

Hans-Bernd Schäfer, Ben Fuhrmann\*

## Zivilrechtliche und rechtsökonomische Aspekte zum Dieselskandal der Volkswagen AG

**Die Installation von Manipulationssoftware in Diesel-Pkw von Volkswagen führt zu unterschiedlichen Konsequenzen in den USA und in Deutschland. Die deutschen Käufer werden weniger oder gar nicht entschädigt, weil weder die staatliche Regulierung noch die privatrechtliche Haftung wirksam gegriffen hat. Jetzt besteht die Gefahr der Verjährung ihrer Ansprüche zum Jahresende. Die von der Großen Koalition in Aussicht gestellte Musterfeststellungsklage könnte jedoch noch rechtzeitig Abhilfe schaffen.**

Mehr als zwei Jahre nach Bekanntwerden der Installation von Manipulationssoftware in den Dieselfahrzeugen der Volkswagen AG sind die wesentlichen kauf- und deliktsrechtlichen Ansprüche der Käufer in Deutschland noch nicht einheitlich geklärt. In den USA hat sich Volkswagen bereit erklärt, jedem betroffenen Käufer zwischen 7000 US-\$ und 16000 US-\$<sup>1</sup> sowie eine Geldstrafe wegen der Verletzung von Umweltstandards und -schäden zu zahlen. Das Unternehmen hat eingestanden, weltweit auf fast 11 Mio. Dieselfahrzeugen die Software installiert zu haben, und stimmte einer Gesamtzahlung von 25 Mrd. US-\$ zu. In der EU lehnt Volkswagen hingegen jegliche Leistung ab, die über die Installation einer neuen Software hinausgeht, die angeblich die NO<sub>x</sub>-Emissionen auf den gesetzlichen Standard reduzieren soll. Auch einen Vorschlag der EU-Kommission für eine mit den USA vergleichbare Entschädigung der Kunden lehnte Volkswagen ab.<sup>2</sup> In Ermangelung eines wirksamen Instruments zur Bündelung gleichgelagerter Interessen haben etwa 7000 Betroffene individuell VW verklagt.<sup>3</sup> Hinzu kommen fast 40000 Kläger, die über das Unternehmen myRight klagen, dessen Geschäftsmodell eine privatautonom gestaltete Sammelklage für Konsumenten ist.

### Kaufrechtliche Ansprüche

In Betracht kommen hier die sich aus § 437 Nr. 1 und 2 BGB ergebenden verschuldens- und kausalitätsunabhängigen

Rechte, die das Vorliegen eines Mangels im Sinne des § 434 BGB zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach § 446 BGB voraussetzen.

Im Fall von Volkswagen ist der Verkäufer nicht die Volkswagen AG selbst, sondern der Einzelhändler. Denn auch der Umstand, dass die Einzelhändler exklusive Vertriebsverträge mit Volkswagen haben und eng in den Volkswagen-Marketingverbund eingebunden sind, führt nicht dazu, dass sie den Kaufvertrag als Stellvertreter für die Volkswagen AG schließen.<sup>4</sup> Einen vertraglichen Anspruch hat der Käufer daher nur gegen den Autoverkäufer. Nur wenn es sich bei dem Verkäufer um die Volkswagen AG selbst handelt, besteht ein direkter vertraglicher Anspruch.

Die unteren Gerichte sehen in der manipulierten Software einen Sachmangel. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass alle gelieferten Fahrzeuge in fahrbereitem Zustand und von der Aufsichtsbehörde (Kraftfahrt-Bundesamt) freigegeben sind.<sup>5</sup> Denn auch wenn die Einhaltung bestimmter Emissionswerte meist nicht ausdrücklich von Parteien zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung nach im

\* Dieser Aufsatz basiert auf T. Eger, H.-B. Schäfer: Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal, SSRN, 5.2.2018, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3109538](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109538). Für wertvolle Hinweise danken wir Florian Faust und Elisabeth Velloyer. Fehler gehen zulasten der Autoren.

1 T. Jahn: Schlussstrich in den USA, in: Handelsblatt vom 11.5.2017, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/volkswagen-schlussstrich-in-den-usa/19792398.html> (28.3.2018).  
 2 N. Doll, P. Vetter: Bei europäischen Kunden bleibt Volkswagen hart, in: Welt vom 8.9.2016, <https://www.welt.de/wirtschaft/article158017578/Bei-europaeischen-Kunden-bleibt-Volkswagen-hart.html> (28.3.2018).  
 3 J. Keuchel, V. Votsmeier, S. Menzel: Was VW-Dieselskunden jetzt wissen müssen, in: Handelsblatt vom 10.11.2017, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/schadensersatz-klagechancen-verjaehrung-was-vw-dieselskunden-jetzt-wissen-muessen/20568322.html> (28.3.2018).

4 Oberlandesgericht München, NJW-RR 2017,1238, Rn. 15; Oberlandesgericht Hamm, zfs 2017, 435; T. Riehm, L. Lindner: „Dieselgate“ and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in Germany, in: EuCML Journal of European Consumer and Market Law, Jg. 2017, H. 1, S. 39-40.

5 Landgericht Hagen, Urteil vom 18.10.2016; vgl. Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 15.10.2015, [https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/VW/vw\\_inhalt.html;jsessionid=F0C1ACB694E2887DBC0C0F5E9F138590.live11294?nn=1633522](https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/VW/vw_inhalt.html;jsessionid=F0C1ACB694E2887DBC0C0F5E9F138590.live11294?nn=1633522) (28.3.2018).

**Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer** lehrt Law and Economics an der Bucerius Law School in Hamburg. **Ben Fuhrmann, LL.B.**, ist dort Student.

Sinne des § 434 I 1 BGB gemacht wird,<sup>6</sup> so könnte doch der durchschnittliche Käufer entsprechend im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB erwarten, dass die gesetzlich vorgegebenen Abgaswerte nicht nur deshalb eingehalten werden, weil eine Software dafür sorgt, dass der Prüfstandlauf erkannt und nur dann der Stickoxidausstoß reduziert wird.<sup>7</sup>

### Mängelrechte der Käufer im Fall Volkswagen

Der Käufer einer mangelhaften Kaufsache hat zur Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB die Wahl zwischen Mangelbeseitigung und Nachlieferung. Aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung ist er auch gehalten, diese Ansprüche geltend zu machen, bevor er nach erfolgloser Fristsetzung die anderen Mängelrechte wahrnehmen kann. Der Käufer kann dann insbesondere auf die beiden Rechtsbehelfe der Minderung nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 2, 441 BGB und des Rücktritts nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 BGB zurückgreifen, muss die Kaufsache zurückgeben und erhält dafür den Kaufpreis, vermindert um das monetäre Äquivalent des Nutzungsvorteils, den er aus der mangelhaften Sache gezogen hat. Bei der Nachlieferung ergibt sich für die betroffenen Verbraucher der Vorteil, dass sie dem Verkäufer keinen Wertersatz für die gezogenen Nutzungen nach § 100 BGB zu leisten haben (§ 475 III Satz 1 BGB),<sup>8</sup> während sie dazu im Fall des Rücktritts verpflichtet sind. Insbesondere hinsichtlich der Nacherfüllung durch Nachbesserung und Mangelbeseitigung stellen sich in den gerichtlichen Prozessen um den Fall Volkswagen schwierige Probleme, die in den meisten anderen Kaufverträgen mit Produktmängeln nicht auftreten. Abhängig von den Entscheidungen der Gerichte fallen die Urteile und die daraus resultierenden Kosten für die Rechtsbehelfe sehr unterschiedlich aus.

