

Schadenersatz ohne Schaden bei Dieselmotoren

Der Beitrag schnell gelesen

Der Beitrag setzt sich kritisch mit einer neuen Rechtsprechungslinie des OGH auseinander, nach der bei Dieselfahrzeugen Schadenersatz auch dann zugesprochen wird, wenn es gar keinen Schaden gibt. Die europäischen Vorgaben sprechen gegen eine derartige Judikatur, viele Folgefragen sind offen.*

Schadenersatzrecht

§§ 1295, 1332 ABGB

EuGH 21. 3. 2023, C-100/21; OGH 25. 4. 2023, 10 Ob /23 a; 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23 b; 19. 10. 2023, 8 Ob 88/22 g; 19. 10. 2023, 8 Ob 90/22 a; 23. 11. 2023, 9 Ob 42/23 a; 23. 1. 2024, 2 Ob 3/24 s; 16. 1. 2024, 10 Ob 46/23 x

ÖJZ 2024/43



Univ.-Prof. Dr. MARTIN SPITZER ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht an der WU Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt: EuGH
 - 1. EuGH zum Thermofenster
 - 2. EuGH zum Schutzzweck
 - 3. EuGH zum Schadenersatz
- B. Übersetzung in nationales Recht bis September 2023
 - 1. Art des Schadens
 - 2. Naturalrestitution („großer Schadenersatz“)
 - 3. Geldersatz („kleiner Schadenersatz“)
- C. Judikaturwende
 - 1. Deutschland Juni 2023
 - 2. Österreich September 2023
- D. Bewertung und Folgefragen
 - 1. Europarechtliche Bedenken
 - 2. Schadenersatzrechtliche Bedenken
 - a) Prozessuale Optionen
 - b) Objektiv-abstrakte Berechnung
 - 3. Folgefragen
 - a) Kriterien für die Ermessensentscheidung
 - b) Weiterveräußerung
- E. Zusammenfassung

A. Ausgangspunkt: EuGH

1. EuGH zum Thermofenster

Die Kugel ins Rollen bringt der EuGH. In der Rs *CLCV ua* entwickelt er die Ansicht, dass eine gebräuchliche Funktion der Motorsteuerung von Dieselmotoren rechtswidrig sein kann.¹ Dieselfahrzeuge sind nämlich typischerweise „mit einer Motorsteuerungssoftware ausgerüstet, die die Abgasrückführung verringert, wenn die Außentemperaturen unter einer gewissen Schwelle liegen, was eine Erhöhung der NOx-Emissionen zur Folge hat“.²

Der EuGH qualifiziert in den ihm vorgelegten Fällen das Hinunterfahren (Ausrampen) der Abgasrückführung, das gemeinhin als „Thermofenster“ bezeichnet wird, als Abschalt einrichtung (Art 3 Nr 10 EmissionskontrollVO [EG] 715/2007). Eine solche Abschalt einrichtung ist „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebe gang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen

Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird“.

Ist das Thermofenster kleiner als der „normale Fahrzeugtrieb“, wofür natürlich schwierige Wertungsfragen zu beantworten sind, nimmt der EuGH nachvollziehbar eine Abschalt einrichtung an.

Weniger nachvollziehbar ist, dass diese Abschalt einrichtung, die den Motor vor schädlicher Verrußung schützt, nicht unter den dafür einschlägig klingenden Erlaubnistatbestand von Art 5 Abs 2 lit a der VO fallen soll.³ Mit der dort normierten Notwendigkeit, „den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und [...] den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten“, soll nach Ansicht des EuGH nämlich nur gemeint sein, was vor unmittelbarer Beschädigung bewahre. Reduktion der Abgasrückführung wäre nach dieser Logik also zulässig, um in diesem Moment einen Kolbenreiber zu verhindern, nicht aber, um dem Kolbenreiber überhaupt vorzubeugen.⁴ Diese Weichenstellung ist das erste Datum, das hier nicht hinterfragt wird.

* Der Beitrag geht auf eine Anfrage aus der Automobilindustrie zurück.

¹ EuGH 17. 12. 2020, C-693/18, *CLCV ua*, Rz 115; s auch 21. 3. 2023, C-100/21, *Mercedes-Benz*, Rz 63 ff, mwN. Verbrennungsvorgänge brauchen Luft. Bei der Verbrennung im Dieselmotor wird diese Luft teilweise als sauerstoffreiche Frischluft von außen angesaugt und teilweise aus den sauerstoffarmen Abgasen über ein Ventil rückgeführt. Diese Abgasrückführung reduziert den Sauerstoffgehalt in den Zylindern und damit die Verbrennungstemperatur, was zu niedrigeren Stickoxid-(NOx)-Emissionen führt.

² EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, *Mercedes-Benz*, Rz 24. Hintergrund ist, dass niedrigere Verbrennungstemperaturen zwar NOx reduzieren, zu niedrige Temperaturen aber zu verstärkter Rußbildung führen, die dem Motor schadet. Die Motorsteuerung hat also ein Thermofenster, dessen Größe der EuGH jetzt prüft. Zwar wird auch innerhalb dieses Bereichs die Abgasrückführung permanent justiert, etwa wenn mehr Sauerstoff benötigt wird (Bergfahrt, Vollast), außerhalb davon findet aber jedenfalls ein (schrittweises) Hinunterfahren der Abgasrückführung statt.

³ In diesem Zusammenhang und generell zum Verständnis der technisch sehr komplexen Fragen instruktiv ist die Stellungnahme der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Kraftfahrzeug- und Motorentechnik e.V., „Technische Erläuterungen anlässlich gerichtlicher Verfahren im Zusammenhang mit dieselmotorischen PKW-Antrieben“ aus dem Februar 2024, abrufbar unter https://wkm-ev.de/images/2024-02-08_WKM_Statement-Dieselmotoren.pdf

⁴ Vgl EuGH 17. 12. 2020, C-693/18, *CLCV ua*, Rz 108 f, wonach sowohl die „Beschädigung“ als auch der „Unfall“ ein plötzlich eintretendes Ereignis erfordern würden, was jedenfalls bei der Beschädigung kaum überzeugt. In 14. 12. 2022, C-128/20, *CSMB Invest*, Rz 61 f, ergänzt der EuGH – wiederum eher begrifflich –, aus der Konjunktion „und“ in Art 5 Abs 2 lit a Emissions-

2. EuGH zum Schutzzweck

Nachvollziehbar ist, dass die angesprochene Regelung über Emissionen „ein allgemeines Ziel verfolgt, das darin besteht, ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen“.⁵ Wiederum weniger nachvollziehbar ist, was der EuGH aufgrund der Einbettung dieser Umweltschutzvorschriften in die Rahmenrichtlinie über die Zulassung von Kraftfahrzeugen im Binnenmarkt daraus macht: nämlich ein schadenersatzrechtliches Schutzgesetz zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Autokäufer.⁶

Der Weg dorthin ist ebenso weit wie steinig und führt über mehrere Etappen:

1. Dem Kfz hätte aufgrund seines zu kleinen Thermofensters keine Typgenehmigung erteilt werden dürfen.⁷ Das mag unter Zugrundelegung der heutigen Interpretation der EmissionskontrollVO durch den EuGH zutreffen.

2. Die aufgrund dieser Typgenehmigung vom Hersteller für den Autokäufer ausgestellte Übereinstimmungsbestätigung, mit der das Fahrzeug ohne große Umstände bei den örtlichen Behörden zugelassen werden kann, schaffe „eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Automobilhersteller und dem individuellen Käufer eines Kraftfahrzeugs“.⁸ Das ist – jedenfalls für den Erstkäufer, der das Kraftfahrzeug mit dieser Bestätigung zulässt – ein vertretbarer Gedanke, bei dem allerdings zu bedenken ist, dass die Übereinstimmungsbestätigung den Tatsachen entspricht, weil das Auto ja wirklich mit dem typgenehmigten Auto übereinstimmt. Das Problem liegt damit gar nicht in der „unmittelbaren Verbindung“, die der EuGH zwar besonders betont, die sich aber als wenig weiterführendes Motiv präsentiert.⁹ Das Problem liegt wenn überhaupt in der Typgenehmigung, die aber nun einmal wirksam erteilt wurde.

3. Es sei allerdings denkbar, dass die Behörde die Typgenehmigung erteilt habe, „ohne dass ihr das Vorhandensein [des Thermofensters] offenbart wurde“.¹⁰

4. Dann könnte die Gültigkeit der Typgenehmigung „und daran anschließend der Übereinstimmungsbestätigung“ in Frage stehen, was „eine Unsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit hervorrufen [kann], das Fahrzeug anzumelden, zu verkaufen oder in Betrieb zu nehmen, und letztlich beim Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgerüsteten Fahrzeugs zu einem Schaden führen“ kann.¹¹

5. Das Fazit: „Nach alledem“ werden neben allgemeinen Rechtsgütern auch „die Einzelinteressen des individuellen Käufers eines Kraftfahrzeugs gegenüber dessen Hersteller [geschützt], wenn dieses Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung“ ausgestattet ist.¹²

Obwohl der EuGH als argumentativen Einstieg „nicht offenbarte“ Thermofenster wählt und damit auf verheimlichte Funktionen hindeutet, beschäftigt er sich in weiterer Folge sehr freihändig mit sämtlichen zu kleinen Thermofenstern, also auch solchen, die keineswegs verheimlicht worden, sondern (nur) deshalb problematisch sind, weil sie der EuGH ex post für unzulässig erklärt hat. Für solche Thermofenster wäre in der Logik des EuGH doch zuerst zu klären, ob die Typgenehmigung überhaupt gefährdet ist, wenn die Behörde sie in der Rückschau falsch beurteilt hat. Dass dieser Aspekt so kurz kommt, ist ein erhebliches Manko in der Argumentation des EuGH: Ohne Gefährdung der Typgenehmigung droht ja gerade die Unsicherheit nicht, auf die er den Schaden stützt.

