

die Nichtigkeit der Nutzungsvereinbarung gar nicht bewusst war (ansonsten käme ohnehin die 30-jährige Frist nach § 83 Abs 5 GmbHG zum Tragen), weshalb er sich nicht dazu veranlasst sah, Rücklagen für den Fall der späteren Inanspruchnahme durch den Eigentümer zu bilden. Während der Anspruch auf Rückübertragung der Liegenschaft(-steile) sofort – unabhängig von der Nutzungsdauer – „voll“ entsteht und der Sache nach gleichbleibend ist, wächst der Anspruch auf Benützungsentgelt kontinuierlich mit der Dauer der Nutzung an und hängt der Höhe nach von der Dauer des Gebrauchs ab.

3.7. Zu beachten ist freilich, dass dem Gläubiger die kurze, kenntnisunabhängige Verjährung seiner Ansprüche nach § 1486 ABGB in aller Regel schon deshalb zuzumuten ist, weil er typischerweise um das Bestehen dieser (vertraglichen) Vergütungsansprüche weiß und daher die Gefahr einer nicht rechtzeitigen gerichtlichen Geltendmachung zu vernachlässigen ist.

Selbst unter Bedachtnahme auf diesen Gesichtspunkt ist einer Erstreckung des § 1486 Z 4 ABGB auf die hier in Rede stehenden Kondiktionsansprüche nicht schon mangels eines vergleichbaren Säumnisvorwurfs gegenüber dem Bereicherungsgläubiger die Analogiebasis entzogen, auch wenn ihm in einer solchen Fallkonstellation die Nichtigkeit der Nutzungsvereinbarung und damit die Rechtsgrundlosigkeit seiner Leistung womöglich nicht stets in die Augen fallen muss. Es trifft zwar im Allgemeinen zu, dass bei der Verjährung die Interessen des Schuldners (sowie öff Interessen) am Verjährungseintritt mit den schutzwürdigen Interessen des Gläubigers, dessen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit durch die Verjährung abgeschnitten wird, ganz iS der allg Maxime der zweiseitigen Begründung von Rechtsfolgen in einen gerechten Ausgleich zu bringen sind. Jedenfalls hat dem Berechtigten eine faire Chance zur Rechtsausübung zu bleiben.

Andererseits ist aber ein subjektiver Säumnisvorwurf gegenüber dem Rechtsinhaber nach allgemeinen Regeln gar nicht Vo-

raussetzung für den Verjährungseintritt. Auch mit Blick auf kurze, kenntnisunabhängige Verjährungsfristen ist für das geltende Recht anerkannt, dass tatsächliche Hindernisse auf Seiten des Berechtigten der Verjährung grundsätzlich nicht entgegenstehen. Selbst wenn er beim besten Willen keine Kenntnis von seinem Recht erlangen konnte, vermag dies den Eintritt der Verjährung nach herrschender Ansicht nicht zu hindern. Die Verjährung soll nur dort nicht Platz greifen, wo dem Rechtsinhaber seine Untätigkeit nicht einmal objektiv zum Vorwurf gemacht werden kann.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang schließlich, dass § 1486 ABGB auch in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich Ansprüche erfasst, die für den Gläubiger nicht ohne Weiteres evident sind, etwa Nachforderungsansprüche von zur Entgeltaufwertung berechtigten Arbeitnehmern, oder aber dessen Ansprüche auf Zahlung der Differenz zwischen dem bezahlten und dem angemessenen Entgelt.

Auf die Erkennbarkeit des vorliegenden Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und der daraus abzuleitenden Kondiktion für den Bereicherungsgläubiger kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

[Ergebnisse]

3.8. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die für die erfolgte Gebrauchsüberlassung einer Liegenschaft (Penthouse samt Garten) geltend gemachten Kondiktionsansprüche nach § 877 ABGB analog entgegen der Rechtsansicht des BerG der sinngemäß heranzuziehenden dreijährigen Verjährungsfrist des § 1486 Z 4 ABGB unterfallen.

