufer ohne Täuschung kein Kfz erworben, ist ihm der an den Verkäufer tatsächl gezahlte Kaufpreis abzgl der Vorteile aus der Nutzung des Kfz zu erstatten. Für die Berechnung dieser Vorteile ist der konkret angemessene Kaufpreis für das Kfz durch die beim Vertragsabschluss zu erwartende Gesamtleistung zu teilen und dieser Betrag mit den vom Käufer gefahrenen Kilometern zu multiplizieren.

Hätte der Käufer ohne Täuschung den Vertrag nicht abgeschlossen, möchte aber das Kfz behalten und fordert Geldersatz statt Naturalrestitution, kann er bei vorgefasstem Kaufentschluss die Differenz zwischen dem aktuellen Wert des Kfz und dem Wert des entsprechend genutzten hypothetischen Alternativfahrzeugs verlangen. Die Nutzungen des Kfz sind nicht als Vorteile anrechenbar. Hätte der Käufer ohne Täuschung kein Kfz erworben, kann er die Differenz zwischen objektivem Wert des Kfz und gezahltem Kaufpreis verlangen, wobei jedoch Nutzungen des Kfz als Vorteile abzuziehen sind. Hätte der Käufer den Kaufvertrag ohne Täuschung bloß zu anderen Bedingungen abgeschlossen, ist der Schaden mittels relativer Berechnungsmethode zu bemessen, eine Vorteilsanrechnung kommt nicht in Betracht.

Nach den nunmehr vom EuGH konkretisierten Kriterien zur ausnahmsweisen Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen ist von der Unzulässigkeit des Software-Updates auszugehen und dieses für Schadenersatzansprüche des Käufers gegen den Hersteller unbeachtlich. →

104) Siehe oben B.2.c.

105) *Feyers/Gsell*, NJW 2020, 1393 (1395).

106) Vgl OGH 5 Ob 274/09 v (obiter) bei Wandlung eines Kaufvertrags über ein mangelhaftes Kfz. Ähnlich bereits *Riedler*, ZVR 2020, 320 (321 FN 19); *Maderbacher*, Diesel-Abgasskandal: Benützungsentgelt nach Rückabwicklung, VbR 2020, 204 (207). Die Berechnung für die Nutzungen aus Kfz ist allg strittig, vgl *Novak*, Vorteilsausgleich bei Aufhebung von Pkw-Kaufverträgen mit schuldrechtlicher Wirkung ex tunc, ZVR 2020, 284; *Riautchnig*, Betriebswirtschaftliche Berechnung des Nutzungsentgelts für Kfz, ZVR 2020, 290; *Kepplinger*, Benützungsentgelt für die rechtsgrundlose Verwendung von Kraftfahrzeugen, ZVR 2018, 352.

107) Beachte *Radler*, Fälligkeit von Schadenersatzansprüchen, JBI 2015, 557 (561), der bei vorsätzl Schädigung vertritt, dass bereits ab dem Schadenseintritt Verzugszinsen gebühren. AA die Rsp und hA, nach der Fälligkeit erst ab Einmahnung eintritt (OGH RIS-Justiz RS0023392; *Danzl* in KBB⁶ § 1334 Rz 1).



→ In Kürze:

Anlässlich der zunehmenden Judikatur des BGH zu Fällen des Dieselskandals und der kürzlich ergangenen EuGH-E C-693/18, *CLCV ua*, über die Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen analysiert der Beitrag die schadenersatzrechtliche Haftung listiger Hersteller von manipulierten Kfz nach österr. Recht. Untersucht werden insb. die Auswirkungen eines Software-Updates, das Behalten des manipulierten Kfz durch den Geschädigten sowie der hypothetische Kauf eines Alternativfahrzeugs.

→ Zum Thema:

Über den Autor:

Mag. Richard Franz ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien. E-Mail: richard.franz@univie.ac.at

Literatur:

Krächler/Rzehorska, Überschreitung von Abgasgrenzwerten: Nichterfüllung der Zulassungsvoraussetzungen, ZVR 2016, 148; *Kogler*, Falsche Abgaswerte – Rechtsfolgen, SV 2017, 71; *Kepplinger*, Benützungsentgelt für die rechtsgrundlose Verwendung von Kraftfahrzeugen, ZVR 2018, 352; *Maderbacher*, Käuferrechte im Fall der Manipulation von Kfz-Emissionswerten (NOx), VbR 2019, 51; *Novak*, Vorteilsausgleich bei Aufhebung von Pkw-Kaufverträgen mit schuldrechtlicher Wirkung ex tunc, ZVR 2020, 284; *Riautschnig*, Betriebswirtschaftliche Berechnung des Nutzungsentgelts für Kfz, ZVR 2020, 290; *Riedler*, VW-Abgasskandal, ZVR 2020, 320; *Maderbacher*, Diesel-Abgasskandal: Benützungsentgelt nach Rückabwicklung, VbR 2020, 204; *Riedler*, Abgasskandal: 30-jährige Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche gegenüber der VW AG? ÖJZ 2021, 5.