All das fehlt in der Entscheidung aber ebenso wie eine Auseinandersetzung mit der eigenen – sonst auch durchaus restriktiven – Rsp zu Fragen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs.¹³ Dass die Regeln über die Typgenehmigung auch Schutzgesetze

zugunsten der Autokäufer sein sollen, ist für die Zwecke der folgenden Überlegungen allerdings das zweite Datum, das hier nicht hinterfragt wird.

3. EuGH zum Schadenersatz

Was daraus folgt, ist europarechtlich bemerkenswerter als zivilrechtlich: Der EuGH verlangt von den Mitgliedstaaten Vorsorge dafür, „dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung [...] ausgestatteten Fahrzeugs einen Anspruch auf Schadenersatz durch den Hersteller dieses Fahrzeugs hat, wenn dem Käufer durch diese Abschalteneinrichtung ein Schaden entstanden ist“.¹⁴ Europarechtlich ambitioniert ist, dass der EuGH mit dieser präzisen Vorstellung so weit in nationales Recht eingreift, obwohl die europäischen Rechtsakte Schadenersatz nicht einmal ansprechen.¹⁵ Dieser Übergriff ist noch dazu systematisch wenig stimmig, wenn man bedenkt, dass der EuGH etwa keine Haftung von Zertifizierungsstellen für fehlerhafte Brustimplantate verlangt hat, obwohl die MedizinprodukteRL 93/42/EWG nach seinem Bekunden dem Zweck dient, die Gesundheit und Sicherheit der Patientinnen zu schützen.¹⁶

Soll das europäische Zulassungsregime aber ein Schutzgesetz sein, ist es zivilrechtlich völlig unspektakulär, dass dessen schuldhaftige Verletzung zu Schadenersatzansprüchen führen kann. Dabei betont der EuGH, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, die Modalitäten eines solchen Ersatzes festzulegen. Sie sollen es dem Käufer nur nicht praktisch unmöglich machen, „einen angemessenen Ersatz des Schadens zu erhalten, der ihm durch den Verstoß des Herstellers [...] entstanden ist“.¹⁷

Weil es um angemessenen Ersatz des entstandenen Schadens geht, sind die nationalen Gerichte auch explizit dazu befugt, dafür Sorge zu tragen, dass es nicht zu einer „ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten“ kommt,¹⁸ etwa indem Nutzungsvorteile angerechnet werden. Insgesamt sei es jedenfalls „in Ermangelung einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften Sache des Rechts des betreffenden Mitgliedsstaats [...], die Vorschriften über den Ersatz des Schadens festzulegen, der dem Käufer tatsächlich entstanden ist“.¹⁹

kontrollVO folge, dass die „unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall“ solche Risiken sind, „die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb“ des Fahrzeugs darstellen, und scheint damit das schon bei der „Beschädigung“ durchaus zweifelhafte Erfordernis der Plötzlichkeit auch auf die Gefährdung des sicheren Betriebs zu erstrecken.

⁵ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 71.

⁶ Der EuGH stützt sich also nicht unmittelbar auf Art 5 Abs 2 EmissionskontrollVO, sondern auf die RahmenRL 2007/46/EG über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen; vgl dazu Wagner, Schadenersatz wegen Verletzung von Unionsrecht – Luxemburg locuta, causa aperta, NJW 2023, 1761.

⁷ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 74 ff.

⁸ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 82.

⁹ Vgl gegen diesen Ansatz auch Kletečka, Abschalteneinrichtungen in Dieselfahrzeugen vor und nach EuGH C-100/21, ÖJZ 2023, 388 (395): „dünnere Faden“.

¹⁰ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 83.

¹¹ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 84.

¹² EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 85. Ausf krit Kletečka, ÖJZ 2023, 388 (391 f).

¹³ Vgl etwa EuGH 12. 10. 2004, C-222/02, Peter Paul ua (Einlagensicherung); 16. 2. 2017, C-219/15, Schmitt (Medizinprodukte), s dazu sogleich.

¹⁴ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 91.

¹⁵ Zu einem Abriss der wechselhaften Geschichte des Private Enforcement vgl Wagner, NJW 2023, 1761 (1762 f).

¹⁶ EuGH 16. 2. 2017, C-219/15, Schmitt; darauf verweist auch Wagner, NJW 2023, 1761 (1763).

¹⁷ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 93.

¹⁸ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 94.

¹⁹ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 96, ähnlich Rz 92.

An dieser Stelle muss also das nationale Recht übernehmen. Geht man vom Vorliegen eines Schutzgesetzes aus, wäre es dazu nach seinem traditionellen Verständnis auch mühelos imstande.

B. Übersetzung in nationales Recht bis September 2023

1. Art des Schadens

Klagen gegen Autohersteller machen mangels Eingriffs in die Substanz keinen Sachschaden geltend, sondern den Ersatz bloßer Vermögensschäden, die gerade nicht aus einem Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut resultieren.²⁰ Das daraus resultierende Problem der Rechtswidrigkeit löst sich aber, wenn man mit dem EuGH von einer Schutzgesetzverletzung ausgeht.²¹

Aus dem Vorwurf, eine dem Käufer erteilte Übereinstimmungsbestätigung sei eigentlich falsch oder irgendwie irreführend,²² resultiert dann ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens.²³ Einen derartigen Schaden erleidet, wer im Vertrauen auf eine falsche Information (nach dem Verständnis des EuGH also die Übereinstimmungsbestätigung) disponiert.²⁴ Die auf Kausalitätsebene angesiedelte Kontrollfrage lautet dementsprechend: Was wäre gewesen, wenn der Geschädigte keine unrichtigen Informationen erhalten hätte?²⁵

2. Naturalrestitution („großer Schadenersatz“)

Der BGH hatte es schon im Mai 2020²⁶ mit einem Geschädigten zu tun, der auf diese Frage eine Antwort parat hatte: Den Feststellungen war nämlich zu entnehmen, „dass der Kläger den Kaufvertrag in Kenntnis der illegalen Abschalteneinrichtung nicht abgeschlossen hätte“.²⁷ Aus diesem Grund begehrte er, ihn so zu stellen, wie er ohne Täuschung gestanden wäre: ohne Auto, dafür mit dem Kaufpreis, abzüglich eines Ersatzes für die Nutzung des Autos.

Schadenersatzrechtlich ging es in dem Fall daher darum, dass der Kläger sein Integritätsinteresse betätigt hat. Durch diese im Kern durchaus gewöhnliche Naturalrestitution, die der BGH als „großen Schadenersatz“ bezeichnet, stellt man real den Zustand her, wie er ohne die schädigende Handlung bestanden hätte.²⁸ All das lässt sich nahtlos auch auf Österreich übertragen, wie die im April 2023 und damit unmittelbar nach *Mercedes-Benz* ergangene E 10 Ob 2/23a zeigt.²⁹

Der 10. Senat kam darin zur Behebung des Schadens „Unsicherheit“³⁰ zur schadenersatzrechtlichen „Rückabwicklung des Vertrags“, womit die „ungewollte Zusammensetzung des Vermögens unmittelbar beseitigt“ wird.³¹ Mit diesem Topos nimmt der OGH evident³² eine Anleihe beim in zahllosen Anlegerprozessen wiederentdeckten realen Schaden, der in der unerwünschten Vermögenszusammensetzung besteht, die im Wege der Naturalrestitution beseitigt werden kann.³³ In den Anlegerfällen bedeutete das die Übergabe der unerwünschten Papiere gegen die Zahlung des Kaufpreises, die Verschaffung der hypothetischen Alternativanlage oder den Differenzschaden zur hypothetischen Alternativanlage.³⁴

Gegenüber dem Vertragspartner präsentiert sich ein derartiger „großer Schadenersatz“ als eine Art schadenersatzrechtlicher Vertragsaufhebung.³⁵ Es ist aber ebenso anerkannt³⁶ wie konsequent, dass qua Naturalrestitution auch ein Dritter der Anspruchsgegner sein kann. Von ihm kann anders als vom Vertragspartner zwar nicht Vertragsaufhebung gefordert,³⁷ sehr wohl aber wirtschaftlich dasselbe Ergebnis erzielt werden, nämlich Ware gegen Geld unter Anrechnung allfälliger Nutzungsvorteile. Auch hierfür bieten die Anlegerfälle reichhaltiges Anschauungsmaterial. Ein Anspruch gegen den Anlageberater, von dem die

Wertpapiere nicht gekauft wurden, richtet sich auf Zahlung des Kaufpreises abzüglich erhaltener Zinsen bzw Dividenden Zug um Zug gegen die Übertragung der Anlage.³⁸ Es gibt keinen Grund, warum das bei Autos nicht gelten sollte, sofern festgestellt wird, dass sie sonst nicht gekauft worden wären. Das Begehren auf Naturalrestitution zur Beseitigung der unerwünschten Vermögenszusammensetzung ist also ein Begehren auf Zahlung des Kaufpreises unter Anrechnung eines Kilometergelds gegen Herausgabe des Autos.