4. Ergebnis dieser Beurteilung zur Verjährungsfrage ist, dass sich das Berufungsgericht auf Grundlage einer unrichtigen Rechtsauffassung mit der in der Berufung von der Kl erhobenen Tatsachenrüge nicht befasste, sodass das Berufungsverfahren mangelhaft geblieben ist.

Abgasskandal – Berechnung des Benützungsentgelts

§§ 877, 932, 1435 ff ABGB. Der Gebrauchsnutzen des Käufers eines Kfz, der die Rückabwicklung nicht zu vertreten hat, ist grundsätzlich in Abhängigkeit von den gefahrenen Kilometern linear zu berechnen. Er ist ausgehend vom Kaufpreis anhand eines Vergleichs zwischen tatsächlichem Gebrauch (gefahrter Kilometer) und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer (erwartete Gesamtlauflistung bei Neufahrzeugen und erwartete Restlaufleistung bei Gebrauchtwagen) zu bestimmen.¹

Bearbeitet von JÖRG ZIEGELBAUER

Sachverhalt

Der Kl kaufte 2015 von der ErstBekl den von der ZweitBekl hergestellten Pkw, der mit einem Dieselmotor des Typs EA189 der Abgassklasse EU 5 ausgestattet ist. Der Dieselmotor war mit einer Software ausgestattet, die bewirkte, dass dieses Fahrzeug am Prüfstand (NEFZ) die Stickoxid-(NO_x-)Werte der Euro-Abgasnorm 5 einhielt, während es im normalen Fahrbetrieb auf Straßen einen deutlich höheren NO_x-Ausstoß aufwies, weil im normalen Straßenverkehr weniger Abgase rückgeführt wurden als am Prüfstand. Für den ggst Fahrzeugtyp wurde vom d KBA die EG-Typgenehmigung erteilt.

Schuldrecht

OGH 21. 2. 2023, 10 Ob 2/23a (OLG Graz 4 R 100/20p; LGZ Graz 20 Cg 21/18z)

Abgasskandal; Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche; Benützungsentgelt

EvBl 2023/195

In der – hier aus Platzgründen stark gekürzt wiedergegebenen – ersten Entscheidung zum „Thermofenster“ setzt sich der OGH mit der Gewährleistung des Händlers und der Berechnung des Benützungsentgelts auseinander.

¹ Siehe auch OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 2/23a EvBl 2023/196 (in diesem Heft auf Seite 679).

Die „Umschaltlogik“ war der Typengenehmigungsbehörde gegenüber nicht offengelegt. Am 15. 10. 2015 ordnete das d KBA gegenüber der ZweitBekl an, die unzulässigen Abschaltseinrichtungen zu entfernen. Um den geforderten Zustand herzustellen, hat die ZweitBekl ein Software-Update entwickelt, das bewirkt, dass die „Umschaltlogik“ eliminiert wird. Das sogenannte „Thermofenster“ bleibt auch nach Durchführung dieses Software-Updates im jeweiligen Fahrzeug. Dabei handelt es sich um eine Abschaltseinrichtung, die dazu dient, dass die volle Abgasrückführung nur in einem Temperaturbereich zwischen 15 und 33 °C erfolgt. Am 1. 6. 2016 gab das KBA das von der ZweitBekl entwickelte Software-Update betr den Pkw des Kl frei. Der Kl ließ das Software-Update bei seinem Fahrzeug nicht durchführen. Infolge des Software-Updates werden die Grenzwerte und andere Anforderungen der Euro-Abgasnorm 5 eingehalten. Negative Auswirkungen des Software-Updates auf das Fahrzeug sind in technischer Hinsicht nicht objektivierbar. Allenfalls kann die Zulassung entzogen werden. Der Kl hatte keine Probleme mit dem Fahrzeug und konnte es ohne Einschränkungen nutzen.