### Möglichkeit der Nachlieferung

Entscheidet sich der Käufer für die Lieferung einer mangelfreien Ware im Austausch für die Rücksendung der mangelhaften Ware, so ist dies im Regelfall ohne größere wirtschaftliche Probleme möglich. Auch eine Nachlieferung mit neu eingebauter Software ist grundsätzlich möglich. In den Volkswagen-Fällen liegt allerdings nahe, dass Volkswagen auf alle ausgelieferten Fahrzeuge der gleichen Baureihe die gleiche manipulierte Software installiert hatte. Daher

ist hier die Lieferung einer mangelfreien Ware derselben Gattung nicht möglich. Es ist auch möglich, dass gestützt auf § 439 Absatz 4 BGB die Nachlieferung im Verhältnis zur Nachbesserung unverhältnismäßig teuer ist.

Verschiedene Gerichtsurteile machen deutlich, dass die Diskrepanz der rechtlichen Einschätzung zu hohen Kostenunterschieden führt. Die Auslieferung eines Neuwagens aus einer neuen Serie wäre für Volkswagen am teuersten und für den Käufer am vorteilhaftesten. Volkswagen müsste dann die neue Software in die alten Autos einbauen und auf dem Sekundärmarkt zu einem erheblich niedrigeren Marktpreis weiterverkaufen.<sup>9</sup> Wenn der damit verbundene Schaden, der sich aus dem Wiederverkauf ergibt, 6000 Euro pro Auto betrüge und alle 2,4 Mio. betroffenen Kunden ein neues Auto bekommen könnten, würden die kumulierten Gesamtkosten 14,4 Mrd. Euro betragen. Dies unterscheidet sich ganz erheblich von den etwa 240 Mio. Euro, die Volkswagen für die Installation der neuen Software zahlen müsste. Rechtlich lässt sich argumentieren, dass hier eine relative Unverhältnismäßigkeit vorliegt. Für die meisten Käufer sind diese Ansprüche allerdings mittlerweile ohnehin verjährt.

### Möglichkeit der Mangelbeseitigung

Man könnte auch zu dem Ergebnis gelangen, dass die neue Software, die die Volkswagen AG allen Käufern angeboten hat, den Mangel nicht vollständig behebt und deshalb die Nachbesserung durch die neue Software unmöglich ist.

1. Es ist strittig, ob die neue Software die Emissionen auf den gesetzlichen Standard reduziert. Reinhard Kolke, Technischer Geschäftsführer des ADAC, ist der Ansicht, dass die neue Software die  $\text{NO}_x$ -Emissionen nur um weniger als 10 % reduziere und die Fahrzeughalter in den am stärksten belasteten Gebieten Fahrverbote fürchten müssen, weil dort die Stickoxidbelastung nicht den gesetzlichen Standards entspreche.<sup>10</sup> Käufer von Dieselfahrzeugen, auf die die neue Software installiert wurde und die in Großstädten leben, laufen Gefahr, dass deutsche Städte Fahrverbote für Dieselfahrzeuge verhängen, wenn in einer Stadt die  $\text{NO}_x$ -Konzentration gefährlich hoch wird. Das Bundesverwaltungsgericht

6 Oberlandesgericht Hamm, zfs 2017, 435, 436.

7 Etwa Landgericht Bochum, zfs 2017, 382; Landgericht Frankenthal, zfs 2017, 385; Landgericht Kleve, VuR 2017, 232; Landgericht Offenburg, VuR 2017, 269; vgl. auch G. Ring: Rücktrittsrecht vom Fahrzeugkaufvertrag im VW-Abgasskandal, in: SVR Straßenverkehrsrecht, 2017, H. 12, S. 441, 442 mit weiteren Nachweisen.

8 § 475 III ist die gesetzliche Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dazu T. Pfeiffer: Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH, in: NJW Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 2009, H. 7, S. 412.

9 Neben dem üblichen Wertverlust durch Nutzung ist der Marktpreis für Dieselfahrzeuge seit 2015 schon durch die in Folge des VW-Skandals verstärkte Diskussion um Fahrverbote in Innenstädten oder gar vollständige Verbote für Dieselfahrzeuge gesunken. Im konkreten Fall wäre zudem ein weiterer erheblicher Preisverfall durch die plötzliche Steigerung des Angebots an gebrauchten VW-Dieselfahrzeugen einzubeziehen.

10 Vgl. Dieselskandal: Kein Ende in Sicht, in: ADAC Motorwelt vom 8.3.2018, <https://www.adac.de/der-adac/motorwelt/reportagen-berichte/auto-innovation/diesel-interview-adac/> (28.3.2018).

entschied am 27.2.2018, dass solche Fahrverbote zulässig sind, wenn sie verhältnismäßig sind.<sup>11</sup>

2. Zur Reduzierung der NO<sub>x</sub>-Emissionen kann eine chemische Flüssigkeit (AdBlue oder wässrige Harnstofflösung) in den Dieselmotor eingespritzt werden, die mit NO<sub>x</sub> reagiert und dessen schädliche Wirkung neutralisiert.<sup>12</sup> Diese Flüssigkeit wird in einem zusätzlichen Tank gelagert und reicht für etwa zwei Jahre oder 30000 km. Mit der neuen Software muss der Tank öfter nachgefüllt werden. Da der Tank in vielen Modellen unter der Karosserie eingebaut ist, ist dies zeit- und kostenintensiv.
3. Die neue emissionsmindernde Software führt nach einigen Tests zu einem höheren Benzinverbrauch.<sup>13</sup> Dieser Effekt liegt nach ADAC-Tests unter 3 % des bisherigen Verbrauchs und ist damit nicht erheblich.<sup>14</sup>
4. Die neue Software kann zu einer Fehlfunktion der Ventile führen. Dieser Mangel scheint unbestritten zu sein, doch hat Volkswagen angeboten, ihn zu beseitigen und 90 % der dafür anfallenden Kosten zu übernehmen.

Die Frage, ob die neue Software trotz dieser Effekte die Mängel beheben kann oder der Mangel nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB unerheblich ist, hat enorme wirtschaftliche Konsequenzen und könnte darüber entscheiden, ob die Gesamtverluste als Folge zivilrechtlicher Haftung für Volkswagen in Millionen- oder in Milliardenhöhe liegen. Das Oberlandesgericht München hat zugunsten der Verbraucher in einer Mitteilung festgestellt, es sei nicht davon überzeugt, dass die neue Software den Mangel beseitigen könne und dass jedenfalls den Verkäufer dabei die Beweislast treffe.<sup>15</sup> Dies hätte zur Folge, dass die Mangelbeseitigung im Sinne des § 275 BGB unmöglich wäre und der Käufer nach § 326 V BGB zwischen Rücktritt und Minderung wählen könnte. Die Software für 2,4 Mio. Au-

tokäufer kostet 100 Euro pro Käufer, was für Volkswagen zu Gesamtkosten von rund 240 Mio. Euro führen würde. Im Falle eines Rücktritts muss der Verkäufer das zurückgegebene Fahrzeug auf dem Sekundärmarkt zu einem wesentlich niedrigeren Preis weiterverkaufen und verliert mehrere tausend Euro pro Fahrzeug.