Der große Schadenersatz führt damit zu einer einschneidenden Rechtsfolge, aber einem vergleichsweise schlanken Prozessprogramm. Das ganze Gewicht liegt darauf, ob das konkrete Thermofenster unzulässig ist und – was bei einer überraschenden Interpretation der Rechtslage und bisher entgegenstehender Verwaltungspraxis trotz § 1299 ABGB kein Selbstläufer ist – ob Verschulden des Herstellers vorliegt.³⁹ Steht beides fest, braucht es noch die nach § 272 ZPO glaubwürdige Behauptung des Klägers, dass er ein solches Fahrzeug ohne die irreführenden Angaben nie gekauft hätte, um die Causa spruchreif zu machen, wobei bei der Spruchreife hilft, dass der OGH die Nutzungsentschädigung jedenfalls effizient so abstrahiert von realen Gegebenheiten berechnet, dass dafür zwei Rechenschritte mit Grundrechnungsarten genügen.⁴⁰

3. Geldersatz („kleiner Schadenersatz“)

Rein zahlenmäßig sind solche Fälle der Rückabwicklung allerdings die Ausnahme. Die meisten Autokäufer haben bisher nicht

²⁰ Dazu *Koziol*, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273. Siehe aber noch FN 67.

²¹ Auch die vom EuGH angedachte „unmittelbare Verbindung“ zwischen Hersteller und Käufer könnte für die Begründung der Rechtswidrigkeit eine Rolle spielen. Vgl zum Ersatz bloßer Vermögensschäden im deliktischen Bereich etwa *Karner in KBB*⁷ (2023) § 1295 ABGB Rz 2; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ (2022) 335 f.

²² Siehe zum Umstand, dass die Übereinstimmungsbestätigung durchaus richtig ist und wenn überhaupt die Typgenehmigung das Problem darstellt, schon oben nach FN 8.

²³ Siehe zu Defiziten dieser Argumentation bereits oben bei FN 9.

²⁴ *Karner in KBB*⁷ § 1293 ABGB Rz 11.

²⁵ *Reischauer in Rummel*³ (2007) § 1293 ABGB Rz 14.

²⁶ BGH 25. 5. 2020, VI ZR 252/19.

²⁷ BGH 25. 5. 2020, VI ZR 252/19, Rz 49.

²⁸ Dazu *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) Rz D/1/3f.

²⁹ Vorgegeben ist diese Form des Schadenersatzes europäisch aber nicht, vgl *Kletečka*, ÖJZ 2023, 388 (396).

³⁰ OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 2/23a, Rz 21.

³¹ OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 2/23a, Rz 35.

³² Aufschlussreich ist insb der Hinweis auf den einschlägigen Rechtssatz RS0129706 bei OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 2/23a Rz 35.

³³ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 316.

³⁴ Zu all dem *Karner in KBB*⁷ § 1299 ABGB Rz 7.

³⁵ *Rummel in Rummel/Lukas*⁴ (2014) § 874 ABGB Rz 5; *Pletzer*, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung, JBl 2002, 545.

³⁶ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II³ (2018) Rz A/2/297; aA *M. Bydlinski*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBl 2011, 681 (684 ff).

³⁷ Vgl OGH 25. 4. 2018, 9 Ob 81/17b.

³⁸ RS0129706.

³⁹ Vgl etwa *Kletečka*, ÖJZ 2023, 388 (394). Auch OGH 23. 11. 2023, 9 Ob 42/23a, scheint es jedenfalls für möglich zu halten, eine Haftung am Verschuldens-kriterium scheitern zu lassen, wenn er den zweitinstanzlichen Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss auch deshalb billigt, weil „[m]angels ausreichender Feststellungen [...] das vom Kläger behauptete Verschulden der Beklagten nicht beurteilt werden“ könne.

⁴⁰ Division des Kaufpreises durch die Restlaufleistung und Multiplikation des Ergebnisses mit der Anzahl der gefahrenen Kilometer. Die Berechnung des Kilometergelds erfolgt damit linear und sehr einfach. Ob der 1. und der 250.000. Kilometer wirklich einen gleich hohen Nutzen darstellen, könnte bezweifelt werden, auch wenn das Ergebnis im der Leitentscheidung zugrundeliegenden Fall nicht unplausibel war. Dass die Berechnungsmethode in allen Fällen sachgerechte Ergebnisse liefert, ist allerdings zu hinterfragen (vgl *Perner/Spitzer*, Quer durch die Höchstgerichte, ÖJZ 2023, 193).

Naturalrestitution, sondern Geld eingeklagt. So wird etwa in österreichweit anhängigen Sammelklagen nicht das Integritätsinteresse, sondern ein Wertinteresse geltend gemacht.⁴¹

Was wie ein Minus zur Rückabwicklung wirkt, ist in Wirklichkeit ein Aliud. Voraussetzung für einen Ersatzanspruch ist dann nämlich nicht nur eine unerwünschte Vermögenszusammensetzung, die als realer Schaden schon für sich genommen der Naturalrestitution zugänglich ist. Wer ein rechnerisches Vermögensminus ausgeglichen bekommen will, muss vielmehr auch tatsächlich ein rechnerisches Vermögensminus erlitten haben.⁴²

Weil ein derartiges Minus nicht dasselbe ist wie der reale Schaden, erweitert sich das Prozessprogramm markant. Für diese Ansprüche muss dann nämlich geklärt werden, welches Vermögensminus der Kläger im Vertrauen auf eine unrichtige Information erlitten hat. Die erforderliche Rechenoperation zur Ermittlung dieses Vertrauensschadens⁴³ ist jedem Lehrbuch zu entnehmen: „Den Vertrauensschaden berechnet man am besten durch einen Vermögensvergleich. Wie steht der Geschädigte jetzt? Wie wäre er gestanden,“ wenn er nicht auf die unrichtige Information vertraut hätte?⁴⁴ Somit ist nach einhelliger Ansicht „den hypothetischen Kausalverläufen, die ohne fälschliches Vertrauen stattgefunden hätten, nachzugehen“.⁴⁵ Der Geschädigte ist so zu stellen, „wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre“.⁴⁶ Umgelegt auf Abschaltanlagen heißt das: Hätte der Käufer das Auto für einen geringeren Kaufpreis bekommen, liegt in der Differenz ebenso ein Vertrauensschaden, wie wenn er um dasselbe Geld ein (anderes!) Auto ohne Wertminderung bekommen hätte.⁴⁷

Unstreitig ist als Wertinteresse daher – auch⁴⁸ beim Vertrauensschaden – die Differenz zwischen dem Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis (hypothetischer Zustand) und dem tatsächlichen Vermögensstand (realer Zustand) zu ersetzen,⁴⁹ was allerdings Überlegungen zum Wert des Fahrzeugs erforderlich macht, deren Abstraktionshöhe nicht zu groß sein darf. Es ist etwa unwahrscheinlich, dass Wertdifferenzen losgelöst von Marke und Fahrzeugtyp berechnet werden können: potentiell einiges an Arbeit für die Gerichte.⁵⁰

C. Judikaturwende

1. Deutschland Juni 2023

Und dann kam der BGH: Die Rs *Mercedes-Benz* wurde dem EuGH gerade vor dem Hintergrund des deutschen Haftpflichtrechts vorgelegt, wo für den Ersatz bloßer Vermögensschäden von Autokäufern bis dahin primär an deliktischen Schadenersatz nach § 826 BGB gedacht wurde, also sittenwidrige vorsätzliche Schädigungen, für die die Hürden aber dementsprechend hoch sind.⁵¹ Darin lag der Grund des Vorabentscheidungsersuchens des LG Ravensburg, das bei § 826 BGB offenbar ein Under-Enforcement befürchtet, sich daher ein Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 BGB gewünscht und vom EuGH auch bekommen hat. Für Schutzgesetzverletzungen wird nach allgemeinen (auch österr) Regeln nämlich schon bei Fahrlässigkeit gehaftet,⁵² eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung ist nicht erforderlich.

Rechtsfolgenseitig gewährte der BGH nach § 826 BGB wahlweise „großen“ oder „kleinen“ Schadenersatz.⁵³ Mit beidem kann sich wie beschrieben auch der Österreicher identifizieren. Der „große Schadenersatz“ beseitigt wie 10 Ob 2/23a den realen Schaden der unerwünschten Vermögenszusammensetzung und betätigt das Integritätsinteresse.⁵⁴ Dieser Schaden kann durch einen Anspruch auf den gezahlten Kaufpreis Zug um Zug gegen Übergabe des Kfz unter Anrechnung von Nutzungsvorteilen aus-

geglichen werden. Alternativ ist es auch möglich, als „kleinen Schadenersatz“ jenes Vermögensminus zu verlangen, das ein Autokäufer dadurch erlitten hat, dass sein Auto ein unzulässiges Thermofenster hat.⁵⁵

Der BGH respektiert nun in seiner Thermofenster-Leitentcheidung⁵⁶ die europäische Vorgabe zum Schutzgesetz, will daran aber nicht den großen Schadenersatz knüpfen. Warum das der Fall ist, ist rechtsdogmatisch – nicht nur für Österreicher⁵⁷ – nicht leicht ersichtlich, wobei es nicht weiterführend ist, dass der BGH als Begründung nur den „unterschiedlichen Unwertgehalt einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung einerseits und einer schuldhaften Schutzgesetzverletzung andererseits“ betont.⁵⁸

Indem er die Naturalrestitution durch großen Schadenersatz vom Tisch nimmt, verengt der BGH die Handlungsoptionen deutlich. Es bleibt nur der Ersatz einer Wertdifferenz übrig („kleiner Schadenersatz“). Dafür braucht es eine Differenz, die erst einmal ermittelt werden muss, was ohne Sachverständigen-gutachten (egal auf welcher Abstraktionshöhe) oft schwierig wird.