Der Kl macht Ansprüche aus Schadenersatz, Gewährleistung und Vertragsanfechtung wegen Willensmangels gegenüber der ErstBekl und aus Schadenersatz gegenüber der ZweitBekl geltend. Mit seinem Hauptbegehren begehrt er gegenüber der ErstBekl die Aufhebung des Kaufvertrags und gegenüber beiden Bekl die Zahlung von € 22.201,76 (Kaufpreis abzüglich € 4.688,24 Benützungsentgelt) sA, Zug um Zug gegen die Rückgabe des Fahrzeugs.

Die Bekl machte geltend, dass es sich beim „Thermofenster“ um eine zulässige Abschaltseinrichtung handle. Für den Fall des tw Zurechtbestehens der Klageforderung wendete sie ein Benützungsentgelt von € 14.690,- aufrechnungsweise ein.

Das ErstG wies die Klage ab.

Das BerG hob dieses Urteil auf.

Der OGH gab dem Rek des Kl hinsichtlich der ErstBekl statt, hinsichtlich der ZweitBekl unterbrach er das Verfahren bis zum Vorliegen der EuGH-E 21. 3. 2023, C-100/21 [Anm: Diese Entscheidung erging am 21. 3. 2023].

Entscheidungsgründe

[Zur EG-Typengenehmigung]

Auf Unionsebene regelte zunächst die „Rahmenrichtlinie“ (RL 2007/46/EG) ein System gemeinschaftlicher Typgenehmigungen für alle Fahrzeugklassen (vgl nunmehr VO 2018/858/EU). Gem Art 3 Z 3 RL 2007/46 bezeichnet der Ausdruck „**Typengenehmigung**“ das Verfahren, nach dem ein MS bescheinigt, dass ein Typ eines Fahrzeugs, eines Systems, eines Bauteils oder einer selbständigen technischen Einheit den einschlägigen Verwaltungsvorschriften und technischen Anforderungen entspricht. Gem Art 5 Abs 1 VO 715/2007/EG rüstet der Hersteller das Fahrzeug so aus, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser VO und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Gem Art 5 Abs 2 Satz 1 VO 715/2007 ist die Verwendung von **Abschaltseinrichtungen**, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. Gem Art 5 Abs 2 Satz 2 lit a VO 715/2007 ist die Verwendung von Abschaltseinrichtungen dann nicht unzulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Kfz zu gewährleisten. Die Behandlung einer in einem anderen MS ausgestellten EG-Betriebserlaubnis in Ö ist in § 28b KFG geregelt.

[EuGH-E C-145/20]

Mit Urteil vom 14. 7. 2022 hat der **EuGH** die ihm vom OGH (10 Ob 44/19x) gestellten Fragen wie folgt beantwortet:

„1. Art 2 Abs 2 lit d der (Verbrauchsgüterkauf) RL 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass ein Kfz, das in den Anwendungsbereich der VO 715/2007 fällt, nicht die Qualität aufweist, die bei Gütern der gleichen Art üblich ist und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn es, obwohl es über eine gültige EG-Typgenehmigung verfügt und daher im Straßenverkehr verwendet werden kann, mit einer Abschaltseinrichtung ausgestattet ist, deren Verwendung nach Art 5 Abs 2 dieser VO verboten ist.

2. Art 5 Abs 2 lit a VO 715/2007 ist dahin auszulegen, dass eine Abschaltseinrichtung, die insb die Einhaltung der in dieser VO vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nur gewährleistet, wenn die Außentemperatur zwischen 15 und 33 °C liegt, nach dieser Best allein unter der Voraussetzung zulässig sein kann, dass nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen. Eine Abschaltseinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, kann jedenfalls nicht unter die in Art 5 Abs 2 lit a der VO 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen.

