



Gewährleistung und Haftung bei abgasmanipulierten Fahrzeugen

ARNOLD F. RUSCH*



ANGELO SCHWIZER**

Der Abgasskandal von Volkswagen und weiteren Herstellern deckt diverse Probleme des Zivilrechts und Ineffizienzen des Prozessrechts auf. Wie kommt man als Käufer in Vertriebsketten zu seinem Recht, wenn der Hersteller einen Mangel verschweigt, der Verkäufer aber die Fahrzeuge ahnungslos vertreibt? Dieser Beitrag nimmt die wichtigsten Fragen auf und entwickelt Lösungsansätze dazu.

L'affaire Volkswagen a révélé plusieurs problèmes relevant du droit civil et diverses inefficacités procédurales. Comment faire valoir ses droits dans une chaîne de distribution lorsque le producteur a frauduleusement dissimulé un défaut de la voiture, mais que le concessionnaire n'en savait rien? Cette contribution fait le tour des principales questions en lien avec ce scandale industriel et ébauche des réponses possibles.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Decken die Garantien alle Folgen der Manipulationen?
 - A. Schwächerer Motor und höherer Verbrauch
 - B. Schäden aufgrund des Nutzungsausfalls
 - C. Wertverlust
 - D. Kosten der Anpassungen im Rahmen des Rückrufs
 - E. Kosten und Schäden nach Ablauf der Garantie
- III. Gibt es vertragliche Lösungen?
 - A. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - B. Drittschadensliquidation
 - C. Ausdehnung der vertraglichen Frist auf die Herstellergarantie
 - D. Zurechnungsmodelle
- IV. Vertrauenshaftung
- V. Klage aus sittenwidriger Schädigung
- VI. Ausblick

I. Einleitung

Allen abgasmanipulierten Fahrzeugen ist gemein, dass der jeweilige Hersteller mit spezieller Technik versucht hat, die Abgaswerte seiner Fahrzeuge auf dem Prüfstand in unzulässiger Weise zu beeinflussen. So gibt es Fahrzeuge, deren Technik den Abgasprüfstand erkennt und sodann sämtliche Parameter dergestalt verändert, dass diese die relevanten Abgas- und Verbrauchswerte einhalten. Andere Fahrzeuge verfügen über eine Technik, die nur

auf dem Prüfstand normal funktioniert, sich auf der Strasse aber deaktiviert.¹ Dieser Unterschied spielt im Ergebnis keine Rolle:² Die davon betroffenen Fahrzeuge weisen

¹ Vgl. die einfache Beschreibung bei LG Bochum, I-2 O 425/15, 16.3.2016, BeckRS 2016, 05964: «Das Fahrzeug des Klägers ist mit einem Motor mit der Bezeichnung (...) ausgestattet. Bestandteil der Abgasbehandlung bei Fahrzeugen, die mit einem Dieselmotor ausgerüstet sind, ist die Abgasrückführung, die kein Teil der Abgasreinigungsanlage ist. Während des Verbrennungsprozesses wird eine Mischung aus Luft und Kraftstoff verbrannt. Aus der Reaktion von Stickstoff und Sauerstoff entstehen Stickoxide. Diese werden bei der Abgasrückführung aus dem Auslassbereich des Motors über ein Abgasrückführungsventil in den Ansaugtrakt des Motors zurückgeleitet, um einen Teil der Frischluft zu ersetzen. Während dieses Vorgangs verlassen die rückgeführten Gase den Motor nicht. Dabei entscheidet eine Umschaltlogik darüber, welcher von zwei verschiedenen Abgasrückführungs-Modi zur Anwendung kommt. Bei Modus 1 kommt es zu einer relativ hohen Abgasrückführungsrate, während die Abgasrückführungsrate beim Modus 0 geringer ist. Unter realen Fahrbedingungen im Strassenverkehr wird das Fahrzeug im Abgasrückführungs-Modus 0 betrieben. Der Modus 1 findet dagegen ausschliesslich im Prüfstandsverfahren Anwendung.»

² So auch LG Bochum (FN 1): «Das vom Kläger erworbene Fahrzeug ist mangelhaft. Auch nach den Darlegungen der Beklagten ist darin eine Umschaltlogik verbaut, die dafür sorgt, dass das Fahrzeug im Prüfstandsbetrieb andere Emissionswerte vortäuscht als es im normalen Strassenverkehr einhalten kann. (...). Selbstverständlich unterscheiden sich die Emissionswerte im Alltagsbetrieb eines Fahrzeugs von denen in einem synthetischen Prüfzyklus. (...) Dennoch besteht bei einem die Prüfstandswerte nicht manipulierenden Fahrzeug die Gewähr dafür, dass die Vermeidung schädlicher Emissionen im Strassenverkehr mit derselben Effektivität wie auf dem Prüfstand erfolgt. Dies ist bei dem klägerischen Pkw jedoch nicht der Fall. Hier sorgt eine technische Vorrichtung dafür, dass im Prüfstandsbetrieb eine Abgasreinigung vorgetauscht wird, die im Alltagsbetrieb schon grundsätzlich nicht stattfindet. Dabei ist entgegen der Ansicht der Beklagten unerheblich, ob dies durch Manipulationen der Abgasrückführung oder Abschaltung des Emissionskontrollsystems erfolgt. Welche technischen Massnahmen der Fahrzeughersteller gewählt hat, um in unzulässiger Weise

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue.

** ANGELO SCHWIZER, Dr. iur., Rechtsanwalt und öffentlicher Notar in Gossau (SG).

Es handelt sich um eine ergänzte, aktualisierte und vom Volkswagen-Sachverhalt abstrahierte Neufassung des Artikels im Tagungsband der Strassenverkehrsrechtstagung 2016 in Freiburg: Gewährleistung und Haftung im VW-Abgasskandal, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2016, Bern 2016, 201 ff.

einen Mangel auf. Genauer betrachtet geht es um einen *rechtlichen Sachmangel* im Sinne des Art. 197 Abs. 1 OR, weil die «Schummeltechnik» die Bestimmungen der Fahrzeugzulassung verletzt³ und deshalb einer Korrektur bedarf. Die relevante Abgasnorm des Fahrzeugs, die die Schummelfahrzeuge nicht erfüllen, bildet überdies Teil einer konkludenten oder expliziten Zusicherung.⁴

Für die jeweiligen Fahrzeughalter stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Manipulationen und der Rückruf mit sich bringen und welche Rechte ihnen gegenüber wem zustehen. Es besteht die Befürchtung, dass die Fahrzeuge nach der Nachrüstung mehr Kraftstoff verbrauchen, weniger Leistung erbringen und im Weiterverkauf tiefere Preise erzielen. Ferner bringt die Nachrüstung verschiedene Begleitkosten und mögliche weitere Schadensposten mit sich. Zu denken ist an Weg- und Transportkosten sowie den Nutzungsausfall.

Im Normalfall kauft man das Fahrzeug nicht beim Hersteller, sondern bei einem Vertriebspartner des Herstellers. Gegenüber diesem Verkäufer würde bei Mängeln die normale Trias von Ansprüchen aus Art. 197 ff., 97 ff. und 23 ff. OR gelten.⁵ Im Falle einer widerrechtlichen oder sittenwidrigen Schädigung treten die Ansprüche aus Art. 41 OR hinzu.⁶ Indes geben Hersteller, Importeure oder Verkäufer oft Garantien ab, die neben die meist reduzierte Sachgewähr des Verkäufers treten oder diese vollumfänglich ersetzen sollen. Werden diese Garantien vom Hersteller oder Importeur gewährt, die am Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer nicht beteiligt sind, handelt es sich um eine Herstellergarantie. Falls der Verkäufer dem Käufer das Garantieverprechen abgibt, liegt der Tatbestand der Verkäufergarantie vor.⁷

bessere Emissionswerte vorzutauschen, ist ohne Belang. Ebenso ist unerheblich, ob man diese Software als Schummelsoftware bezeichnet oder nicht.»; LG Krefeld, 2 O 72/16 und 2 O 83/16, beide 14.9.2016, Internet: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/krefeld/lg_krefeld/j2016/2_O_72_16_Urteil_20160914.html (Abruf 20.9.2016), N 29.