⁴¹ Zu dieser Unterscheidung Karner in KBB⁷ § 1293 ABGB Rz 1; Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ Rz D/1/1f.

⁴² Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ Rz D/1/2.

⁴³ Vgl bei FN 24.

⁴⁴ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 361.

⁴⁵ Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ Rz B/1/108.

⁴⁶ Reischauer in Rummel³ § 1293 ABGB Rz 14.

⁴⁷ Da BGH und OGH in der Folge ohnehin zu einer pauschalen Abgeltung kommen (s C.1. und 2.), muss hier die im Detail komplizierte Frage der Abgrenzung zum Erfüllungsinteresse nicht näher ausgeleuchtet werden (vgl noch FN 55); für Deutschland etwa Lobinger, Anm zu BGH 26. 6. 2023, VIa ZR 335/21, JZ 2023, 769 (771f mit FN 31); zur Prüfstanderkennungssoftware schon Gsell, Anm zu BGH 6. 7. 2021, VI ZR 40/20, NJW 2021, 3041 (3046).

⁴⁸ Vgl Reischauer in Rummel³ § 1293 ABGB Rz 14, der zutreffend darauf hinweist, dass der Vermögensvergleich zwischen Zustand mit und ohne Schädigung „kein Charakteristikum des Vertrauensschadens“ ist.

⁴⁹ Statt aller Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ Rz D/2/44; Oetker in MüKo, BGB⁹ (2022) § 249 Rz 18f; grundlegend Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II: Zur Lehre vom Interesse (1855) 3: „Der Ausdruck: id quod interest weist auf eine Vergleichung hin, und eine solche liegt dem Begriff des Interesse zu Grunde. Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde“ und dazu rezent Flume, Naturalrestitution und Wertersatz, in FS Lovrek (2024) 145 (147ff).

⁵⁰ Ein Beispiel dafür bietet jüngst OGH 25. 1. 2024, 4 Ob 204/23p, wo der Anspruch nicht gegen den (richtigen) Hersteller gerichtet wurde.

⁵¹ Natürlich kennt auch das deutsche Recht Sonderverbindungshaftungen (§ 311 BGB), die in der Diesel-Rsp aber bis zu Mercedes-Benz „weitgehend vernachlässigt“ wurden (Lobinger, JZ 2023, 769 [770f]).

⁵² Für Deutschland etwa Wagner in MüKo, BGB⁸ (2020) § 823 Rz 606; für Österreich Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 333, 344ff.

⁵³ Vgl etwa BGH 6. 7. 2021, VI ZR 40/20; 24. 1. 2022, VIa ZR 100/21 (zur Prüfstanderkennungssoftware).

⁵⁴ Vgl schon B.2.

⁵⁵ Dieser Gedanke ist auch dem österr Recht nicht fremd, wie der Differenzanspruch nach § 921 ABGB zeigt. Dabei darf zwar nicht übersehen werden, dass § 921 ABGB einen Anspruch auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses gibt, während es hier um den Ersatz des Vertrauensschadens geht. Übertragen auf die vorliegende Situation soll Wertersatz aber bedeuten: Wäre das Auto ohne Abschaltanlage 20.000 und ist es mit 19.000 wert, beläuft sich der Differenzanspruch auf 1.000. Die Beweislast für den Schaden trägt dabei nach allgemeinen Regeln der Geschädigte.

⁵⁶ BGH 26. 6. 2023, VIa ZR 335/221.

⁵⁷ Vgl Hager, Anm zu BGH 26. 6. 2023, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 335/21, JA 2023, 1040 (1042): „Der BGH begründet die Beschränkung auf den kleinen Schadenersatz nicht näher. Im Vertragsrecht kann der Gläubiger zwischen dem großen und dem kleinen Schadenersatz wählen. Warum dies im Recht der unerlaubten Handlungen nicht der Fall sein soll, ist nicht recht einsichtig“; weiters etwa Lobinger, JZ 2023, 769 (771): Es lasse „sich kaum mehr begründen, warum nicht auch [das Interesse], das Fahrzeug bei Kenntnis der Sachlage gar nicht gekauft zu haben“, geschützt werde.

⁵⁸ BGH 26. 6. 2023, VIa ZR 335/21 Rz 24.

Solche Beweisaufnahmen will der BGH allerdings auf keinen Fall. Die Richterin soll den Schaden daher nicht ermitteln, sondern lieber schätzen. Das ist nach § 287 Abs 1 dZPO auch recht großzügig möglich:⁵⁹ „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.“

BGH: Der geschätzte Schaden kann aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer als 5%, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher als 15% des gezahlten Kaufpreises sein.

Seinen Auftrag zur Schätzung konkretisiert der BGH dann zweifach: „Der geschätzte Schaden kann aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein als 5% des gezahlten Kaufpreises.“⁶⁰ Außerdem kann der geschätzte Schaden „umgekehrt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher sein als 15% des gezahlten Kaufpreises“⁶¹

Der BGH fügt hinzu: „Für die Schätzung des Tatrichters ist Vortrag der Parteien dazu ohne Relevanz, die Verkaufspreise von Kraftfahrzeugen der betroffenen Baureihen seien entweder tatsächlich nicht mit Rücksicht auf die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen gesunken oder der Schaden belaufe sich im konkreten Fall auf weniger als 5% oder mehr als 15% des gezahlten Kaufpreises. Entsprechende Behauptungen sind, weil die Grundsätze der Effektivität auf der einen und der Verhältnismäßigkeit auf der anderen Seite den Ausgleich eines Differenzschadens aus Rechtsgründen begrenzen, unerheblich und können eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht rechtfertigen.“⁶²

Es ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung, die Überlegungen des BGH näher zu analysieren, sie waren allerdings die Initialzündung für eine Judikaturwende in Österreich.

2. Österreich September 2023

Die BGH-Leitentscheidung führte nämlich dazu, dass der 10. Senat zu 10 Ob 27/23b im September 2023 mit seiner Entscheidung aus April brach, wenngleich ohne diesen Bruch als solchen zu deklarieren.⁶³

Als Schadenersatz wäre wie in 10 Ob 2/23a die Rückgabe des Autos Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises unter Berücksichtigung der bisherigen Nutzung in Betracht gekommen. Tatsächlich hätte der Kläger nach den Feststellungen nämlich „kein Fahrzeug gekauft, das nicht den EU-Abgasnormen entspricht, dies auch nicht zu einem günstigeren Preis“.⁶⁴ Sein Klagebegehren richtete sich allerdings trotzdem nicht auf Naturalrestitution, sondern auf 30% des Neupreises.⁶⁵

Aus dem Ersturteil wird die Feststellung referiert,⁶⁶ dass der Kläger aber gar „keinen Nachteil in seinem Vermögen erlitten“ habe.⁶⁷ Noch im April 2023 wäre die Konsequenz klar gewesen:

Damals war für den OGH noch eine „unionsrechtliche Vorgabe eines Schadenersatzanspruchs [...] das Vorliegen eines Schadens“, zumal der EuGH in Mercedes-Benz betone, „dass dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Fahrzeugs ein Schadenersatzanspruch zusteht, wenn ihm ein Schaden entstanden ist“,⁶⁸ und „ein deliktischer Schadenersatzanspruch [kein] vom Schadenseintritt losgelöster Akt der privaten Durchset-

zung von Emissionsnormen“ sein solle.⁶⁹ Die nicht auf Erstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Autos, sondern auf Geldersatz gerichtete Klage wäre daher abzuweisen gewesen, wobei sich die Parallele zu den Anlegerfällen wieder als instruktiv erweist: Wenn der Anleger riskante statt risikoarme Papiere bekommen hat, hat er zwar den realen Schaden der unerwünschten Vermögenszusammensetzung, der durch Naturalrestitution beseitigt werden kann. Sind die risikoreichen Papiere im Kurs aber nicht gefallen oder sogar gestiegen, gibt es keinen rechnerischen Schaden. Klagt ein Anleger dennoch im luftleeren Raum 30% des Kaufpreises ein, bekommt er natürlich nichts.

Das Berufungsgericht hat den Rekurs gegen seinen Aufhebungsbeschluss an den OGH zur Frage zugelassen, „ob der objektive Minderwert des Fahrzeugs aufgrund des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ein ersatzfähiger Schaden sei“.⁷⁰

⁵⁹ Vgl zu § 287 dZPO aus österr Perspektive Koller, Der Schadensbeweis (Habil 2018, unveröffentlicht) 191ff.

⁶⁰ BGH 26. 6. 2023, VIa ZR 335/21 Rz 74.

⁶¹ BGH 26. 6. 2023, VIa ZR 335/21 Rz 75.