3. Art 3 Abs 6 RL 1999/44 ist dahin auszulegen, dass eine Vertragswidrigkeit, die darin besteht, dass ein Fahrzeug mit einer Abschaltseinrichtung ausgerüstet ist, deren Verwendung nach Art 5 Abs 2 VO 715/2007 verboten ist, nicht als ‚geringfügig‘ eingestuft werden kann, selbst wenn der Verbraucher – falls er von der Existenz und dem Betrieb dieser Einrichtung Kenntnis gehabt hätte – dieses Fahrzeug dennoch gekauft hätte.“

[„Umschaltlogik“ als Sachmangel]

Die im Zeitpunkt der Übergabe des Kaufgegenstands an den Kl vorhandene „Umschaltlogik“ ist als **unzulässige Abschaltseinrichtung** iSd Art 3 Z 10 und Art 5 Abs 2 VO 715/2007 zu qualifizieren. Eine Abschaltseinrichtung, deren einziger Zweck darin besteht, die Einhaltung der in der VO 715/2007 vorgesehenen Grenzwerte allein während der Zulassungstests sicherzustellen, läuft der Verpflichtung zuwider, bei normalen Nutzungsbedingungen des Fahrzeugs eine wirkungsvolle Begrenzung der Emissionen sicherzustellen. Daher kann eine Abschaltseinrichtung, die bei Zulassungsverfahren systematisch die Leistung des Emissionskontrollsystems verbessert, damit die in der VO 715/2007 festgelegten Emissionsgrenzwerte eingehalten werden können und so die Zulassung dieser Fahrzeuge erreicht wird, nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 Satz 2 lit a VO 715/2007 fallen (EuGH C-693/18 Rn 115). Nach dem U C-145/20 des EuGH ist ein Kfz, das im Zeitpunkt der bedungenen Übergabe mit einer gem Art 5 Abs 2 VO 715/2007 verbotenen Abschaltseinrichtung ausgestattet ist, nicht vertragskonform iS der Verbrauchsgüterkauf-RL, konkret deren Art 2 Abs 2 lit d, weil es nicht die Qualität aufweist, die bei Gütern der gleichen Art üblich ist und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Diese Beurteilung nach der Verbrauchsgüterkauf-RL führt auch zur Qualifikation eines solchen Kfz als **mangelhaft gem § 922 ABGB**, weil es nicht die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaf-

ten aufweist (vgl. BGH VIII ZR 225/17 Rn 17). Da es sich dabei um einen Mangel der Substanz des Fahrzeugs handelt, ist er als **Sachmangel** zu qualifizieren.

[Software-Update behebt den Sachmangel nicht]

Liegt ein behebbarer Mangel vor, besteht gem § 932 Abs 2 ABGB zunächst (nur) ein Verbesserungsanspruch. Da die ErstBekl dem Kl aus dem Kaufvertrag ein nicht mit einer nach Art 5 Abs 2 VO 715/2007 verbotenen Abschalteneinrichtung ausgestattetes Fahrzeug schuldet, setzt eine Verbesserung iSd § 932 ABGB voraus, dass das Fahrzeug nach Durchführung der Verbesserung nicht mehr mit einer solchen verbotenen Abschalteneinrichtung ausgestattet wäre. Das ist nicht der Fall. Die neu installierte Software beinhaltet ein „Thermofenster“, aufgrund dessen der emissionsmindernde Betriebsmodus nicht mehr nur im Prüfbetrieb, sondern auch im Fahrbetrieb zum Einsatz kommt, das allerdings nur bei Außentemperaturen zwischen 15 und 33 °C voll wirksam ist. Aufgrund des mit dem Software-Update verbundenen „Thermofensters“ wäre die Abgasrückführung beim Fahrzeug des Kl nur zwischen vier und fünf Monaten des Jahres voll aktiv. Im überwiegenden Teil des Jahres wäre die Abgasrückführung hingegen durch die programmierte Abschalteneinrichtung reduziert. Daraus folgt, dass das Fahrzeug des Kl auch nach der angebotenen Verbesserung durch Installation des Software-Updates mit einer gem Art 5 Abs 2 Satz 2 VO 715/2007 verbotenen Abschalteneinrichtung ausgestattet wäre. Es wäre daher auch nach der angebotenen Verbesserung weiterhin mangelhaft iSd § 922 ABGB.