### Zumutbarkeit der Mangelbeseitigung

Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die neue Software den Mangel behebt, so ergibt sich ein weiteres Problem: Die Reparaturfrist muss angemessen sein (§ 323 I BGB). Andernfalls kann der Käufer nach seiner Wahl Herabsetzung des Kaufpreises oder Rückgängigmachung des Vertrages verlangen. Als Volkswagen ankündigte, eine neue Software zu installieren, musste diese zunächst entwickelt und produziert werden. Dann musste eine große Zahl von Autobesitzern für nicht absehbare Zeit auf die Reparatur warten. Die Zeitspanne von der Entdeckung des Mangels bis zur Reparatur betrug mehrere Monate. In der Rechtsprechung zeichnet sich eine Tendenz dahingehend ab, die Fristsetzung nach § 440 I Var. 3 als unzumutbar zu betrachten und dem Käufer damit ebenfalls den Zugriff auf die Mängelrechte Minderung und Rücktritt nach § 437 Nr. 2 BGB zu eröffnen.<sup>16</sup> Eine zu lange Reparaturfrist kann allerdings auch ein Fall von Unmöglichkeit der Nachbesserung sein, wenn die Reparatur anders nicht möglich ist.

Das Oberlandesgericht Köln entschied, dass eine Frist von vier Wochen zur Behebung des Mangels angemessen im Sinne des § 323 I BGB sei, nach deren Ablauf der Käufer zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt sei.<sup>17</sup> Andere Gerichte argumentierten, dass in diesem speziellen Fall eine angemessene Zeitspanne länger sein sollte, da sich die Situation der Käufer der betroffenen Autos von der anderer Käufer unterscheidet, die ihr fehlerhaftes Produkt nicht verwenden können. Denn das Kraftfahrt-Bundesamt hatte angekündigt, dass alle Besitzer von Dieselfahrzeugen mit der manipulierten Software ihre Fahrzeuge bis zur Installation der neuen Software nutzen dürfen.<sup>18</sup> Daher bringe eine relativ lange Wartezeit für die Behebung des Mangels nur geringe Nachteile für die Eigentümer mit sich. So war etwa das Oberlandesgericht München der Auffassung, dass eine Frist von sechs Wochen zu kurz sei.<sup>19</sup> Diese Ansicht würde es den Eigentümern verwehren, eine Preisminderung zu verlangen bzw. vom Vertrag zurückzutreten und das Geld zurückzuverlangen.

11 So das vor dem Bundesverwaltungsgericht verhandelte Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart, 26.7.2017 – 13 K 5412/15. Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, dass Gemeinden grundsätzlich Fahrverbote für Dieselaautos verhängen können, auch ohne besondere bundesgesetzliche Regelung. BVerwG 7 C 26.16 – Urteil vom 27.2.2018 und BVerwG 7 C 30.17 – Urteil vom 27.2.2018.

12 Vgl. hierzu und im Folgenden S. Viehmann: Wo sind die Belege für das Diesel-Kartell? Spurensuche nach den AdBlue-Absprachen, in: Focus vom 3.8.2017, [https://www.focus.de/auto/news/abgas-skandal/neuer-verdacht-im-diesel-skandal-adblue-kartell-die-legende-vom-fehlenden-wettbewerb-der-autobauer\\_id\\_7404864.html](https://www.focus.de/auto/news/abgas-skandal/neuer-verdacht-im-diesel-skandal-adblue-kartell-die-legende-vom-fehlenden-wettbewerb-der-autobauer_id_7404864.html) (28.3.2018).

13 Vgl. ders.: ADAC-Messung: So steigt der Verbrauch nach dem Diesel-Update, in: Focus vom 28.6.2016, [https://www.focus.de/auto/news/abgas-skandal/vw-skandal-adac-messung-so-steigt-der-verbrauch-nach-dem-diesel-update\\_id\\_5675613.html](https://www.focus.de/auto/news/abgas-skandal/vw-skandal-adac-messung-so-steigt-der-verbrauch-nach-dem-diesel-update_id_5675613.html).

14 Vgl. o.V.: VW-Kunden klagen über Probleme nach Abgas-Rückruf, in: Wirtschaftswoche vom 4.10.2016, <http://www.wiwo.de/unternehmen/auto/volkswagen-abgasskandal-2-5-%-mehr-verbrauch-im-adac-test/14631024-2.html> (28.3.2018).

15 Verfügung des Oberlandesgerichts München vom 20.6.2017 – 8 U 1710/17.

16 Vgl. G. Ring, a. a. O., S. 441 f.

17 Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 20.12.2017 – 18 U 112/17.

18 Vgl. den Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 15.10.2015, a. a. O.

19 Oberlandesgericht München, Beschluss vom 23.3.2017 – 3 U 4316/16; die Frist dürfe aber nicht länger als ein Jahr sein, da sonst der auf den Austausch von Ware gegen Geld gerichtete synallagmatische Kaufvertrag in eine Art Dauerschuldverhältnis umgewandelt werde.

Als Volkswagen ankündigte, eine neue und gesetzeskonforme Software zu installieren, kündigte das Kraftfahrt-Bundesamt an, dass alle Eigentümer ihre Dieselfahrzeuge nur solange nutzen dürften, bis die neue Software für den Eigentümer verfügbar wäre. Außerdem wurde den Eigentümern eine gesetzliche Verpflichtung auferlegt, die neue Software installieren zu lassen. Andernfalls würde die Agentur die Nutzungslizenz für die betroffenen Fahrzeugmodelle widerrufen. Deshalb installiert Volkswagen die neue Software, wann immer das Fahrzeug repariert wird, auch ohne Zustimmung des Eigentümers.<sup>20</sup> Die Installation der neuen Software erfüllt damit eine verbindliche regulatorische Verpflichtung der Fahrzeugeigentümer. Für die zivilrechtlichen Haftungsansprüche ist dies von Bedeutung, da die Installation nicht als Zustimmung des Käufers ausgelegt werden kann, die Nachbesserung durch die neue Software als ausreichend zu akzeptieren und damit andere zivilrechtliche Mängelgewährleistungsrechte nach § 437 BGB oder sonstige Ansprüche des Käufers auszuschließen.

Ein gravierendes Problem für viele Inhaber der kaufrechtlichen Ansprüche ist aber die zweijährige Verjährungsfrist, die mit der Ablieferung der Ware beginnt (§ 438 I Nr. 3, II BGB). Als die Verwendung der manipulierten Software 2015 den Fahrzeugeigentümern bekannt wurde, waren viele der Fahrzeuge bereits zwei Jahre oder länger im Einsatz. Da die Verjährung eine Einrede darstellt, wird sie zwar nur berücksichtigt, wenn der Verkäufer diese ausdrücklich geltend macht.<sup>21</sup> Da Volkswagen dies jedoch tut, lässt das Kaufrecht eine große Zahl von Käufern ungeschützt.<sup>22</sup> Die Frist verlängert sich zwar nach §§ 438 III 1 iVm §§ 195, 199 I BGB, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Allerdings kann das Wissen der Volkswagen-Angestellten, die die Manipulationssoftware installiert haben, nicht den Verkäufern zugerechnet werden.<sup>23</sup> Da der Skandal am 15.10.2015 bekannt wurde, können Käufer, die danach kauften und über den Mangel voll aufgeklärt waren, keine Ansprüche mehr geltend machen (§ 442 I BGB). Das Gleiche gilt für Käufer, deren Auto vor dem 15.10.2013 geliefert wurde. Alle kaufrechtlichen Ansprüche, die über den auch regulatorisch gebotenen Austausch der Software hinausgehen, sind somit verjährt, soweit die Verjährung nicht bereits gehemmt wurde. Selbst wenn die Käufer, die bisher Klage erhoben haben, alle Prozesse gewinnen, würde

wegen der kurzen kaufrechtlichen Verjährungsfrist weniger als 1 % der Käufer entschädigt werden.

