

Arnold F. Rusch

Problematische Treibstoffverbrauchsangaben beim Autokauf

Automobilhersteller und Händler preisen in der Werbung vermehrt den günstigen Treibstoffverbrauch ihrer Modelle an. Im Alltag lassen sich die angegebenen Werte jedoch kaum erzielen, da sie unter unrealistischen, aber gesetzlich normierten Laborbedingungen ermittelt werden. Der Autor widmet die nachfolgenden Überlegungen den rechtlichen Konsequenzen eines über den Hersteller- oder Händlerangaben liegenden effektiven Treibstoffverbrauches.

Rechtsgebiet(e): Kaufrecht

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch, Problematische Treibstoffverbrauchsangaben beim Autokauf, in: Jusletter 2. November 2009

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
 - II. Rechtliche Grundlagen und Problematik der Verbrauchsangaben
 1. Gesetzliche Grundlagen
 2. Kritik
 - III. Sachgewährleistung
 1. Verbrauchsangabe als Zusicherung
 - a. Problemstellung
 - b. Zusicherung
 - c. Zusicherung ohne Hinweis auf die Richtlinie
 - d. Zusicherungen mit Hinweis auf die Richtlinie
 - e. Deutsche Rechtsprechung
 2. Prüfung, Rüge und Wahl des Mängelrechts
 3. Berechnung der Minderung
 4. Berechnung des Schadenersatzes
 - IV. Willensmängel
 1. Zulässigkeit
 2. Voraussetzungen
 3. Folgen
 - V. Unlauterer Wettbewerb
 1. Allgemein
 2. Verbrauch pro Sitzplatz
 - VI. Schlusswort
- Literaturverzeichnis

I. Problemstellung

[Rz 1] Ein immer wichtigerer Faktor bei der Auswahl eines Autos ist dessen Treibstoffverbrauch – nicht nur aus finanziellen, sondern auch aus ökologischen Gründen. Die Automobilhersteller weisen in der Werbung verstärkt auf den günstigen Treibstoffverbrauch ihrer Modelle hin – weit über das Mass hinaus, zu dem sie gesetzlich verpflichtet wären. Die Herstellerangaben in Prospekten, Datenblättern und Werbung entsprechen jedoch kaum den im Alltag realisierbaren Werten. Dies ist nicht nur finanziell ärgerlich, sondern kann auch den Kauf und den höheren Anschaffungspreis eines vermeintlich ökologischen Fahrzeugs sinnlos machen. Es stellt sich die Frage, welche rechtlichen Mittel dem Käufer eines Fahrzeugs zur Verfügung stehen, wenn dieses einen gegenüber den Herstellerangaben höheren effektiven Treibstoffverbrauch aufweist. In Frage kommen die kaufrechtliche Sachgewährleistung, die Anfechtung wegen Willensmängeln und der unlautere Wettbewerb. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

II. Rechtliche Grundlagen und Problematik der Verbrauchsangaben

1. Gesetzliche Grundlagen

[Rz 2] Wer in der Schweiz einen neuen Personenwagen anbietet, muss dessen Treibstoffverbrauch, CO₂-Ausstoss und Energieeffizienz angeben.¹ Die Art und Weise der Anbringung

dieser Informationen ist genau geregelt. Sie müssen am Auto oder in dessen Nähe, aber auch in Preislisten und technischen Datenblättern gut sichtbar angebracht werden.² Die *Ermittlung* des Treibstoffverbrauchs hat nach den Vorgaben der relevanten EU-Richtlinie zu erfolgen.³ Die Richtlinie schreibt einen genau definierten Fahrzyklus vor, den das Fahrzeug *unter Laborbedingungen* zu absolvieren hat.⁴ Heizung, Lüftung, Klimaanlage, Licht, Navigations- und Musikgeräte sind dabei ausgeschaltet, das Fahrzeug frisch gewartet und lediglich mit einem Normpassagier von 75 kg beladen.⁵ Für die Verbrauchsmessung dürfen die Hersteller überdies ein leichtes Basismodell des betreffenden Fahrzeugtyps wählen.⁶ Das während sechs Stunden vortemperierte Fahrzeug wird im klimatisierten Labor einem Fahrzyklus unterzogen, der unterschiedliche Beschleunigungen von maximal 1.03 m/s² im Stadtverkehr und ausserstädtisch von 0.833 m/s² sowie eine maximale Geschwindigkeit von 120 km/h während 20 von total 1180 Sekunden vorsieht.⁷

2. Kritik

[Rz 3] Es erstaunt angesichts dieser Tatsachen nicht, dass Fahrzeuge im Alltagsinsatz einen höheren Treibstoffverbrauch aufweisen. Die oben dargelegten Spitzen-Beschleunigungswerte sind äusserst zurückhaltend angelegt und die technischen Bedingungen optimal.⁸ Umgerechnet würde der Paradespurt 0-100 km/h mit diesen maximalen

730.01).

² Vgl. Ziff. 3 von Anhang 3.6. der EnV.

³ Vgl. Ziff. 4 von Anhang 3.6. EnV i.V.m. Art. 97 Abs. 5 VTS (Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge, SR 741.41). Art. 97 Abs. 5 VTS verweist auf die Richtlinie 80/1268/EWG (ABl. L 375 vom 31. Dezember 1980, S. 36), die durch später ergangene Richtlinien mehrere Änderungen erfahren hat.

⁴ Ziff. 4.1. von Anhang 1 der konsolidierten Richtlinie 80/1268/EWG verweist für den relevanten Fahrzyklus auf die Anlage 1 von Anhang III der Richtlinie 70/220/EWG (ABl. L 76 vom 6. April 1970, S. 1).

⁵ Vgl. Ziff. 5.1.5 und 5.1.6 von Anhang 1 der konsolidierten Richtlinie 80/1268/EWG; vgl. die Beschreibung im TCS VERBRAUCHSKATALOG 2009, S. 26 f.

⁶ Vgl. TCS VERBRAUCHSKATALOG 2009, S. 26: «Die EU-Richtlinie erlaubt zum Beispiel, dass der «offizielle» Werksverbrauch mit einem leichten Basismodell ermittelt wird. In der Praxis können dann reichhaltig ausgestattete Fahrzeuge im Leerzustand 100 bis 200 kg mehr wiegen, was einen Mehrverbrauch von 0.5 bis 1.0 l/100 km zur Folge hat. Während im täglichen Einsatz Klimaanlage, Heizung, Lüftung und Beleuchtung oft eingeschaltet sind und den Treibstoffverbrauch erhöhen, müssen diese Energieverbraucher bei der Messung nach EU-Richtlinie ausgeschaltet sein. Die grosse Erfahrung der Automobilhersteller mit ausgefeilten Messmethoden bewirkt, dass auch eine optimale Temperatur und die Wahl der Bereifung einen verbrauchsmindernden Einfluss haben.»

⁷ Vgl. Abbildung III.1.1. und Tabelle III.1.2. von Anlage 1 von Anhang III der Richtlinie 70/220/EWG in der aktuellen Fassung sowie Ziff. 5.1.4. von Anhang 1 der konsolidierten Richtlinie 80/1268/EWG; vgl. dieselbe Tabelle im TCS VERBRAUCHSKATALOG 2009, S. 25.

⁸ DUDENHÖFFER/JOHN, S. 2 zeigen überdies, dass sich das Fahrzeug für den Testbetrieb gezielt manipulieren liesse.

¹ Vgl. Ziff. 2.1.1. und 2.2.1 von Anhang 3.6. EnV (Energieverordnung, SR

Beschleunigungswerten 33.47 bzw. 27 Sekunden dauern – weit länger, als möglich und gängig ist. Wer eine Klimaanlage im Auto hat, benützt diese auch. Häufig fahren weitere Personen mit, manchmal ist Gepäck dabei. Dasselbe gilt für die gesamte Unterhaltungs-, Komfort- und Navigationstechnik im Fahrzeug sowie für das Potential leistungsstarker Fahrzeuge.⁹ Dennoch haben diese Faktoren keinen Einfluss auf die vorgeschriebene Verbrauchsmessung.¹⁰ Eine Studie des TCS hat gezeigt, dass der tatsächliche Verbrauch gegenüber der richtlinienkonformen Angabe meist um 0.5-1.0 l/100 km höher liegt.¹¹

[Rz 4] Die Verbrauchsangabe gemäss Richtlinie ist für den Autoerwerber trotzdem *nicht völlig wertlos*. Sie kann zumindest Vergleichszwecken dienen und den *relativen Mehrverbrauch* einzelner Fahrzeugtypen ermitteln.¹² Der Vergleich unterschiedlicher Fahrzeugtypen hat jedoch bloss eingeschränkte Aussagekraft, wenn deren unterschiedliches Beschleuni-

gungspotential oder unterschiedliche Mehrausstattung nicht in die Verbrauchsermittlung einfließen. Fraglich ist überdies, ob die Erwerber wissen, dass der in den Prospekten angegebene Verbrauch derart realitätsfremd gemessen wird. Die Umweltetikette soll gemäss den Plänen des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) schon bald die Energieetikette ersetzen und auch Grundlage für eine differenzierte *Besteuerung* bilden.¹³ Umso problematischer ist es, wenn das für die Besteuerung zumindest teilweise relevante Messverfahren nicht realistisch ist.¹⁴

III. Sachgewährleistung

[Rz 5] Ein erster aussichtsreicher Ansatz liegt in der kaufrechtlichen Sachgewährleistung nach Art. 197 OR. Die Sachgewährleistung eröffnet dem Käufer grundsätzlich die Möglichkeit der Wandlung, Minderung oder – bei entsprechender vertraglicher Abmachung und technischer Möglichkeit – der Nachbesserung. Bei Gattungskäufen ist auch die Ersatzleistung möglich (Art. 206 OR). Voraussetzung für die Geltendmachung der Mängelrechte ist das Vorliegen eines Mangels, der rechtzeitig und innert der Verwirklichungsfrist gerügt wird. Auf die einzelnen Voraussetzungen ist nachfolgend vertieft einzugehen.

1. Verbrauchsangabe als Zusicherung

a. Problemstellung

[Rz 6] Der Sachmangel ist die ungünstige Abweichung von der gewöhnlich oder vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit.¹⁵ Die Legaldefinition in Art. 197 Abs. 1 OR erwähnt einerseits das *Fehlen zugesicherter Eigenschaften* (vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit) und andererseits den *körperlichen oder rechtlichen Mangel*, der den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert (gewöhnlich vorausgesetzte Beschaffenheit).

[Rz 7] Es stellt sich die Frage, ob die richtlinienkonformen Verbrauchsangaben eine zugesicherte Eigenschaft im Sinne des Art. 197 Abs. 1 OR darstellen. Die meisten Hersteller weisen zumindest im Kleingedruckten darauf, dass der Verbrauch nach der Richtlinie ermittelt worden sei. Insofern stellt die Verbrauchsangabe lediglich die Zusicherung dar, *dass der angegebene Verbrauch der richtlinienkonformen Messung entspreche* – mit anderen Worten, dass das gelieferte Auto unter denselben Laborbedingungen die angegebenen Verbrauchswerte erziele. Die Erwerber der Fahrzeuge wissen

⁹ Zum nicht berücksichtigten Mehrverbrauch durch Zusatzverbraucher siehe die ausführliche Tabelle bei DUDENHÖFFER/JOHN, S. 3, Tabelle 1.

