

Benützungsentgelt für die rechtsgrundlose Verwendung von Kraftfahrzeugen

ZVR 2018/196

§ 921 Satz 2,
§§ 1041, 1437
ABGBOGH 25. 3. 2010,
5 Ob 274/09 v;
27. 2. 2014,
8 Ob 74/13 k

Benützungsentgelt;

Vorteilsausgleich;

Nutzungsvergütung;

Kraftfahrzeuge;

redlicher und unredlicher Konditionsschuldner

Die Rückabwicklung von Kaufverträgen über Kfz bereitet der Rechtspraxis immer wieder Schwierigkeiten, weil noch nicht geklärt scheint, wie die Höhe des Benützungsentgelts des Käufers methodisch zu ermitteln ist. Der vorliegende Beitrag erörtert die Unstimmigkeiten in der einschlägigen Judikatur und versucht, diese aufzulösen, indem für redliche Konditionsschuldner ein alternativer Berechnungsansatz aufgezeigt wird.

Von Jakob Kepplinger

Inhaltsübersicht:

- A. Einführung in die Thematik
- B. Judikaturanalyse
- C. Vorteilsausgleich bis zur tatsächlichen Rückgabe des Kfz
- D. Kritik an der Berechnungsmethode der Judikatur
 1. Unterscheidung zwischen Gebrauchsvorteil und Wertverlust
 2. Degressiver Wertverlust darf nicht auf Käufer überwältigt werden
 3. Wertminderung durch Mangelhaftigkeit des Kfz
 4. Einschränkung des Anwendungsbereichs der Berechnungsmethode auf unredliche Konditionsschuldner
- E. Wertersatz für Gebrauchsvorteile nach deutschem Recht
 1. Lineare Ermittlung des Nutzungswertersatzes bei neuen Kfz
 2. Berechnung des Nutzungsentgelts für gebrauchte Kfz
- F. Fazit

A. Einführung in die Thematik

Wird ein Kaufvertrag über ein Kfz mit obligatorischer oder dinglicher Ex-tunc-Wirkung aufgehoben, hat der Käufer Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises und der Verkäufer auf Rückgabe des geleisteten Fahrzeugs (§ 877 bzw § 1435 ABGB). Darüber hinaus ist bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts ein wechselseitiger Vorteilsausgleich angezeigt. Der Verkäufer hat – nach hA auch als redlicher Konditionsschuldner – die aus der Geldleistung resultierenden Zivilfrüchte an den Käufer herauszugeben, was nach stRsp dazu führt, dass er den erhaltenen Kaufpreis zuzüglich gesetzlicher Zinsen von 4% (§ 1000 Abs 1 ABGB) an den Käufer entrichten muss.¹⁾ Auf der Kehrseite der Medaille hat der Käufer ein **angemessenes Benützungsentgelt für den Gebrauchsvorteil** zu zahlen, dessen Höhe von der Frage der Redlichkeit abhängt.²⁾ Als redlicher Konditionsschuldner muss der Käufer jenen Vorteil vergüten, den er nach seinen subjektiven Verhältnissen aus der

Benützung des Kfz lukriert hat.³⁾ Obergrenze ist dabei nach hA das gewöhnliche Benützungsentgelt.⁴⁾ War der Käufer unredlicher Besitzer, hat er hingegen nach hA analog § 419 ABGB das höchste Benützungsentgelt zu leisten.⁵⁾

All das kann heute als gesichert betrachtet werden und dennoch bereitet die Rückabwicklung von Kaufverträgen über Kfz der Rechtspraxis häufig Probleme, weil noch nicht abschließend geklärt scheint, wie die Höhe des Benützungsentgelts **methodisch zu berechnen** ist. Auf die sog „Pauschalverrechnungsthese“, wonach sich die aus der Geldleistung gezogenen Früchte und das Benützungsentgelt für die Sachleistung bei der Rückabwicklung synallagmatischer Verträge gegeneinander aufheben, kann hier nicht zurückgegriffen werden, weil sich dieses Dogma auf Verträge über Güter beschränkt, die keinem besonderen Wertverlust unterliegen.⁶⁾ Bei der Rückabwicklung von Verträgen über Kfz hat diese These außer Betracht zu bleiben. Folglich