### Deliktsrechtliche Ansprüche gegen Volkswagen

Ein deliktsrechtlicher Anspruch gegen die Volkswagen AG ist vor allem für die vielen Käufer von Bedeutung, deren Gewährleistungsansprüche aufgrund der zweijährigen Verjährungsfrist nicht mehr durchsetzbar sind.<sup>24</sup> Die Verjährungsfrist für deliktsrechtliche Ansprüche beträgt in der Regel drei Jahre (§ 195 BGB) und beginnt nicht mit dem Tag der Lieferung, sondern mit dem Ende des Jahres, in dem der Käufer Kenntnis von den seinen Anspruch begründenden Umständen erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangt hätte (§ 199 I BGB). In den meisten Fällen kann von einer Kenntnis erst ab dem 15.10.2015 ausgegangen werden, als der Einbau der Software durch den Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamts öffentlich bekannt wurde. Die Frist würde dann erst zum 31.12.2018 ablaufen, sodass die Käufer ihre Ansprüche noch geltend machen könnten.<sup>25</sup> Es ist jedoch kaum zu erwarten, dass eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch in diesem Jahr erfolgt. Voraussichtlich werden dann mehr als 95 % der Käufer ihre Rechte nicht mehr geltend machen können.<sup>26</sup>

Im Deliktsrecht werden Schäden, die durch Fahrlässigkeit oder Vorsatz verursacht wurden – mit einigen Ausnahmen – nur dann ersetzt, wenn die unerlaubte Handlung ein absolutes Rechtsgut wie Leben, Freiheit oder Eigentum verletzt.<sup>27</sup> Schäden, die nicht absolute Rechtsgüter betreffen, betrachtet das Gesetz als reine Vermögensschäden und damit als nicht ersatzfähig.<sup>28</sup> Die Installation der manipulierten Software in die Diesel-Pkw stellt jedenfalls keine Eigentumsverletzung dar, weil die Installation schon vor dem Kauf vorgenommen wurde.<sup>29</sup> Die Volkswagen AG hat das Eigentum der Käufer zu keinem Zeitpunkt verletzt. Dem Anspruchsberechtigten steht daher lediglich ein Anspruch wegen der Verlet-

20 Vgl. S. Viehmann: „Hier stehen alle Ampeln auf Rot“: So verzweifelt drängen VW-Händler Kunden zum Rückruf, in: Focus vom 3.8.2017, [https://www.focus.de/auto/news/abgas-skandal/diesel-skandal-hier-blinkt-alles-rot-so-verzweifelt-draengen-vw-haendler-kunden-zum-rueckruf\\_id\\_7430448.html](https://www.focus.de/auto/news/abgas-skandal/diesel-skandal-hier-blinkt-alles-rot-so-verzweifelt-draengen-vw-haendler-kunden-zum-rueckruf_id_7430448.html) (28.3.2018).

21 Grothe Münchener Kommentar zum BGB, § 214 Rn. 3.

22 Vgl. R. Heimgärtner: Handlungsvorschlag zum Vorgehen im Rahmen der Sachmängelhaftung bzgl. der von den Manipulationsvorwürfen betroffenen VW-Dieselfahrzeuge (Verbrauchsgüterkauf), in: DAR Deutsches Autorecht, 85. Jg. (2015), H. 11, S. 622.

23 T. Riehm, L. Lindner, a. a. O., S. 39 und S. 41.

24 Vgl. C.-H. Witt: Der Dieselskandal und seine kauf- und deliktsrechtlichen Folgen, in: NJW Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 2017, H. 51, S. 3687.

25 Landgericht Frankenthal, BeckRS 2016, 08996.

26 Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018 ist eine Lösung zugunsten der Besitzer von Dieselfahrzeugen angekündigt worden: „Durch die Einführung einer Musterfeststellungsklage werden wir die Rechtsdurchsetzung für die Verbraucherinnen und Verbraucher verbessern. ... Wir werden drohende Verjährungen zum Jahresende 2018 verhindern und deshalb das Gesetz (spätestens) zum 1. November 2018 in Kraft treten lassen.“ Wenn diese Ankündigung realisiert wird, die Musterfeststellungsklage noch 2018 erhoben wird und die Verjährung für alle Betroffenen unterbricht und wenn der BGH einen deliktsrechtlichen Anspruch bejaht, muss die Volkswagen AG mit Schadensersatzzahlungen in zweistelliger Milliardenhöhe rechnen, [https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag\\_2018.pdf?file=1](https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1) (28.3.2018).

27 Wagner Münchener Kommentar zum BGB, § 823 Rn. 540.

28 Ebenda, § 823 Rn. 84; vgl. auch BGHZ 138, 388, 393.

29 Vgl. Bundesgerichtshof: BGH: Anspruch auf deliktischen Schadenersatz bei weiterfressenden Mängeln einer mangelhaften Kaufsache, in: NJW Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1983, S. 810.

zung eines Schutzgesetzes nach § 823 II BGB oder wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB zur Verfügung. Nach beiden Vorschriften kann gerade auch der Ersatz von reinen Vermögensschäden verlangt werden.<sup>30</sup>

Das Inverkehrbringen von Dieselfahrzeugen unter Verschweigen der gesetzeswidrigen Softwareprogrammierung kann man dabei sowohl als sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB<sup>31</sup> als auch als einen Betrug nach § 263 StGB einordnen. In beiden Fällen stellt sich jedoch das Problem der Zurechnung zum Hersteller. Denn eine Haftung der Volkswagen AG selbst für diese unerlaubten Handlungen ihrer Ingenieure hängt von § 831 BGB ab. Hätten die Organe von Volkswagen die unerlaubten Handlungen angeordnet oder geduldet, würden diese der Gesellschaft nach den Grundsätzen der Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB zugerechnet, sodass VW unmittelbar für alle daraus entstehenden Schäden haftbar gemacht werden könnte. Allerdings streiten die geschäftsführenden Organe von Volkswagen jegliche Kenntnis der Manipulationen ab.<sup>32</sup> Grundsätzlich muss zwar der Kläger die Beteiligung oder Duldung der unerlaubten Handlung durch ein Organ nachweisen.<sup>33</sup> Nach dem BGH hat der Beklagte in Fällen von schwerwiegender Informationsasymmetrie zwischen den Gerichtsparteien aber eine sekundäre Pflicht, die Entscheidungskette, die Identität der Entscheidungsträger sowie jede Beteiligung eines Organs an diesen Entscheidungen oder Wissen und Duldung offen zu legen.<sup>34</sup> Das Landgericht Hildesheim ist dementsprechend als erstes Gericht in seinem Urteil vom Januar 2017 zu dem Schluss gekommen, dass die von Volkswagen gemachten Angaben über die Nichteinbeziehung seiner Organe völlig unzureichend sind und dass das Gericht daher davon ausgehen muss, dass die Geschäftsführung die Installation der Software entweder „angeordnet oder geduldet“ hat.<sup>35</sup>

Eine Datenbank des ADAC zeigt, dass 85 erstinstanzliche Gerichte ähnliche Entscheidungen auf deliktsrechtlicher

Grundlage getroffen haben.<sup>36</sup> Der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch ist darauf gerichtet, den Käufer so zu stellen, wie er ohne die Täuschung über die Manipulationssoftware stehen würde, falls die Täuschung für die Entscheidung des Käufers zum Erwerb des Autos kausal war. Die Gerichte kamen daher zu einer Erstattung des Marktpreises gegen Rückgabe des Fahrzeugs, von dem ein monetäres Äquivalent in Höhe der gezogenen Nutzungen abgezogen wird.<sup>37</sup> Es ist allerdings noch offen, ob die Berufungsgerichte und insbesondere der BGH diese Entscheidungen bestätigen werden.