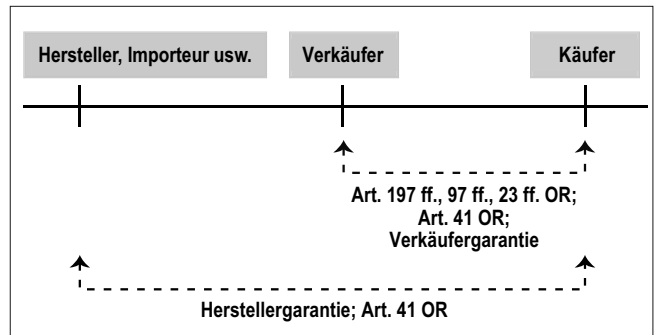
³ Art. 52 Abs. 5 VTS verweist in Anhang 5 Nr. 211 lit. a auf die Verordnung 715/2007/EG (vgl. dort Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 Abs. 2 715/2007/EG).

⁴ LG Krefeld (FN 2), N 26.

⁵ Vgl. BSK OR I-HONSELL, vor Art. 197–210 N 6 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser), und BGE 114 II 131 E. 1.

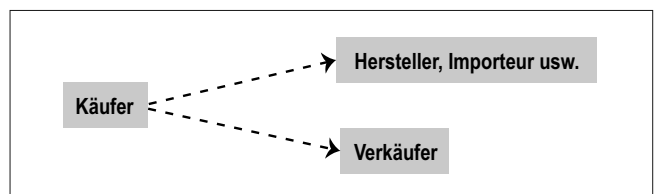
⁶ BSK OR I-HONSELL (FN 5), vor Art. 197–210 N 7.

⁷ Überwiegender Auffassung nach gilt im Kontext von Herstellergarantien jedes Glied der indirekten Distributionskette als Hersteller, welches nicht am Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer beteiligt ist. Somit gelten auch vom Importeur, Grosshändler usw. an den Käufer gewährte Garantien als Herstellergarantien. Demgegenüber handelt es sich bei Verkäufergarantien ausschliesslich um Garantien, welche der Verkäufer dem Käufer abgibt (vgl. ANGE-



Grafik 1: Anspruchsgegner und -grundlagen beim Fahrzeugkauf

In Bezug auf die Haftung für Mängel besteht demnach im Regelfall ein sich aus Hersteller, Verkäufer und Käufer zusammensetzendes Dreipersonenverhältnis. Der vom Mangel betroffene Käufer kann sich potentiell gegen Verkäufer (Art. 197 ff., 97 ff., 23 ff., OR; Art. 41 OR; Verkäufergarantie) und Hersteller (Herstellergarantie; Art. 41 OR) wehren.



Grafik 2: Dreipersonenverhältnis zwischen Hersteller, Verkäufer und Käufer

Bei den im Fahrzeugbereich gewährten Hersteller- oder Verkäufergarantien handelt es sich um verkehrstypische Haltbarkeitsgarantien (unselbständige Garantien),⁸ welche dem Käufer gegenüber dem Hersteller meist nur einen Nachbesserungsanspruch einräumen, falls während der Garantiedauer ein Sachmangel auftritt und dieser nicht Folge eines Selbst- bzw. Drittverschuldens oder höherer Gewalt bildet. Weitergehende Ansprüche (Wandlung, Minderung, Schadenersatz) schliessen die Garantien regelmässig aus. Diese Rechte leben dennoch wieder auf, wenn die Nachbesserung mehrfach fehlschlägt oder sich

LO SCHWIZER, Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen, Diss. St. Gallen 2015, Zürich/St. Gallen 2016, N 6 m.w.H.).

⁸ Mit Herstellergarantieerklärungen wird im Regelfall der Auslobungs- oder Vertragstatbestand erfüllt (Art. 1 ff., 8 OR; vgl. SCHWIZER [FN 7], Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen, Diss. St. Gallen 2015, Zürich/St. Gallen 2016, N 33 ff.). Für eine Übersicht über die verschiedenen Garantiearten vgl. BGE 122 III 426 E. 4 und HARM PETER WESTERMANN, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. A., München 2016 (zit. MK-WESTERMANN), § 443 BGB N 8–10; SCHWIZER (FN 7), N 5 ff.

als unzumutbar erweist.⁹ Die Wandlung kommt in vielen Fällen unabhängig davon aber nicht in Frage. In Deutschland hat das LG Bochum das Recht zur Wandlung im VW-Abgasskandal wegen Geringfügigkeit des Mangels und der wenig aufwendigen Nachbesserung verneint.¹⁰ Diese Rechtsprechung dürfte gestützt auf Art. 205 Abs. 2 OR auch für die Schweiz in vielen Fällen zutreffend sein.

Das Landgericht Krefeld hat jedoch am 14. September 2016 bei zwei betroffenen Audis die Wandlung zugelassen. Man muss hier präzisieren, dass es um einen Rücktritt aufgrund der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Nachbesserung geht (§§ 437 Nr. 2, 440 BGB). Die Erwägungen des Krefelder Landgerichts passen aber auch zu Schweizer Garantien, die eine Wandlung ausschliessen wollen: Im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 4. Januar 2016 sei noch nicht klar gewesen, wann und ob die Nachbesserung der Fahrzeuge überhaupt möglich sei und vom zuständigen Bundesamt genehmigt werde.¹¹ Zu dieser Unsicherheit sei hinzugekommen, dass die Nachbesserung weitere Nachteile zumindest habe vermuten lassen: *«Es war vorliegend zum Zeitpunkt des Rücktritts, auf den allein abzustellen ist [...], nicht auszuschliessen, dass die Beseitigung der Manipulations-Software negative Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch und die Motorleistung haben würde. Im Gegenteil, derartige Befürchtungen wurden gerichtsbekannt auch von Fachleuten mehrfach öffentlich geäußert und beruhen auf der naheliegenden Überlegung, warum der Hersteller Audi nicht schon bei der Entwicklung der Motoren zur Erstellung einer entsprechenden Software in der Lage gewesen sei bzw. warum Audi nicht schon viel früher, nämlich schon weit vor Bekanntwerden des Abgasskandals, die Entwicklung der jetzt in Aussicht gestellten Software unternommen habe. Sie beruhen weiter auf dem bekannten Zielkonflikt zwischen günstigen Stickoxidwerten und günstigen Kohlendioxidwerten.»*¹² Es bleibe somit ein berechtigter Mangelverdacht,¹³ der die

Nachbesserung als unzumutbar erscheinen lasse. Die Unzumutbarkeit der Nachbesserung bestehe auch darin, dass die Softwarenachbesserung ausgerechnet vom VW-Konzern stamme, der schon die Schummelsoftware zu verantworten hatte. Zwar führe der Verkäufer die Nachbesserung durch, doch ziehe er dafür den VW-Konzern als Erfüllungsgehilfen bei. Der Vertragshändler habe beim Verkauf der Fahrzeuge vom positiven Ruf des Herstellers profitiert. Nun müsse er sich auch den schlechten Ruf des arglistigen Herstellers entgegenhalten lassen.¹⁴