¹⁰ Diese Gedanken finden sich vollumfänglich im Urteil des Landgerichts Ravensburg vom 6. März 2007 betreffend den im Alltag festgestellten Mehrverbrauch gegenüber dem angegebenen, richtlinienkonformen Benzinverbrauch eines Chrysler PT Cruiser Cabrio GT Street Cruiser 2.4 Turbo – 2 O 297/06 in NJW 2007, S. 2127 ff., 2129: «*Schliesslich und vor allem ist auf die Besonderheit des Messverfahrens abzustellen. Nach den eindrücklichen Darlegungen des Sachverständigen bildet der von der EU-Norm vorgeschriebene Fahrzyklus, wie er auf dem Prüfstand zu simulieren ist, gerade nicht ein durchschnittliches, gleichsam «normales» Fahrverhalten ab. Insbesondere die jeweiligen Beschleunigungswerte werden nur bei aussergewöhnlich zurückhaltender Fahrweise erreicht und wären etwa bei einer Verkehrsunfallkonstruktion als unrealistisch niedrig auszuklammern. Die tatsächlich von den Fahrzeughaltern festgestellten Verbrauchswerte liegen demnach praktisch immer deutlich über den Herstellerangaben, die auf der genormten Prüfstandsmessung beruhen. Das Ausmass des tatsächlichen Mehrverbrauchs hängt dabei von verschiedensten Faktoren ab (Fahrweise; Bereifung/Luftdruckkontrolle; Zuschaltung ergänzender Verbraucher im Bereich Komfort und Sicherheit – Klimaanlage, Abblendlicht bei Tag, Musikanlage und dergleichen). Beim hier betroffenen Fahrzeugtyp kommt dem Faktor Fahrverhalten besondere Bedeutung zu: Wer einen Pkw mit Turbomotor kauft, wird im Alltag eher selten so gemächlich beschleunigen, wie es der Prüfstands-Fahrzyklus vorsieht; der Sachverständige hat überzeugend dargelegt, dass man gerade bei einem Turbo-Benzinmotor sehr leicht besonderes hohen Kraftstoffverbrauch feststellt, wenn man dessen besondere Beschleunigungs- bzw. Durchzugsmöglichkeiten auch entsprechend nutzt.*»; vgl. auch das Urteil des OLG Karlsruhe vom 1. Februar 2008, 1 U 97/07 in NZV 2008, S. 414 ff. In Erwägung 2a befasst sich das Gericht mit dem fehlenden Realitätsbezug der richtlinienkonformen Verbrauchsangabe; vgl. auch die umfassende Kritik bei DUDENHÖFFER/JOHN, S. 2 ff.

¹¹ TCS VERBRAUCHSKATALOG 2009, S. 26: «*Eine neue Untersuchung des TCS hat nun gezeigt, dass seit dem Jahr 1999 Werksangaben und Praxisverbrauch zunehmend voneinander abweichen. Die Abweichungen betragen 0.5 bis 1 l/100 km.*»; vgl. KOLWITZ, passim; zu deutlich negativeren Ergebnissen gelangte eine neue deutsche Studie, zitiert in K-Tipp, Nr. 14/2009, S. 29: «*Im Schnitt verbrauchen die Autos 27 Prozent oder 2,4 Liter Benzin mehr als versprochen.*»; vgl. DUDENHÖFFER/JOHN, S. 1 ff. und Anhang 2 – der Grund für den tieferen Wert der TCS-Studie könnte in den hiesigen Geschwindigkeitsbegrenzungen liegen.

¹² Vgl. BURCHERT, WRP 1980, S. 609.

¹³ Vgl. die Medienmitteilung des UVEK vom 2. Juli 2009, mit weiteren Hinweisen auf den Gesetzesentwurf und erläuternde Berichte.

¹⁴ Dieser Gedanke bei DUDENHÖFFER/JOHN, S. 4.

¹⁵ Vgl. BSK-HONSELL, OR 197 N 2; vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 63 ff. und 81.

damit aber noch nicht, dass sich der angegebene Verbrauch im Alltag kaum erzielen lässt. Dabei wäre es durchaus möglich, im Labor die Alltagsfahrweise zu simulieren. Diese Problemkreise lassen sich mit der Auslegung der Zusicherung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. unten, Rz. 15) und mit einer analogen Anwendung der AGB-Regeln (vgl. unten, Rz. 16) erfassen.

[Rz 8] Hersteller und Anbieter sind zur Angabe der richtlinienkonform ermittelten Verbrauchswerte gesetzlich verpflichtet – sie befinden sich somit in einer *Pflichtenkollision*. Einerseits sind sie aufgrund des Gesetzes verpflichtet, den realitätsfernen richtlinienkonformen Verbrauch anzugeben, andererseits müssen sie den Käufer richtig, d.h. realitätsnah informieren. Die nachfolgenden Gedanken widmen sich vertieft diesen Problemen.

b. Zusicherung

[Rz 9] In einem ersten Schritt ist das Wesen der Zusicherung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR festzustellen. Gemäss BGE 88 II 410 ff., 416 haftet der Verkäufer «für das Fehlen *«zugesicherter Eigenschaften»*, d.h. bestimmt umschriebener, objektiv feststellbarer Tatsachen, von denen er dem Käufer gegenüber behauptet, sie seien vorhanden.»¹⁶ Darunter fallen auch wirtschaftliche Eigenschaften, wie beispielsweise der zu erwartende Umsatz eines Restaurants oder der Zinsertrag einer Liegenschaft.¹⁷ Der Treibstoffverbrauch als Kostenfaktor lässt sich problemlos als wirtschaftliche Eigenschaft verstehen. So betrachtete auch der Bernische Appellationshof in einem Entscheid aus dem Jahre 1948 die Angaben zum Öl- und Benzinverbrauch eines Fahrzeugs als Zusicherung.¹⁸ Keine Zusicherungen im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR stellen reklamehafte Anpreisungen dar (beispielsweise «*supersparsam*»), die aufgrund *fehlender Verbrauchsangaben* keine klaren und verbindlichen Vorstellungen zu schaffen vermögen.¹⁹

[Rz 10] Die verbrauchsrelevanten Zusicherungen können sich beim Fahrzeugkauf aus dem Prospektmaterial, aus

den Datenblättern, aus der Werbung in den Medien und aus mündlichen oder schriftlichen Angaben des Verkäufers ergeben.²⁰ Die meisten Angaben stammen vom Hersteller und nicht vom Händler, der das Fahrzeug verkauft. Die Händler verwenden und verteilen dieses Material selber auch und wissen um die in den Medien veröffentlichte Werbung. Somit sind diese Angaben ihnen vollumfänglich zuzurechnen, denn die Zurechnung von Aussagen Dritter richtet sich nach dem Vertrauensprinzip²¹ – der Käufer nimmt den Händler als in das Vertriebssystem des Herstellers eingebundenen Teil war.²² Händler und Hersteller agieren bezüglich der Verkaufsförderung durch Werbung als sich ergänzende Interessengemeinschaft und müssen deshalb für ihre Aussagen gegenseitig einstehen.²³

[Rz 11] In der Lehre ist strittig, ob die Zusicherung eine reine Wissenserklärung sei – wie es die herrschende Lehre und das Bundesgericht sieht – oder zumindest implizit auch eine Haftungs- und damit eine Willenserklärung erfordere.²⁴ Die Haftungserklärung kann sich nach Treu und Glauben aber auch stillschweigend ergeben. Die Erklärung bezüglich des Verbrauches ist nach Treu und Glauben beim Autokauf wichtig.²⁵ Die Angaben über den Treibstoffverbrauch werden

¹⁶ BGE 88 II 410 ff., 416; vgl. Urteil BGer 4C.119/2005, Erw. 2.3.

¹⁷ Vgl. Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 3.1.; weitere Beispiele und Fälle bei ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 92; vgl. BGE 63 II 77 ff., 79; vgl. zur identischen Situation im Werkvertragsrecht GAUCH, N 1364, mit mehreren Beispielen möglicher Zusicherungen «(...) *niedrige Betriebskosten, niedriger Wärmedurchlaufwert, sparsamer Verbrauch von Energie* (...)»

¹⁸ Vgl. den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff. Es ging um einen gebrauchten Oldsmobile, dessen Verbrauch der Verkäufer mit 18 l/100 km angab und feststellte, dass der Motor fast kein Öl brauche, «*was auf den guten Zustand des Motors schliessen lasse*» – der Oldsmobile brauchte tatsächlich 30 l/100 km; vgl. BK-GIGER, OR 197 N 44.

¹⁹ Vgl. Urteil BGer 4C.267/2004, Erw. 2.1.; vgl. Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 3.1.: «*Demgegenüber fallen unverbindliche, reklamehafte Anpreisungen nicht unter den Begriff der Zusicherung* (...)» Die Werbung kann folglich sehr wohl auch Zusicherungen enthalten, sofern sie konkret genug sind.

²⁰ Im Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 2.4. und 3.2. ergab sich die relevante Zusicherung im September 2004 aus einem Mieterspiegel für das Jahr 2004, der jedoch *geplante Mietzinse* aufführte, ohne auf diese Tatsache hinzuweisen. Dies ist mit einem Fahrzeug-Verkaufsprospekt vergleichbar, der einen theoretischen Treibstoffverbrauch angibt; vgl. auch das «*Exposé*» über den Umsatz und die sonstigen Einnahmen einer Metzgerei in BGE 88 II 410 ff.

²¹ Vgl. BK-GIGER, OR 197 N 30; vgl. auch MENGHINI, S. 93 ff.

²² Die Zurechnung könnte auch durch analoge Anwendung des Art. 28 Abs. 2 OR geschehen. Die Händler wissen, dass die Hersteller Werbung machen – sie verwenden meist die identischen Werbematerialien.

²³ Vgl. diesbezüglich die Zurechnung der Herstellerwerbung bei der Auslegung der Händlernaussagen im Urteil des OLG Oldenburg vom 19. Februar 2002, 9 U 97/01. Der Käufer kaufte einen Ford nach Gattungsmerkmalen in der Basisausstattung bei einem Händler. Der Hersteller Ford warb mit der Grundausrüstung, die bereits ABS (Antiblockiersystem) enthalte. Das gelieferte Modell enthielt kein ABS, weil es eine zusätzlich abgespeckte Basisausstattung *unterhalb der Grundausrüstung* gab. Die Werbe-Herstellerangaben wurden dem Händler ohne weiteres zugerechnet.

²⁴ Für die Zusicherung als Willenserklärung vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 87 ff., BK-GIGER, OR 197 N 12 und BSK-HONSELL, OR 197 N 14; vgl. die Übersicht über die Meinungen bei CHK-MÜLLER-CHEN, OR 197 N 16; vgl. Urteil BGer 4A_417/2007, Erw. 4.3; vgl. BGE 102 II 97 ff., 100; vgl. BGE 88 II 410 ff., 416, mit weiteren Verweisen; vgl. BGE 71 II 239 ff., 241; vgl. STAUFFER, ZBJV 80 (1944), S. 147 ff.; vgl. JÄGGI, S. 75; zum Ganzen siehe Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 3.1.-3.4. – dieses Urteil setzt eindeutig keine Haftungs- oder Willenserklärung voraus.