Rennradsport – quo vadis?

ZVR 2021/61

§ 68 Abs 1 und 2 StVO;
§ 4 Abs 1 FahrradV

OGH 2 Ob 183/06k; 2 Ob 21/07p

Rennrad;

Trainingsfahrt;
Felgenbreite;

Rennlenker

Rennradfahren ist nicht nur eine gesunde, sondern auch eine sich immer größerer Beliebtheit erfreuende Sportart. Allerdings stellen die österr. Vorschriften erhebliche Hürden auf, die nicht nur zahlreiche (haftungs)rechtliche Fragen aufwerfen, sondern auch iZm der technischen Entwicklung einen Eingriff des Gesetzgebers für erforderlich scheinen lassen.

Von Christian Prader

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage
- B. Rennlenker
- C. Trainingsfahrt/Rennen
- D. Äußere Felgenbreite

A. Ausgangslage

Rennradfahrer sind nach der StVO privilegiert. So dürfen diese gem § 68 Abs 1 StVO generell auch bei vorhandenen Radwegen die Straße benützen und gem § 68 Abs 2 StVO auch auf öffentlichen Straßen nebeneinander fahren. Eine Definition des Rennradfahrers findet sich nicht, wohl aber eine solche des Rennfahrers. Insoweit definiert § 4 Abs 1 FahrradV¹⁾ ein Rennfahrrad wie folgt:

„§ 4. (1) Als Rennfahrrad gilt ein Fahrrad mit folgenden technischen Merkmalen:

1. Eigengewicht des fahrbereiten Fahrrades höchstens 12 kg;
2. Rennlenker;
3. äußerer Felgendurchmesser mindestens 630 mm und
4. äußere Felgenbreite höchstens 23 mm.“

Mit Ausnahme des Rennlenkers ist diese Legaldefinition eindeutig und nicht auslegungsbedürftig.

Damit kommt mE eine Analogie nur in Bezug auf die Definition des Rennlenkers in Betracht.²⁾

Auslegungsbedürftig bleibt neben der Rennlenkerdefinition auch der Begriff der Trainingsfahrt in § 68 Abs 1 und 2 StVO.

B. Rennlenker

Der OGH geht in seinen bisherigen Entscheidungen³⁾ davon aus, dass ein Rennlenker eine bestimmte, idR tief geduckte Körperhaltung des Radfahrers, die der Erzielung im Rennsport üblicher hoher Geschwindigkeiten förderlich ist, ermöglicht.⁴⁾ Damit komme laut dem OGH als Rennlenker tatsächlich nur ein nach unten gebogener Lenker in Betracht. Das BMVIT hat mit Schreiben vom 29. 10. 2012 eine Erklärung über die Begrifflichkeit „Rennlenker“ abgegeben.⁵⁾ Abgesehen davon, dass es hinterfragungswürdig erscheint, worauf die darin zu findende Schlussfolgerung des BMVIT basiert, dass 2001 tatsächlich nur gebogene Lenker bei

1) BGBl II 2001/146.

2) Eine Legaldefinition geht § 6 ABGB vor: 3 Ob 256/05a; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 9 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at); *Kodek* in *Rummel/Lukas*⁴ § 6 Rz 76.

3) 2 Ob 183/06k ZVR 2007/150 (krit *Kathrein*); 2 Ob 21/07p ZVR 2008/125 (krit *Kathrein*).

4) 2 Ob 21/07p ZVR 2008/125 (krit *Kathrein*).

5) „Hat man zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der gegenständlichen Verordnung im Jahr 2001 unter dem Begriff „Rennlenker“ auch ausschließlich eine Lenkstange mit nach vorne und unten gekrümmten Griffen verstanden, da dies zu diesem Zeitpunkt die einzige Form eines in Radrennen verwendeten Lenkers darstellte, so kommen heute, je nach Art des Radrennens, auch andere Lenkermodelle zum Einsatz. . . . Nach Ansicht des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie umfasst der Begriff „Rennlenker“ daher alle Lenker, die bei unterschiedlichen Radrennen zum Einsatz gelangen. Alle Ausführungen und Interpretationen zu diesem Begriff in der Literatur zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung oder wenig später sind in dieser Hinsicht nicht mehr als aktuell daher als obsolet zu betrachten.“; s aber noch ggf einen nach unten gebogenen Lenker in der Legaldefinition fordernd: *Bachler*, Handlungsbedarf des Gesetzgebers aus Sicht der verkehrsrechtlichen Judikatur der Höchstgerichte, ZVR 2009, 462 (466).