- 1) Statt vieler OGH 7 Ob 672/86 SZ 60/6; 9 ObA 42/91 SZ 64/47; 4 Ob 84/97 z SZ 70/69; abweichend noch OGH 1 Ob 29/32 SZ 14/65; 1 Ob 686/78 EvBl 1979/84. Die mittlenweilte stRsp dürfte zu wenig berücksichtigen, ob der redliche Konditionsschuldner aus dem erhaltenen Kaufpreis tatsächlich einen Nutzen in Höhe der gesetzlichen Zinsen lukriert hat (vgl dazu auch *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB VI⁴ [2016] § 1437 Rz 15; *Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ [2018] § 1437 Rz 42; eingehend *Graf*, Zinsen, Bereicherung und Verjährung, JBl 1990, 350 [351 ff]).
- 2) Siehe dazu nur *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1761 ff; *Ch. Rabl/Riedler*, Schuldrecht Besonderer Teil⁸ (2017) Rz 15/30. Auf den bekannten Meinungsstreit zur Frage, ob bereits fahrlässige Unkenntnis vom Nichtbestehen der Behaltenscausa die Redlichkeit ausschließt oder ob insofern bloß (indiziertes) Wissen schadet, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen (s zum Meinungsstand zuletzt nur *Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ [2018] § 1437 Rz 13 ff).
- 3) Siehe dazu sowie zum Folgenden nur *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB VI⁴ § 1437 Rz 13; *Koziol/Spitzer in KBB⁵* (2017) § 1437 ABGB Rz 4; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1437 (2018) Rz 8; jeweils mit Judikaturnachw.
- 4) Anders jedoch *Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1437 Rz 39: „Entgegen verbreiteter Auffassung ist das gewöhnliche Benützungsentgelt auch bei Redlichen nicht die Obergrenze.“
- 5) OGH 1 Ob 511/92 EvBl 1992/99 = SZ 65/5 = JBl 1992, 388 = *ecolex* 1992, 476 (*Mohr*); 5 Ob 212/10b wobl 2011/165 (*Vonkilch*); 1. 3. 2017, 5 Ob 98/16 x; ausführlich *Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1437 Rz 77–82.
- 6) Allg zur Pauschalverrechnungsthese OGH 7 Ob 672/86 SZ 60/6; 9 Ob 255/00 s MietSlg 53.093; 6 Ob 265/01 s MietSlg 54.094; *Rummel in Rummel*, ABGB II/3² (2002) § 1437 Rz 9; *Kerschner*, Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, JBl 2001, 756 (762 ff).

sind Gerichte dazu gehalten, über die Höhe des Benützungsentgelts – das entweder als Klagsforderung geltend gemacht oder der Leistungskondition des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises aufrechnungsweise entgegengehalten wird – im (mehrgliedrigen) Spruch ziffernmäßig bestimmt abzusprechen. Im Folgenden wird analysiert, wie die Judikatur die Höhe des Benützungsentgelts ermittelt und für welchen Zeitraum der Käufer ein solches Entgelt zu entrichten hat.