²⁵ Vgl. dazu die nicht mehr ganz taurischen, aber wahrscheinlich dennoch topaktuellen Erwägungen im Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 323 f.: «*Es kann als sicher gelten, dass jeder Käufer eines Occasionswagens grosses Gewicht auf Angaben über dessen Benzinverbrauch legt. Jeder Käufer, und gerade ein Laie, versucht sich daraus ein Bild der Wirtschaftlichkeit des Wagens zu machen. Auch will er daraus ersehen können, mit welchen regelmässigen Betriebsaufwendungen er zu rechnen hat. Zweifellos besteht demnach zwischen der beklaglichen Äusserung und dem*

auch in der Werbung über das gesetzlich geforderte Mass hervorgehoben und sollen Kaufentscheide beeinflussen – Modelle des gleichen Fahrzeugtyps mit sparsameren Diesel- oder Hybridmotoren sind meist teurer. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Händler und Hersteller für diese Angaben geradestehen wollen – und nach der herrschenden Lehre unabhängig davon auch müssen. Für die Zusicherung haftet der Verkäufer sogar dann, wenn der Kaufvertrag eine Haftungsfreizeichnung enthält.²⁶

[Rz 12] Zu prüfen ist, bei welcher Abweichung zur richtlinienkonformen Verbrauchsangabe ein Sachmangel gegeben ist. Da es sich um Zusicherungen handelt, ist *jede Abweichung* relevant.²⁷ In Deutschland akzeptieren die Gerichte bei Verbrauchsangaben eine Fehlertoleranz von 2% bis 4%.²⁸ Weshalb bei einer vorbehaltlosen Zusicherung eine Fehlertoleranz Beachtung finden sollte, ist nicht ersichtlich.²⁹ Die Schweizer Rechtsprechung verlangt allerdings, dass die Zusicherung den Entscheid beeinflusst hat, die Sache über-

Zustandekommen des Kaufes eine Kausalität.»

²⁶ Vgl. BGE 109 II 24 ff., 25, mit weiteren Hinweisen; vgl. BSK-HONSELL, OR 199 N 3.

²⁷ Die Erheblichkeit der Wertminderung oder der Minderung der Gebrauchstauglichkeit spielen nur eine Rolle, wenn der Mangel *nicht aufgrund einer Zusicherung* gegeben ist, sondern aufgrund körperlicher oder rechtlicher Mängel (vgl. Art. 197 Abs. 1 OR, erster und zweiter Fall), vgl. MAISSEN, S. 33, aber mit unhaltbarer Kehrtwendung auf S. 60 f., wo er Angaben zum Benzinverbrauch «*nur als Annäherungswerte und nicht als feste Obergrenzen*» bezeichnet und einen Sachmangel sicher annimmt, «*wenn eine Abweichung von den Durchschnittswerten um mehr als 20% gegeben ist*»; vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 71; vgl. BSK-HONSELL, OR 197 N 18; vgl. BGE 87 II 244 ff., 245: «*Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft nicht wie der körperliche oder rechtliche Mangel nur dann gewährspflichtig macht, wenn der vorausgesetzte Gebrauch der Sache aufgehoben oder erheblich gemindert ist, sondern dass der Verkäufer für die Zusicherung schlechthin einzustehen hat.*»

²⁸ Vgl. Urteil des Landgerichts Ravensburg vom 6. März 2007, 2 O 297/06 in NJW 2007, S. 2127 ff., 2128: «*Ein im vorgeschriebenen Prüfstandsverfahren festgestellter Kraftstoffmehrerverbrauch stellt deshalb bereits dann einen Sachmangel dar, wenn er jenseits desjenigen Toleranzbereichs liegt, der durch Fertigungstoleranzen und unvermeidbare Ungenauigkeiten der Verbrauchswertemessung vorgegeben ist (...) Die auf Grund des Messverfahrens unvermeidbar hinzunehmende Toleranz beläuft sich nach den Angaben des erfahrenen Sachverständigen U auf 1,5% bis 2%; dafür, dass das Fertigungsverfahren noch grössere Toleranzen unausweislich mit sich bringe, ist nichts ersichtlich.*»; vgl. das Urteil des Landgerichts Essen vom 21. November 2007, 3 O 313/07, SVR 2008, S. 300 mit Anmerkung von Henke am Schluss; vgl. auch den aufgrund des Vergleichs nicht publizierten Mercedes-SL-Fall in der Berichterstattung von Reuters am 16. April 2008: «*Der Spritverbrauch könne niemals exakt den Herstellerangaben entsprechen, sagte der Vorsitzende des BGH-Senats, Wolfgang Ball, am Mittwoch. Dazu seien Fahrer und Fahrbedingungen zu unterschiedlich. Zudem seien selbst bei Messungen nach dem EU-Standardverfahren Abweichungen von bis zu zwei Prozent normal. Dazu kämen zwei Prozent Fehlertoleranz, die bei der Herstellung von technischen Produkten ebenfalls hingenommen werden müssten.*», ebenfalls für 4% OLG Düsseldorf: Urteil vom 18. August 2008 - 1 U 238/07, Erw. 2b. und LG Ravensburg vom 4. Mai 2009 - 6 O 473/08, Erw. 1.

²⁹ Vgl. Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 3.4.

haupt oder zu diesen Bedingungen zu kaufen.³⁰ Diese Kausalität wird zwar meist vermutet,³¹ ergibt sich bei vielen Fahrzeugen aber bereits aufgrund der Umstände ganz deutlich. So kosten beispielsweise Fahrzeuge derselben Modellreihe mehr, wenn ein sparsamerer, aber ungefähr gleich starker Diesel- oder Hybridmotor gewählt wird.³² Diese Preisdifferenzen sind in fast allen Fahrzeugsegmenten feststellbar, sogar in der Luxusklasse. Wenn die Käufer bereit sind, für sparsamere Modelle mehr zu zahlen, liegt eine wesentliche Beeinflussung des Entscheids durch die Verbrauchsangabe eindeutig vor. Auch wenn keine vergleichbaren Modelle existieren, dürfte die wesentliche Beeinflussung in den meisten Fällen leicht zu bejahen sein, denn die Betriebskosten eines Fahrzeugs stellen einen wichtigen Posten der Gesamtkosten eines Fahrzeugs dar.³³

c. Zusicherung ohne Hinweis auf die Richtlinie

[Rz 13] Die Verbrauchsangabe mit Hinweis auf die EU-Richtlinie ist einzig in den Gestaltungsmustern der technischen Datenblätter vorgesehen.³⁴ Alle anderen Texte müssen den Hinweis folglich nicht tragen. Unterlassen die Händler oder Hersteller einen Hinweis auf die EU-Richtlinie bei der Angabe des Verbrauches, steht ausser Frage, dass eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR vorliegt, die sich auf den *im Alltag realisierbaren Verbrauch* richtet. Es ist undenkbar, dass sich eine Zusicherung auf eine theoretische Fahrt im Labor beziehen könnte, weil niemand sein Fahrzeug unter diesen Bedingungen benützt.³⁵ Nach Vertrauensprinzip kann und muss sich die Angabe auf den Alltagsverkehr beziehen.

d. Zusicherungen mit Hinweis auf die Richtlinie

[Rz 14] Erfolgt die Verbrauchsangabe unter ausdrücklichem Hinweis auf die EU-Richtlinie, ergibt sich grundsätzlich nur

³⁰ Vgl. BGE 87 II 244 ff., 245; vgl. BGE 71 II 239 ff., 240 f.; vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 323 f.; vgl. MAISSEN, S. 60; vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 95.

³¹ Vgl. BGE 71 II 239 ff., 240 f. – die Kausalitätsvermutung greift, wenn die Zusicherung nach der Lebenserfahrung geeignet ist, den Käufer zum Kauf oder zum Kauf zu den konkreten Bedingungen zu beeinflussen; vgl. Urteil BGer 4A_417/2007, Erw. 5.5.

³² Diese Argumentation im Urteil des BGH vom 14. Februar 1996 - VIII ZR 65/95, Erw. 2.a.cc in NJW 1996, S. 1338: «*Das gilt in besonderem Masse für Dieselfahrzeuge, bei denen der Kaufinteressent regelmäßig höhere Anschaffungskosten und geringere Fahrleistungen in Kauf nimmt, um in den Genuss eines besonders günstigen Kraftstoffverbrauchs zu gelangen.*» Die Käufer beklagten sich über den Mehrverbrauch eines dieselbetriebenen Volvo 945 TD.

³³ Der Bernische Appellationshof erachtete die Bedeutung und die Kausalität der Angaben zum Benzinverbrauch als weitgehend selbstverständlich, siehe dazu das Zitat in Fn. 25.

³⁴ Vgl. Ziff. 6, Figuren 1-4 von Anhang 3.6. der EnV.

³⁵ Vgl. den ähnlichen Fall im Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 2.4 und 3.2. Der Verkäufer gab Ende September 2004 für das Jahr 2004 nicht tatsächliche, sondern *geplante Mietzinse* an, ohne dies offen zu legen.

eine Zusicherung, dass das gelieferte Fahrzeug unter den Bedingungen der Richtlinie einen identischen Verbrauch erziele. Die Datenblätter bei den Fahrzeugen enthalten diesen Hinweis auf die EU-Richtlinie.³⁶ Die *Bedeutung der Richtlinie und deren Realitätsferne* kennen jedoch nur die wenigsten Autokäufer. Hinzu kommt, dass die meisten Hersteller in der Werbung nur im Kleingedruckten auf die Richtlinie hinweisen oder dort zum Teil auch festhalten, die Verbrauchsangabe bilde nicht Teil des Angebots.³⁷ Die Erklärungen der Parteien des Kaufvertrages sind deshalb nach Vertrauensprinzip auszulegen. Es kommt darauf an, was die Parteien nach Treu und Glauben darunter verstehen durften und mussten. Relevant sind gewöhnliche Käufer, nicht Experten oder Amtsstellen. Ein gewöhnlicher Fahrzeugkäufer weiss normalerweise nichts von einer EU-Richtlinie.

[Rz 15] Ein Vergleich zu BGE 116 II 431 ff., 435 ist diesbezüglich erhellend. Ein Händler verkaufte im Juli 1981 einen zwar ungebrauchten, aber bereits im November 1978 importierten Fiat 131 als «neu». Der Händler berief sich auf die Weisung des EJPD vom 29. Mai 1967, wonach ein Fahrzeug als neu gelte, wenn es bei der Immatrikulation in der Schweiz nicht mehr als 1'000 km aufweise. Das Bundesgericht hielt dazu fest: *«Diese Auffassung ist verfehlt. Bei der Auslegung eines Ausdrucks oder Sprachgebrauchs nach dem Vertrauensprinzip kommt es nicht darauf an, was Experten oder Amtsstellen darunter verstehen. Entscheidend ist allein, welches Wissen ein Vertragspartner im betreffenden Verkehrskreis beim anderen nach Treu und Glauben voraussetzen darf. Die Beklagte durfte nicht annehmen, dass die branchenfremde Klägerin die erwähnte Sondernorm, die an die Importeure und Hersteller von Motorfahrzeugen gerichtet ist, kenne.»*³⁸ Das Bundesgericht bejahte folgerichtig eine Aufklärungspflicht des Verkäufers hinsichtlich des wahren Alters des Fahrzeugs. Diese allgemeingültigen Wertungen lassen sich auf die richtlinienkonforme Verbrauchsangabe anwenden. Der Verkäufer als Fachperson weiss, dass der richtlinienkonforme Verbrauchsangabe im Alltag kaum zu erzielen ist. Hingegen wissen nur wenige Käufer um diese Tatsache – insbesondere erwarten

sie eine Angabe, die den Alltagsverbrauch angibt, weil ihnen alles andere nichts nützt. Deshalb muss der Verkäufer den Käufer auf den «wahren Verbrauch» oder die Bedeutung der richtlinienkonformen Verbrauchsmessung aufmerksam machen, da dieser ansonsten einen Vertrag eingeht, der auf einer wissentlich unrichtigen Zusicherung beruht.

