

– Diesel-Skandal BGH-Hinweisbeschluss und Musterfeststellung

Die Bedeutung des Meinungsstreits zum Diesel-Skandal für das Neue Wirtschaftsrecht wurde bereits im 2018er NWiR-Heft diskutiert. Bereits im Jan. 2019 gab es dann den Hinweisbeschluss des BGH,¹ der im Rspr.-Abschnitt abgedruckt ist. Die Ausführungen beschränken sich auf die Rechtslage zum Sachmangelrecht und besagen nichts Ausdrückliches zur etwaigen Sittenwidrigkeit des Herstellers und/oder Händlers beim Verkauf der Fahrzeuge. Auch wird nicht auf die Ansicht des LG Braunschweig eingegangen, wonach die EU-Übereinstimmungsbescheinigung bindende Wirkung für das nationale Kaufrecht haben soll. Deshalb bleibt abzuwarten, ob diese Problematik endgültig ausgeklammert bleiben soll.

Dennoch ist hier die Ansicht des Gerichts und der Hauptgrund des Hinweises abzugrenzen. Der BGH scheint der Ansicht zu sein, dass die Abgas-Schummelsoftware einen Sachmangel darstellt, weil für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden könne, dass Käufern die TÜV-Plakette verweigert wird, wenn keine Nachrüstung der Fahrzeuge nachgewiesen wird. Die bloße Gefahr einer nachteiligen TÜV-Entscheidung beeinträchtigt den Verkehrswert des Fahrzeugs und begründe wegen der technischen Sachbezogenheit einen Mangel i.S. §§ 459 ff. BGB.²

Wie gesagt, geht der BGH auf das im Vorjahreshaft angerissene Problem nicht ein, ob die europarechtliche Unbedenklichkeitsentscheidung der Automobilhersteller als öffentliche Aufgabenwahrnehmung einzuschätzen ist, so wie es das LG Braunschweig bejaht³, das LG Augsburg⁴ aber verneint hat (s. Vorjahreshaft NWiR)⁵. Manches spricht dafür, dass es sich schon bei der technischen Überprüfung durch Kfz.-Sachverständige aus den betroffenen Herstellerunternehmen um eine Form der Selbstregulierung gehandelt hat, die zwar unter erheblichen Interessenkollisionen zustande gekommen ist, aber unter hoheitlicher Rechtsaufsicht stand und deshalb nicht weniger legitimiert sein könnte als etwa die Entscheidungen der Verbände der Deutschen Industrienormung oder der sonstigen Normungsausschüsse der deutschen und europäischen Wirtschaft.⁶ Zu solchen vielfach auch als „halbstaatlich“ bezeichneten Beteiligungsformen an politischen Entscheidungen von Behörden sind zahlreiche Fragen in der Literatur nach wie vor hoch umstritten. Je länger die Rspr. dazu schweigt, umso schwieriger bleibt die Einordnung von Missbräuchen dieser halbstaatlichen Funktionen und deren Rechtsfolgen.⁷

¹ Beschluss v. 8.1.2019, Az. VIII ZR 225/17

² Beschluss v. 8.1.2019, a.a.O., vorige Fn.

³ LG Braunschweig v. 31.8.2017, Az. 3 O 21/17, dort insbes. Tz. 175 m.w.N.; ähnlich jetzt LG Stuttgart v. 8.1.2019, 7 O 265/18; auch Urteil v. 17.1.2019, Az. 23 O 172/18.

⁴ LG Augsburg v. 7.5.2018, Az. 082 O 4497/16 zu 2a/ee m.w.N.; zur Verbindlichkeit der Übereinstimmungserklärung auch LG Ingolstadt v. 15.1.2019, Az. 42 O 1199/17 (abw. Ans. aber zur mat. Übereinstimmung mit den EU-Zulassungsregeln).

⁵ Näher *H. Herrmann*, Halbstaatliche Aufgaben Privater und Corporate Government im Bank- und Autokaufrecht - Die Leitzins- und Diesel-Skandale aus wirtschaftsprivatrechtlicher Sicht (2020, iErsch.), www.assurances.de, dort unter Jahresberichte und Meilensteine.

⁶ Vgl. nur *P. Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 369 ff.; *F. Nicklisch*, Technische Regelwerke, NJW 1983, 841 ff.; *Th. Zubke-von Thünen*, Technische Normung in Europa, 1999, S. 260, passim; *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010 S. 160 ff.