### Anreizwirkungen ex ante und ex post

Aus rechtsökonomischer Perspektive stellen sich zwei Fragen. Erstens, wie konnte es dazu kommen, dass Rechtsnormen zum Schutz der Umwelt und der Gesundheit durch Verwendung einer betrügerischen Software unterlaufen wurden und dies über Jahre hinweg keine Sanktionen hervorrief? Zweitens, wie sollte ökonomisch effizient mit der eingetretenen Situation umgegangen werden, damit die eingetretenen Schäden nicht noch weiter vergrößert werden?

### Lückenhafte Anreizwirkungen ex ante

Der Kern der Problematik, der Volkswagen wahrscheinlich dazu veranlasst hat, die Software überhaupt zu manipulieren, sind dysfunktionale Umweltgesetze, die keine wirksamen monetären Anreize bieten. Die NO<sub>x</sub>-Emissionen schädigen die Umwelt und verursachen Gesundheitsprobleme. Diese Schäden sind im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung nicht erstattungsfähig. Da die Umwelt niemandem gehört, können Privatpersonen diese Schäden nicht geltend machen. Wenn die Schäden Eigentum oder Gesundheit verletzen, besteht zwar ein Anspruch, im Prozess werden die Kausalketten aber regelmäßig nicht nachweisbar sein. Jegliche rechtliche Entscheidung, Teile der Schäden aus NO<sub>x</sub>-Emissionen einem einzigen Verursacher mit statistischen oder ökonomischen Methoden zuzuordnen, wäre willkürlich. Diese Funktionsstörung der zivilrechtlichen Haftung kann derzeit nur durch das Regulierungsrecht behoben werden, indem die Verursacher mit einer Geldbuße belegt werden, wie es bereits in den USA der Fall ist. Wenn diese Bußgelder in Deutschland existierten und hoch genug wären, wäre die Entscheidung von Volkswagen, die Software zu manipulieren, vielleicht gar nicht erst getroffen worden. Die Festlegung

30 Wagner Münchener Kommentar zum BGB, § 823 Rn. 540 bzw. dies., § 826 Rn. 53.

31 Ausführlich vgl. J. Oechsler: Rückabwicklung des Kaufvertrags gegenüber Fahrzeugherstellers im Abgasskandal, in: Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 2017, H. 40, S. 2865.

32 Bisher ist nur bekannt, dass VW-Vorstandsmitglieder frühestens im Juli 2015 von den Manipulationen erfahren haben, vgl. o.V.: Winterkorn wusste früh von Manipulationen, n-tv vom 9.7.2017, <https://www.n-tv.de/wirtschaft/Winterkorn-wusste-frueh-von-Manipulationen-article19927107.html> (28.3.2018).

33 Wagner Münchener Kommentar zum BGB, § 826 Rn. 51; BeckOK-BGB-Förster, § 826 Rn. 52.

34 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ), 140, 156, 158 f.

35 Landgericht Hildesheim, Urteil vom 17.01.2017 – 3 O 139/16; BeckRS 2017, 101435, Rn. 29 ff.; zu einem ähnlichen Ergebnis kommend Landgericht Kleve, VuR 2017, 232, 235 f.

36 Rechtsprechungsübersicht, in: ADAC vom 30.11.2017, <https://www.adac.de/-/media/adac/pdf/jze/rechtssprechungsuebersicht-vw-abgasskandal-zu-aa189-motoren.pdf?la=de-de&hash=AB21A2ACCA034528606508FBE30624FF1217BE3> (28.3.2018).

37 Landgericht Hildesheim, zfs 2017, 323, 327 f.; Landgericht Krefeld, ZIP 2017, 1671.

eines Bußgelds ist rechtlich nicht den gleichen Einschränkungen unterworfen wie ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch. Der Gesetzgeber könnte entscheiden, dass für die Höhe des Bußgelds ein statistisch ermittelter Erwartungswert des Schadens verwendet wird, der um eine ebenfalls mit statistischen Methoden zu ermittelnde Entdeckungswahrscheinlichkeit korrigiert wird.<sup>38</sup>

Da es derartige Geldbußen bisher in Deutschland nicht gibt, hing die Vermeidung der Schäden von der Glaubwürdigkeit des Kraftfahrt-Bundesamts als regulierender Behörde ab. Diese ist vom ADAC seit 2010 auf Softwareprobleme hingewiesen worden.<sup>39</sup> Sie reagierte aber erst, nachdem der Skandal in den USA aufgedeckt worden war, und kündigte danach an, die Betriebserlaubnis auf öffentlichen Straßen für Fahrzeuge ohne die neue Software zu entziehen. Bis dahin konnte Volkswagen damit rechnen, dass die Manipulationen keine Sanktion der Behörde zur Folge haben würde. Selbst ohne Bußgelder wäre der Skandal vielleicht schnell beendet worden und der Schaden unterblieben, wenn das Kraftfahrt-Bundesamt die manipulierte Software zügig entdeckt, gerügt und den Entzug der Betriebserlaubnis angekündigt hätte, statt Jahre ohne Eingreifen verstreichen zu lassen. Erst weitere Forschung kann ergeben, ob hier ein Fall von Regulatory Capture<sup>40</sup> vorliegt. Das Verhalten des Kraftfahrt-Bundesamts, dessen Mitarbeiter technisch versierte Autospezialisten sind, ist aber kaum anders verständlich zu machen. Ein möglicher Schritt zur Behebung dieses Missstandes könnte die Verlagerung des Kraftfahrt-Bundesamts vom Verkehrs- in das Umweltministerium sein.

Der Volkswagenskandal offenbart ein weiteres Defizit. Es existieren keine wirksamen Methoden, gleichgelagerte Fälle rechtlich zu bündeln. Die zivilrechtliche Haftung und der Verbraucherschutz sind in Deutschland und der EU in bestimmten Fällen stark eingeschränkt bzw. nicht wirksam. Die Sachverhalte sind ähnlich, und wenn es um die Frage geht, ob ein Anspruch überhaupt besteht, sind sie sogar identisch. Die Zahl der betroffenen Käufer ist extrem hoch, insgesamt geht es im Rahmen des Dieselskandals um 2,4 Mio. Eigentümer von Diesel-Volkswagen in

Deutschland. Folglich waren die Gerichte mit über 40000 ähnlichen Klagen überlastet.<sup>41</sup> Durch den Steuerzahler subventionierte Gerichtskosten werden fast ohne sozialen Nutzen in die Höhe getrieben, auch wenn eine einzige Klage, die vom Gericht erster Instanz an das Oberste Gericht herangetragen wird, die Angelegenheit klären würde.