II. Decken die Garantien alle Folgen der Manipulationen?

A. Schwächerer Motor und höherer Verbrauch

Denkbar sind eine schwächere Motorenleistung und ein höherer Verbrauch infolge der technischen Anpassungen im Rahmen des Rückrufs. Schon hier zeigt sich das Problem, dass die meisten Garantien nur die Nachbesserung vorsehen, die bei einem korrekt durchgeführten Rückruf keine Hilfe verspricht. Wenn die Nachbesserung des Fahrzeugs aufgrund des *rechtlichen* Sachmangels (oben I.) *körperliche* Sachmängel verursacht, bringt eine weitere Nachbesserung von vornherein nichts. Wollte man die Minderleistung oder den Mehrverbrauch nachbessern, müsste man die gerade erfolgte Nachbesserung wieder rückgängig machen. Diese Problematik lässt sich als *unmögliche Nachbesserung* erfassen. Wenn die Wandlung oder Minderung in Übereinstimmung mit der Rechtslage nach zwei fehlgeschlagenen Versuchen wieder auflebt,¹⁵

tanz insbesondere durch Vorlage eines Gutachtens [...] vertieft hat [...]. Ferner ist von ihr bereits in dem Klageentwurf im Einzelnen unter Verweis auf Anlagen ausgeführt worden, dass Fahrzeuge, die von dem Abgasskandal betroffen seien, dauerhaft mit einem Makel behaftet seien, was zu einem merkantilen Minderwert führe [...]. Da die von der Antragstellerin als solche schlüssig vorgebrachten und unter Sachverständigenbeweis gestellten Behauptungen, wonach eine Behebung des Mangels ohne das Auftreten von Folgeproblemen nicht möglich sei und es trotz der von den Antragsgegnern angedachten Nachbesserungsmassnahmen bei dem Fahrzeug zu einer dauerhaften Wertminderung kommen werde, grundsätzlich nur mittels eines Sachverständigengutachtens auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können [...], kann vorliegend der beabsichtigten Klage eine hinreichende Erfolgsaussicht [...] nicht abgesprochen werden.»; vgl. MK-WESTERMANN (FN 8), § 440 BGB N 8; vgl. zum ähnlichen Konzept des Verdachts als Mangel ARNOLD F. RUSCH, Verdacht als Mangel, AJP 2012, 44 ff., 44 f.

¹⁴ LG Krefeld (FN 2), N 48.

¹⁵ Vgl. die Hinweise in FN 9 und FN 13.

⁹ Vgl. BGE 91 II 344 E. 2e und § 440 S. 2 BGB.

¹⁰ LG Bochum (FN 1); ebenso LG Münster, 011 O 341/15, 14.3.2016, BeckRS 2016, 06090, E. 1.3.

¹¹ LG Krefeld (FN 2), N 58.

¹² LG Krefeld (FN 2), N 35.

¹³ LG Krefeld (FN 2), N 33 ff.; vgl. dazu auch OLG Celle, 7 W 26/16, 30.6.2016, N 7: «Allgemein gilt, dass eine objektive Unmöglichkeit der Nachbesserung auch dann anzunehmen ist, wenn der Mangel als solcher einschliesslich seiner Ursache zwar beseitigt werden kann, dies aber nur unter Zurückbleiben einer technischen und/oder merkantilen Wertminderung möglich ist [...]. Hierauf hat sich die Antragstellerin bereits in ihrem Klageentwurf berufen. Sie hat unter Darlegung im Einzelnen und unter Bezugnahme auf Unterlagen vorgebracht, dass eine Nachbesserung nachteilige Auswirkungen auf das Fahrzeug haben werde [...], was sie in der Beschwerdeins-

muss man deren Auferstehung bei Unmöglichkeit der Nachbesserung ebenfalls bejahen.

Ein allfälliger Mehrverbrauch von Treib- oder Zusatzstoffen (z.B. Harnstoff, «AdBlue») fällt unter den *Mangelfolgeschaden*.¹⁶ Diesen schliessen die AGB der Garantie meist aus. Im Falle einer absichtlichen vorgenommenen und damit auch absichtlich verschwiegenen Schummelei erweist sich die Freizeichnung in der Herstellergarantie aufgrund der Art. 100, 199 OR als unbeachtlich. Diese Argumentation funktioniert indes nur bei der Herstellergarantie. Stammt die Garantie vom ahnungslosen Verkäufer oder Importeur, fehlt das für Art. 100 bzw. 199 OR notwendige Verschulden. Denkbar bleibt dann noch die Nichtigkeit des pauschalen Schadenersatz-Ausschlusses: Weil die vollumfängliche Freizeichnung auch den Schadenersatz bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit erfasst und für diese beiden Verschuldensformen keinen Ausschluss vorsieht, ist sie zu weit gefasst und damit ganzlich.¹⁷ Schliessen die AGB der Garantie alle über die Nachbesserung weitergehenden Ansprüche «soweit gesetzlich zulässig» aus, so ist die gesamte Freizeichnung aufgrund der Intransparenz der Klausel und des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion – die Formulierung gehört zur erweiterten Gattung der salvatorischen Klauseln – unseres Erachtens nichtig.¹⁸

Das Problem ist dadurch aber erst zur Hälfte gelöst. Ein Mehrverbrauch *im Alltag* ist für die Sachgewährleistung grundsätzlich ohne Bedeutung. Gewährleistungsrechte ergeben sich gemäss Rechtsprechung und Lehre in Deutschland erst, wenn sich die Verbrauchsangaben der Hersteller unter den Laborbedingungen der EU-Richtlinie nicht erreichen lassen.¹⁹ Es kommt folglich vordergründig darauf an, ob das Fahrzeug den *Prüfstand* oder die *Umwelt* täuscht (oben I.). Nur wenn die Software den Prüfstand täuscht, könnte die Eliminierung der Schummeltechnik zu einem gewährleistungsrechtlich relevanten Mehrverbrauch führen. Schaltet die Software die Abgasreinigung lediglich im Alltagsbetrieb aus, ist nach der Eliminierung der Schummeltechnik zwar genauso ein Mehrverbrauch denkbar. Da sich dieser aber nur im Alltagsbetrieb zeigt, wäre er nach obiger Rechtsprechung nicht relevant. *Was muss man daraus ableiten?* Es zeigt

primär, dass die Rechtsprechung falsch ist. Verbrauchsangaben sind nur dann von Interesse, wenn sie sich im Alltag realisieren lassen und wenn sie als kaufrechtliche Zusicherungen dienen, denn so verstehen sie viele Käufer auch heute noch. Aus diesem speziellen Blickwinkel spielt es keine Rolle, ob die Software den Prüfstand oder die Umwelt täuscht. *Sekundär* wäre die Anrufung des Rechtsmissbrauchs angezeigt, wenn sich ein arglistiger Hersteller darauf berufen würde – Hersteller, die sich der Schummeltechnik bedienen, nehmen Mehrverbräuche gerade im Alltag in Kauf.

B. Schäden aufgrund des Nutzungsausfalls

Generell ist zwischen Nutzungsausfällen *mit und ohne* Vermögensfolge zu unterscheiden. Fallen z.B. Mietkosten für ein Ersatzauto während der Reparaturdauer an, dann ist von einem *konkreten* Nutzungsausfall die Rede. Beim Wegfall blosser Gebrauchsvorteile liegt hingegen ein *abstrakter* Nutzungsausfall vor.²⁰ Ein Teil der Lehre und das Bundesgericht anerkennen einzig den konkreten Nutzungsausfall als ersatzberechtigt an,²¹ teilweise gar nur in gewerblichen Verhältnissen.²² Bejaht man den Schaden und seine Ersatzfähigkeit, so zeigen sich bezüglich der Ausschlüsse in den Garantie-AGB dieselben Probleme wie beim Mehrverbrauch (II.A.).

C. Wertverlust

Selbst wenn die Nachrüstungsmaßnahmen keine negativen Auswirkungen auf die Fahrzeugeigenschaften zeitigen, ist davon auszugehen, dass bei den betroffenen Fahrzeugen aufgrund der Unsicherheit unter den Käufern ein merkantiler Minderwert bleiben wird.²³ Überwiegender Auffassung nach handelt es sich hierbei um einen

¹⁶ ARNOLD F. RUSCH, Problematische Treibstoffverbrauchsangaben beim Autokauf, Jusletter vom 2. November 2009, N 24.

¹⁷ ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich. Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 206 f.

¹⁸ Vgl. ARNOLD F. RUSCH, Salvatorische Klauseln in AGB, sui-generis 2016, 73 ff., Internet: <http://sui-generis.ch/25> (Abruf 20.9.2016), 76 ff., N 9 f., m.w.H.

¹⁹ Zu diesem Problem vgl. RUSCH (FN 16), Jusletter vom 2. November 2009, N 18. In der Schweiz gibt es dazu keine Entscheide.