⁶² BGH 26. 6. 2023, VIa ZR 335/21 Rz 79.

⁶³ Der 8. Senat ist auf diese Linie bereits eingeschwenkt (vgl OGH 19. 10. 2023, 8 Ob 88/22 g; 19. 10. 2023, 8 Ob 90/22a), überhaupt dürfte eine derart große Weichenstellung für andere Senate kaum überraschend gekommen sein (s auch 23. 11. 2023, 9 Ob 42/23a, wenngleich ohne konkretes Eingehen auf die Schadenshöhe). Auch in anderem Kontext wird ja aus dem Höchstgericht berichtet, dass sich der OGH in grundsätzlichen Fragen mit potentiellen Auswirkungen auf eine Vielzahl von Verfahren „unter Beteiligung sämtlicher Zivilsenate“ auf eine (freilich dann nur von einem einfachen Senat gefällte) Leitentscheidung geeinigt habe (Gitschthaler, Familienbonus Plus im Unterhaltsrecht – Ungelöste Fragen, EF-Z 2020, 52 [52]).

⁶⁴ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 3. Unklar bleibt, wie sich das zum Vorbringen des Klägers verhält, er hätte „maximal einen um 30% geringeren Kaufpreis gezahlt, um das manipulierte Fahrzeug zu erwerben“ (Rz 4). Das Vorbringen würde zwar immerhin zum Klagebegehren passen, auszugehen ist aber natürlich vom festgestellten Sachverhalt.

⁶⁵ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, setzt sich mit dieser Diskrepanz in Rz 18 auseinander, wobei die dortige Argumentation nicht wirklich verständlich ist. Sie deutet aber schon auf eine Übersteigerung des Europarechts hin.

⁶⁶ Den weiteren Berichten aus den Unterinstanzen lassen sich verschiedene schadenersatzrechtliche Mängel entnehmen. Dass sich ein „allenfalls dem Kläger entstehender Schaden letztlich (noch) nicht realisiert [habe], weil er zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung noch im Besitz des Fahrzeugs gewesen sei“ (OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 6), ist etwa entgegen der Ansicht des Erstgerichts nicht relevant, weil – wie das Berufungsgericht zu recht moniert – ein Schaden schlicht im Minderwert liegen könnte (Rz 7). Weniger überzeugend ist dessen Hinweis, dass „[a]nders als bei reinen Vermögensschäden [...] der hier geltend gemachte Schadenersatzanspruch mit dem Eingriff in ein konkret geschütztes Rechtsgut (das Eigentum des Klägers) verbunden sei“, weil das natürlich falsch ist. Es wurde nie in „unversehrtes“ Eigentum des Gegners eingegriffen, bei sämtlichen denkbaren Thermofenster-Schäden des Autokäufers handelt es sich daher notwendig um bloße Vermögensschäden (vgl aber OGH 29. 8. 2022, 5 Ob 100/22z).

Das Berufungsgericht befindet sich freilich in guter Gesellschaft, hat doch auch der EuGH zur Prüfstanderkennungsoftware bei Verortung des Schadenseintritts zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit (Art 7 Nr 2 EuGVVO) gemeint, es gehe „nicht um einen reinen Vermögensschaden, sondern um einen materiellen Schaden, der zu einem Wertverlust jedes betroffenen Fahrzeugs führt und sich daraus ergibt, dass mit der Aufdeckung des Einbaus der Software zur Manipulation der Abgasdaten die Gegenleistung der für den Erwerb eines solchen Fahrzeugs geleisteten Zahlung ein Fahrzeug ist, das mit einem Mangel behaftet ist und daher einen geringeren Wert hat“ (EuGH 9. 7. 2020, C-343/19, VKI/Volkswagen, Rz 34). Auf diese Idee waren im Vorfeld nicht einmal jene gekommen, die sich iS der Kläger für einen Gerichtsstand in Österreich ausgesprochen hatten (vgl Klicka, Die Anwendung des Deliktgerichtsstands nach Art 7 Nr 2 EuGVVO auf reine Vermögensschäden eines Fahrzeugaufkäufers, JBl 2019, 337; s im Anschluss an VKI/Volkswagen auch ders, Diebelskandal: Internationale Zuständigkeit am Erwerbort, VbR 2020, 194 [195f]).

⁶⁷ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 6. Unklar ist, ob diese Feststellung an die unrichtige rechtliche Beurteilung geknüpft ist (s FN 67). Für die E des OGH spielt das aber keine Rolle.

⁶⁸ OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 2/23a, Rz 20, mit Hinweis auf EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 91; vgl dazu schon bei FN 14.

⁶⁹ OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 2/23a, Rz 21.

⁷⁰ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 14.

Der OGH bejaht diese Frage⁷¹ und postuliert anschließend, dass der EuGH „abschließend den Eintritt eines objektiv-abstrakt zu ermittelnden Schadens allein auf Grund des Kaufvertrags“ bejahe.⁷²

Was das bedeuten soll, wird isoliert betrachtet zunächst gar nicht klar. Der EuGH sagt nur, dass aus der Unsicherheit ein Schaden resultieren kann und dass es dann adäquaten Ersatz geben muss,⁷³ bevor er – wie der OGH zwei Absätze später zutreffend rekapituliert – überhaupt „für die ‚Modalitäten‘ des Schadenersatzanspruchs auf das nationale Recht verweist“.⁷⁴

Dieser Ersatz könnte nach österr Recht jedenfalls ohne Weiteres in der Naturalrestitution bestehen, die insofern auch tatsächlich an den unerwünschten Vertrag anknüpft. Es wäre mit dem OGH auch durchaus möglich, dass „bereits mit dem Erwerb ein ersatzfähiger Schaden eingetreten sein kann“⁷⁵ (!), der in dem Betrag liegt, „um den der Käufer den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltelinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat“.⁷⁶ Diesen Betrag müsste man nur ermitteln und könnte ihn dann ersetzen.

Überzeugend gerät der Befreiungsschlag dennoch nicht, es bleiben allerhand Fragen offen.

Überraschend kommt der OGH an anderer Stelle aber noch einmal auf dieses Thema zurück und schließt aus den „unionsrechtlichen Anforderungen an die Ersatzleistung“, dass „dem Erwerber die Erlangung eines angemessenen Schadenersatzes nicht praktisch unmöglich“ gemacht oder übermäßig erschwert werden darf,⁷⁷ ein folgenschweres non sequitur, das wohl mit dem kryptischen Hinweis auf einen „objektiv-abstrakt zu ermittelnden Schaden allein aufgrund des Kaufvertrages“⁷⁸ vorbereitet werden sollte:

„Aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben“ sei Schadenersatz zwischen 5 und 15% zu gewähren.⁷⁹

Diese mit Ch. Huber „frei gegriffene Marge“⁸⁰ ist in Anbetracht des Umstands, dass in Österreich Naturalrestitution unstreitig möglich wäre, vermutlich weniger europarechtlicher Effektivität, sondern eher dem Leidensdruck in der Justiz geschuldet. Tausende Dieselakten liegen herum oder schieben sich aufgrund rechtlicher und faktischer Unsicherheiten seit Jahren durch die Instanzen, und die Besonderheiten der individuellen Fälle machen alles noch mühevoller. Da erscheint die Aussicht auf eine zügige Erledigung mit pauschalen Trostpflastern zweifellos attraktiv. Überzeugend gerät der Befreiungsschlag dennoch nicht, es bleiben allerhand Fragen offen.

D. Bewertung und Folgefragen

1. Europarechtliche Bedenken

Der EuGH neigt nicht selten dazu, an einer Effektivitätsspirale zu drehen⁸¹ und Sanktionen ins Unangemessene zu übersteigern. Das kann man ihm hier – wenn man die vorgelagerte Schutzgesetzvolte und das spezifische Verlangen nach Schadenersatz ausblendet – nicht vorwerfen. „Weder heißt es, dass das Unionsrecht ‚jedenfalls‘ oder ‚bedingungslos‘ Schadenersatz für den Erwerber fordere, noch schließt der EuGH die unionsrechtliche Türe zu solchen Ansprüchen gegen den Hersteller.“⁸² Probleme bereitet erst die Entscheidung des OGH, die europarechtliche Zwänge anführt, in denen er sich nicht befindet.