Die Unmöglichkeit, Interessen zu bündeln, führt auch zur Benachteiligung der Verbraucher. Volkswagen kann Rechtsanwälten, die das Unternehmen und die Autohändler vor Gericht vertreten, Informationen, Rechtsgutachten und Anweisungen zur Vermeidung von Fehlern zur Verfügung stellen, die zentral in den Rechtsabteilungen oder Anwaltskanzleien des Unternehmens erstellt werden. Die Effektivität der anwaltlichen Vertretung pro ausgegebenem Euro ist bei Volkswagen höher als bei Verbrauchern, die wie Einzelkämpfer gegen eine gut organisierte Spezialeinheit antreten. Die meisten Verbraucher scheuen daher das Prozessrisiko. Trotz der vielen Klagen liegt die Quote der Geschädigten, die Ansprüche vor Gericht geltend machen, bisher unter 2%. Hoffentlich wird dieser Skandal eine Situation beenden, in der Forderungen nicht gebündelt werden können, was vor allem das Ergebnis erfolgreicher Lobbyarbeit gegen Sammelklagen und ähnliche Rechtsinstitutionen ist. Zwar gibt es in Deutschland bereits das Kapitalanleger-Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz. Dieses betrifft aber nur Ansprüche in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten.<sup>42</sup>

Das Fehlen einer Sammelklage versuchen das Unternehmen myRight und die Kanzlei Hausfeld LLP nun ohne gesetzliche Grundlagen zu überwinden. MyRight sammelt Ansprüche von Volkswagen-Käufern ein, die ihre Ansprüche abtreten. Diese werden dann von Hausfeld gerichtlich durchgesetzt. Hausfeld und myRight sprechen dabei von der „größten Sammelklage Europas“<sup>43</sup>. Nach eigenen Angaben haben sich schon etwa 40000 Kläger bei myRight registriert. Zwar musste Hausfeld nun in erster Instanz einer Niederlage hinnehmen. Hausfeld hat allerdings bereits angekündigt, gegen das Urteil Berufung einzulegen.<sup>44</sup> Trotz dieses Versuchs, auf individualvertraglichem Wege eine

38 Vgl. S. Shavell: Liability for harm versus regulation of safety, in: Journal of Legal Studies, 13. Jg. (1984), H. 2, S. 357 ff.; R. Cooter, T. Ulen: Economic Analysis of Law, 6. Aufl., 2016, S. 257 ff.

39 In einem Interview der Zeitschrift ADAC Motorwelt vom 22.9.2017 erklärte der Leiter des ADAC Testzentrums R. Kolke: „Der ADAC hat seit 2010 immer wieder auf Probleme bei Stickoxiden hingewiesen. Das hat die politisch Verantwortlichen aber wenig interessiert.“

40 Unter Regulatory Capture versteht man die Durchdringung einer Regulierungsbehörde durch die zu regulierende Industrie. Die „capture theory“ der Regulierung geht auf eine Arbeit des Nobelpreisträgers George J. Stigler zurück. Vgl. G. J. Stigler: The Theory of Economic Regulation, in: Bell Journal of Economics and Management Science, 2. Jg. (1971), H. 1, S. 3 ff.; vgl. auch J.-J. Laffont, J. Tirole: The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture, in: The Quarterly Journal of Economics, 106. Jg. (1991), H. 4, S. 1089 ff.

41 Bis Ende Februar 2018 hatten allein über „myRight“ ungefähr 40000 Betroffene Klage erhoben. Hinzu kommen über 7000 Einzelkläger.

42 Näher hierzu A. Gläßner, M. Gietzelt, M. Casper: Collective Action and Private Enforcement under the German KapMuG, in: R. Veil, X. Gao (Hrsg.): Foreign Investments on Chinese Capital Markets – Developments and Enforcement-concepts from a Chinese and German Comparative Perspective, Tübingen 2017, S. 103 ff.

43 Vgl. o.V.: 15.000 VW-Kunden reichen Klage ein, in: Tagesspiegel vom 6.11.2017, <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/sammelklage-im-dieselskandal-15-000-vw-kunden-reichen-klage-ein/20548282.html> (28.3.2018).

44 C. Rother: Schlappe für Myright: Hausfeld scheitert mit Verbraucherklage gegen VW, in: juve vom 1.9.2017, <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2017/09/schlappe-fuer-myright-hausfeld-scheitert-mit-verbraucher-klage-gegen-vw> (28.3.2018).

Sammelklage zu „konstruieren“, bleibt das Defizit, dass es in Deutschland keine institutionelle Möglichkeit zur Bündelung gleichartiger Ansprüche gibt. Hoffnung in dieser Hinsicht verheißt immerhin der neue Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, in dem diese die Einführung einer allgemeinen Musterfeststellungsklage bis spätestens zum 1.11.2018 vereinbarten.<sup>45</sup> Ein Gesetzentwurf sieht vor, dass sich nach Klageerhebung die Betroffenen in ein Klageregister eintragen können und damit Zeit bis zum Abschluss der mündlichen Verhandlung im erstinstanzlichen Verfahren haben. Dadurch würde die Verjährung für alle Betroffenen gehemmt. Dennoch müsste jeder, der einen Anspruch geltend machen will, sich in das Klageregister eintragen. Zielführender wäre es, wenn alle Betroffenen damit bis zur Entscheidung durch das oberste Gericht warten und den Ausgang der Musterfeststellungsklage abwarten könnten.<sup>46</sup> Es ist sehr zu hoffen, dass diese kurze Frist für die Eintragung der Geschädigten in das Klageregister im Gesetzgebungsverfahren noch verlängert wird. Sie wäre nur eine Konzession gegenüber dem Partialinteresse der Industrie. Weitergehende Pläne zu einem der Class Action angenäherten Verfahren kündigte im März 2018 die für Verbraucherschutz zuständige EU-Kommissarin Jourová an.

Die Ansprüche der Käufer aus Kaufvertragsrecht und Deliktsrecht sind nicht immer geeignet, um ex ante die richtigen Anreize für Hersteller zur Vermeidung derartiger manipulativ verdeckter Mängel zu setzen, selbst wenn das Problem der Bündelung von gleichgelagerten Ansprüchen nicht bestünde oder gelöst würde, weil die meisten Schäden bei Dritten anfallen und in der Zweierbeziehung zwischen Käufer und Verkäufer nicht abgebildet sind. Allerdings sind die Verluste für Volkswagen bei einem deliktsrechtlichen Anspruch astronomisch hoch. Ein rationales und gewinnorientiertes Management hätte dies vor der Entscheidung über die Manipulationen in Rechnung gestellt. Dass dies nicht geschah und dem Unternehmen jetzt ein hoher Verlust droht, deutet auf Defizite der Corporate Governance in der Volkswagen AG hin.

Generell aber können kauf- und deliktsrechtliche Ansprüche des Käufers keine richtigen Anreize zur Verhinderung derartiger Schäden setzen. Sie können Defizite des Umweltrechts und Vollzugsdefizite bei Behörden nicht systematisch korrigieren. Eine Besonderheit des Volkswagenfalls besteht darin, dass nach Auffassung der meisten

<sup>45</sup> Dies explizit auch, um die deliktsrechtliche Verjährung zu verhindern: „Wir werden drohende Verjährungen zum Jahresende 2018 verhindern und deshalb das Gesetz (spätestens) zum 1. November 2018 in Kraft treten lassen“, in: Koalitionsvertrag vom 7.2.2018, S. 123 f.

<sup>46</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage. [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_Musterfeststellungsklage.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Musterfeststellungsklage.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (23.3.2018).

Tabelle 1

### Entscheidungen erstinstanzlicher Gerichte über Klagen gegen Volkswagen und Autohändler

	Deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch	Rücktritt vom Vertrag	Nachlieferung eines mangelfreien Autos	Minderung des Kaufpreises
Klage stattgegeben	85	140	15	5
Klage abgewiesen	26	28	27	5

Quelle: Rechtsprechungsübersicht des ADAC vom 30.11.2017, <https://www.adac.de/-/media/adac/pdf/jze/rechtssprechungsuebersicht-vw-abgasskandal-zu-ea189-motoren.pdf?la=de-de&hash=AB21A2ACCCA034528606508FBE30624FF1217BE3> (28.3.2018).

erstinstanzlichen Gerichte sowie des Oberlandesgerichts München die Nachbesserung durch eine neue Software entweder unmöglich oder unzumutbar ist. Wäre dies nicht der Fall, würden die Kosten sehr niedrig und der Abschreckungseffekt der Haftung in Bezug auf die Umweltschäden gering sein. Ein Hersteller von Produkten, die Emissionen verursachen, deren Schäden bei Dritten aber weder durch Haftungs- noch durch Regulierungsrecht internalisiert werden, behält den Anreiz, einen verdeckten Mangel einzubauen. Emissionen sind ökonomisch betrachtet externe Effekte. Die Einpreisung kann entweder durch Haftungs-, Regulierungsrecht oder durch Lenkungsabgaben erfolgen.