[Rz 16] Die Situation ist ebenfalls vergleichbar mit dem Einbezug allgemeiner Geschäftsbedingungen in einen Vertrag. Auch dieser Ansatz führt, analog angewandt, zu denselben Ergebnissen. Die Verbrauchsangabe mit Hinweis auf die Richtlinie nimmt der Zusicherung einen grossen Teil ihrer Bedeutung, doch erfolgt diese in jeder Hinsicht nachteilige Beschneidung nicht transparent. In erster Linie ist zu prüfen, ob der Hinweis auf die *richtlinienkonforme* Verbrauchsangabe wirklich einbezogen worden ist. Wurden die Datenblätter mit den Hinweisen *nach der Bestellung oder erst mit der Ablieferung des Fahrzeugs* überbracht, sind sie unbeachtlich.³⁹ Der *rechtzeitig einbezogene Verweis* auf die Richtlinie als gesetzliches Feigenblatt für eine unrealistisch tiefe Verbrauchsangabe ist sodann analog zu einer überraschenden Vertragsbestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen als ungewöhnlich zu betrachten, denn nachteilige Vertragsbestimmungen, mit denen der Vertragspartner nicht rechnen musste, sind ohne *speziellen Hinweis* unbeachtlich.⁴⁰ Dies führt zu einer doppelt begründbaren Hinweispflicht, wonach die richtlinienkonforme Verbrauchsangabe im Alltag nicht realisierbar sei und mit einem deutlich höheren Verbrauch gerechnet werden müsse.

[Rz 17] Die Einhaltung des Gesetzes durch Angabe des richtlinienkonformen Verbrauchs entbindet den Verkäufer nicht von der Einhaltung der kaufrechtlichen Pflichten. Die Richtlinie erwähnt zunächst die Notwendigkeit einheitlicher Verbrauchsangaben zur Beseitigung technischer Hemmnisse im Handel. Dies beeinflusst die Pflichten der Parteien im Kaufvertrag ohnehin nicht. Die Richtlinie erwähnt auch die Notwendigkeit einer gemeinschaftlichen Methode zur Messung des Verbrauchs *«zur sachlichen und genauen Information der Käufer und Benutzer»*.⁴¹ Da die richtlinienkonforme Verbrauchsangabe dazu jedoch nicht taugt, kann deren Angabe alleine nicht von den kaufrechtlichen Pflichten dispensieren. Die Pflichten gemäss EnV und OR sind beide gleichzeitig erfüllbar – durch Verbrauchsangabe gemäss Richtlinie *mit beigefügtem Warnhinweis über den allfälligen Mehrverbrauch*

³⁶ Vgl. die Angabe- und Gestaltungsvorschriften gemäss den Figuren 1-7 im Anhang 3.6 der EnV.

³⁷ Vgl. den noch kleiner gedruckten Hinweis zur kleingedruckten Fusszeile in der Werbung für den Mercedes SL 63 AMG im IWC-Uhrenmagazin «Watch International», Ausgabe 2/09, S. 30 f.: *«Die Angaben beziehen sich nicht auf ein einzelnes Fahrzeug und sind nicht Bestandteil des Angebots, sondern dienen allein Vergleichszwecken zwischen den verschiedenen Fahrzeugtypen.»*

³⁸ BGE 116 II 431 ff., 435; vgl. dazu BK-SCHMIDLIN, OR 28 N 45 ff.; vgl. auch die Aussage des Autogewerbes zur Verbrauchsangabe in der Vernehmlassung zur Verordnung über die Kennzeichnung neuer Personenwagen mit der Umweltetikette vom 14. Oktober 2009, S. 7: *«Die Autogewerbeverbände bestätigen, dass es technisch richtig sei, den Treibstoffverbrauch in Benzinäquivalenten auszudrücken. Sie machen aber darauf aufmerksam, dass dies bei den Konsumenten zu Verwirrungen führen kann. Für Konsumenten sei nur der effektive Verbrauch an Benzin, Diesel beziehungsweise Erdgas eines Personenwagens massgebend.»*

³⁹ Vgl. dazu den anschaulichen Entscheid des Landgerichts Stuttgart (Urteil vom 22. Juni 2007 - 8 O 180/06, Erw. 1.c.bb). Das Datenblatt mit den Verbrauchsangaben und den Hinweisen, dass es sich nur um einen nach der Richtlinie ermittelten Verbrauch handle, konnte nicht Vertragsbestandteil werden, weil es bei der Bestellung noch nicht vorgelegen hatte. Zur identischen Rechtslage in der Schweiz hinsichtlich der Übernahme der AGB in den Vertrag siehe CHK-KUT/SCHNYDER, OR 1 N 51 f., mit vielen weiteren Hinweisen.

⁴⁰ Vgl. dazu CHK-Kut/Schnyder, OR 1 N 53.

⁴¹ Vgl. die Präambel der Richtlinie 80/1268/EWG in der konsolidierten Fassung.

und die Bedeutung der Richtlinie oder zusätzlicher Angabe des realistischen Alltagsverbrauchs. Die Musterdarstellung der Datenblätter in der EnV enthalten einen Warnhinweis, der diesbezüglich untauglich ist: «Der Treibstoffverbrauch und damit die CO₂-Emissionen eines Fahrzeugs sind auch vom Fahrstil und anderen nichttechnischen Faktoren abhängig.»⁴² Dieser Hinweis ist nicht hilfreich, denn er suggeriert, dass man bei sparsamer Fahrweise im Alltag die Werte gemäss Richtlinie erreichen könnte.

e. Deutsche Rechtsprechung

[Rz 18] Einen anderen Weg wählte bisher die deutsche Rechtsprechung. In mehreren Entscheiden hielten die Gerichte verschiedener Instanzen fest, dass die richtlinienkonforme Verbrauchsangabe keine Erwartungen hinsichtlich eines alltäglich realisierbaren Verbrauches erwecke – verbraucht ein Fahrzeug mehr, so war dies bisher nur relevant, wenn es unter den Laborbedingungen der EU-Richtlinie mehr als angegeben verbrauchte. Die deutschen Gerichte gingen auf die Argumente nicht richtig ein, wonach die richtlinienkonforme Verbrauchsangabe einen kaufrechtlich begründeten Erklärungsbedarf schaffe.⁴³

⁴² Vgl. EnV, Anhang 3.6., Ziff. 6.1., Figur 1.

⁴³ Vgl. Urteil des deutschen BGH vom 18. Juni 1997 - VIII ZR 52/96 in NJW 1997, S. 2590 ff., 2591. Es ging um einen Mercedes 600 SE, dessen Käufer einen Alltags-Benzinverbrauch von 19.47 Liter geltend machte, während die Richtlinien-Verbrauchsangabe auf 15.4 Liter lautete: «Es mag sein, dass der Käufer eines Neuwagens – wie die Revision meint – mehr an Angaben über den tatsächlichen Kraftstoffverbrauch «im normalen Betrieb» als an den nach der EG-Richtlinie ermittelten «Laborwerten» interessiert ist. Das besagt indessen nichts darüber, welche Beschaffenheitsmerkmale im konkreten Vertrag vereinbart worden sind. In der Betriebsanleitung, anhand derer dem Kl. gegenüber, seinem eigenen Vortrag folgend, bei den Verkaufsverhandlungen Erklärungen über den Benzinverbrauch des Wagens abgegeben worden sind, heisst es nach den Zahlenangaben für die einzelnen Fahrzyklen: «Die Kraftstoffverbrauchsangaben wurden nach EG-Richtlinien ermittelt.» Waren die Erklärungen des Verkäufers der Bekl., was unterstellt werden kann, als Angebot einer Vereinbarung über eine bestimmte Eigenschaft des Pkw zu verstehen (...), so konnten sie nur so Vertragsinhalt werden, wie es ihrem ausdrücklichen Wortlaut entspricht, nämlich als «nach den EG-Richtlinien ermittelter Kraftstoffverbrauch». Dem Kl. als Erklärungsempfänger war damit jeweils erkennbar, dass die Herstellerangaben auf einer verobjektivierenden Grundlage beruhten und dass sich der bei individueller Fahrweise erzielte Kraftstoffverbrauch mit den angegebenen Werten nicht decken musste. Selbst wenn der Kl., wie die Revision geltend macht, «über die Funktion der EG-Richtlinie nicht aufgeklärt» worden ist, kann dies nicht dazu führen, die der Bekl. zuzurechnenden Erklärungen in einem mit dem erkennbar Gewollten unvereinbaren Sinne auszulegen.»; vgl. die ähnliche Argumentation im Urteil des OLG Karlsruhe vom 1. Februar 2008, 1 U 97/07 in NZV 2008, S. 414 ff. Es ging um den Mehrverbrauch eines Opel Combo 1.7 CDTI Transporter. In der Erwägung 3 liess das Gericht immerhin durchblicken, dass die richtlinienkonforme Verbrauchsangabe ohne speziellen Hinweis eher verwirrend ist und nicht viel bringt: «Auch wenn es sicherlich im Sinne eines weitergehenden Verbraucherschutzes wünschenswert wäre, wenn in deutlicher Form bei den Angaben zum Kraftstoffverbrauch auf die Besonderheiten der Ermittlung und den Unterschied zum Verbrauch in der täglichen Praxis auf der Strasse hingewiesen würde, so ist ein solcher Hinweis doch

[Rz 19] Einzig das Landgericht Stuttgart hielt fest, dass sich die Verkäuferin nicht hinter der Prüfstandsmessung gemäss der Richtlinie verstecken könne: «Auf eine nur theoretische Messung des Kraftstoffverbrauchs auf dem Prüfstand muss sich der Kläger nach Auffassung des Gerichts jedoch nicht verweisen lassen, und zwar selbst dann nicht, wenn ihm bei der Bestellung des Fahrzeugs bekannt gewesen sein sollte, dass die angegebenen Werte auf dem Prüfstand ermittelt worden sind. Für einen Käufer ist nämlich ein theoretischer Wert, der dem tatsächlichen Verbrauch in der Praxis nicht entspricht, ohne Belang. Für ihn ist nur der Verbrauch entscheidend, der beim Einsatz des Fahrzeugs im Strassenverkehr tatsächlich entsteht. Wenn die auf dem Prüfstand bestimmten theoretischen Werte von den tatsächlichen Werten abweichen, muss die theoretische Bestimmung den tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden und nicht umgekehrt. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der Käufer eines Fahrzeugs über den wirklichen Verbrauch getäuscht wird.»⁴⁴ Das Gericht liess den Verbrauch des Mercedes durch einen Sachverständigen im Alltagsverkehr messen, um einen Mehrverbrauch durch individuelles Fahrverhalten des Käufers auszuschliessen.⁴⁵ Die Verkäuferin zog diesen Entscheid weiter und anerkannte die Forderung vor dem Oberlandesgericht Stuttgart.⁴⁶ Damit hat der Entscheid für Deutschland keine präjudizielle Bedeutung.