B. Judikaturanalyse

Die heutige Position der Rsp zur Berechnung des Benützungsentgelts für Kfz geht auf die Entscheidung **5 Ob 575/85**⁷⁾ zurück. Im gegenständlichen Fall trat der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs der Käuferin vom Vertrag zurück und begehrte daraufhin für den Zeitraum der Übergabe bis zur exekutiv bewirkten Rückgabe des Kfz Benützungsentgelt in Höhe der ortsüblichen Leihwagenmiete. Der 5. Senat hielt dieser Forderung entgegen, dass eine solche Bemessung zu einem höchst unbilligen Ergebnis führe, weil die Nutzungsvergütung diesfalls schon in kurzer Zeit die Höhe des Barkaufpreises erreiche. Vielmehr sei bei der Berechnung des Benützungsentgelts auf den Aufwand abzustellen, den die Käuferin tätigen hätte müssen, um sich den **Gebrauchsnutzen eines gleichwertigen Pkw durch Kauf und Weiterverkauf** zu verschaffen.

In **9 Ob 712/91**⁸⁾ schrieb der 9. Senat diese Ansicht für die Rückabwicklung eines Vertrags über einen Radlader fort, wobei er das Benützungsentgelt mangels Feststellungen zu den Berechnungskriterien gem § 273 Abs 1 ZPO nach freier Überzeugung festsetzte.⁹⁾ Eine wichtige Klarstellung erfolgte in **2 Ob 95/06 v**:¹⁰⁾ In diesem Fall wurde der Kaufvertrag über einen fabrikneuen PKW gewandelt, sodass der Käufer die Rückabwicklung des Geschäfts nicht zu vertreten hatte. Hier erkannte das Höchstgericht, dass dem Käufer als redlichen Benützer des Pkw im Rahmen des Benützungsentgelts **nicht die Wertminderung aufgebürdet** werden dürfe, die der Pkw durch den Verlust der Neuheit erlitt.

Eine konkrete **Berechnungsmethode** findet man – soweit ersichtlich – erstmals in **5 Ob 274/09 v**.¹¹⁾ Hier wurde der Kaufvertrag über einen Pkw deshalb gewandelt, weil das Kfz nicht neu, sondern bei Vertragsabschluss bereits drei Jahre alt war. Bei der Ermittlung des Benützungsentgelts stellte der OGH einerseits auf den **konkret angemessenen Kaufpreis** (also nicht den vereinbarten Preis) und andererseits als Wiederverkaufswert **auf den Händlerkaufpreis** ab. Da das Fahrzeug bei Vertragsabschluss bereits drei Jahre alt war, wurde dabei nicht der Wert des zugesagten Neufahrzeugs von rund € 39.000,- herangezogen, sondern jener des drei Jahre alten Pkw von € 27.300,-, sodass der Käufer nicht mit dem hohen Wertverlust des Kfz in den ersten drei Jahren belastet wurde. Die Berechnungsmethode der **5 Ob 274/09 v** wird im Schrifttum bis heute als herkömmlicher Weg der Judikatur zur Ermittlung der Nutzungsvergütung dargestellt.¹²⁾

Unterschiedlich beantwortet die Rsp die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der Käufer Benützungsentgelt schuldet: In **2 Ob 142/06**¹³⁾ vertrat der OGH die Posi-

tion, dass dem Verkäufer lediglich bis zum berechtigten Wandlungsbegehren eine Nutzungsvergütung gebühre. Schließlich sei auch bei der Abwägung, ob ein geringfügiger Mangel vorliegt, nur jener Wertverlust der Sache zu berücksichtigen, der bis zum Zeitpunkt entsteht, zu dem der Kläger wegen Ablehnung der primären Gewährleistungsbehelfe Wandlung begehrt hat.¹⁴⁾ Demgegenüber betonte das Höchstgericht in **8 Ob 74/13 k**,¹⁵⁾ dass zwischen dem für die Beurteilung der Berechtigung des Wandlungsbegehrens maßgeblichen Wertverlust der Sache und dem Nutzen, den sich der Käufer durch die Verwendung der mangelhaften Sache nach dem Wandlungsbegehren verschafft, zu unterscheiden sei. Durch seinen Entschluss, das bemängelte Fahrzeug auch nach Ausübung des Gestaltungsrechts zu nutzen, erspare sich der Käufer anderweitige Aufwendungen. Da dieser Nutzen – im Gegensatz zum Wertverlust der Sache – gerade **keine zwangsläufige Folge** einer verzögerten Erfüllung des Wandlungsbegehrens, sondern auf einen Entschluss des Käufers zurückzuführen ist, seien die Probleme nicht vergleichbar. Auf dieser Grundlage hielt der 8. Senat fest, dass der Käufer nicht nur bis zum berechtigten Wandlungsbegehren eine Nutzungsvergütung zu entrichten hat, sondern bis zur tatsächlichen Rückgabe. Diese Auffassung wurde in **8 Ob 126/15 k** bestätigt.¹⁶⁾