²⁰ Vgl. HUBERT STÖCKLI, Schaden und Schadenersatz beim Bauen, Schweizerische Baurechtstagung 2003, 7 ff., 11.

²¹ Vgl. BGE 126 III 388 E. 11a und BGE 132 III 379 E. 3.3.2; vgl. die Übersicht und die ebenfalls ablehnende Haltung bei BSK OR I-KESSLER (FN 5), Art. 41 N 4; die Ersatzfähigkeit auch des abstrakten Nutzungsausfalls bejahen BARBARA KLETT, Der Nutzungsausfall als Schadensposition, HAVE 2012, 377 ff., sowie THOMAS PROBST, Der Ersatz «immateriellen Schadens» im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2010, 35 ff., 38 ff.

²² KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 42 N 18, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), OR, Kurzkommentar, Basel 2014 (zit. KUKO OR-Verfasser).

²³ Laut *comparis.ch* sind die Preise der VW-Occasionen mit Dieselmotor zwischen August 2015 und Mitte August 2016 im Durchschnitt um 26 Prozent gesunken, Internet: <http://m.20min.ch/finance/news/story/18406552> (Abruf 20.9.2016).

Mangelfolgeschaden.²⁴ Dazu kann somit das mit Bezug auf den Nutzungsausfall Gesagte auch Geltung beanspruchen. Denkbar wäre allerdings auch die Argumentation, dass wie bei einem reparierten Unfallwagen ein Verdacht hängenbleibt, wonach weitere Spätfolgen auftreten könnten.²⁵ Dieser *Verdacht als Mangel* würde die Türe zu Wandlung und Minderung wieder öffnen.²⁶

D. Kosten der Anpassungen im Rahmen des Rückrufs

Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) kann einen Fahrzeugrückruf wegen fehlender Typenkonformität erzwingen (Art. 31b TGV²⁷). Einem behördlichen Rückruf muss man als Halter eines betroffenen Fahrzeugs Folge leisten, da ansonsten der Entzug der Zulassung droht. Auch wenn ein Rückruf ohne behördliche Verfügung und damit freiwillig erfolgt, kann das ASTRA Fahrzeugen, die nicht den Anforderungen des SVG und der Ausführungserlasse entsprechen, den Fahrzeugausweis entziehen (Art. 106 Abs. 1 lit. a VZV).

Die Kosten aller Massnahmen im Zusammenhang mit der Konformitätsüberprüfung trägt gemäss Art. 26 Abs. 3 TGV der Inhaber der Typengenehmigung, also die Herstellerin. Diese Norm regelt indes nur das Verhältnis *zwischen Importeur und dem Bundesamt*, nicht aber *zwischen Fahrzeughalter und Hersteller bzw. Verkäufer*. Daraus folgt: Solange eine Herstellergarantie oder die gesetzliche Gewährleistung läuft, kann der Fahrzeughalter die Kosten der Anpassung abwälzen.²⁸ Nachher wird es schwieriger – doch dazu mehr unten.

E. Kosten und Schäden nach Ablauf der Garantie

Die vorstehenden Überlegungen lassen den zeitlichen Aspekt ausser Acht. Sämtliche Ansprüche stehen *unter der Voraussetzung der noch bestehenden Garantie*. Für viele der betroffenen Fahrzeuge besteht zufolge Zeitablaufs

keine Garantie mehr.²⁹ Das Korrektiv zu diesem Problemkreis thematisieren wir in den folgenden Überlegungen.

III. Gibt es vertragliche Lösungen?

Falls seitens des Garantiegebers kein Verjährungsverzicht erfolgt ist, erhebt sich die Frage, wie man eine längere Verjährungsfrist für den Endkäufer herleiten könnte. Es lohnt sich, diese Analyse mit einer vereinfachten Fragestellung zu veranschaulichen: Wer sein Fahrzeug direkt beim schummelnden Hersteller kauft, käme aufgrund des arglistig herbeigeführten Mangels ohne Zweifel in den Genuss der zehnjährigen Sachgewährleistung gemäss Art. 210 Abs. 6 OR. *Weshalb soll es anders sein, wenn das Fahrzeug durch mehrere Hände zum Endabnehmer gelangt?*³⁰ Jede Verkürzung der Ansprüche aufgrund der Lieferkette erscheint besonders stossend, weil die Hersteller durch die Manipulationssoftware Millionen eingespart und ebensolche Gewinne erzielt haben.³¹ Der Weg zur Lösung könnte über den *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, über die *Drittschadensliquidation* oder eine entsprechende *Verlängerung der Herstellergarantie* verlaufen.

Die Lehre verneint einen Anspruch aus Drittschadensliquidation oder Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, weil aufgrund der bestehenden Produkthaft-

²⁴ HGer ZH, HG120158, 26.11.2014, E. 7.3; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHÖTT (FN 5), Art. 368 N 38, m.w.H., auch auf abweichende Meinungen.

²⁵ Vgl. oben I., letzter Absatz, und BGE 96 IV 145 E. 2: «Selbst Laien im Autohandel wissen, dass nach derartigen Reparaturen mit der Möglichkeit erst später auftretender Mängel gerechnet werden muss, weshalb solche Wagen im Handel niedriger bewertet werden.»

²⁶ Dazu RUSCH (FN 13), AJP 2012, 44 ff.

²⁷ Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Typengenehmigung von Strassenfahrzeugen (TGV; SR 741.511).

²⁸ Vgl. EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Zürich 2011, 86.

²⁹ Neben dem Zeitablauf gibt es selbstverständlich weitere potentielle Untergangsgründe für die Ansprüche aus Verkäufer- und Herstellergarantie (z.B. rechtsgenügende Mängelrüge, Einhaltung des Serviceintervalls usw.). Freilich gilt es im Einzelfall jeweils zu untersuchen, ob die vom Verkäufer und/oder Hersteller stipulierten Voraussetzungen für die Geltendmachung des Garantieanspruchs tatsächlich rechtsgültig sind (insbesondere Vereinbarkeit mit Art. 8 UWG aufgrund des AGB-Charakters solcher Bestimmungen; vgl. SCHWIZER [FN 7], N 103 f., 148 ff.).

³⁰ Dieser Gedanke bei CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 494 ff., 495, ebenso bei MICHAEL HASSEMER, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen: zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Habil. München 2006 = Jus privatum, Band 118, Tübingen 2007, 267 ff.; differenzierend LEONORA MARTI-SCHREIER, Vertragliche Drittschadensliquidation, Diss. Bern 2015, N 200.

³¹ HELMUT KOZIOL, Die Bereicherung des Schädigers als schadenersatzrechtliches Zurechnungselement?, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinzki, Wien 2002, 175 ff., 195, schlägt die Berücksichtigung der Bereicherung für die Bejahung einer Produkthaftpflicht für reine Vermögensschäden vor; die Schummelsoftware hat gemäss Medienberichten bei Volkswagen zu Ersparnissen von bis zu EUR 100 pro Fahrzeug geführt, Internet: <http://www.managermagazin.de/unternehmen/autoindustrie/dirty-diesel-skandal-volkswagen-sparte-an-katalysatoren-a-1054007.html> (Abruf 20.9.2016).

pflicht kein Bedürfnis mehr dafür bestehe.³² Das Bundesgericht hat die Drittschadensliquidation und den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter schon mehrfach thematisiert, jedoch noch nie gestützt darauf einen Anspruch bejaht.³³ Gerade die Abgasskandale könnten Anlass bieten, dies zu hinterfragen. Wie kann man sich auf die lange Frist gemäss Art. 210 Abs. 6 OR berufen, wenn der jeweilige Verkäufer bezüglich der Manipulationen ahnungslos war – und nur mit diesem hat man einen Vertrag geschlossen? Wie kann man reine Vermögensschäden einklagen, wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft?

A. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

HUGUENIN³⁴ nennt für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter folgende Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen:

- Leistungsnähe des Dritten zum Vertrag;
- schutzwürdiges Interesse des Gläubigers am Einbezug des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich;
- Erkennbarkeit der Leistungsnähe und des schutzwürdigen Interesses;
- Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der jeweiligen vertraglichen Haftungsnorm.