Insb finden sich in der Entscheidung des EuGH deutliche und ausdrückliche Hinweise darauf, dass das Unionsrecht gar nicht auf die Idee kommt, fiktive Schäden zu ersetzen, sondern nur

einen solchen Schaden, „der dem Käufer [...] tatsächlich entstanden ist“.⁸³ Es soll eben nur gehaftet werden, „wenn dem Käufer durch diese Abschaltelinrichtung ein Schaden entstanden ist“;⁸⁴ weswegen nationale Gerichte eben auch befugt sind, zu verhindern, dass es zu einer „ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten“ kommt.⁸⁵

Dieses Verständnis, das nahtlos auf der Linie des klassischen (nicht nur österr) Verständnisses von Schadenersatz liegt, entspricht allgemeinen europäischen Standards. Auch bei Datenschutzverletzungen soll es etwa zwar für den Ersatz ideeller Schäden keine besonderen Anforderungen an die Schwere der Beeinträchtigung geben; dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist, ist aber schon Voraussetzung. Wer keinen Schaden hat, bekommt folglich auch keinen Ersatz, weil für den EuGH – entgegen anderen Meinungen in der Lit⁸⁶ – nicht schon ein bloßer „Verstoß gegen die Bestimmungen der DSGVO für sich genommen den Schadenersatzanspruch der betroffenen Person [...] eröffnet“;⁸⁷ da sonst „die gesonderte Erwähnung eines ‚Schadens‘ [in der DSGVO]“ überflüssig wäre.⁸⁸

Damit bezieht sich der EuGH zwar auf die Auslegung einer VO. Wenn in der Rs Post aber die besondere Erwähnung eines „Schadens“ in der DSGVO ein Indiz dafür ist, dass es auch wirklich einen Schaden geben muss, schlägt die besondere Erwähnung sogar eines Schadens, „der dem Käufer [...] tatsächlich entstanden ist“⁸⁹, samt der konditionalen Verknüpfung, dass Ersatz zusteht, „wenn dem Käufer durch diese Abschaltelinrichtung ein Schaden entstanden ist“⁹⁰ recht eindeutig in dieselbe Kerbe, auch und gerade weil diese Formulierungen aus der Feder des EuGH stammen. In Luxemburg ist die Welt diesbezüglich also noch in Ordnung: ohne Schaden kein Schadenersatz.

Insofern mag die Rsp zum Mindestersatz zwar manche Fälle schnell lösen, sie hat mit europarechtskonformer Interpretation

⁷¹ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 16.

⁷² OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 25.

⁷³ Damit helfen auch die Ausführungen von Maderbacher, Angemessener Schadenersatz in Abgasfällen, VbR 2023, 77 (77), auf die sich der OGH beruft, nicht weiter, weil dort die Unsicherheit – ohne weitere Erklärung – mit dem „Vorliegen eines objektiv-abstrakt zu ermittelnden Schadens“ gleichgesetzt wird.

⁷⁴ OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 2/23a, Rz 27, mit Hinweis auf EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 92; vgl schon FN 19.

⁷⁵ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 27; zur unhaltbaren abweichenden Ansicht des Erstgerichts schon FN 67.

⁷⁶ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 28.

⁷⁷ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 39, mit insofern zutreffendem Hinweis auf EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 90, 93.

⁷⁸ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 25.

⁷⁹ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 39.

⁸⁰ Ch. Huber in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2023) § 1332 ABGB Rz 22.

⁸¹ Spitzer, Schadenersatz für Datenschutzverletzungen. Zugleich Bemerkungen zum Diskussionsstand zum Ersatz ideeller Schäden, ÖJZ 2019, 629 (635f); ders, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761 (767); Perner/Spitzer, EuGH und Verbraucherschutz im Bankrecht, ÖJZ 2023, 129.

⁸² Perner/Spitzer, Kontrovers in allen Bereichen, ÖJZ 2023, 321.

⁸³ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 96.

⁸⁴ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 91.

⁸⁵ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 94.

⁸⁶ Vgl zum Meinungsstand Burtscher, DSGVO und immaterielle Schäden: erste internationale Entwicklungen, ZEuP 2021, 698 (699), der selbst zum Ergebnis kommt, dass es nicht nötig sei, „das Kind mit dem Bade auszuschütten und schon die Datenschutzverletzung selbst zum Schaden zu stilisieren“ (710); weiters für die Notwendigkeit des Vorliegens eines Schadens etwa Kodek, Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche bei Datenschutzverletzungen, in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2019 (2019) 97 (100); Spitzer, ÖJZ 2019, 629 (635).

⁸⁷ EuGH 4. 5. 2023, C-300/21, Österreichische Post, Rz 33.

⁸⁸ EuGH 4. 5. 2023, C-300/21, Österreichische Post, Rz 34.

⁸⁹ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 96.

⁹⁰ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 91.

allerdings nichts zu tun. Sie ist bei näherem Hinsehen auch keine schlichte Übererfüllung europäischer Vorgaben iS des immer wieder zitierten „gold plating“. Nimmt man den EuGH beim Wort und versteht das europäische Zulassungsregime in seiner Auslegung, also so, dass es Schadenersatz für den tatsächlich verursachten Schaden geben muss, zeigt sich ein perplexes Bild: Was der OGH zur Erfüllung europäischer Vorgaben erdacht hat, wäre europarechtswidrig. Darüber sollte das sonst in Europa omnipotente Effektivitätsstreben ebensowenig hinwegtäuschen wie darüber, dass der Hinweis des EuGH auf die nationalen Modalitäten des Schadenersatzes nur innerhalb des gesteckten Rahmens greift. Schon europarechtlich ist das national erzielte Ergebnis daher durchaus problematisch.

2. Schadenersatzrechtliche Bedenken

Schadenersatzrechtlich fällt das Urteil noch weit schlechter aus. Die Entscheidung ordnet Schadenersatz auch dann an, wenn gar kein Schaden entstanden ist. Es ist zu bezweifeln, dass das Anliegen der Höchstgerichte in der Überkompensation bestanden hat. Dass der EuGH dergleichen nicht gefordert hat, schließt auch ernsthafte Effektivitätsgedanken aus. Näher liegt der schon angesprochene Versuch des Befreiungsschlags.

a) Prozessuale Optionen

Dabei fällt auf, dass die beiden Höchstgerichte ihre Begründungen verschieden akzentuieren. Der BGH klingt eher nach einer Lösung über § 287 dZPO und damit über das Prozessrecht, während der OGH stärker schadenersatzrechtlich begründet. Tatsächlich geht die Schätzungsbefugnis des § 287 dZPO über jene des § 273 Abs 1 ZPO hinaus.⁹¹ Dafür muss nämlich der Anspruch dem Grunde nach, also der bekannte „erste Euro“, feststehen.⁹² Zwar gibt es Ansätze, diese Norm entgegen der hA extensiver zu nutzen,⁹³ man müsste sich dafür nach österr Verständnis aber zweifellos noch mehr strecken als in Deutschland, wo die Schadensschätzung schon wegen des eindeutigen Gesetzeswortlauts möglich ist, wenn „streitig [ist], ob ein Schaden entstanden“ ist (§ 287 Abs 1 dZPO).⁹⁴

b) Objektiv-abstrakte Berechnung

Stattdessen wählt der OGH in seiner Begründung aber weitgehend einen materiellrechtlichen Weg und verweist auf eine „objektiv-abstrakte Berechnung“ des Schadens. Das nährt die Befürchtung, für die weiteren Überlegungen den schweren Rucksack des Streits zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung mitzuschleppen, der seit Jahrzehnten leidenschaftlich, aber ohne Ergebnis geführt wird.⁹⁵

Diese Sorge erweist sich aber als unberechtigt. Das liegt daran, dass die objektiv-abstrakte Berechnungsmethode auf den vorliegenden Fall nicht einmal nach ihren prononciertesten Proponenten anwendbar ist. Ausgangspunkt dafür ist ja, dass sich der ersatzfähige Schaden nach § 1332 ABGB „nach dem gemeinen Werte, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte“, berechnen soll. Der Anspruch auf den gemeinen Wert soll im Moment der Schädigung an die Stelle des beeinträchtigten Rechtsguts treten. Daraus folgern gewichtige Stimmen, dass immer mindestens der gemeine Wert der beschädigten Sache zu ersetzen ist.⁹⁶ Andere, ebenso gewichtige Stimmen lehnen die Idee vom Mindestersatz kategorisch ab und sehen in der abstrakten Berechnung nur eine Berechnungshilfe.⁹⁷ Insgesamt hat man es mit einer emotionalen⁹⁸ Diskussion einer der ewigen Fragen des Schadenersatzrechts zu tun.

Sogar der Wortlaut von § 1332 ABGB als mögliche sedes materiae objektiv-abstrakter Berechnung spricht allerdings von der Beschädigung einer Sache und *Koziol* umreißt als prominentester Vertreter der objektiv-abstrakten Schadensberechnung ihren Anwendungsbereich mit dem Ersatz von Personen- und Sachschäden, weil die Bestimmung eben auf dem Gedanken der Rechtsfortwirkung des beeinträchtigten absolut geschützten Rechtsguts beruhe.⁹⁹ Auf den Ersatz bloßer Vermögensschäden ist die Bestimmung demnach nicht anwendbar.¹⁰⁰

Riss überlegt – freilich ohne damit Gefolgschaft gefunden zu haben – in bestimmten Konstellationen, auch bloße Vermögensschäden objektiv-abstrakt zu berechnen. Demnach erleide etwa ein Mandant, dessen Chancen auf Durchsetzung eines Anspruchs wegen eines Kunstfehlers seines Rechtsanwalts sinken, schon im Zeitpunkt des Kunstfehlers (und nicht erst im Zeitpunkt des Prozessverlusts) einen Schaden (Verlust einer Chance). Zu diesem Zeitpunkt könne der Mandant seinen Anspruch am Markt nämlich nur mehr mit einem Preisabschlag veräußern, sein Forderungsrecht ist also weniger wert.¹⁰¹ Freilich schränkt *Riss* sofort wieder ein: Wenn der Mandant den Anspruch letztlich doch durchsetzen kann, gibt es natürlich keinen Schadenersatz, weil es sonst „zu einer Verdoppelung des Rechtsguts im Vermögen des Geschädigten“ komme. Setzt der Mandant seinen Anspruch durch, fehlt es nämlich an einem „realen Nachteil“ in seinem Vermögen.¹⁰² Das ist für die hier interessierenden Fälle ganz besonders aufschlussreich: Ohne realen Nachteil im Vermögen gibt es eben keinen Ersatz.