C. Vorteilsausgleich bis zur tatsächlichen Rückgabe des Kfz

Der Ansicht, wonach der Käufer bis zur tatsächlichen Rückgabe des Kfz an den Verkäufer Benützungsentgelt schuldet, ist beizupflichten.¹⁷⁾ Durch die Nutzungsvergütung wird jener Vorteil ausgeglichen, den der Käufer durch die **rechtsgrundlose Sachnutzung** erhält. Verwendet der Käufer das Kfz nach Geltendmachung des Wandlungsbegehrens weiter, erwächst ihm auch in diesem Zeitraum ein Gebrauchsvorteil, für den er ein Benützungsentgelt zu entrichten hat. Entgegen der Ansicht von *Wilhelm*¹⁸⁾ stellt dieser Gebrauchsnutzen auch **keine aufgedrängte Bereicherung** dar.¹⁹⁾ Eine

7) EvBl 1986/176 = SZ 58/138 = JBl 1986, 186.

8) JBl 1992, 247 = ecolex 1992, 87.

9) Vgl auch OGH 1 Ob 516/92 (JBl 1992, 456 = ecolex 1992, 475) und 6 Ob 76/04 a (ecolex 2004, 854), die die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Reitpferd bzw einen gebrauchten Hydraulik-Raupenbagger betreffen.

10) SZ 2007/109.

11) ecolex 2010/228 = Zak 2010/404.

12) Siehe nur *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} (2016) § 932 Rz 72; *Schneeberger*, Übersicht zur Berechnung der Höhe des Benützungsentgelts nach Wandlung, ecolex 2011, 23 (24); *Krist*, Vorteilsausgleich nach Wandlung, ecolex 2015, 1044 (1045); *Pfeffer/Wegrath*, Benützungsentgelt bei Wandlung, in FS Danzl (2017) 737 (738 f).

13) JBl 2007, 385 = RdW 2007/301 = Zak 2007/32.

14) Vgl dazu nur RIS-Justiz RS0120321.

15) JBl 2014, 455 = NZ 2014/88 = EvBl-LS 2014/99 = RdW 2014/280.

16) JBl 2016, 542 = ecolex 2016/331 (*Schoditsch*) = VbR 2016/100 = Zak 2016/404.

17) Wie hier bspw auch *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 72; *Liedermann*, Aktuelle Rechtsprechung zur Gewährleistung beim Gebrauchtwagenkauf, Zak 2011, 63 (64); *Krist*, ecolex 2015, 1045; demgegenüber dürfte *Schneeberger* (ecolex 2011, 24) der Position von 2 Ob 142/06 f folgen.

18) Benützungsentgelt nach Wandlung, ecolex 2007, 821.