Die Leistungsnähe des Endkunden zum Vertrag der Händler mit dem Hersteller könnte sich daraus ergeben, dass die Fahrzeuge nicht für den Importeur oder den Händler, sondern für die Endkunden bestimmt sind. Dieser Kontakt ergibt sich nicht zufällig. Es ist vielmehr die gewollte Bestimmung eines jeden Fahrzeugs.³⁵ Dass der Verkäufer – also der Gläubiger – am Einbezug des Endkunden in den Vertrag mit dem Hersteller ein Interesse hat, könnte sich daran zeigen, dass er diesem selber auch die Gewährleistung schuldet. Der Verkäufer ist folglich auch daran interessiert, dass der Hersteller die Gewähr im Rahmen der Garantie leistet. Dem Verkäufer selber steht auch die Gewähr durch den Hersteller zu. Zwischen den Endkunden und dem Verkäufer besteht somit *zumindest kein Inter-*

sengegensatz.³⁶ Der Hersteller weiss um die Leistungsnähe der Endkunden zum Verkäufer und um das schutzwürdige Interesse des Verkäufers an der Einbeziehung der Endkunden. Deshalb gewähren die Hersteller auch eine Herstellergarantie. Jedes Glied in der Vertriebskette profitiert von einer geglückten Kundenbeziehung.³⁷

Die übrigen Voraussetzungen der jeweiligen Haftungsnorm liegen auch vor. Weil der Hersteller absichtlich oder zumindest eventualvorsätzlich gehandelt hat, schuldet er seinem Käufer die zehnjährige Sachgewähr (Art. 210 Abs. 6 OR), auf die sich folglich auch der Endkunde als geschützter Dritter berufen kann. Das Ergebnis ist stimmig, weil es auch reine Vermögensschäden abdeckt und die Verjährung sich an vertraglichen Grundsätzen orientiert, doch die Begründung wirkt ein wenig konstruiert. Es hätte zur Folge, dass sämtliche Vertriebsketten nur noch Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter enthalten würden. Es gibt Stimmen, welche dies befürworten,³⁸ doch hat die deutsche Rechtsprechung ein solches Ansinnen nicht geschützt.³⁹

B. Drittschadensliquidation

Zu demselben Ergebnis gelangt man über die Drittschadensliquidation, bei der man den Schaden des Endkunden zum anspruchsberechtigten Verkäufer zieht. Die Lehre erwähnt die Drittschadensliquidation stets nur im Zusammenhang mit obligatorischer Gefahrentlastung, indirekter Stellvertretung, Treuhand- und Obhutsverhältnissen.⁴⁰ Liefer- und Absatzketten finden keine Erwähnung, doch ergibt sich die Entlastung bei abgasmanipulierten Fahrzeugen auf ähnliche Weise. Sobald eine Absatzkette vorliegt, entlastet Art. 210 Abs. 6 OR den arglistigen Hersteller, weil der Endverkäufer ahnungslos ist. Kann aber der Schaden nur dasjenige Glied in der Absatzkette treffen, das nichts fordern kann, müsste die Rechtsprechung das Resultat korrigieren. Gerade solche Fälle hat die Drittschadensliquidation im Visier: «*Nur in besonderen Fällen hat die Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen, nämlich*

³² HARALD BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität, Habil. Zürich 2009, 344.

³³ Vgl. BGE 130 III 345 E. 1 (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter); vgl. BGer, 4A_422/2010, 21.10.2010, E. 2.6 (Drittschadensliquidation); vgl. BGer, 4C.139/2005, 29.3.2006, E. 3.3 (Vertrag zugunsten Dritter bejaht – das Bundesgericht hat darin aber in Tat und Wahrheit die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geprüft).

³⁴ CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2014, N 1585.

³⁵ Vgl. HUGUENIN (FN 34), N 1586.

³⁶ Vgl. dazu HUGUENIN (FN 34), N 1587 f.; vgl. BGE 130 III 345 E. 1.

³⁷ HASSEMER (FN 30), 261.

³⁸ Vgl. die Hinweise bei HASSEMER (FN 30), 270.

³⁹ BGH, VI ZR 48/73, 14.5.1974, in: NJW 1974, 1503 ff., 1503; vgl. auch HASSEMER (FN 30), 269 ff.

⁴⁰ PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014, N 2883, 2886; so auch BGer, 4A_422/2010, 21.10.2010, E. 2.6; HUGUENIN (FN 34), N 1603, hält zu Recht dafür, dass sich die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation an diejenigen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter anpassen sollten.

dann, wenn das durch den Vertrag geschützte Interesse infolge besonderer Rechtsbeziehungen zwischen dem aus dem Vertrag berechtigten Gläubiger und dem Träger des Interesses dergestalt auf den Dritten (verlagert) ist, dass der Schaden rechtlich ihn und nicht den Gläubiger trifft. Daraus darf der Schädiger keinen Vorteil zum Nachteil des Dritten ziehen: er muss dem Gläubiger den Drittschaden ersetzen.»⁴¹ In diesem Hühnerpest-Fall hat der deutsche BGH das Vorliegen eines besonderen Falles und damit die Anwendung der Drittschadensliquidation in Absatzketten verneint. Tatsächlich erfolgte im Hühnerpest-Fall – und auch bei den Abgasskandalen – keine *rechtliche Verlagerung* eines tatsächlich anderswo aufgetretenen Schadens,⁴² die wie bei der obligatorischen Gefahrentlastung eine Ausnahme legitimiert. Der Schaden hätte bei noch nicht verkauften Fahrzeugen ebenso bei den Händlern eintreten können – gerade die Händler müssen meist mehrere Fahrzeuge an Lager halten. Die Voraussetzungen würden sonst aber durchaus passen. Auch das Resultat wäre stimmig. Im Ergebnis führt diese Argumentation die Drittschadensliquidation aber bloss deshalb ein, weil der Hersteller vorsätzlich gehandelt hat. Jedes Vertriebssystem kennt die hier beschriebenen Probleme. Die vorliegende Situation mit einem absichtlich eingebauten Mangel mag besonders stossend wirken, doch eröffnet sich gerade und einzig dann das Korrektiv der sittenwidrigen Schädigung im Sinne des Art. 41 Abs. 2 OR gegen den Hersteller. Das System geht somit insofern wieder auf (unten V.). Das ist noch keine ideale Situation, denn der Beweis eines Anspruchs aus Art. 41 Abs. 2 OR bleibt schwierig. Einzuräumen ist allerdings, dass auch die längere Frist des Art. 210 Abs. 6 OR den Beweis der Absicht notwendig macht.

Die Diskussion über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und die Drittschadensliquidation erübrigt sich aber für die Praxis ohnehin. Beide Ansprüche scheitern an der fehlenden Anerkennung durch die schweizerischen Gerichte.⁴³

C. Ausdehnung der vertraglichen Frist auf die Herstellergarantie

Bei unselbständigen Garantien (oben I.) ist zwischen *Garantiedauer* und *Verjährungsfrist* zu unterscheiden: Die Garanten haben dem Käufer aufgrund ihrer Garantieverprechen grundsätzlich nur für diejenigen Mängel einzustehen, die während der Garantiedauer in Erscheinung treten. Tritt ein Mangel später auf, dann erwächst dem Käufer von vornherein kein Garantieanspruch mehr. Die Garantiedauer umschreibt somit den Zeitraum, innerhalb dessen das Auftreten eines Mangels die Rechte des Käufers aus der Garantie auslöst. Dagegen regelt die Verjährungsfrist den Zeitraum, innert welchem der Käufer einen Garantieanspruch geltend machen kann.⁴⁴

Während die Hersteller die Garantiedauer im Garantieverprechen explizit meist auf zwei Jahre beschränken, lassen die Texte die Verjährungsfrage offen. In einem nicht publizierten Entscheid hat das Bundesgericht im Jahr 2002 – allerdings ohne nähere Begründung – festgehalten, dass unselbständige Garantien der kaufvertraglichen Verjährungsfrist von Art. 210 OR unterstehen.⁴⁵

Die bundesgerichtliche Auffassung überzeugt, zumal einerseits der Garantiegeber nicht gewillt sein wird, dass der Käufer über die abgelaufene Garantiedauer hinaus Ansprüche erheben kann. Der hypothetische Parteiwille spricht für einen Gleichlauf von Verjährungsfrist und Garantiedauer. Andererseits würde dem Käufer eine Verjährungsfrist, welche die Garantiedauer übersteigt, auch unter praktischen Gesichtspunkten kaum etwas bringen: Besteht z.B. für ein Produkt eine zweijährige Herstellergarantie und tritt innerhalb der Garantiedauer ein Garantiefall ein, dann wird ein Käufer nach Ablauf der Garantiedauer im Regelfall schwerlich nachweisen können, dass der Mangel bereits während der Garantiedauer bestanden hat und er – aus welchem Grund auch immer – lediglich mit dessen Geltendmachung zugewartet hat.