⁹¹ Auf § 273 ZPO kommt der OGH erst bei der Ausfüllung des Korridors zurück, der aber materiellrechtlich begründet wird (OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 40).

⁹² *Fasching*, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, JBl 1981, 225 (231); *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ (2017) Rz 837; vgl auch RS0040355: „Die Vorschrift des § 273 Abs 1 ZPO ist nur dann anwendbar, wenn der Betrag, nicht aber der Grund einer Forderung strittig ist“; ausf zu dieser Frage *Koller*, Schadensbeweis 237ff.

⁹³ Vgl *Spitzer in Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht (2020) § 273 ZPO Rz 3; ausf *Koller*, Schadensbeweis 246ff und insb zu bloßen Vermögensschäden 250ff.

⁹⁴ Vgl oben bei FN 59.

⁹⁵ Vgl die jüngste Rekapitulation bei *Koziol*, Objektiv-abstrakte und subjektiv-konkrete Schadensberechnung, JBl 2023, 758.

⁹⁶ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 191; *Karner in KBB*⁷ § 1293 ABGB Rz 8; *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ Rz B/1/72ff.

⁹⁷ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 21 ff (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *ders*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11 (16ff); *Reischauer in Rummel*³ § 1293 ABGB Rz 2b, § 1332 ABGB Rz 2, 12. Eine ausführliche Darstellung der Diskussion findet sich bei *Karner*, Fragen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung, in FS Fenyves (2013) 189 (192ff); eine Synopse bei *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 321f.

⁹⁸ Vgl *Reischauer in Rummel/Lukas*⁴ (2018) § 921 ABGB Rz 75ff.

⁹⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ B/1 Rz 77ff; s auch *Kodek*, ÖBA 2012, 11 (11ff); OGH 19. 2. 2015, 6 Ob 7/15w.

¹⁰⁰ Als Ausnahme gilt etwa § 376 UGB (*Karner in FS Fenyves* 189 [204ff]; *Rabl*, Schadenersatz wegen Nichterfüllung [1998] 69ff). Diskutiert wird, ob auch nach § 921 ABGB beim Rücktritt wegen verschuldeter Nichterfüllung der Differenzanspruch, der unzweifelhaft nach dem Marktwert der geschuldeten Leistung „abstrahiert“ berechnet werden kann (vgl auch *Reischauer in Rummel/Lukas*⁴ § 921 ABGB Rz 52), einen Mindestersatz gewährt. Dieser auf *Neuner*, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931) 277 (293), zurückgehende Gedanke kann beim Erfüllungsinteresse tragen, weil der Schuldner nicht dadurch besser gestellt werden soll, dass er statt seiner Leistung nur Schadenersatz zahlen soll. Zum Vertrauensschaden wurde diese Ansicht aber noch nicht vertreten. Wenn *Karner in FS Fenyves* 189 (206) zu § 921 ABGB auf den Präventionsgedanken zurückgreift, ist außerdem zu bemerken, dass *Koziol* sich davon ganz rezent distanziert hat: „Ich muss mich daher von meiner [...] Betonung des Präventionsgedankens als Grund für die objektive Berechnung distanzieren“ (*Koziol*, JBl 2023, 758 [766]).

¹⁰¹ *Riss*, Hypothetische Kausalität, bloße Vermögensschäden, verlorene Prozesschancen, JBl 2004, 423 (432ff).

¹⁰² *Riss*, JBl 2004, 423 (435).

Beim Vertrauensschaden wird es noch schwieriger: *Karner* meint, eine objektiv-abstrakte Berechnung scheide aus, wenn das Vertrauen auf eine unrichtige Information zu einer Fehldisposition über das bloße Vermögen führe.¹⁰³ Der Gedanke dahinter: Welchen abstrakten „gemeinen Wert“ sollte denn das enttäuschte Vertrauen eines konkreten Verkehrsteilnehmers haben?¹⁰⁴ Ein im Zeitpunkt der Enttäuschung des Vertrauens abstrakt berechneter Mindestersatz wird also selbst von den Proponenten der abstrakten Berechnung nicht vertreten.

Das heißt im Umkehrschluss, dass für die Berechnung des Ersatzes die §§ 1293, 1323f ABGB anzuwenden sind,¹⁰⁵ was für Vertrauensschadensfälle bisher auch von niemandem bestritten wurde. Es bedarf daher eines umfassenden Vermögensvergleichs, weil mit *Koziol* „alle Auswirkungen im Vermögen des Geschädigten festzustellen sind“. Deshalb „darf jedenfalls die Berechnung nicht bloß auf den Zeitpunkt der Schädigung abstellen, sondern muss die tatsächliche Entwicklung des gesamten Vermögens nach dem schädigenden Ereignis [...] einbeziehen“.¹⁰⁶

Es zeigt sich somit, dass die literarische Kontroverse zwischen verschiedenen Berechnungsmethoden keinen Einfluss auf die Berechnung des Vertrauensschadens hat, sodass *Karner* und *Koziol* zum Anlegerschaden betonen, dass es bei „Fehldispositionen über das bloße Vermögen [...] an der Schädigung eines objektiv-abstrakt zu berechnenden Rechtsgutes“ fehlt.¹⁰⁷

Doch selbst wenn der Vertrauensschaden objektiv-abstrakt zu berechnen wäre, liegt der Position des OGH ein Missverständnis der objektiv-abstrakten Berechnung zugrunde. Es muss natürlich schon ein wirklicher Schaden „an einem gegenwärtigen und gegenüber dem Schädiger geschützten Gut“ eingetreten sein, damit dieser Schaden objektiv-abstrakt berechnet werden kann. Schon *Franz Bydlinski* hat betont: „Handlungen, die weder das Vermögen im ganzen, noch den Wert des betroffenen isolierten Rechtsgutes oder Rechtes zu irgendeinem Zeitpunkt verringern, haben von keinem sinnvollerweise vertretbaren Standpunkt aus einen Schaden herbeigeführt“.¹⁰⁸ *Koziol* zieht daraus die Schlussfolgerung: „Auch mit einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung kann demnach kein Schaden konstruiert werden, wenn die Differenzrechnung zum Ergebnis führt, dass ein Wertunterschied des beeinträchtigten Gutes nicht vorhanden ist.“¹⁰⁹ Eben weil „die objektiv-abstrakte Schadensberechnung auf den Rechtsverfolgungsgedanken“ zurückgeht, „der Anspruch auf Ersatz des objektiven Werts“ also „das verletzte Recht selbst repräsentiert“, ist „diese Berechnungsweise nur dann heranzuziehen [...], wenn ein geschütztes Recht oder Rechtsgut verletzt wird, das einen „gemeinen Wert“ (§ 1332 ABGB), also einen Verkehrswert, hat“.¹¹⁰

Nach allen bislang vertretenen Ansichten ist es mit schadenersatzrechtlichen Grundsätzen daher unvereinbar, einen Vertrauensschaden zu ersetzen, der in Wirklichkeit gar nicht eingetreten ist.

Nach allen bislang vertretenen Ansichten ist es mit schadenersatzrechtlichen Grundsätzen daher unvereinbar, einen Vertrauensschaden zu ersetzen, der in Wirklichkeit gar nicht eingetreten ist. Dementsprechend lässt sich 10 Ob 27/23b nicht ohne gravierende Friktionen in das österr Schadenersatzrecht einordnen. Der systemwidrige Ausgangspunkt wird sich bei den daraus resultierenden Folgefragen bemerkbar machen, die insofern „auf der schiefen Ebene“ zu behandeln sind. Systemkonformität ist so nicht unbedingt leichter zu erzielen.

3. Folgefragen

a) Kriterien für die Ermessensentscheidung

Zur Frage, wie der Korridor nun ausgenützt werden soll, erklärt der OGH noch: „Ein Ausschöpfen der Bandbreite nach oben wird mangels besonderer Umstände nicht erforderlich sein, wenn der Käufer – wie hier – das Fahrzeug auch in Kenntnis des umweltschädlichen Mangels erwerben hätte wollen, es auch nach Aufdeckung behält und weiter so verwendet, als würde das Problem nicht bestehen.“¹¹¹

Wie sollen Gerichte nun vorgehen? Die Schätzung nach § 273 ZPO „ist kein ‚Würfeln‘, sondern nach Möglichkeit auf Grund konkreter Anhaltspunkte (Anknüpfungstatsachen) durchzuführen (zB Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Höhe üblicher Beträge). Die Tatsacheninstanzen haben auch bei Anwendung des § 273 ZPO Feststellungen von Tatsachen, die eine nähere Eingrenzung zum Beispiel der Schadenshöhe ermöglichen, zu treffen. Außerdem sind, wo das möglich ist, Bemessungsfaktoren und allgemeine Maßstäbe heranzuziehen“.¹¹²

Die Parteien und erstinstanzlichen Gerichte werden Phantasie dafür haben, was bei der Ausschöpfung des Korridors hilft. Statt Gutachten über einzelne Fahrzeuge könnten Gutachten über die Entwicklung des Marktes interessieren, in der Granularität erscheint für seriöse Entscheidungen ein Hinunterbrechen auf Marken, aber auch auf Modelle angezeigt, weil nicht gesagt ist, dass für SUV und Kompaktwagen dasselbe gilt. Im luftleeren Raum dürfen solche Schätzungen aber auch nach § 273 ZPO nicht ohne Weiteres stattfinden.