19) AA – im Anschluss an *Wilhelm* – offenbar *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 72.

solche läge dann vor, wenn der Vorteil ohne Wissen und Willen des Käufers einträte,²⁰⁾ was jedoch gerade nicht der Fall ist.²¹⁾ Der Gebrauchsnutzen setzt einen Entschluss des Käufers voraus, das Kfz auch nach Geltendmachung der Wandlung zu verwenden. Entscheidet sich der Käufer dafür, das Fahrzeug abzumelden, schuldet er für den nachfolgenden Zeitraum keine Nutzungsvergütung. Das betont auch der OGH, der in diesem Zusammenhang auf die **tatsächliche Benützung des Fahrzeugs durch den Käufer** abstellt.²²⁾

Entschließt sich der Käufer dazu, das Fahrzeug nach gerichtlicher Geltendmachung des Gestaltungsrechts der Wandlung weiter zu verwenden, muss er für den erlangten Gebrauchsvorteil auch ein Benützungsentgelt zahlen. Tatsächlich drängt sich hier sogar die umgekehrte Frage auf, ob er ab diesem Zeitpunkt nicht als **unredlicher Benützer** anzusehen ist und als solcher einen höheren Nutzungersatz schuldet. Schließlich wird in Judikatur und Lehre bisweilen vertreten, dass ein zur Vertragsaufhebung berechtigter Käufer ab Kenntnis seines Gestaltungsrechts als unredlicher Benützer anzusehen sei.²³⁾ Dieser Auffassung tritt jedoch *Rummel* entgegen und legt überzeugend dar, dass der Verweis des § 1437 ABGB auf die Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses dahingehend auszulegen ist, dass ein gestaltungsberechtigter Käufer erst ab jenem Zeitpunkt Benützungsentgelt gleich einem unredlichen Besitzer zu entrichten hat, in dem die Gestaltung erfolgt ist – also **mit Rechtskraft des Urteils**, das seiner Klage stattgibt.²⁴⁾ Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Käufer lediglich jenen Vorteil als Nutzungsentgelt zu vergüten, der ihm **nach seinen subjektiven Verhältnissen** aus dem Gebrauch des Kfz entstanden ist, wobei dieser Nutzen freilich nach objektiven Wertmaßstäben und nicht nach den individuellen Wertvorstellungen des Konditionsschuldners zu berechnen ist (sog **objektiv-konkrete Nutzenberechnung**).²⁵⁾ Vor diesem Hintergrund scheint es jedoch fraglich, ob die Methode der Rsp zur Bemessung des Nutzungersatzes tatsächlich zum richtigen Ergebnis führt.

D. Kritik an der Berechnungsmethode der Judikatur

1. Unterscheidung zwischen Gebrauchsvorteil und Wertverlust

Wie oben gezeigt, berechnet die Rsp das Benützungsentgelt derart, dass der Händlereinkaufspreis im Zeitpunkt der Rückgabe des Kfz an den Verkäufer vom konkret angemessenen Kaufpreis bei Vertragsabschluss subtrahiert wird. Durch diese Berechnungsmethode wird jedoch nicht der subjektive Gebrauchsvorteil des Käufers ermittelt, sondern die **Wertminderung des Fahrzeugs im Zeitraum zwischen Ankauf und späterer Rückgabe**.²⁶⁾ Für den subjektiven Gebrauchsnutzen des Käufers sind in erster Linie die mit dem Kfz bis zur Rückgabe zurückgelegten Kilometer ausschlaggebend.²⁷⁾ Demgegenüber hängt der Händlereinkaufspreis (und damit die Höhe des Benützungsentgelts nach der Kalkulation der Judikatur) neben der Laufleistung auch von anderen Parametern ab; nämlich insb vom Baujahr und dem Jahr der Erstzulassung

des Kfz, von dessen Allgemeinzustand, von der Werthaltigkeit von Fahrzeugen der jeweiligen (Auto-) Marke und schließlich von der Jahreszeit der Rückgabe an den Verkäufer.²⁸⁾ Der anhand der Berechnungsmethode der Judikatur ermittelte Wertverlust des Fahrzeugs ist **mit dem subjektiven Gebrauchsnutzen des Käufers somit nicht ident**.