[Wandlung]

Im vorliegenden Fall lag bei Übergabe des Fahrzeugs ein Mangel vor, der darin bestand, dass eine gem Art 5 Abs 2 VO 715/2007 verbotene Abschalteneinrichtung – die „Umschaltlogik“ – vorhanden war. Dieser Mangel ist nach der EuGH-E C-145/20 auch nicht geringfügig. Die vom Kl geltend gemachte Wandlung ist daher berechtigt.

[Rückabwicklung und Benützungsentgelt]

Nach Auflösung eines Vertrags durch Anfechtung oder Wandlung hat gem § 877 (bei Gewährleistung iVm § 932 ABGB) iVm §§ 1435 ff ABGB jeder Teil alles zurückzustellen, was er aus einem solchen Vertrag zu seinem Vorteil erlangt hat. Stehen beiden Teilen Rückforderungsansprüche zu, so brauchen diese nur Zug um Zug erfüllt zu werden (RS0016321; 4 Ob 70/18z; 8 Ob 59/16h). Da die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, dass der Kl grundsätzlich ein Benützungsentgelt schuldet, müssen die Fragen, wann eine solche Pauschalverrechnung einen Anspruch auf Benützungsentgelt ausschließt und ab wann der Kl nicht mehr als redlich angesehen werden kann, nicht abschließend beantwortet werden. Der Kl hat der ErstBekl daher ein Benützungsentgelt für die Nutzung des Fahrzeugs zu entrichten.

[Höhe des Benützungsentgelts]

Ausgangspunkt aller Erwägungen zur Ermittlung des Benützungsentgelts, das der mit dem Aufhebungs- oder Wandlungsbegehren durchdringende Kl schuldet, ist, dass das Entgelt dem **verschafften Nutzen** angemessen sein muss (vgl. RS0019850; 8 Ob 74/13k). Nach stRsp hängt die Beurteilung der Frage, ob bzw. welchen Nutzen sich der Kl im Fall eines berechtigten Wandlungsbegehrens als Benützungsentgelt anrechnen lassen muss, von den Umständen des **Einzelfalls** ab (4 Ob 21/21y; 3 Ob 131/19i; 8 Ob 59/16h RS0018534 [T 13]). IdS erachtete der OGH in seiner Rsp unterschiedliche Herangehensweisen zur Ermittlung des Ge-