2. Prüfung, Rüge und Wahl des Mängelrechts

[Rz 20] Art. 201 Abs. 1 OR sieht die Prüfung der Kaufsache und die Rüge allfällig gefundener Mängel vor. Die Prüfung ist auch bei zugesicherten Eigenschaften notwendig.⁴⁷ Der Treibstoffverbrauch kann erst nach einer gewissen Anzahl gefahrener Kilometer zuverlässig ermittelt werden.⁴⁸ Die Richtlinie sieht vor, dass das Fahrzeug zwischen 3'000 und

zivilrechtlich nicht unverzichtbar und seine Unterlassung nicht haftungsbegründend.»; vgl. zur europarechtlichen Erfassung eines solchen Warnhinweises SCHMIDT, NJW 2005, S. 331 ff.

⁴⁴ Vgl. Landgericht Stuttgart, Urteil vom 22. Juni 2007, 8 O 180/06, Erw. 1.d.aa. Es ging um einen Kombi der Mercedes E-Klasse mit Dieselmotor.

⁴⁵ Vgl. Landgericht Stuttgart, Urteil vom 22. Juni 2007, 8 O 180/06, Erw. 1.d.bb, mit einem Verweis auf einen weiteren Entscheid des Landgerichts Duisburg (Urteil vom 6. Juni 2003, 1 O 117/03), der dies ebenfalls zulies.

⁴⁶ Das Aktenzeichen des Urteils vom 4. Dezember 2008 des Oberlandesgerichts Stuttgart lautet 7 U 132/07.

⁴⁷ Vgl. BSK-HONSELL, OR 201 N 3; vgl. BK-GIGER, OR 201 N 18; vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 201 N 16; vgl. BGE 81 II 56 ff., 57; vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 324 f.

⁴⁸ Vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 325: «Es bedarf keines Beweises, dass es sich beim falschen Kilometerstand, dem übermässigen Benzin- und Ölverbrauch um geheime Mängel handelt, deren Rüge erst nach ihrer Entdeckung erfolgen kann. Gerade der Verbrauch von Brennstoff und Öl ist erst nach längerer Probefahrt feststellbar (...).»

15'000 km gefahren sein muss.⁴⁹ Eine Rüge sollte deshalb nicht vor einem Kilometerstand von 3'000 km verlangt werden. Der im Alltag erzielte Verbrauch kann somit je nach eigener Benützung des Fahrzeugs mit der städtischen, der ausserstädtischen oder der kombinierten, richtlinienkonformen Verbrauchsangabe verglichen werden. Zeigt sich ein Mehrverbrauch, muss ihn der Käufer dem Verkäufer sofort anzeigen (vgl. Art. 201 Abs. 1 OR).

[Rz 21] Art. 205 Abs. 1 OR erwähnt die Wandlung oder Minderung. Beim Autokauf sind diese Mängelrechte jedoch häufig vertraglich ausgeschlossen. Stattdessen vereinbaren die Parteien ein Recht auf Nachbesserung während der Garantiedauer. Wandlung und Minderung leben jedoch wieder auf, wenn die Nachbesserung nicht möglich ist oder mehrfach scheitert.⁵⁰ Es ist möglich, dass ein Fahrzeug aufgrund eines Fabrikationsfehlers, einer mangelhaften Einstellung der Elektronik oder eines technischen Defekts einen Mehrverbrauch aufweist. Es ist deshalb angezeigt, zuerst die allenfalls vertraglich vereinbarte Nachbesserung zu verlangen. Scheitert diese, stehen Minderung oder Wandlung offen.

[Rz 22] Auch wenn der Käufer die Wandlung verlangt, kann der Richter auf Minderung erkennen, wenn diese nach den Umständen nicht gerechtfertigt wäre (Art. 205 Abs. 2 OR).⁵¹ Es handelt sich um eine Norm, die nur mit Zurückhaltung Anwendung finden sollte.⁵² Gegen die Wandlung spricht, dass der Mehrverbrauch grundsätzlich nur die Betriebskosten beeinflusst, der Verkäufer diese aber als Schaden vollumfänglich für die Gesamtfahrleistung ersetzen kann. Verbraucht ein Fahrzeug 10% mehr Benzin (7.7 statt 7 l/100 km), verursacht dies bei einer geschätzten Gesamtfahrleistung von 200'000 km und einem Benzinpreis von Fr. 1.60 Mehrkosten von total Fr. 2'240. Das ist der gesamte Schaden, der grundsätzlich auch den Minderwert ausgleicht. Im Verhältnis zu den Gesamtkosten des an sich vollkommen brauchbaren Fahrzeugs ist das kein besonders hoher Betrag.⁵³ Für die Wandlung spricht hingegen die Tatsache, dass der Mehrverbrauch einem ökologisch motivierten Fahrzeugkauf die Grundlage entziehen kann und die Anbieter mit dem Verbrauch werben, der den Käufern als *Zusicherung* meist viel bedeutet.⁵⁴ Ein

allfälliges *Verschulden* des Verkäufers ist beim Billigkeitsentscheid nach Art. 205 Abs. 2 OR ebenfalls zu berücksichtigen. Die Verkäufer wissen, dass ihre Fahrzeuge die Verbrauchsangaben nicht erreichen. Verschweigen Sie dies, trifft sie ein Verschulden.⁵⁵ Diese beiden Faktoren (Zusicherung und Verschulden) bilden Umstände im Sinne des Art. 205 Abs. 2 OR, die die Wandlung dennoch rechtfertigen können.

[Rz 23] Bei erfolgreicher Wandlung muss der Käufer das Fahrzeug zurückgeben und dessen Nutzung angemessen entschädigen. Der Käufer hat den Kaufpreis nebst Zinsen zurückzuerstatten.⁵⁶ Die Nutzungsentschädigung bemisst sich nicht nach dem Wertverlust der Sache, sondern nach dem Wert des bezogenen Nutzens.⁵⁷

3. Berechnung der Minderung

[Rz 24] Wählt der Käufer die Minderung oder erkennt der Richter auf Minderung statt Wandlung, stellt sich die Frage nach der Berechnung des Minderwerts. Der Kaufpreis ist im Verhältnis des Wertunterschieds zwischen mangelfreier und mangelhafter Sache herabzusetzen.⁵⁸ Diese wesentlichen Parameter zur Bestimmung des Minderwerts fehlen jedoch im vorliegenden Fall. Der objektive Wert mit und ohne Mängel ist nicht bekannt. Ein weiterer, hier ebenfalls nicht weiterführender Ansatz für den Minderwert liegt in den Nachbesserungskosten.⁵⁹ War die Nachbesserung erfolgreich, ergibt sich kein Minderwert. War sie nicht erfolgreich, lebt das Minderungsrecht wieder auf. Die einfachste Methode liegt *auf den ersten Blick* in der Berechnung des Minderwerts anhand der auf die Gesamtfahrleistung bezogenen, erhöhten Treibstoffkosten.⁶⁰ Dies weckt allerdings dogmatische

auch BGE 91 II 344 ff., 353 – trotz vollständiger Behebung des Mangels war es nicht zuzumuten, ein Fahrzeug zu behalten, das 2'500 km mit einer falschen Nockenwelle betrieben worden ist; vgl. zur Minderung statt Wandlung bei Zusicherungen HENZEN, S. 59 f.

⁴⁹ Vgl. Ziff. 5.1.1. von Anhang 1 der konsolidierten Richtlinie 80/1268/EWG.

⁵⁰ Vgl. BGE 91 II 344 ff., 350. Die Verkäuferin reparierte das Fahrzeug «Rambler Classic» vier Mal, ohne eine Verbesserung des Leerlaufs und der Gasannahme zu erzielen; vgl. auch BK-GIGER, OR 199 N 15, vgl. BSK-HONSELL, OR 199 N 4 und CHK-MÜLLER-CHEN, OR 205 N 18.

⁵¹ Vgl. dazu BK-GIGER, OR 205 N 49 ff. und HENZEN, passim.

⁵² Vgl. BK-GIGER, OR 205 N 52 und BUCHER, SJZ 1971, S. 22; vgl. die Erwägungen in BGE 124 III 456 ff., 461 f.

⁵³ Vgl. den bei TCS VERBRAUCHSKATALOG 2009, S. 40 abgebildeten Kostenkuchen. Die Treibstoffkosten machen lediglich 17.4% der Gesamtkosten eines Fahrzeugs aus.

⁵⁴ Vgl. dazu die in BGE 94 II 26 ff., 35 f. geschilderte Situation. Der Käufer wollte unbedingt einen Jaguar mit Baujahr 1964. Trotzdem lieferte der Käufer ein Modell mit Baujahr 1963. Eine Minderung kam nur schon deshalb nicht in Betracht – es wäre aber ohnehin ein *aliud* und kein *peius*; vgl.

⁵⁵ Vgl. HENZEN, S. 71 ff.

⁵⁶ Vgl. Art. 208 Abs. 1 und 2 OR; vgl. CHK-MÜLLER-CHEN, OR 208 N 5 f.; vgl. BK-GIGER, OR 208 N 25.

⁵⁷ Vgl. CHK-MÜLLER-CHEN, OR 208 N 5; vgl. BK-GIGER, OR 208 N 22 f., mit weiteren Hinweisen auf Gerichtsentscheide; vgl. KOLLER STEFAN, S. 121 («liniare Teilwertabschreibung»); vgl. zum deutschen Recht REINKING/EGGERT, N 462.

⁵⁸ Vgl. BSK-HONSELL, OR 205 N 8, BK-GIGER, OR 205 N 20, CHK-MÜLLER-CHEN, OR 205 N 12.

⁵⁹ Vgl. BGE 111 II 162 ff., 164, vgl. BSK-HONSELL, OR 205 N 9, CHK-MÜLLER-CHEN, OR 205 N 13; vgl. BK-GIGER, OR 205 N 25, der die Nachbesserungskosten nicht berücksichtigen will.