Die Ermittlung des Nutzungsentgelts durch die Judikatur führt dazu, dass nicht der tatsächliche Gebrauchsnutzen des Käufers abgeschöpft, sondern der **Vermögensnachteil des Verkäufers ausgeglichen** wird, den letzterer dadurch erleidet, dass er infolge der Auflösung des Kaufvertrags den Kaufpreis des Fahrzeugs (zzgl gesetzlicher Zinsen) an den Käufer zahlen muss und im Gegenzug das Fahrzeug in gebrauchtem Zustand zurückerhält.²⁹⁾ Zudem wird der Käufer auch **um die Händlerspanne beschwert**.³⁰⁾ Ein Ausgleich dieses Vermögensnachteils des Verkäufers hat jedoch – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – im Rahmen des Schadenersatzrechts und nicht im Wege der bereicherungsrechtlichen Nutzungsvergütung zu erfolgen.³¹⁾ Daher geht

20) Siehe dazu statt vieler *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 281 f.

21) OGH 8 Ob 74/13k JBI 2014, 455 = NZ 2014/88 = EvBl-LS 2014/99 = RdW 2014/280; vgl auch OGH 1 Ob 516/92 JBI 1992, 456 = *ecolx* 1992, 475. Hier weist das Höchstgericht ausdrücklich darauf hin, dass die Benützung des Reitpferds durch die Käuferin im Zeitraum nach der Aufforderung an den Verkäufer, das Tier aufgrund der Irreführung über dessen Alter vor Vertragsabschluss zurückzunehmen, keine aufgedrängte Bereicherung darstelle.

22) OGH 8 Ob 74/13k JBI 2014, 455 = NZ 2014/88 = EvBl-LS 2014/99 = RdW 2014/280.

23) Siehe nur OGH 7 Ob 573/88 SZ 61/162; 7 Ob 251/02 s JBI 2004, 252; *Mader* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI¹ § 1437 Rz 7; *Ch. Rabl*, Die Verteilung des Kursverlusts bei Rückabwicklung eines Kapitalanlagegeschäfts, *ecolx* 2012, 118 (119); vgl auch *Leupold* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB-TaKo⁴ (2017) § 1437 Rz 2; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1437 Rz 2. Zur älteren Auffassung, die schon „Wissen-Müssen“ des Gestaltungsrechts genügen ließ, zB *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² (1968) 157.

24) *Rummel*, Zum Beginn der Unredlichkeit des Konditionsschuldners bei Ausübung von Gestaltungsrechten, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1393 (1404 f und passim); s davor bereits *ders* in *Rummel*, ABGB II/3³ § 1437 Rz 2; diesem grds zust *Radler*, Kondiktion auf Sachen von volatitem Wert (2014) 104–115. Der Autor qualifiziert einen gestaltungsberechtigten Käufer jedoch dann als unredlichen Benützer, wenn dieser sein Gestaltungsrecht kennt, die Absicht hat den Vertrag aufzuheben und dennoch nicht mit der Klagsvorbereitung zur Durchsetzung seines Gestaltungsrechts beginnt bzw den anhängigen Prozess mutwillig verzögert. Ausführlich zur Problematik zuletzt auch *L. Schmid*, Redlichkeit im Bereicherungsrecht (2016) 96 ff.

25) Siehe dazu nur *F. Bydlinski*, System 280 f; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1437 Rz 6; *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1437 Rz 30 f.

26) Siehe dazu die berechtigte Kritik von *Mayenburg*, Zur „Neuen Gewährleistung“ – Fragen aus der Praxis, *Zak* 2008, 43 (45); *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 932 Rz 72; *Pfeffer/Wegrath* in FS Danzl 738 f und *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1437 Rz 41. Vgl aber auch *Krist*, *ecolx* 2015, 1045. Dieser Autor dürfte davon ausgehen, dass der Käufer bis zur Ausübung des vertragsauflösenden Gestaltungsrechts den Wertverlust des Kfz infolge Zeitablaufs auszugleichen habe und erst für den Zeitraum danach Benützungsentgelt im eigentlichen Sinn schulde. Eine Differenzierung danach, ob der Käufer redlicher oder unredlicher Konditionsschuldner ist, ist den Ausführungen des Autors nicht zu entnehmen.