Wenn, was in vielen Verfahren der Fall sein dürfte, feststeht, dass kein Vermögensnachteil eingetreten ist, will sich der OGH an 5% orientieren.¹¹³ Interessant ist, dass dem OGH eine gänzlich abstrahierte Schadensberechnung dann überhaupt ungeheuer erscheint. 2 Ob 3/24s will daher etwa auch den „bereits lange zurückliegenden Fahrzeugerwerb berücksichtigen“ sowie den Umstand, „dass das Fahrzeug nach wie vor rund 28% des Ursprungswerts aufweist“. „Dass der Kläger das Fahrzeug bei Kenntnis nicht oder jedenfalls nicht um den vereinbarten Preis erworben hätte,

¹⁰³ *Karner* in FS Fenyves 189 (201); *Koziol*, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger, in FS Picker (2010) 523 (526f).

¹⁰⁴ Hierin liegt wohl auch der Unterschied zum Erfüllungsinteresse, vgl FN 55.

¹⁰⁵ *Karner* in FS Fenyves 189 (201); *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ Rz B/1/78, 99, 111.

¹⁰⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ B/1 Rz 99 mwN; vgl auch OGH 5. 7. 2011, 4 Ob 62/11 p.

¹⁰⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ Rz B/1/78, im Anschluss an *Karner* in FS Fenyves 189 (201).

¹⁰⁸ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht 31f, im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung von Immaterialgüterrechten.

¹⁰⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ Rz B/1/91.

¹¹⁰ *Koziol* in FS Picker 523 (526f).

¹¹¹ OGH 19. 10. 2023, 8 Ob 90/22 a.

¹¹² *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 273 ZPO Rz 10; vgl auch *Koller*, Schadensbeweis 228f: „Der Vorgang der Tatsachenermittlung nach § 273 Abs 1 ZPO entspricht insofern einer Schätzung, als das Gericht aus feststellbaren Umständen (Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen) – unter Anwendung von Erfahrungssätzen – Rückschlüsse auf die Schadenshöhe zieht. Lassen die Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen mehrere Schlussfolgerungen zu, so hat das Gericht jenen Betrag festzusetzen, der seiner Einschätzung nach die größte Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit für sich in Anspruch nimmt (maW: jenen Betrag, von dem der Richter zur intensivsten Überzeugung gelangt, dass er dem Zustand entspricht, der eingetreten ist oder im Fall hypothetischer Entwicklung eingetreten wäre). Über den erforderlichen Überzeugungsgrad trifft § 273 Abs 1 ZPO streng genommen keine Aussage. Es gelten aber auch hier die von der ZPO allgemein für das Beweismaß vorgegebenen Ober- und Untergrenzen, sodass auch eine Festsetzung des Schadens gem § 273 Abs 1 ZPO zumindest voraussetzt, dass der Richter einen durch Schlussfolgerungen ermittelten Betrag für wahrscheinlich erachtet – dh dass seines Erachtens mehr Gründe dafür als dagegen sprechen, dass es sich um den ‚richtigen‘ Betrag handelt.“

¹¹³ OGH 23. 1. 2024, 2 Ob 3/24 s, Rz 18.

fällt in Anbetracht der dennoch erfolgten Weiterverwendung nicht (mehr) maßgeblich ins Gewicht.¹¹⁴

b) Weiterveräußerung

Das Ziel der Entscheidung, unter Berufung auf europarechtliche Zwänge die Voraussetzungen für eine rasche und möglichst schablonenhafte Erledigung von Dieselsklagen zu schaffen, ist allerdings noch nicht erreicht. Zwischen dem Kauf eines Autos vor vielen Jahren und dem heutigen Prozess kann viel passiert sein. Hier soll nur noch auf die häufigste Sachverhaltskonstellation hingewiesen werden, die im Weiterverkauf des Autos besteht. Solche Konstellationen sind schadenersatzrechtlich immer mühsam und führen traditionell auf das Terrain von Vorteilsausgleich und Schadensverlagerung.

Der EuGH macht aber eigentlich sehr deutlich, worum es ihm geht: Die Unzulässigkeit des Thermofensters kann „eine Unsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit hervorrufen, das Fahrzeug anzumelden, zu verkaufen oder in Betrieb zu nehmen, und letztlich beim Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüsteten Fahrzeugs zu einem Schaden führen“.¹¹⁵ Diesen Schaden und damit diese Unsicherheit will der OGH mit mindestens 5 und maximal 15% bepreisen.

Die Frage ist, was auf Basis dieser Rsp in den Weiterveräußerungsfällen gilt: Dabei ist zunächst daran zu erinnern, dass sich der OGH explizit zum Anknüpfungspunkt des EuGH bekennt: „Als nachteilige Folge – vor der ein Fahrzeugkäufer durch das Unionsrecht geschützt werden soll – sieht der EuGH allerdings an, dass durch die Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung die Gültigkeit der EU-Typengenehmigung und daran anschließend die Übereinstimmungsbestätigung in Frage gestellt werden, was wiederum (unter anderem) zu einer Unsicherheit über die Nutzungsmöglichkeiten (Anmeldung, Verkauf oder Inbetriebnahme des Fahrzeugs) und ‚letztlich‘ zu einem Schaden führen kann.“ Der Schaden sei das „geringere rechtliche Interesse“, das „in der (objektiv) eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit“ besteht.¹¹⁶

Einen derartigen Schaden kann nicht haben, wer das Auto gar nicht mehr hat.

Einen derartigen Schaden kann nicht haben, wer das Auto gar nicht mehr hat.¹¹⁷ Solche Personen sollten daher auch nicht für den Mindestersatz in Betracht kommen. So ließe sich die systemwidrige Entscheidung zum Ersatz fiktiver Schäden in ein Gesamtgefüge einbauen, das nicht – wie ein Ersatz von 5–15% an jeden, der dieses Auto irgendwann einmal hatte – absurd wäre. Unterstellt man dem EuGH mit OGH und BGH, dass er den Ersatz eines Mindestschadens verlangt, so kann das nur für den Schaden gelten, von dem der EuGH als einzigem schreibt. Die Unsicherheit über die Nutzungsmöglichkeiten kann schließlich per definitionem nur haben, wem diese Nutzungsmöglichkeiten zugeordnet sind, also der jeweilige Letzt-käufer.

Damit ist nicht gesagt, dass dessen Vorpersonen nicht auch Schäden erlitten haben. Dabei handelt es sich dann aber nicht um den vom EuGH definierten und von OGH und BGH mit Mindestersatz ersetzten Schaden. Zu den Schäden von Vorbesitzern hat der EuGH also keinerlei Aussagen getroffen. Sie sind daher nach allgemeinen Regeln weiterhin vom Kläger zu behaupten und zu beweisen, weil er zweifellos keine „objektiv-abstrakt“ zu berechnende Unsicherheit der Nutzung hat.

E. Zusammenfassung

1. Der OGH versucht, aus der Rs Mercedes-Benz einen Befreiungsschlag in Dieselfällen zu machen, indem er einen europarechtlich angeordneten Mindestersatz von 5% des Kaufpreises vorsieht, der auch dann zu leisten ist, wenn gar kein Schaden besteht.

2. Dieses Konzept wurde vom EuGH nicht einmal angesprochen, es ist europarechtlich bedenklich und schadenersatzrechtlich nach jedem bisherigen österr Verständnis unvertretbar. Es folgt insb auch nicht aus einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung.

3. Sollten die Nöte der Dieselfälle diese Rsp diktiert haben, ist dringend zu wünschen, dass sie in Zukunft unangewendet bleibt. Die Entstehung eines Dieselschadenersatzrechts, in dem aus Gründen der Einfachheit Schadenersatz ohne Schaden gewährt wird, bricht ohne Not mit Fundamenten des österr Schadenersatzrechts.

4. Unter Zugrundelegung der neuen Rsp kann die konkrete Entschädigung innerhalb des vom OGH definierten Korridors von 5–15% unter den Voraussetzungen des § 273 ZPO bestimmt werden. Dabei ist Würfeln ebensowenig erlaubt wie sonstige Willkür. Es bedarf daher der Ermittlung von Anknüpfungstatsachen, die eine halbwegs seriöse Schadensschätzung ermöglichen.

5. Wer sein Fahrzeug veräußert hat, kann den vom EuGH befürchteten Schaden einer Unsicherheit über die Zulassung notwendig nicht haben. Ihm steht kein schadensunabhängiger Mindestersatz zu.

Plus

ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: martin.spitzer@wu.ac.at

HINWEIS

Siehe auch die Entscheidungen in diesem Heft (Seite 296 ff): EvBl 2024/88; EvBl 2024/89; EvBl 2024/90; EvBl 2024/91.

¹¹⁴ OGH 23. 1. 2024, 2 Ob 3/24 s, Rz 19.

¹¹⁵ EuGH 21. 3. 2023, C-100/21, Mercedes-Benz, Rz 84.

¹¹⁶ OGH 28. 9. 2023, 10 Ob 27/23b, Rz 25.

¹¹⁷ OGH 16. 1. 2024, 10 Ob 46/23x, thematisiert diese Frage nicht.