⁶⁰ Vgl. den bei REINKING/EGGERT, N 482 erwähnten, aber nicht veröffentlichten Entscheid des Amtsgerichts Mülheim/Ruhr vom 21. Februar 1980 (10 C 333/79, es ging um die als Minderung erfassten Mehrkosten bei einem Fahrzeug, das nur mit teurerem Superbenzin einwandfrei funktionierte, aber auf den Betrieb mit Normalbenzin ausgelegt war) sowie die im ebenfalls nicht veröffentlichten Urteil des Landgerichts Köln vom 17. Oktober 1984 vertretene Gegenmeinung (20 O 178/81, zitiert nach REINKING/EGGERT, N 482); vgl. ebenso das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. August 2008 - 1 U 238/07, Erw. 2.h.bb., das die Mehrkosten des

Bedenken, denn die höheren Kosten stellen einen *Mangelfolgeschaden* dar. Dieser gehört folglich zum Schadenersatz, nicht zur Minderung. Es besteht zwischen der Geltendmachung von Schadenersatz und der Minderung ein wichtiger Unterschied im Verschuldenserfordernis (siehe dazu mehr unten, Rz. 26 ff.). Es wäre demnach falsch, diesen Betrag als Minderung einzufordern. Ein weiterer Ansatz zur Feststellung des Minderwerts ist die Schätzung. Ist der Minderwert des Fahrzeugs nicht ziffernmässig nachweisbar, so hat der Richter diesen zu schätzen.⁶¹

[Rz 25] Erschwerend kommt vorliegend hinzu, dass der Mehrverbrauch den Wert des Fahrzeugs nicht zwingend beeinträchtigen muss. Er kann *erstens* durch vollen Schadenersatz bezüglich der Mehrkosten ausgeglichen werden (vgl. unten, Rz. 26). *Zweitens* gibt es Fahrzeugtypen, deren Käufer nicht auf den Verbrauch achten. Das Landgericht Ravensburg kam zu diesem Ergebnis bei einem Chrysler PT Cruiser Cabrio GT Street Cruiser 2.4 Turbo, dessen Mehrverbrauch von 3.03% angesichts des schon stattlichen Richtlinienverbrauchs von 9.9 l/100 km den Wert des Fahrzeugs nicht beeinträchtigen konnte.⁶²

Mehrverbrauchs grundsätzlich nur als Schadenersatz berücksichtigt. Im Urteil BGH vom 14. Februar 1996 - VIII ZR 65/95, Erw. 2b in NJW 1996, S. 1338 gewährte der BGH dennoch eine Minderung, die sich anhand des Mehrverbrauchs errechnet: «*Entscheidend ist nicht, wie sich die Kosten des Kraftstoffmehrverbrauchs auf die Gesamtbetriebskosten, sondern wie sie sich auf den Fahrzeugwert auswirken. Ein Kaufinteressent, der vom Ansatz des BerGer. ausgehend Kraftstoffmehrkosten von rund 240 DM je 20000 Kilometer ansetzt, wird diese nicht in Bezug setzen zu den jährlichen Gesamtbetriebskosten, sondern zu der zu erwartenden Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs, an dessen Erwerb er interessiert ist. Diese kann bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeug der gehobenen Mittelklasse, das mit einem 6-Zylinder-Dieselmotor ausgestattet ist, mit mindestens 200000 Kilometern angesetzt werden. Daraus errechnet sich ein Minderwert von ca. 2400 DM. Eine Wertminderung in dieser Grösse hält der erkennende Senat nicht mehr für unerheblich.*»

⁶¹ Vgl. BK-GIGER, OR 205 N 23; vgl. die Schätzung im Urteil des LG Ravensburg vom 4. Mai 2009 - 6 O 473/08, Erw. 3. Es ging um einen VW Polo, dessen richtlinienkonforme Labornachprüfung einen Durchschnittsmehrverbrauch von 7.8% aufwies, was einem Mehrverbrauch von 0.45 l/100 km entspricht: «*Die Höhe der Minderung wird auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen Dipl. Ing. Bosch gemäss § 287 ZPO auf 500,00 EUR geschätzt. Ausgangspunkt ist der Verkaufspreis des Fahrzeugs, welcher dem Verkehrswert entsprach. Im Hinblick auf einen möglichen Weiterverkauf kann der Wert eines Fahrzeugs, das einen Kraftstoffverbrauch über den Herstellerangaben aufweist, herabgesetzt sein. Da der Kaufpreis beim Weiterverkauf vom Verhandlungsgeschick der Vertragsparteien abhängt, kann sich der Minderwert zwischen 0,00 EUR – bei Inzahlunggabe an den Händler – und 1.000,00 EUR bewegen. Der Minderwert wird deshalb auf 500,00 EUR geschätzt.*»

⁶² Urteil des Landgerichts Ravensburg vom 6. März 2007- 2 O 297/06 in NJW 2007, S. 2127 ff., 2129: «*Solange aber die Durchschnittsverbrauchswerte bei Personenkraftwagen unterschiedlichster Art zwischen, grob gesagt, 5 l/100 km und 20 l/100 km variieren, ist nicht nur die Zuordnung eines Fahrzeugs zur entsprechenden Verbrauchsgrössenordnung letztlich unabhängig davon, ob 9,9 oder 10,2 l/100 km verbraucht werden; es kann auch nicht angenommen werden, dass auf dem allgemeinen Fahrzeugmarkt ein Neufahrzeug an Stelle von 27850 Euro allein auf Grund einer so minimalen*

4. Berechnung des Schadenersatzes

[Rz 26] Schadenersatz ist neben der *Minderung* nur nach den Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR geschuldet, d.h. mit Verschulden des Verkäufers.⁶³ Dieses wird zwar vermutet, aber der Verkäufer kann sich exkulpieren.⁶⁴ Das Verschulden könnte im Verkauf des Fahrzeugs im Wissen um die Unrichtigkeit der Verbrauchszusage liegen.⁶⁵ Nur bei der *Wandlung* ist der unmittelbare Schaden kausal gemäss Art. 208 Abs. 2 OR zu ersetzen. Die Kosten des Mehrverbrauchs lassen sich bei der Wandlung als unmittelbare Folge im Sinne des relevanten BGE 133 III 257 ff., 271 ff. qualifizieren, da durch den Gebrauch des Fahrzeugs kein weiteres Glied in die Kausalkette tritt.⁶⁶ Der Schaden dürfte bei der Wandlung jedoch nur einen geringfügigen Wert erreichen, weil der Mehrverbrauch nur bis zur Wandlung anfällt.

[Rz 27] Im Urteil des Landgerichts Stuttgart bekam der Leasingnehmer Schadenersatz in der Höhe des Mehrverbrauchs von – 436.72 für die bisher gefahrenen 53'000 km sowie einen festgestellten zukünftigen Schadenersatzanspruch von – 0.00824 pro gefahrenen Kilometer. Die geforderte Minderung von – 5'000 (bei einem Verkaufspreis von – 53'640) erhielt der Kläger nicht, weil der Minderwert durch den Schadenersatz für den Mehrverbrauch voll entschädigt worden sei. Für dieses geleaste Fahrzeug mag dies zutreffen. Es wäre bei einem gekauften Fahrzeug aber denkbar, dass der Wiederverkaufswert wegen des Mehrverbrauchs tiefer liegt.⁶⁷

Differenz gleich weniger wert sein soll. Für jeden umwelt- und folgekostenbewussten Käufer ist der hier betroffene Fahrzeugtyp allein schon aus den Prospektangaben als ausserordentlich wenig sparsames Fahrzeug erkennbar.» Das Gericht hätte vielleicht anders entschieden, wenn es den tatsächlichen Verbrauch im Alltag zugrunde gelegt hätte. Denkbar ist, dass der tatsächliche Verbrauch einen potentiellen Occasionskäufer mit kleinerem Budget abschreckt. Dies drückt die Preise, wie SELBACH im Magazin «Impulse» schreibt: «*Gleichzeitig brechen die Restwerte von Leasing-Fahrzeugen ein. Grosse Fahrzeuge, vor allem Geländewagen und Oberklassewagen, lassen sich wegen ihres hohen Verbrauchs und ihrer CO₂-Werte nach Ablauf der Leasing-Verträge nur noch schlecht verkaufen, erklärt Lutz Köper (...).*»

⁶³ Vgl. dazu BGE 133 III 335 ff., 339.

⁶⁴ Vgl. dazu BSK-WIEGAND, OR 97 N 42.

⁶⁵ Vgl. dazu BSK-HONSELL, VOR OR 197-210 N 6.

⁶⁶ Vgl. BGE 133 III 257 ff., 273: «*Im vorliegenden Fall hat sich die Krankheit der gekauften Papageien direkt auf den Vogelbestand des Käufers übertragen, weshalb insoweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Übertragung erst durch die Einstellung und den damit verbundenen Stress möglich wurde, zumal die neue Einstellung zwingend mit dem Verkauf verbunden war und damit zur üblichen Verwendung gehörte, welche nicht als selbständige hinzutretende Schadensursache zu betrachten ist.*»

⁶⁷ Vgl. Landgericht Stuttgart, Urteil vom 22. Juni 2007, 8 O 180/06, Erw. 1 und 2: «*a) Minderungs- und Schadenersatzansprüche schliessen sich gegenseitig zwar nicht aus. Dies gilt aber nur insoweit, als durch einen geltend gemachten Schadenersatzanspruch der Schaden in voller Höhe nicht ausgeglichen wird. Soweit der Schadenersatz den Mangel vollumfänglich ausgleicht, ist für eine Minderung wegen desselben Mangels kein Raum. Dasselbe gilt im umgekehrten Verhältnis. Durch den Ersatz der*

[Rz 28] Der Schadenersatz könnte auch direkt zugesprochen werden, indem er sich auf Erfahrungswerte bezüglich der Gesamtfahrleistung stützt. In Deutschland stellten die Gerichte meist auf eine Gesamtfahrleistung von 200'000 km ab.⁶⁸ Multipliziert man die Kosten des Mehrverbrauchs pro Kilometer mit diesem Wert, erhält man den gesamten Schaden. Dieser Wert kann auch für die Schweiz gelten. Erfasst man den Mehrverbrauch gleich für das ganze Autoleben, ist ein allfälliger tieferer Weiterverkaufswert wohl häufig vernachlässigbar.

IV. Willensmängel

1. Zulässigkeit

[Rz 29] Alternativ zur Sachgewährleistung steht die Irrtumsanfechtung wegen Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR offen.⁶⁹ Hat der Käufer bereits die Sachgewährleistung geltend gemacht, steht die Anfechtung aufgrund der Genehmigung des Vertrags nicht mehr zur Verfügung.⁷⁰ Keine Genehmigung liegt in der Weiterbenützung des Fahrzeugs nach der Anfechtung, insbesondere wenn kein anderes Fahrzeug zur Verfügung steht, der Verkäufer die Rücknahme verweigert oder der Käufer aufgrund der verweigeren Rückzahlung des Kaufpreises sich kein Ersatzfahrzeug kaufen kann.⁷¹

Mehrkosten für den höheren Kraftstoffverbrauch erhält der Kläger für die Dauer des Leasingvertrages aber einen vollen Ausgleich. b) Der Umstand, dass der Kläger die Bezahlung des Minderungsbetrags an die Leasinggeberin begehrt, um eine – wie er im Verhandlungstermin eingeräumt hat – entsprechende Reduzierung der Leasingrate zu bewirken, ändert hieran nichts. Durch den Mehrverbrauch während der Leasingzeit erfährt die Leasinggeberin schon keinen Nachteil; dieser entsteht allein auf Seiten des Leasingnehmers, der diese Mehrkosten aufzubringen hat. Dieser Nachteil wird durch den Ersatz der Mehrkosten ausgeglichen. c) Erst nach der Beendigung des Leasingverhältnisses und nach der Rückgabe des Fahrzeugs an den Leasinggeber kann sich der höhere Kraftstoffverbrauch zulasten des Leasinggebers in einer möglichen Wertminderung auswirken. Diesen Nachteil kann der Kläger für den Leasinggeber jedoch nicht geltend machen, denn ein entsprechender Anspruch wurde an ihn nicht abgetreten. In XIII Abs. 2 Satz 3 der Leasingbedingungen ist ausdrücklich bestimmt, dass Ansprüche auf Ersatz eines dem Leasinggeber entstandenen Schadens nicht an den Leasingnehmer abgetreten sind.» Das Oberlandesgericht Stuttgart sprach einen an die Leasinggeberin zu bezahlenden Minderungsbetrag von ~ 2'500 aufgrund der Anerkennung zu (Aktenzeichen 7 U 132/07, Urteil vom 4. Dezember 2008).