brauchsnutzens als vertretbar. Aus der Analyse der [in der Entscheidung ausführlich dargestellten] Rsp ergibt sich, dass den Vorinstanzen zwar bei der Ausmittlung des Gebrauchsnutzens bzw des dafür vom Käufer, der die Rückabwicklung nicht zu vertreten hat, zu entrichtenden Nutzungsentgelts ein **Ermessensspielraum** zusteht. Die Ausmittlung des Gebrauchsnutzens anhand des Aufwands, den ein Käufer für den Kauf einer gleichwertigen Sache und deren Weiterverkauf hätte aufwenden müssen, dient allerdings der Abgrenzung des Benützungsentgelts nach oben gegenüber höheren Forderungen, die sich durch den Vergleich mit der Miete einer gleichwertigen Sache für den Nutzungszeitraum ergeben würden. Für die Ermittlung des Benützungsentgelts kommt es vielmehr auf den **konkret gezogenen Nutzen** an, der mit dem zeitablaufabhängigen Wertverlust eines Kfz in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht (so bereits 3 Ob 248/08d), sodass dem Käufer weder der Wertverlust aufgrund des Verlusts der Neuheit noch der Wertverlust wegen einer nicht von ihm zu vertretenden verzögerten Rückabwicklung nach Geltendmachung der Wandlung anzulasten ist. Die konsequente Umsetzung dieser Grundsätze spricht dafür, den Gebrauchsnutzen des Käufers eines Kfz, der die Rückabwicklung nicht zu vertreten hat, grunds in Abhängigkeit von den gefahrenen Kilometern (**linear**) zu berechnen. In der Lit sprechen sich eine Reihe von Autorinnen und Autoren für die Ausmessung des Benützungsentgelts anhand der linearen Abwertung durch Abstellen auf die zu erwartende Laufleistung im Erwerbszeitpunkt mit den gefahrenen Kilometern aus. Gegen die sogenannte „Händler-einkaufspreis-Methode“ und für die lineare Betrachtung wird ins Treffen geführt, dass der rückabwicklungsberechtigte Käufer nicht mit der Händlerspanne beschwert sein solle. Der gewerbliche Verkäufer solle nicht dadurch belohnt werden, dass er das Fahrzeug zum Händlereinkaufspreis zurücknehmen und zum Händlerverkaufspreis neuerlich veräußern könne. In der Nutzungsphase eingetretene Schäden oder eine merkantile Wertminderung (gemeint: infolge einer Reparatur) sollen dem Benützungsentgelt hinzugerechnet werden. Von anderer Seite wird eine auf den Wiederverkaufswert des Fahrzeugs abstellende Berechnung, die die Überwälzung des Verlusts der Neuheit auf den Käufer durch Berücksichtigung der geplanten Behaltdauer ausgleichen soll, befürwortet. Nach der Rsp des **BGH**, die zur Rückabwicklung von Kaufverträgen über mit einem Dieselmotor EA189 ausgestattete Fahrzeuge ergangen ist, ist der Schätzung des Werts der gezogenen Nutzungen die **zeitanteilige lineare Wertminderung** zugrunde zu legen, die bei Neufahrzeugen ausgehend vom Bruttokaufpreis anhand eines Vergleichs zwischen tatsächlichem Gebrauch (gefahrte Kilometer) und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer (erwartete Gesamtlauflistung) zu bestimmen ist (BGH VIII ZR 111/20 Rz 55 ua). Dabei wird nicht auf die Laufleistung des Motors an sich, sondern auf die Lebensdauer des gesamten Fahrzeugs abgestellt. Eine ähnliche Berechnung führt der BGH bei **gebrauchten Fahrzeugen** durch. Danach ist der konkrete Altwagenpreis mit der voraussichtlichen Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt ins Verhältnis zu setzen und mit der tatsächlichen Fahrleistung zu multiplizieren (BGH VII ZR 499/21 Rz 27 ua). Der **OGH** erachtet den (auch vom BGH zur Ermittlung des Gebrauchsnutzens herangezogenen) Ansatz, der Ausmittlung die lineare Wertminderung zugrunde zu legen, in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Käufer des Kfz die Wandlung nicht zu vertreten hat, als **sachgerecht**. Dass der überproportional hohe anfängliche Wertverlust aus dem Verlust der Neuheit der Sache nicht dem Käufer, der die Wandlung nicht zu vertreten hat, aufzuerlegen ist, ist in der öRsp bereits anerkannt.