Aus der Anwendung von Art. 210 OR auf unselbständige Garantien *ergibt sich im vorliegenden Kontext aber eine entscheidende Konsequenz*: Gemäss Art. 210 Abs. 6 i.V.m. Art. 127 OR gilt bei absichtlich verschwiegenen Mängeln die zehnjährige Verjährungsfrist. Hiervon ist in Bezug auf die Hersteller meist fraglos auszugehen. Damit kann ein betroffener Käufer – unabhängig davon, ob die

⁴¹ BGH, VI ZR 212/66, 26.11.1968, in: NJW 1969, 269 ff., 271.

⁴² Vgl. BGH, VI ZR 212/66, 26.11.1968, in: NJW 1969, 269 ff., 272: «Zudem setzt Drittschadensliquidation voraus, dass nur ein Schaden entstanden ist, der sich, wäre nicht (zufällig) ein Dritter Träger des geschützten Rechtsgutes, bei dem Gläubiger ausgewirkt hätte. Von einer solchen (Verlagerung) des Schadens kann hier nicht gesprochen werden. Dieser ist hier sowohl tatsächlich wie rechtlich bei der Klägerin eingetreten, während er bei einer echten Schadensverlagerung tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, beim Gläubiger eintritt. Er konnte nicht ebensogut beim Tierarzt wie bei den Hühnerhaltern eintreten, sondern nur bei diesen und nicht, worauf es entscheidend ankommt, statt beim Tierarzt bei ihnen.»

⁴³ Siehe die Angaben in FN 33.

⁴⁴ Vgl. MK-WESTERMANN (FN 8), § 443 BGB N 10, 22; SCHWIZER (FN 7), N 167 ff.

⁴⁵ BGer, 4C.260/2001, 4.1.2002, E. 3a: «Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen, verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren [...]»

zweijährige Herstellergarantie abgelaufen ist oder nicht – gegenüber der Herstellerin diejenigen Schadenposten geltend machen, welche vom Abgasskandal hervorgerufen und von der Haltbarkeitsgarantie gedeckt sind. Im Ergebnis ist es somit irrelevant, ob nun die Herstellergarantie abgelaufen ist oder nicht. Gegenteilig verhält es sich freilich in Bezug auf die Importeure oder Vertragshändler, weil bei diesen – soweit ersichtlich – keine Anhaltspunkte für ein arglistiges Verschweigen der Schummelsoftware bestehen.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man über die Einrede des Rechtsmissbrauchs. Wer absichtlich einen Mangel in die Fahrzeuge einbaut, soll sich nicht auf die Befristung der Garantiezusagen auf zwei Jahre berufen können. Diese Analyse ist nur dann überflüssig, wenn die Hersteller einen Verjährungsverzicht abgegeben haben – auch für Ansprüche, die bereits verjährt sind.

D. Zurechnungsmodelle

Die oben beschriebene Problematik des jeweiligen Wissens und Verschuldens von Hersteller und Verkäufer provoziert die Frage, ob bei einem engmaschigen Händlernetz ein vertraglicher Direktanspruch gegen den Hersteller besteht oder sich die Zurechnung des Wissens des Herstellers zum Verkäufer aufdrängt. Dazu gibt es Ansätze, aber eben nur Ansätze. So rechnet § 434 Abs. 1 S. 3 BGB die Stelleraussagen zur Beschaffenheit dem Verkäufer zu. Darin ist das Verschulden des Herstellers indes nicht mitgehalten.⁴⁶ In der Schweiz liesse sich dasselbe Resultat über die Zurechnung der Aussagen mittels Vertrauensprinzip begründen: Der Käufer nimmt den Händler als in das Vertriebssystem des Herstellers eingebundenen Teil wahr.⁴⁷ Denkbar ist die Zurechnung indes höchstens bei engen Vertriebssystemen, dem Verkauf durch eine Konzerngesellschaft des Herstellers oder in den Fällen, in denen die Gewährleistung ohnehin nur in einer Herstellergarantie besteht. In diesen Fällen liesse sich ein *vertraglicher Anspruch auch gegen den Hersteller* vertreten, der nicht Verkäufer ist.⁴⁸ Umgekehrt wären Schadenersatz-

ansprüche gegen den Verkäufer möglich, der in speziellen Situationen gemäss Art. 101 OR für das Verschulden auch des Herstellers einstehen muss. Denkbar wäre dies beispielsweise in den Fällen, in denen der Import und Verkauf der Fahrzeuge durch eine Tochterunternehmung des Herstellers erfolgt.⁴⁹ Entsprechende Präjudizien in der Schweiz sind nicht bekannt. Im VW-Abgasskandal lehnte das LG Frankenthal eine Zurechnung des Herstellerverhaltens auf den Vertragshändler ab.⁵⁰

IV. Vertrauenshaftung

In der Schweiz stellt sich konkret die Frage der Anwendbarkeit der Vertrauenshaftung. Es ist klar, dass die Aussagen des Herstellers beim Käufer Erwartungen wecken, die man als Vertrauensbasis im Sinne einer *rechtlichen Sonderverbindung* betrachten könnte.⁵¹ Noch stärker als Erklärungen der Muttergesellschaft – wie im *Swissair-Fall*⁵² – vermögen Erklärungen des *Herstellers* bei den Käufern Erwartungen zu erwecken. Die fehlerhaften Angaben enttäuschen das Vertrauen der Käufer in treuwidriger Weise. Hätte der Hersteller der Fahrzeuge richtig über Abgas- und Verbrauchswerte informiert, hätten die Käufer sicher andere Fahrzeuge erworben. Diese Kausalität lässt sich auf Lebenserfahrung stützen.⁵³ Das Bundesgericht bejaht eine Haftung allerdings nur, wenn ein Vertragsschluss zwischen der Herstellerin und dem Erwerber

EGGERT, *Der Autokauf*, 9. A., München 2005, N 537: Das Gericht gewährte einen vertraglichen Schadenersatzanspruch aus §§ 249, 242, 433 BGB gegen den Autohersteller Opel, der nicht Verkäufer des Fahrzeugs war, weil die Ersatzteilbeschaffung rund zwei Jahre und damit zu lange dauerte; vgl. die Übersicht der Meinungen bei REINKING/EGGERT, N 537, die einen Direktanspruch verneinen. In der Schweiz schlägt URS LEU, *Die Pflicht zur Ersatzteillieferung beim Kauf von hochwertigen Konsumgütern*, Diss. Bern 1990 = ASR Heft 530, 150 f., 170, eine «Erfüllungsübernahme bei der Ersatzteillieferung» gemäss Art. 175 OR vor, bei der sich der Käufer den Erfüllungsanspruch gegen den Hersteller auch vom Händler abtreten lassen könnte.

⁴⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 40), N 3068.

⁵⁰ LG Frankenthal, 8 O 208/15, 12.5.2016, BeckRS 2016, 08996, E. 2a; vgl. allerdings die negative Reputationsleihe bei der Nachbesserung in LG Krefeld (FN 2), N 48 f.