⁷ Letztlich sind Rechtsunsicherheiten auf solchen Gebieten wohl auch als Ursache für zivilgesellschaftliche Protest-Entwicklungen zu begreifen; vgl. – allerdings befürwortend – *D. Sciulli*, Theory of Societal Constitutionalism, 1992 S. 80, 208, passim; z.T. krit. *G. Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012 S. 68 ff. m.w.N.; zu den Übereinstimmungen der „zivilgesellschaftlichen“ go ins von den sog. 68ern über die Wall Street-Proteste nach den Finanzkrisen bis hin zu den social media Strategien des „America First“ eines *Trump* vgl. die

Vorerst bleibt also das Urteil in der Musterfeststellungsklage vor dem OLG Braunschweig abzuwarten,⁸ das nicht notwendig derselben Ansicht sein muss, wie das LG Braunschweig. Immerhin ging das LG noch in 2017, wie gesagt, von öffentlicher Aufgabenwahrnehmung der Kfz.-Hersteller für die EU-Kommission aus, um deren technische Überforderung bei der Fahrzeugüberprüfung zu kompensieren. Damit wird eigentlich sinnvoll an die wissenschaftliche Diskussion über Öffentlichkeitsfunktionen Privater angeschlossen, aber – leider – unberücksichtigt gelassen, dass bei offensichtlichem und schwerem Missbrauch solcher Funktionen die rechtliche Anerkennung zu verweigern sein könnte.⁹ Nur wenige Stichworte lassen sich aus heutiger Sicht hinzufügen:

- Die Zugrundelegung der Messdaten auf dem Prüfstand mag sinnwidrig erscheinen, wenn von vornherein bekannt ist, dass sich in gewissem Umfang abweichende und umweltpolitisch nicht erwünschte Abgaswerte ergeben, wenn gewöhnliche Betriebsbedingungen herrschen; doch ist die EG-Typgenehmigung weder nach Art. 5 Abs. 10 der VO (EG) 692/2008 noch nach § 19 Abs. 7/2 Nr. 3 StVZO erloschen, da hier nur der abändernde Einbau von Abgastechnik in Einzelfällen durch Nutzer von zugelassenen Fahrzeugen sanktioniert ist (LG Braunschw. a.a.O.).
- Anderes ergibt sich auch nicht aus teleologischer Restriktion der Vorschriften, wenn man öffentliche Funktionen der Kfz.-Hersteller im Rahmen des Art. 5 Abs. 10 der VO (EG) 692/2008 generell ablehnt (so LG Augsburg, a.a.O.) oder einen Fehlgebrauch solcher Funktionen annimmt. Für Fehlgebrauch öffentlicher Befugnisse Privater spricht zwar, dass der Einbau der Schummel-Software in Fachkreise branchenweit bekannt war und deshalb wohl auch bei den mit der Übereinstimmungsbescheinigung (ÜEB) befassten Personen weitgehende Kenntnis unterstellt werden muss. Aber es war rechtlich nicht hinreichend deutlich geregelt, wie mit derartigen technischen Neuerungen zu verfahren werden sollte, wenn sich die Abweichungen auf dem Prüfstand noch im Rahmen politischer Umweltverträglichkeit halten würden. Bisher ist nicht aufgeklärt, ob dahin gehende technische Untersuchungen vorgenommen wurden. Nur wenn dies unterblieben ist, liegt ein derart verantwortungsloser Umgang mit der öffentlichen Befugnis der Kfz.-Hersteller vor, dass die Gültigkeit der ÜEB abzulehnen ist.¹⁰

Die Entscheidung des OLG Braunschweig über die Massenklage ist, wenn überhaupt, nicht vor Ablauf von 3-4 Jahren zu erwarten. Im Übrigen ist schon Ende Sept. 2019 durchgesickert, dass auch insoweit längst an vergleichsweise Erledigung gedacht ist.¹¹ Da diesbezüglich berichtet wird, dass sich auch das Bundesjustizministerium (BMJ) eingeschaltet hat, dürfte auch die Staatshaftung nach Art. 34 GG i.V. § 839 BGB eine Rolle spielen. Diese Konsequenz droht natürlich, wenn man der Ansicht folgt, dass die Hersteller mit ihrer Unbedenklichkeitsbescheinigung das Kraftfahrzeug-Bundesamt

politikwissenschaftlichen Analysen bei *E. Luce*, *The Retreat of Western Liberalism*, 2019 S. 145 ff.; auch die vielfältigen Straßenproteste des BREXIT und deren populistische Einbindung durch *Johnson* gehören vermutlich weitgehend zu diesem Verlust an partizipative Steuerungsformen (näher nochmals *Herrmann*, a.a.O., Fn. 1 und 10).

⁸ Ebenso abwartend jetzt auch die Rspr. in Fällen von Klagen geschädigter Kapitalanleger, für die das Ruhen des Verfahrens angeordnet wurde, bis auf die Musterfeststellungsklage eine Entscheidung ergangen ist; vgl. nur OLG Stuttgart v. 29.10.2019, Az. 1 U 205/18 und 1 U 204/18.