⁶⁸ Vgl. die Übersicht bei REINKING/EGGERT, N 466, mit vielen weiteren Hinweisen; vgl. auch den Hinweis in Fn. 60.

⁶⁹ Vgl. CHK-MÜLLER-CHEN, OR 197 N 8; ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 314; vgl. Urteil BGER 4C.197/2004, Erw. 3.1.

⁷⁰ Vgl. Urteil BGER 4C.197/2004, Erw. 3.1.; vgl. BGE 127 III 83 ff., 85 f.: «*Da bei hat sich der Käufer aber bei seinem Entschluss für einen der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe behaften zu lassen (BGE 108 II 102 E. 2a S. 104). Entscheidet er sich insbesondere für die Gewährleistung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt (BGE 88 II 410 E. 2 S. 412; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 139 zu Art. 28 OR).*»

⁷¹ Vgl. Urteil BGER 4C.197/2004, Erw. 3.1.: «*En particulier, le fait qu'après la*

[Rz 30] Eine allfällige Freizeichnungsklausel im Kaufvertrag schliesst die Anfechtung dann nicht aus, wenn der Verkäufer eine Zusicherung abgegeben hat.⁷² Die Erwägungen unter III.1 haben gezeigt, dass die Verbrauchsangabe eine Zusicherung darstellt.

[Rz 31] Der Autokauf erfolgt häufig als Gattungskauf. Beim Gattungskauf ist die Anfechtung grundsätzlich ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannt ist, mit welchem Stück aus der Gattung erfüllt wird – vielleicht existiert das gekaufte Fahrzeug noch nicht einmal.⁷³ Vorliegend kommt jedoch eine Ausnahme zur Anwendung, falls der Verbrauch aufgrund der realitätsfernen Verbrauchsangabe gemäss Richtlinie zu hoch ist. In dieser Konstellation verletzen *alle Fahrzeuge innerhalb des relativen Gattungsbegriffes* die Zusicherung.⁷⁴ Die Zusicherung ist somit für alle möglichen Fahrzeuge nicht richtig und die Anfechtung des Vertrags dennoch möglich.

2. Voraussetzungen

[Rz 32] Die Einhaltung des Verbrauchs muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Käufer auf den Irrtum berufen kann. Sie muss zudem für seine Willensbildung *conditio sine qua non* sein.⁷⁵ Auch der Verkäufer muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).⁷⁶

[Rz 33] Die Wesentlichkeit und die Erkennbarkeit können unter Umständen durch die Wahl des Fahrzeugtyps erstellt werden. Wer bereit ist, für ein sparsameres Modell bedeutend mehr zu bezahlen, zeigt, dass es ihm auf die Ökologie des Fahrzeugs ankommt. Bei Diesel- oder Hybridfahrzeugen der Luxusklasse ist es unter Umständen sogar schwierig, den höheren Kaufpreis gegenüber den durstigeren Benzinmodellen über den sparsameren Verbrauch zu amortisieren. Ein Vergleich der Zeitschrift «Beobachter» zeigt, dass dies erst nach 84'060 km (Saab 9-3) bis sage und schreibe 938'132 km (Mercedes S-Klasse) gelingt.⁷⁷ Nach Treu und Glauben stellt

découverte de l'erreur, l'acheteur ait encore utilisé l'automobile objet du contrat invalidé ne signifie pas pour autant qu'il ait ratifié le contrat, ce d'autant plus si le vendeur a obstinément refusé de la reprendre (...).»; vgl. BGE 109 II 319 ff., 327; vgl. BSK-SCHWENZER, OR 31 N 17.

⁷² Vgl. den ähnlichen Fall im Urteil BGER 4C.119/2005, Erw. 2.3. hinsichtlich der Zusicherung bezüglich des Baujahres eines Schiffes, kombiniert mit einer allgemeinen Haftungsfreizeichnung.

⁷³ Vgl. BSK-HONSELL, vor OR 197-210 N 9; vgl. Urteil BGER 4C.300/2006, Erw. 5.3; vgl. BGE 94 II 26 ff., 29, Erw. 1.

⁷⁴ Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 314 und 317.

⁷⁵ Vgl. BSK-SCHWENZER, OR 24 N 21.

⁷⁶ Vgl. BSK-SCHWENZER, OR 24 N 23, mit weiteren Hinweisen.

⁷⁷ Vgl. Beobachter, Diesel oder Benzin?, Ausgabe 3/09. Der Vergleich zwischen Diesel- und Benzinmodellen mit ungefähr gleich hoher PS-Zahl ist jedoch nicht unbedingt aussagekräftig, da Dieselmotoren eine andere Leistungscharakteristik haben und über viel mehr Durchzugskraft schon bei niedrigen Drehzahlen verfügen.

dies eine wichtige und erkennbare Grundlage des Vertrages dar. Sind die Mehrkosten durch den geringeren Verbrauch amortisierbar, ist dieser unter ökonomischen Grundsätzen wichtig – falls nicht, dann umso mehr unter dem Aspekt der Ökologie. Allerdings ist einzuräumen, dass der Vorteil des Minderverbrauchs erhalten bleibt, wenn man von der Prämisse ausgeht, dass auch der Verbrauch des durstigeren Vergleichsmodells im Alltag im gleichen Verhältnis höher sein dürfte. Hat sich der Käufer hingegen am selbst gemessenen Verbrauch seines alten Fahrzeugs orientiert, fällt die anhand der richtlinienkonformen Verbrauchsangabe erwartete Ersparnis möglicherweise ganz oder teilweise weg.

3. Folgen

[Rz 34] Die Folge der erfolgreichen Anfechtung ist die Ungültigkeit des Kaufs *ex tunc*.⁷⁸ Das Fahrzeug kann vom Verkäufer vindiziert (*rei vindicatio*, Art. 641 Abs. 2 ZGB), der Kaufpreis vom Käufer kondiziert werden (*condictio indebiti*, Art. 63 Abs. 1 OR).⁷⁹ Der Käufer hat die Nutzung des Fahrzeugs bis zur Rückgabe zu entschädigen; Art. 938 Abs. 1 ZGB, der für den gutgläubigen Besitzer keine Pflicht zur Nutzungsentschädigung vorsieht, ist aus Billigkeitsüberlegungen nicht anwendbar.⁸⁰ Die Nutzungsentschädigung orientiert sich gemäss Urteil BGer 4C.197/2004 an der Wertdifferenz des Fahrzeugs im Erwerbs- und Rückgabezeitpunkt. Davon abzuziehen sind die Verzinsung des Kaufpreises zu 5% p.a. sowie die verzinnten Kosten allfälliger Reparaturen. Die so definierte *Nutzungsentschädigung* entpuppt sich jedoch als *Ersatz für den Wertverlust* – bei Neufahrzeugen würde dies bedeuten, dass der Käufer den besonders hohen Anfangswertverlust tragen müsste. Richtigerweise ist ein fiktiver Mietzins pro gefahrenen Kilometer zu berechnen, der von einer linearen Abschreibung ausgeht und keinen Gewinn enthält.⁸¹ Der Verkäufer hat den Kaufpreis nach Bereicherungsrecht zurückzuerstatten.⁸² Die Berufung auf den allfälligen Wegfall der Bereicherung gemäss Art. 64 OR soll dem vindizierenden Verkäufer dabei nicht offen stehen.⁸³

⁷⁸ Vgl. BSK-SCHWENZER, OR 23 N 8, mit weiteren Hinweisen; vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 31 N 25.

⁷⁹ Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, OR 31 N 25; vgl. BSK-SCHULIN, OR 63 N 3; vgl. BKSCHMIDLIN, OR 31 N 89, 92; vgl. dazu auch HONSELL, S. 360 ff. zur Vindikation und Kondiktion bei der Rückabwicklung.

⁸⁰ Vgl. KOLLER, OR AT, § 30 N 55 und 56, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BGE 110 II 244 ff., 247 f.; vgl. HONSELL, S. 362.

⁸¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 57.

⁸² Vgl. die anschauliche Berechnung der Nutzungsentschädigung im Urteil BGer 4C.197/2004, Erw. 4.2. Es ging um den angefochtenen Kauf eines sechsjährigen Mercedes 300 E, den der Käufer während weiteren acht Jahren benützt hatte. Da der erste, besonders hohe Neuwagen-Abschreiber keine Rolle spielte, ist die vorliegende Berechnungsmethode für diesen Fall adäquat.

⁸³ Vgl. HONSELL, S. 362; vgl. CHK-HAHN, OR 64 N 11.

V. Unlauterer Wettbewerb

1. Allgemein

[Rz 35] Art. 3 lit. b UWG erfasst unrichtige oder irreführende Angaben über die Ware. Der Käufer kann bei Vorliegen von UWG-Tatbeständen Schadenersatz nach Art. 41 OR verlangen (Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG).⁸⁴ Die Verbrauchsangabe ist keine Marktschreierei, sondern eine überprüfbare Äusserung tatsächlicher Natur. Sie löst eine nachprüfbar Vorstellung aus.⁸⁵ Für die Bedeutung einer Angabe ist die Verkehrsauffassung massgeblich. Unauffällige Hinweise auf die Bedeutung der Angaben, die beim Gesamteindruck nicht erfasst werden, spielen keine Rolle.⁸⁶ Lehre und Praxis machen jedoch eine *Ausnahme*, wenn Legaldefinitionen oder verwaltungsrechtliche Vorschriften die Begriffe definieren, auch wenn die Adressaten sie anders verstehen.⁸⁷ Dies ist für das Recht des unlauteren Wettbewerbs teilweise verständlich, da die einheitliche Verbrauchsangabe gerade die Vergleichbarkeit der Angaben sicherstellen will. Sie beeinflusst somit zwar nicht das Verhältnis zwischen den Anbietern, wohl aber immer noch dasjenige zwischen Anbietern und Abnehmern (vgl. Art. 2 UWG). Vermittelt die Werbung den Eindruck, dass die Verbrauchsangabe sich auf den Alltag beziehe – und dies dürfte ohne Hinweis auf die Bedeutung der Richtlinie immer der Fall sein – sollte diese Ausnahme deshalb nicht greifen. Die Werbung richtet sich immer auf den wirklichen *Gebrauch* des Fahrzeugs. Sie zeigt beispielsweise Vans mit Kindern und Gepäck gefüllt und erwähnt bei einem Porsche den «*Sturm und Drang*».⁸⁸ Es kann nicht sein, dass Anbieter in der Werbung die Komfortausstattung, das Ladevolumen oder die Fahrleistungen eines Fahrzeugs preisen, während die Verbrauchsangabe sich auf eine asketische und einsame Sparfahrt bezieht. Besonders deutlich zeigt sich dies in der aktuellen Werbung für den Sechszylinder-Hybridmotor des Lexus RX 450h: «*Ein V6-Benzinmotor kombiniert mit einem Elektromotor erbringt die Leistung eines V8-Aggregats, er weist jedoch nur den ungefähren Verbrauch und somit auch den CO₂-Ausstoss eines 4-Zylinder-Motors aus.*»⁸⁹ Die suggerierte Gleichzeitigkeit gibt es nicht. Wer die Achtzylinder-Fahrleistungen erleben

⁸⁴ Vgl. BAUDENBACHER, UWG 9 N 185 ff.