Ohne die Internalisierung spart der Hersteller Kosten. Wenn der Mangel dann gleichwohl entdeckt wird, kann er mit niedrigen Kosten behoben werden. In dem Fall ist die dominante Strategie eines gewinnmaximierenden Herstellers, das Produkt mit dem verdeckten Mangel zu produzieren und hohe, aber nicht internalisierte Schäden bei Dritten zu verursachen, solange die dadurch verursachten Gewinne höher als die Kosten der Nachbesserung multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit der Erzwingung der Nachbesserung sind. Dieses Argument gilt tendenziell auch, wenn ein deliktsrechtlicher Anspruch besteht. Dann repariert der Hersteller die Ware oder nimmt sie zurück, kann sie kostengünstig in einen mangelfreien Zustand bringen und erneut verkaufen. Künftige gleichgelagerte Fälle können daher nicht generell durch eine klarere Rechtslage in Bezug auf die Ansprüche des Käufers vermieden werden. Dazu sind vielmehr schärfer greifende umweltrechtliche Normen und ein besserer Vollzug dieser Normen durch regulierende Behörden nötig. Klare zivilrechtliche Ansprüche sind aber förderlich zur Vermittlung von Anreizen für die Hersteller, Schäden bei Dritten zu vermeiden, solange diese Voraussetzungen fehlen.

#### Wirkungen ex post

Ist ein Schaden erst einmal entstanden und hat die Abschreckung versagt, stellt sich aus ökonomischer Sicht

die Frage, welche Normen am ehesten geeignet sind, den eingetretenen Schaden und Ressourcenaufwand gering zu halten. Welche Norm im VW-Fall zur Anwendung gelangt, bleibt unklar. Auch wenn die Klagen hauptsächlich auf erprobten Regeln des Kaufrechts und des Deliktsrechts in gut erforschten und ausjudizierten Rechtsgebieten beruhen, weisen die Entscheidungen der Vorinstanzen auf eine große Rechtsunsicherheit hin. Eine vom ADAC zusammengestellte Liste von mehr als 300 Entscheidungen vom November 2017 zeigt eine große Vielfalt an Ergebnissen.<sup>47</sup> Aus Tabelle 1 geht aber auch hervor, dass die große Mehrheit der Gerichte den Käufern entweder einen deliktsrechtlichen Schadensersatz oder ein Rücktrittsrecht gewährt hat. Das wirtschaftliche Ergebnis beider Rechtsbehelfe ist das Gleiche. Das Fahrzeug wird zurückgegeben, der Preis wird zurückerstattet, jedoch unter Abzug des Wertersatzes für die vorherige Nutzung des Fahrzeugs. Die Auslieferung eines Neuwagens wurde von der Mehrheit der Gerichte abgelehnt, und eine Minderung nach § 441 BGB spielte eine untergeordnete Rolle.

Das Landgericht Offenburg hatte entschieden, dass die Käufer Anspruch auf die Lieferung eines Neuwagens aus einer neuen Diesel-Baureihe haben.<sup>48</sup> Wenn dies zur maßgeblichen Rechtsauffassung innerhalb der Justiz wird, würden für Volkswagen Verluste von mehr als schätzungsweise 14 Mrd. Euro entstehen. Wegen der abgelaufenen Verjährungsfristen würden voraussichtlich aber nur weniger als 2% der Betroffenen ihre Schäden geltend machen können. Diese Lösung könnte ex ante hohe Anreize setzen, wäre aber ex post ineffizient. Sie würde Volkswagen zwingen, bis zu 2,4 Mio. neue Diesel-Pkw der neuesten Baureihe zu produzieren, die alten Autos zurückzunehmen und sie nach der Installation einer neuen Software auf dem Sekundärmarkt zu vermarkten. Der niedrige Preis dieser Gebrauchtwagen würde durch einen plötzlichen Anstieg des Angebots entstehen, das auf eine verminderte Nachfrage nach Dieselfahrzeugen trifft. Derartige Marktüberschwemmungen führen nicht nur zu einem Umverteilungseffekt zugunsten der Käufer, sondern auch zu wirtschaftlichen Effizienzverlusten.<sup>49</sup> Zudem wäre die Zwangsproduktion so vieler neuer Dieselfahrzeuge eine volkswirtschaftlich ineffiziente Verwendung von Ressourcen. Alle alten Dieselfahrzeuge blieben im Verkehr. Zusätzlich würden unabhängig von den Präferenzen der Kunden große Mengen neuer Dieselaautos zwangsweise

produziert. Dies würde nicht im gleichen Maße geschehen, wenn die Kunden ihr Geld zurückerhielten und frei über dessen Verwendung entscheiden könnten.

Dies gilt auch, wenn man davon ausgeht, dass viele Kunden sich mit dem Geld einen neuen Volkswagen Diesel neueren Bautyps kaufen würden. Der Unterschied zur Nachlieferung liegt darin, dass in einem Fall das Geld privatautonom verwendet werden kann und im anderen Fall die Zwangslieferung mit einem bestimmten Produkt erfolgt. Aus ökonomischer Perspektive ist die Nachlieferung einer mangelfreien Sache nur dann gegenüber dem Rücktritt zu verteidigen, wenn ganz überwiegende Gründe dafür sprechen, am Vertrag festzuhalten, z. B. um opportunistisches Verhalten des Käufers zu verhindern, wenn dieser einen Sachmangel als Vorwand benutzt, um sich von dem Vertrag zu lösen. Die mit den „Firesales“ verbundenen Effizienzverluste blieben allerdings bei dem Rücktrittsrecht bestehen. Auch hier ist zu beachten, dass wegen der Verjährung nur wenige Geschädigte zurücktreten können und die allokativen Wirkungen ex ante und ex post sehr gering sind.

Viele Gerichte haben auch einen Schadensersatz nach Deliktsrecht bejaht. In der Praxis sind das Ergebnis und die Konsequenzen die gleichen wie bei der Aufhebung des Vertrages, jedoch mit einem entscheidenden Unterschied: Die Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre und beginnt nach § 199 I Nr. 2, 195 BGB erst mit Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis vom Vorliegen des Mangels, d. h. zum Jahresende 2015. Wenn daher der BGH im Laufe des Jahres 2018 einen deliktsrechtlichen Anspruch bejahen sollte, haben alle Geschädigten noch bis zum Jahresende 2018 Zeit, ihre Ansprüche geltend zu machen. Alle kaufrechtlichen Ansprüche sind aber zum Zeitpunkt einer späteren BGH-Entscheidung für alle Käufer verjährt, die nicht geklagt haben. Wenn die Verkäufer dann die Einrede der Verjährung erheben, werden nur einige tausend Käufer vom Rücktrittsrecht Gebrauch machen können. Alle übrigen erhalten nur die neue Software, deren Einbau auch regulierungsrechtlich geboten ist. Aus der Perspektive ökonomischer Effizienz ist er der Nachlieferung ebenfalls überlegen, da die Zwangsproduktion neuer Autos unterbleibt.