⁵¹ Vgl. CANARIS (FN 30), JZ 1968, 499 f., insb. 500: «Er baut dabei auf der Erkenntnis auf, dass der Endabnehmer einer Ware sein Vertrauen in erster Linie dem Hersteller schenkt, und dass dieser darum durch Reklame, Eigenschaftsbeschreibungen, Gütezeichen usw. bei jenem auch unmittelbar erworben hat, wohingegen der Verkäufer meist zu einer blossen «Durchgangsstation» des Vertrauens abgesunken ist.»; ebenso HASSEMER (FN 30), 267; a.M. BARTSCHI (FN 32), 344.

⁵² BGE 120 II 331 E. 5a.

⁵³ Vgl. BGE 120 II 331 E. 6 und BGE 124 III 155 E. 3d.

⁴⁶ JENS HOMANN, *Werbeaussagen und Käufererwartungen*, Diss. Halle 2003 = Hallesche Schriften zum Recht, Band 20, Köln 2004, 260–263.

⁴⁷ Die Zurechnung könnte auch durch analoge Anwendung des Art. 28 Abs. 2 OR geschehen. Die Händler wissen, dass die Hersteller Werbung machen – sie verwenden meist die identischen Werbematerialien.

⁴⁸ Es gibt Ansätze eines Direktanspruchs bei der Frage der Ersatzteilversorgung durch den Hersteller, vgl. PETER FINGER, *Die Verpflichtung des Herstellers zur Lieferung von Ersatzteilen*, NJW 1970, 2049 ff., 2051; vgl. AG Rüsselsheim, Urteil 3 C 769/03, 30.1.2004 – beschrieben auch bei KURT REINKING/CHRISTOPH

des Fahrzeugs nicht möglich oder nicht zumutbar ist.⁵⁴ Das lässt sich aufgrund der Machtverhältnisse durchaus bejahen – die Hersteller würden kaum einen Vertrag mit jedem Erwerber abschliessen; gleichzeitig müsste es aber unzumutbar sein, auf das Geschäft zu verzichten: «Das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung kann deshalb nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund der bestehenden Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann [...]»⁵⁵ Der Verzicht auf das Geschäft würde dazu führen, dass man gar kein Fahrzeug mehr erwerben könnte, da Hersteller solche Garantien generell nicht abgeben. Folglich ist es angezeigt, auch den Verzicht auf das Geschäft als unzumutbar zu erachten. Die Verjährung der Vertrauenshaftung würde bei abgasmanipulierten Fahrzeugen zu passenden Ergebnissen führen, denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommen die *relative Frist* von einem Jahr ab Kenntnis und die *absolute Frist* des Art. 60 OR ab schädigender Handlung zur Anwendung.⁵⁶

V. Klage aus sittenwidriger Schädigung

Dieser Anspruch richtet sich wie bei der Vertrauenshaftung direkt gegen den Hersteller. Die Anspruchsgrundlage befindet sich in Art. 41 Abs. 2 OR: «Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.» Verjährungsrechtlich scheint der Anspruch zu passen, denn die relative Frist von einem Jahr seit Kenntnis von Schädiger und Schaden ist zwar kurz, doch beträgt die absolute Frist zehn Jahre ab dem Zeitpunkt der schädigenden Handlung (Art. 60 Abs. 1 OR). Die Anwendung des Art. 41 Abs. 2 OR kommt nur in Frage, wenn keine Widerrechtlichkeit vorliegt.⁵⁷ Die Abgasnormen dienen kaum dem Schutz des Vermögens der Fahrzeugbesitzer. Diese Widerrechtlichkeit fällt somit weg. Denkbar wäre die Begründung der Widerrechtlichkeit über den Betrug am Endkunden in mittelbarer Täterschaft, sofern der Be-

trag dem Hersteller als juristischer Person zurechenbar ist. In diesen Fällen wäre nicht Abs. 2, sondern Abs. 1 von Art. 41 OR anwendbar. Die Voraussetzungen des Anspruchs gemäss Abs. 2 sind ein Schaden, die Sittenwidrigkeit, die natürliche und adäquate Kausalität sowie die Absicht. Sämtliche Schäden, also auch reine Vermögensschäden, fallen unter diese Norm.⁵⁸

Das Verhalten muss gegen die guten Sitten verstossen. Der Paradefall ist das Verhalten, das *ohne eigenen Vorteil* auf die Schädigung des Opfers abzielt.⁵⁹ Das liegt hier nicht vor, denn die Hersteller konnten mit den Schummelmotoren grosse Vorteile und Ersparnisse erzielen. Diese beruhten indes nicht auf einem schützenswerten Wettbewerb um die intelligentesten Ideen, sondern dienten einzig der Gewinnoptimierung auf dem Buckel der Umwelt (NO_x-Problematik) und der Fahrzeugbesitzer (Verbrauchs- bzw. CO₂-Problematik). Das Gerechtigkeitsgefühl aller anständig denkenden Menschen, so man dieses schwammige Kriterium überhaupt anwenden möchte, scheint angesichts des Aufschreis der Gesellschaft, der Entlassung mehrerer Führungskräfte (so bei Volkswagen) und der generellen Titulierung als «Abgasskandal» jedenfalls verletzt zu sein. Die deutsche Rechtsprechung sieht die Sittenwidrigkeit nur schon im blossen Verschweigen vertragswesentlicher Umstände.⁶⁰ Positiv sollte man die Sittenwidrigkeit vielmehr als Spiegelbild der Gründe sehen, die gegen eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden sprechen: Kann man mit guten Gründen eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden bejahen, ohne eine diffuse Haftungssituation herbeizuführen, ohne die Risikozuweisung des Vertragsrechts aufzuweichen und ohne den fairen Wettbewerb einzuschränken, so liegt Sittenwidrigkeit vor.⁶¹ Keine dieser Gründe, die gegen eine Haftungsausweitung sprechen, liegen im Abgasskandal vor. Zur Sittenwidrigkeit existieren in Deutschland Entscheidungen, die dem Abgasskandal ähneln: So bejahten die Gerichte eine Haftung, wenn ein Zweiterwerber von Wertpapieren aufgrund falscher Prospektangaben einen Schaden erleidet.⁶²

⁵⁴ BGE 133 III 449 E. 4.1.

⁵⁵ BGE 133 III 449 E. 4.1.

⁵⁶ BGE 134 III 390 E. 4.3.3.

⁵⁷ CHRISTOPH MÜLLER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-Verfasser), Art. 41 OR N 55, und ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM), Art. 41 OR N 236; vgl. BGE 124 III 297 E. 5e.

⁵⁸ BSK OR I-KESSLER (FN 5), Art. 41 N 40.

⁵⁹ BK-BREHM (FN 57), Art. 41 OR N 242.

⁶⁰ OLG Hamm, 27 U 152/96, 17.12.1996, in: NJW 1997, 2121 ff., 2122: «Damit sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt, denn derjenige, der seinen Vertragspartner dadurch hinters Licht führt, dass er ihm bekannte, für den Vertragsabschluss wesentliche Umstände verschweigt, handelt sittenwidrig [...]»

⁶¹ Dieser Gedanke bei GERHARD WAGNER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. A., München 2013 (zit. MK-WAGNER), § 826 BGB N 18.