⁹ Näher *H. Herrmann*, *Interessenverbände und Wettbewerbsrecht*, 1984, S. 233 ff., 319 ff., passim

¹⁰ Näher *Herrmann*, a.a.O., Fn. 14.

¹¹ FOCUS online v. 29.9.2019 a.a.O.

(KBA) entlastet haben könnten.¹² Nach hier angedachter Ansicht liegt zudem auch eine die EU entlastende Tätigkeit vor, so dass zudem über eine hoheitliche Haftung der EU nachzudenken wäre.¹³

Zur Staatshaftung gibt es immerhin einige Klagen, die von kundigen Anwälten schon vor dem Verjährungsdatum des 31.12.2018 rechtshängig gemacht worden sind, z.B. das LG Freiburg lt. Internet <https://kanzleimitte.de/dieselskandal-lg-freiburg-verhandelt-staatshaftung/> (download 30.09.2019). Entsprechende Klagen gegen die EU-Kommission sind indessen nicht bekannt. Soweit dahingehend die 3-Jahrsverjährung eingreift, wie sie für das deutsche Recht in § 195 BGB vorgesehen ist, kann man demgemäß kaum mehr mit gerichtlicher Klärung der Rechtsfragen rechnen.¹⁴ Dennoch kommt es lt. § 196 Abs.1 Nr. 1 BGB darauf an, ob der Gläubiger die „den Anspruch begründenden Umstände“ kennt oder fahrlässig nicht kennt. Da das Bundesverkehrsministerium als Aufsichtsbehörde des KBA immer wieder betont, es habe bei der Überwachung der Schummel-Software Alles richtig gemacht, kann man nicht von fahrlässiger Nicht-Kenntnis reden, wenn sich eines Tages herausstellen sollte, dass es trotz der unverkennbaren Arbeitsüberlastung der öffentlichen Hand zumindest Stichproben durch das KBA hätte geben müssen, um bei etwaigem Anfangsverdacht sodann in weitere Prüfungen einzusteigen.¹⁵

Wird Verjährung verneint, so kommt es auch noch darauf an, ob die verletzte Pflicht des betr. öffentlichen Amtsträgers im Interesse des Verbrauchers rechtlich angeordnet war oder ausschließlich Umweltschutzzwecken diente. Die Entlastungsfunktion betrifft wohl Beides, da auch der Massenverkauf von Pkws in mancher Hinsicht auf öffentliche Schutzzwecke gerichtet ist. Das betrifft nicht nur die Erzielung von Steuereinnahmen durch den massenhaften und ungestörten Warenabsatz, sondern etwa auch die Sicherung von Arbeitsplätzen. Zumindest mittelbar sind davon auch die Privatinteressen der Kfz.-Käufer berührt.

Kernproblem ist und bleibt aber, ob die Hersteller die Kontrollaufgaben in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit staatsentlastender Öffentlichkeitsfunktion bewirkt haben, und ob insofern Missbräuche vorliegen, die rechtswidrig sind und vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen wurden. Man darf gespannt sein, ob es in 2020 einem Gericht gelingt, zur Prüfung solcher Fragen vorzudringen. Das Warten auf die Musterklage beim OLG Braunschweig und eine darin abschließende Entscheidung des BGH wird vermutlich noch einige Jahre mehr in Anspruch nehmen. NWiR wird sodann bei sich bietender Gelegenheit weiter behandeln, welche Folgen sich daraus ergeben. Auch wird über den Fortgang der wissenschaftlichen Diskussion zu den genannten Themenbereichen berichtet werden.

¹² Ebd. zu Nr. 4 unter Hinweis auf Kapazitätsprobleme des KBA: „...mehr als 100.000 Genehmigungen, die wir nicht alle prüfen können“.

¹³ Näher *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 2019, Rdn. 847 unter Hinweis auf EuGH v. 2.7.1994, Rs. 153/73, Slg. 1974, 675, 694 *Holtz&Willemsen/Rat und Kommission*; EuG EuZW 1996, 121 *Lefebvre/Kommission*.

¹⁴ Anders allerdings bei Annahme, der Kläger habe von den klagbegründenden Umständen keine Kenntnis haben müssen, bevor er nicht konkret über die Betroffenheit des von ihm erworbenen Kfz. unterrichtet wurde; doch dürfte das nicht die Modelle betreffen, über die in der Öffentlichkeit konkret und mit genauen Hinweisen auf technische Daten berichtet worden ist.

¹⁵ So o.Verf., FOCUS-online v. 29.9.2019, download v. 30.9.