⁸⁵ Vgl. dazu BAUDENBACHER, UWG 3 lit. b N 29 ff.; vgl. CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, UWG 3 N 13.

⁸⁶ Vgl. BAUDENBACHER, UWG 3 lit. b N 48 f.

⁸⁷ Vgl. BAUDENBACHER, UWG 3 lit. b N 51 und 119 f., mit weiteren Hinweisen; vgl. CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, UWG 3 N 22.

⁸⁸ Vgl. die Werbung für den Porsche Cayman.

⁸⁹ Lexus-Werbung in der NZZ am Sonntag, 17. Mai 2009, S. 14. Die zitierte Aussage bezieht sich offensichtlich nur auf Hybridmotoren im Allgemeinen. Massgeblich ist aber der Eindruck, den das Inserat beim Durchschnittsleser hervorruft. Dieser wird die Aussage auf das Modell beziehen, dessen Bild das Inserat prominent zeigt. Die ganzseitige Werbung gibt den Verbrauch von drei Modellen an, ohne die Richtlinie zu erwähnen.

will, wird den Vierzylinder-Verbrauch nicht erreichen. Verbrauchsangaben ohne deutlichen Hinweis auf die Richtlinie und deren Bedeutung sollten in diesem Sinne von Art. 3 lit. b UWG als unlauter erfasst sein.⁹⁰

2. Verbrauch pro Sitzplatz

[Rz 36] Die Autoimporteurin und Händlerin AMAG hat für den siebenplätzigigen Geländewagen Audi Q7 mit dem *Verbrauch pro Sitzplatz* erworben (1.3 l/100 km). Die Lauterkeitskommission entschied, dies sei schon unlauter i.S.v. Art. 3 lit. b UWG, weil der auf diese Weise hochzurechnende Verbrauch von 9.1 l/100 km nicht der Angabe im TCS-Verbrauchskatalog entspreche (9.8 l/100 km, nach Richtlinie). Überdies müsse man bei Angabe des Sitzplatzverbrauchs wohl den *Verbrauch bei Vollbesetzung des Fahrzeugs* als Berechnungsgrundlage verwenden.⁹¹ Dies zeigt auch die Richtigkeit der obigen Überlegung: Bezieht sich die Werbung auf einen bestimmten *Gebrauch*, hat sie den entsprechenden *Verbrauch* anzugeben. Enthält die Verbrauchsangabe keinen Hinweis auf die Richtlinie und deren Bedeutung, suggeriert der Verkäufer folglich, dass die Angabe sich auf die alltägliche Verwendung des Fahrzeugs beziehe.

⁹⁰ So zum Teil die Rechtslage in Deutschland, vgl. BAUDENBACHER, UWG 3 lit. b N 51 Fn. 174; vgl. das Urteil BGH vom 15. Juni 1988, abgedruckt in NJW 1988, S. 2954 ff., 2955, Erw. 2a: «Das BerGer. hat hierbei nicht hinreichend beachtet, dass auch eine objektiv richtige Angabe i.S. des § 3 UWG unrichtig sein kann, wenn sie auf die angesprochenen Verkehrskreise, für die sie bestimmt ist, subjektiv die Wirkung einer unrichtigen Angabe ausübt (...). Wie der BGH wiederholt entschieden hat, kann eine solche Wirkung auch nicht ohne weiteres und in jedem Fall schon deshalb als ausgeschlossen angesehen werden, weil ein in der Werbung verwendeter Begriff in der Gesetzes- oder Behördensprache in einem bestimmten Sinne definiert und/oder verwendet wird (...).»; vgl. LINDACHER, UWG 3 N 491. Auch wenn gemäss Gesetz ein Feingoldgehalt von 166/1000 ausreicht, bedarf es eines Hinweises, wenn Schmuck weniger als den *verkehrsüblichen Gehalt* von 333/1000 aufweist. Bei Treibstoffverbrauchsangaben verneint LINDACHER hingegen eine Hinweispflicht auf die Bedeutung der Richtlinie, LINDACHER, UWG 3 N 500, ebenso Urteil des BGH vom 24. Januar 1985, Erw. 2a, GRUR 1985, S. 450 ff., 451: «Es hat auch ohne Rechtsverstoss angenommen, dass die angesprochenen Verbraucher in dem Hinweis auf den nach der DIN-Norm errechneten Verbrauch keine Werbung mit Angaben über den tatsächlichen Verbrauch sehen und dass deshalb eine Irreführung entgegen dem Standpunkt des Kl. nicht schon allein in der Werbung mit den DIN-Werten liege.»; a.M. (wie hier) BURCHERT, WRP 1980, S. 609.

⁹¹ Beschluss der Lauterkeitskommission Nr. 353/08; vgl. die Medienmitteilung der Stiftung für Konsumentenschutz vom 29. März 2009, die Meldung der Gratiszeitung «20 Minuten» vom 6. Mai 2009, sowie von «Saldo» vom 26. Mai 2009. Auch Suzuki benützt diese Art der Werbung, gibt aber den Verbrauch nicht pro Sitzplatz, sondern *pro Person* an, was noch deutlicher für die Argumentation der Lauterkeitskommission spricht. Die Werbung gibt den Gesamtverbrauch des Suzuki Alto mit 4.4 l/100 km an, deutet in einem separaten Informationskasten mit Piktogrammen vier Personen an und hält dazu fest: «1.1 l pro Person». Die aktuelle Suzuki-Werbebrochure «Suzuki News» vom Herbst/Winter 2009/2010 gibt den Verbrauch für alle Modelle der Suzuki-Modellreihe auf diese Weise an.

VI. Schlusswort

[Rz 37] Die Recherche zu diesem Thema brachte zwei interessante Phänomene zu Tage. Während *erstens* in Deutschland eine Vielzahl von alten und neuen Entscheiden zu genau diesem Thema existiert, war in der Schweiz gerade mal ein einziger Entscheid aus dem Jahre 1948 auffindbar.⁹² Schweizer fahren dieselben Fahrzeuge und lassen sich von denselben Verbrauchsangaben täuschen. Sie schlucken diese Kröte ohne Murren – dabei sollten sie ihre Rechte kraftvoller einsetzen, um sich Gehör und Recht zu verschaffen. Auch wenn die Rechtsprechung in Deutschland mit Ausnahme des Landgerichts Stuttgart⁹³ zu dieser Problematik zu streng ist, dürfte alleine schon die negative Publizität der Gerichtsentseide das Käufer- und Verkäuferverhalten sowie die künftige Gesetzesentwicklung positiv beeinflussen. *Zweitens* tritt bei diesem Thema ein bedenkliches Kräfte-Ungleichgewicht zugunsten der Anbieter zum Vorschein. Während diese den Verbrauch pro Fahrzeugtyp einmal messen, muss jeder Käufer seinen eigenen Fall bei oft geringem Streitwert mit vollem Prozessrisiko durchsetzen. Dies stellt angesichts der Serienfertigung identischer Fahrzeuge eine gewaltige Ressourcenverschwendung dar. Das Kräfteverhältnis und der Anreiz zu realistischen Verbrauchsangaben liessen sich mit einer Bündelung der Klagen verbessern. Erst wenn ein Käufer den Schaden für alle Käufer des betroffenen Fahrzeugtyps durchsetzen kann, ist dieses Ungleichgewicht behoben.

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER).
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Basel 2001.
- BUCHER EUGEN, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971 S. 1 ff.
- BURCHERT MANFRED, Die Verbrauchswerbung für Kraftfahrzeuge im Lichte der §§ 1, 3 UWG, WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis) 1980, S. 607 ff.
- DUDENHÖFFER FERDINAND/JOHN EVA-MARIA, Warum der offizielle Kraftstoffverbrauch von Neuwagen erheblich von der Realität abweicht.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996.
- GIGER HANS, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Abschnitt, Art. 184-215 OR, 2. A., Bern 1980 (zitiert: BK-GIGER).

⁹² Vgl. den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948 in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff.

⁹³ Vgl. oben, Rz. 19.

- HENZEN HANS, Die Relativierung des Wandelungsanspruchs des Käufers durch den Vorbehalt des richterlichen Ermessens gemäss OR 205/II, Diss. Bern 1990, Brig 1990.
- HONSELL HEINRICH, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt? in: Bucher Eugen/Canaris Claus-Wilhelm/Honsell Heinrich/Koller Thomas (Hrsg.), Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 349 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel/Genf/München 2007 (zitiert: BSK-VERFASSENER).
- JÄGGI PETER, Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, Zürich 1950, S. 67-86.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009 (zitiert: KOLLER, OR AT).
- KOLLER STEFAN, Vom gewandelten Werkvertrag: Rechtsstellung der Parteien nach rechtswirksamer Auflösung, Diss. St. Gallen 2002 (zitiert: KOLLER STEFAN).
- KOLWITZ KAI, Warum kaum ein Auto die Herstellerwerte schafft, Zeit online 24. März 2009.
- LINDACHER WALTER F., Kommentierung zu § 3 UWG, in: Jacobs Rainer/Lindacher Walter F./Teplitzky Otto (Hrsg.), UWG-Grosskommentar, Berlin 2006.
- MAISSEN LUIS, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen, Diss. Zürich 1999 = Schriftenreihe zum Obligationenrecht, Band 58.
- MENGHINI GUIDO ELVEZIO, Die Zusicherungen von Eigenschaften, Diss. Fribourg 1948, Schwarzenbach 1949.
- REINKING KURT/EGGERT CHRISTOPH, Der Autokauf, 9. Auflage, München 2005.
- SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 1995 (zitiert: BK-SCHMIDLIN).
- SCHMIDT MARLENE, Sachmängelhaftung für Hersteller- und Händlerangaben über den Kraftstoffverbrauch und die CO₂-Emissionen neuer Personenkraftfahrzeuge, NJW 2005, S. 329 ff.
- SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V2a, Kauf und Schenkung, Kommentar zu Art. 192-204 OR, 3. A., Zürich 2005 (zitiert ZK-SCHÖNLE/Higi).
- SELBACH DAVID, Käufermarkt, in: Impulse. Das Unternehmer-Magazin.
- STAUFFER WILLHELM, Von der Zusicherung gemäss Art. 197 OR, ZBJV 80 (1944), S. 145 ff.
- TOURING CLUB SCHWEIZ/ENERGIESCHWEIZ (HRSG.), Verbrauchskatalog 2009, 22. Auflage, zitiert: TCS VERBRAUCHSKATALOG 2009).

Rechtsanwalt Dr. Arnold F. Rusch, LL.M., ist Oberassistent im Privatrecht an der Universität Zürich.

* * *