⁶² BGH, III ZR 125/06, 14.6.2007, in: NJW-RR 2007, 1332 ff., 1334, N 23; vgl. die Hinweise bei MK-WAGNER (FN 61), § 826 BGB

Art. 41 Abs. 2 OR erfordert sodann eine Absicht der Schadenszufügung, die mit Vorsatz gleichzusetzen ist.⁶³ Die herrschende Lehre lässt dafür auch Eventualvorsatz genügen.⁶⁴ Das offizielle Eingeständnis der Hersteller, die Schummelsoftware eingebaut zu haben, sollte dafür genügen. Wer ein Neufahrzeug absichtlich mit einem rechtlichen oder körperlichen Sachmangel versieht, nimmt zwingend auch die Schädigung der Fahrzeugbesitzer am Ende der Veräusserungskette in Kauf. Jeder Hersteller weiss, dass seine Fahrzeuge über den Zwischenerwerb eines Importeurs an Händler und schliesslich an Endkunden gelangen.⁶⁵ Man muss jedenfalls kein Hellseher sein, um die Schadensfolgen bei den Kunden erahnen zu können: Halten Fahrzeuge die Zulassungsbedingungen nicht ein, bedürfen sie einer Anpassung (Art. 31 TGV). Damit eine juristische Person das geforderte Verschulden aufweist, muss dieses bei den *regulären oder faktischen*⁶⁶ Organen vorliegen (Art. 55 Abs. 2 ZGB).⁶⁷ Deren Verschulden beurteilt sich anhand des ihnen zugerechneten Wissens der Mitarbeiter aus der Motorenentwicklung.⁶⁸

VI. Ausblick

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass die von der Lehre bereits Mitte des vergangenen Jahrhunderts aufgedeckte generelle Problematik der Sachgewährleistung bei indirekter Distribution nach wie vor aktuell ist.⁶⁹ Die Abgasmanipulationen offenbaren ein weiteres, von der Literatur bislang (zu) wenig beachtetes Phänomen: Wenn der Her-

steller trickst, der Verkäufer aber arglos handelt, wird es plötzlich richtig schwierig.

Im Gegensatz zu den EU-Ländern, die in Konsumentenverhältnissen aufgrund Art. 7 der Richtlinie 1999/44/EG eine zwingende Sachgewähr des Verkäufers kennen, ist in der Schweiz ein vollständiger Gewährleistungsausschluss grundsätzlich – zumindest auf Basis einer Individualabrede – nach wie vor möglich. Darin liegt sicherlich eine erste Hauptursache für das bestehende Haftungsdefizit. Inwiefern der revidierte Art. 8 UWG zu einer Einschränkung des Gestaltungsspielraums von AGB-Verwendern betreffend Modifikation der Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR führt, lässt sich mangels bestehender Präjudizien noch schwer abschätzen. Dies gilt besonders für die häufig anzutreffende Konstellation, bei der sich der Verkäufer von der Gewährleistung unter Hinweis auf die Garantie des Herstellers freizuzeichnen versucht.⁷⁰

Diese Konstrukte – die sich im Übrigen auch im Bauwesen negativ auswirken⁷¹ – stufen wir als höchst problematisch ein. *Wie sieht das Korrektiv dazu aus?* Art. 8 UWG erfasst *erstens* sicher den vollkommenen Ausschluss der Gewährleistung. Denkbar bleibt *zweitens* die Zulassung des Ausschlusses nur, sofern der Hersteller eine Garantie verspricht, die dasselbe Schutzniveau wie die Gewährleistung des Verkäufers nach Art. 197 ff. OR erreicht. Die Herstellergarantie muss der gesetzlichen Gewährleistungsordnung mindestens gleichwertig sein.⁷² *Drittens* wäre auch die Zurechnung aller Handlungen *und des Verschuldens* des Herstellers zu allen Ebenen des Vertriebs denkbar. Im Gegenzug wäre den Händlern wie in

N 74; den Gedanken der Prospekthaftung in Absatzketten befürwortet auch HASSEMER (FN 30), 268 f.

⁶³ BSK OR I-KESSLER (FN 5), Art. 41 N 42.

⁶⁴ CHK-MÜLLER (FN 57), Art. 41 OR N 55; KUKO OR-SCHÖNENBERGER (FN 22), Art. 41 N 40; a.M. BK-BREHM (FN 57), Art. 41 OR N 243: «Im Gegensatz zu Abs. 1 sieht Art. 41 Abs. 2 eine Haftung nur bei absichtlicher Schädigung vor, also weder bei einfachem Vorsatz noch bei Eventualvorsatz.»

⁶⁵ Vgl. OLG Braunschweig, 8 U 29/05, 13.4.2006, in: NJW 2007, 609 ff., 610, und OLG Hamm, 27 U 152/96, 17.12.1996, in: NJW 1997, 2121 ff., 2122.

⁶⁶ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 13, in: Heinrich Honzell/Nedim P. Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014.

⁶⁷ BSK OR I-KESSLER (FN 5), Art. 41 N 46.

⁶⁸ Vgl. MK-WAGNER (FN 61), § 826 BGB N 36; zur Wissenszurechnung in der Schweiz vgl. BGE 109 II 338 E. 2b – es bedarf zumindest des Wissens qualifizierter Mitarbeiter, die dieses Verhalten über Jahre praktiziert haben, wobei eine ordnungsgemässe Organisation die Information innerhalb der juristischen Person weiterge- reicht hätte.

⁶⁹ Vgl. CANARIS (FN 30), 494 ff., sowie die Habilitationsschriften von UWE DIEDERICHSEN (Die Haftung des Warenherstellers, München 1967) und HASSEMER (FN 30).

⁷⁰ Die deutsche Rechtsordnung als Vorreiterin erlaubt keine AGB-Gewährleistungsausschlüsse – selbst wenn man dafür Ansprüche gegen Dritte erhält, vgl. § 309 Nr. 8b lit. aa BGB: «Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam [...] eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen [...] die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden; [...]» In Konsumentenverhältnissen kommt dieser Bestimmung keine eigenständige Bedeutung mehr zu, da die Schuldrechtsreform die gesetzliche Gewährleistung der Parteidisposition entzogen hat (§ 475 Abs. 1 BGB).

⁷¹ HUBERT STÖCKLI, Bauherrschaft und Baumängel, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/berichte/gutachtenbaumaengel-d.pdf> (Abruf 20.9.2016), N 14.

⁷² Für mögliche Kriterien zur Vornahme der Gleichwertigkeitsprüfung vgl. SCHWIZER (FN 7), N 230 ff., 243 ff.

§§ 478, 479 BGB zuzugestehen, die von ihnen erbrachten Gewährleistungsansprüche umfassend abzuwälzen.

Hinzu tritt das prozedurale Problem: Wie kann es im Zeitalter serienmässig hergestellter Fahrzeuge noch passieren, dass jeder Fahrzeughalter alleine klagen und dabei jeden einzelnen Franken des Schadenersatzes beweisen muss? Die Effizienzdefizite des Schweizer Rechts zeigen sich im Vergleich zu Amerika gleich mehrfach. Dort erzielt das *american package* von *class action*, *contingent fee*, *discovery*, *punitive damages* und *american rule* eine Durchsetzung des Rechts, die ihresgleichen sucht.⁷³ Die amerikanischen Kunden haben im VW-Abgasskandal längst eine Einigung erzielt⁷⁴ – weil sie sich durch die Bündelung und die Abnahme des Klagerisikos Respekt und Gehör verschaffen konnten. Amerikanische Strafen und Zahlungen fressen die Rückstellungen Volkswagens von total 16 Mrd. EUR zu 85% auf, obwohl dort nur 500'000 Fahrzeuge vom Skandal betroffen sind. In Europa sind es 8,5 Mio. Fahrzeuge, deren Halter nichts oder nur Almosen erhalten,⁷⁵ obwohl sie für die Fahrzeuge meist deutlich höhere Preise bezahlt haben. Wer jetzt noch vor «amerikanischen Verhältnissen» warnt, verkennt die Rolle des Prozessrechts: Es ist dienendes Recht, das dem materiellen Recht zum Durchbruch verhelfen muss. Vielmehr wäre also angezeigt, vor «Schweizer Verhältnissen» zu warnen, bei denen das Prozessrecht vornehmlich dazu dient, Klagen abzuklemmen.

⁷³ Vgl. ARNOLD F. RUSCH, Will das Recht, dass man klagt?, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, 569 ff., 569 f.

⁷⁴ Vgl. Internet: <https://www.vwcourtsettlement.com/en/> (Abruf 20.9.2016).

⁷⁵ Vgl. MICHAEL RASCH, Überlebenssichernde Schwäche in den USA, *NZZ* vom 29.6.2016, 36: «Gut 0,5 Mio. manipulierte Fahrzeuge kosten VW rund 14 Mrd. €. Die rund 8,5 Mio. entsprechenden Wagen in Europa werden nur einen Bruchteil dieses Betrags ausmachen – den unterschiedlichen Regulierungen und Rechtssystemen sei Dank.»