Einige Gerichte haben entschieden, dass die Käufer nur Anspruch auf die Installation einer neuen Software haben, die die NO<sub>x</sub>-Emissionen auf den gesetzlichen Standard reduziert, aber keinen Ausgleich für die verbleibenden Nachteile erhalten. Eine neue Software würde Volkswagen etwa 100 Euro pro Fahrzeug kosten. Ökonomische Verluste durch Firesales und durch Zwangsproduktion neuer Autos entfielen. Diese Variante belastet aber die Käufer mit den verbleibenden Nachteilen der neuen Software und dem fortbestehen-

47 Vgl. die Rechtsprechungsübersicht des ADAC vom 30.11.2017, a. a. O.

48 Landgericht Offenburg, VuR 2017, 269, 271.

49 Vgl. J.-M. Meier, H. Servaes: The Bright Side of Fire Sales, 2015, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2473123](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2473123). Effizienzverluste durch Firesales treten insbesondere dann auf, wenn das anschwellende Angebot auf der Käuferseite zu Liquiditätsproblemen führt. Vgl. D. W. Diamond, R. G. Rajan: Fear of Fire Sales, Illiquidity Seeking and Credit Freezes, in: The Quarterly Journal of Economics, 126. Jg. (2011), H. 2, S. 557-591.



den Risiko, dass die Benutzung ihres Autos in Städten mit hoher  $\text{NO}_x$ -Konzentration verwaltungsrechtlich verboten wird. Diese Belastung entstände beim Verkauf der nachgerüsteten Autos an Dritte nicht, weil diese Nachteile und Risiken heute bekannt sind, den Kaufpreis auf dem Sekundärmarkt beeinflussen würden und somit auf Kosten von Volkswagen eingepreist wären und die Käufer gleichsam durch den niedrigeren Kaufpreis entschädigt wären. Dies könnte aber in Zukunft nicht vor opportunistischem Verhalten abschrecken. Mit dieser kostengünstigen Abhilfemaßnahme könnte es wie bereits dargelegt wurde, die dominante Strategie eines Herstellers bleiben, ein Produkt mit einem betrügerisch versteckten Mangel auf den Markt zu bringen.

Ökonomisch ist somit die Nachlieferung mit den meisten Nachteilen verbunden, weil sie zur Zwangsproduktion neuer Fahrzeuge führt und damit die Konsumentenwohl-fahrt verringert. Die deliktische Haftung führt faktisch zum weitaus größten Abschreckungseffekt. Nur sie kann garantieren, dass ein großer Teil der Käufer wegen der langen Verjährungsfrist den Schaden ersetzt bekommt und die Zwangsproduktion von zusätzlichen Autos unterbleibt. Das Problem der Firesales bleibt allerdings bestehen.

Abschließend sei noch eine Hardware-Komponente erwähnt, die in den Motor eingebaut wird und die Schadstoffemissionen dreimal so stark reduziert wie die neue Software, die sogenannte SCR-Nachrüstung (selective catalytic reduction). Diese Komponente kommt als Nachbesserung anstelle der neuen Software wohl nicht in Betracht, weil sie neu produziert werden muss und in angemessener Frist nicht eingebaut werden könnte. Ihre Kosten betragen etwa 1500 Euro bis über 2000 Euro pro Auto.<sup>50</sup> Diese Lösung wäre jedoch aus ökonomischer Perspektive und aus rechtspolitischer Sicht wohl allen anderen überlegen. Sie würde die Umweltstandards erfüllen.<sup>51</sup> Auch die Firesales mit ihren negativen Wirkungen auf dem Gebrauchtwagenmarkt entfielen. Zivilrechtlich ist dies

50 Autozeitung vom 30.8.2017.

51 Im Februar 2018 schlug eine von der Bundesregierung eingesetzte Expertengruppe diese Lösung vor, empfahl aber, sie mit Mitteln aus dem Bundeshaushalt zu subventionieren. Letzteres wäre nicht erforderlich, wenn alle Käufer einen deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch erhielten, in: Süddeutsche Zeitung vom 16.2.2018.

wohl nicht erzwingbar. Wenn der BGH jedoch im Laufe des Jahres 2018 den Eigentümern einen deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch auf Erstattung des Kaufpreises gegen Herausgabe des Fahrzeugs zubilligen würde, käme es mit hoher Wahrscheinlichkeit gleichwohl zu dieser Lösung. Dann würden alle Gründe entfallen, die bisher die große Mehrzahl der Käufer davon abgehalten hat, Ansprüche geltend zu machen. In dem Fall würden wohl fast alle Eigentümer von Dieselaautos ihren Anspruch bis zum Jahresende 2018 geltend machen. Bei einem angenommenen Verlust von 5000 Euro pro Auto käme ein Gesamtverlust von etwa 12 Mrd. Euro auf die Volkswagen AG zu. Diese Situation könnte Ausgangspunkt einer Verhandlungslösung<sup>52</sup> zwischen Volkswagen und den Käufern sein. Bei einem Preis von 2000 Euro für die neue Hardware könnte Volkswagen den Käufern diese Nachrüstung und zusätzlich eine weitere Schadensersatzleistung in erheblicher Höhe anbieten. Im Gegenzug würde der Käufer auf seinen Rechtsanspruch, das Auto gegen die Erstattung des Kaufpreises zurückzugeben, verzichten. Daran hat er ein Interesse, weil er zusätzlich zu einem hochwertigen Auto ohne Sachmangel noch eine Geldzahlung erhielte. Es wäre eine Win-Win-Konstellation für beide Seiten, sich auf den Einbau des neuen, effektiven Betriebssystems zu einigen. Dies würde allerdings voraussetzen, dass derartige Verhandlungen im Schatten eines deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs aller oder fast aller Käufer geführt werden. Gleichwohl wird es aller Voraussicht nach nicht zu dieser Lösung kommen, weil bis Ende 2018 nicht mit einem BGH-Urteil gerechnet werden kann. Die Volkswagen AG ist daher in Deutschland in einer viel besseren Verhandlungsposition als in den USA. Dies kann sich jedoch durch eine neue Gesetzeslage noch ändern, wenn die neue Musterfeststellungsklage wie angekündigt bis zum November 2018 verwirklicht wird und die Verjährungsfrist für alle Betroffenen bis zum Jahresende unterbrochen werden kann. Dann würde es vorteilhaft für die Volkswagen AG, unter dem Damoklesschwert einer neuen Rechtslage allen Betroffenen den unentgeltlichen Einbau des neuen Betriebssystems und mehr anzubieten. Die ökonomisch effizienteste Lösung würde erreicht.

52 Vgl. R. H. Coase: The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, 3. Jg. (1960), S. 1 ff.

#### Title: Reflections on Civil Liability Incentives in the Volkswagen Diesel Cases

**Abstract:** *The Volkswagen diesel emissions scandal is a case of market failure, because the harm from vehicle emissions to public health and to the environment was not internalised. This market failure has not been corrected by public regulation, nor by civil liability. There is also a regulatory failure, because the oversight of NOx emissions by the German automobile regulatory agency (Kraftfahrt-Bundesamt) was overly lenient. There is also a corporate governance failure within Volkswagen which made the fraud of installing manipulative software possible. And finally, there is dysfunctional law in Germany, which does not allow for class actions or similar types of lawsuits. The new government has announced the introduction of a new procedure (Musterfeststellungsklage) which would avoid this outcome.*

**JEL Classification:** K13, L62, Q53