Dem Umstand, dass es sich um einen **Neuwagen** handelt, wird durch den gegenüber einem Gebrauchtwagen höheren, die Neuheit reflektierenden Kaufpreis, der in die Ausmittlung einfließt, Rechnung getragen. Wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn die zu erwartende Gesamtlauflistung des Fahrzeugs bereits erreicht ist, kann dahinstehen. Bei einem **gebrauchten Fahrzeug** ist es gleichermaßen sachgerecht, bei der Berechnung den konkret vereinbarten Kaufpreis heranzuziehen, wenn und weil dieser als angemessene Gegenleistung angesehen werden kann. Konsequenterweise ist dann bei der Berechnung nicht die Gesamtlauflistung, sondern – wie dies der OGH in der E 4 Ob 21/21y bereits gebilligt hat – die dem (als angemessen unterstellten) Kaufpreis zugrunde gelegte (geringere) erwartete Restlauflistung zu berücksichtigen. Ausgehend von der festgestellten zu erwartenden Restlauflistung des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt von 249.500 km und dem damals vereinbarten Kaufpreis von € 26.890,-, sowie ausgehend davon, dass der Kl das Fahrzeug auch nach Geltendmachung der Wandlung weiter nutzte und bis zum Beurteilungszeitpunkt (§ 193 ZPO) damit 70.180 km zurücklegte, schuldet der Kl ein Benützungsentgelt von € 7.563,69. Da er bereits bei Bezifferung der Klageforderung ein Nutzungsentgelt von € 4.688,24 in Abzug brachte, ist die Gegenforderung der ErstBekl im darüber hinausgehenden Umfang von € 2.875,45 berechtigt. Bedenken, dass die hier vorgenommene Ausmessung des Benützungsentgelts dem **unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz** zuwiderlaufen könnte, bestehen hier nicht. Dem Vorbringen der ErstBekl ist nicht zu entnehmen, warum dem Kl – der ja auch ein Entgelt für die Nutzung des zurückzustellenden Fahrzeugs zu leisten hat – nicht **Vergütungszinsen** dafür zustehen sollen, dass die ErstBekl den zurückzustellenden Kaufpreis seit der Zahlung an sie nutzen konnte.

Anmerkung



Dr. JAKOB KEPLINGER ist Univ.-Ass. (post doc) an der JKU Linz.

Die Anmerkung widmet sich einem Teilaspekt der Entscheidung; nämlich der Pflicht des Kl zur Entrichtung eines sog „**Benützungsentgelts**“, das er analog § 921 Satz 2 ABGB schuldet, und das seine Kondition auf Rückzahlung des Kaufpreises ex compensatione reduziert. Die ausführliche Behandlung der Thematik (Pkt I.D.) war dringend geboten, weil die einschlägige Judikatur schwankt:

Mehrere Entscheidungen ermitteln das Benützungsentgelt durch die Subtraktion: **Erwerbspreis minus Händlerverkaufspreis im (voraussichtlichen) Rückabwicklungszeitpunkt** (5 Ob 575/85; 5 Ob 274/09v; zuletzt 3 Ob 131/19i; 8 Ob 56/21z [obiter]). Der 10. Sen zeigt die Fragwürdigkeit dieser „**Händlerverkaufspreismethode**“ treffend auf (Rz² 99–111): Sie orientiert sich nicht hinreichend am tatsächlichen Gebrauchsnutzen des Käufers, sondern überwälzt diesem de facto den (bei Neuwagen anfangs hohen) Wertverlust. Der Käufer hätte diesen unter dem Deckmantel „Benützungsentgelt“ – wohlgermerkt verschuldens-unabhängig – zu ersetzen.

Angesichts dieser Schiefelage ist es mE (vgl schon *Keplinger*, ZVR 2018, 354ff) zu begrüßen, dass der 10. Sen in der Berechnungsfrage umschwenkt und – wie von Teilen des Schrifttums gefordert (vgl Rz 110f) – die vom dBGH herangezogene, **lineare**

Berechnungsmethode nach Österreich überträgt. Sie orientiert sich stärker am tatsächlichen Gebrauchsnutzen des Käufers (nämlich an den zurückgelegten Kilometern) und findet Ausdruck in der Formel: **Benützungsentgelt = (Bruttokaufpreis × gefahrene Kilometer) / erwartbare Gesamtlauflistung**. Ansätze für eine Übertragung besagter BGH-Judikatur finden sich schon in den E 4 Ob 21/21y, 9 Ob 83/21b und OLG Wien 1 R 182/21y (dazu *Striessnig*, Zak 2022, 269f). Angesichts der tiefgehenden Behandlung der Frage durch den 10. Sen dürfte sich diese Linie in Zukunft konsolidieren; doch erheben sich Folgefragen. Auch zu diesen enthält 10 Ob 2/23a Richtungswisendes:

Die lineare Berechnung basiert auf dem Gedanken, dass der Käufer durch jeden gefahrenen Kilometer (vom ersten bis zum letzten der prognostizierten Gesamtlauflistung) annähernd gleich bereichert wird. Ob dieser Prämisse leuchtet es prima vista ein, wenn *Riautschnig* (ZVR 2017, 45f; ZVR 2018, 185f; RZ 2018, 137) betont, die Berechnungsmethode sei bei der **Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs** unverändert (!) heranzuziehen. – Der 10. Sen ist jedoch anderer Ansicht und spricht sich – in Anlehnung an 4 Ob 21/21y – beim Gebrauchtwagenkauf für eine (zwar ebenfalls lineare, aber doch) andere Kalkulation aus (Rz 118): Bei Gebrauchtwagen sei anstelle des Neu- auf den **Gebrauchtwagenpreis** und anstelle der erwartbaren Gesamt- auf die vermutliche **Restlaufzeit** des Fahrzeugs abzustellen. – Auch diesem obiter dictum ist beizutreten: Ein Gebrauchtwagenkauf ist ein zweimaliger und insgesamt anders gelagerter Erwerbsvorgang, was sich in einer adaptierten Ermittlung des Benützungsentgelts manifestieren sollte (Näheres bei *Keplinger*, ZVR 2018, 357f).

Hervorgehoben sei auch der Hinweis, dass bei der Ermittlung des Benützungsentgelts eine etwaige **Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs** zu berücksichtigen ist (Rz 110). Die Berücksichtigung hat wohl so zu erfolgen, dass man bei obiger Formel anstelle des Bruttokaufpreises den (nach der relativen Berechnungsmethode eruierten) **Preis des mangelhaften Fahrzeugs** ansetzt; dies jedoch – der Sen referiert hier *Riedler* (ZVR 2020, 321 FN 19) – nur dann, wenn der Mangel die Nutzung des Fahrzeugs tatsächlich beeinträchtigt. Dem war in casu laut Feststellungen nicht so (Rz 9).

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass sich die Rückabwicklung eines Kfz-Kaufs dogmatisch nicht von der Rückabwicklung **von Kaufverträgen über sonstige Waren** (im techn Sinn) unterscheidet. Auch hier ermittelt der OGH das Benützungsentgelt des Käufers für gewöhnlich anhand einer Differenzrechnung. Man rekurriert auf die Differenz zwischen Kaufpreis und dem Erlös aus einem fiktiven Weiterverkauf der Ware im Rückabwicklungszeitpunkt (Nachw bei *Kerschner* in *Klang*³ [2018] § 1437 ABGB Rz 41 FN 143). Geht man nunmehr bei Kfz-Kaufverträgen dazu über, das Nutzungsentgelt linear zu ermitteln, muss Gleiches für die Rückabwicklung sonstiger Warenkäufe gelten. Freilich fehlt es hier an der Bezugsgröße der zurückgelegten Kilometer. Allerdings lässt sich das Benützungsentgelt problemlos zeitanteilig-linear ermitteln (dafür zB auch *Kerschner*, aaO), indem man rechnet: **Benützungsentgelt = (Bruttokaufpreis × Nutzungsdauer bis zur Rückabwicklung) / voraussichtliche Gesamtnutzungsdauer der Ware**. – Eine solche Ermittlung scheint jedenfalls für redliche Kondiktions-schuldner sachgerechter.

² Randziffern-Verweise beziehen sich auf 10 Ob 2/23a.