27) Siehe dazu die Nachw in FN 43.

28) Die Fahrzeuge bestimmter Modelle sind am Gebrauchtwagenmarkt im Frühjahr und Sommer mehr wert als im Herbst und Winter und umgekehrt.

29) Pointiert *Pfeffer/Wegrath* in FS Danzl 739.

30) *Pfeffer/Wegrath* in FS Danzl 740.

31) Siehe zur Abgrenzung und den unterschiedlichen Aufgaben von Bereicherungs- und Schadenersatzrecht nur *Rummel* in *Rummel*,

die Berechnungsmethode der Judikatur an der Sache vorbei. Das wird dann augenscheinlich, wenn ein Käufer ein neues Kfz erwirbt und das Geschäft nach relativ kurzer Zeit rückabgewickelt wird, weil die Wertminderung von Fahrzeugen gerade am Anfang überproportional hoch ist. In solchen Konstellationen klaffen der Wertverlust des Fahrzeugs im Zeitraum der Benützung und der subjektive Gebrauchsvorteil des Käufers weit auseinander.

2. Degressiver Wertverlust darf nicht auf Käufer überwältzt werden

Das zuletzt angesprochene Problem wird auch in mehreren Entscheidungen thematisiert. Immer wieder führt der OGH aus, dass einem redlichen Konditionsschuldner die gerade bei neuen Kfz **am Anfang sehr hohe Wertminderung** durch Zeitablauf („degressive Abschreibung“) nicht angelastet werden dürfe.³²⁾ Es sei der Anteil der Wertminderung zu ermitteln, der allein auf den Verlust der Neuheit des Fahrzeugs zurückzuführen ist. Dieser nicht vom Käufer zu tragende **degressive Wertverlust** sei aus dem Benützungsentgelt herauszurechnen, indem man diesen Wertverlust dem Weiterverkaufspreis (dh dem Händlereinkaufspreis) hinzuschlägt.³³⁾ In der E 5 Ob 274/09 v³⁴⁾ war dies deshalb relativ problemlos möglich, weil der ihr zugrundeliegende Fall die Besonderheit aufwies, dass ein drei Jahre altes Fahrzeug als Neuwagen verkauft wurde. Hier konnte man anhand des vom Händler gewährten Rabatts gewisse Rückschlüsse in Richtung des Wertverlustes aufgrund der degressiven Abschreibung ziehen. Wird das Fahrzeug im entsprechenden Zeitraum auch gefahren, dürfte es hingegen schwierig sein, den ausschließlich auf der degressiven Wertminderung basierenden Wertverlust eines Fahrzeugs zu ermitteln und die anderen wertbestimmenden Faktoren (wie die Laufleistung, den Allgemeinzustand des Kfz usw.) außer Betracht zu lassen. Hier **stößt die Berechnungsmethode der Judikatur** auch aus Kfz-technischer Perspektive **an ihre Grenzen**,³⁵⁾ was zur allg Frage führt, ob man tatsächlich an einer Kalkulationsmethode festhalten sollte, bei welcher der Gebrauchsvorteil des Käufers ausgehend vom Wertverlust des Fahrzeugs im Zeitraum der rechtsgrundlosen Benützung erschlossen wird. Diese Ableitung führt zwangsläufig zu Ungenauigkeiten. Das zeigt sich nicht nur beim degressiven Wertverlust des Kfz in den ersten Jahren, sondern auch dann, wenn die gesamte Gattung des jeweiligen Kfz mit einem bestimmten Mangel behaftet ist.

3. Wertminderung durch Mangelhaftigkeit des Kfz

In der Praxis kommt es relativ häufig vor, dass sämtliche Fahrzeuge eines Modells den gleichen Mangel aufweisen. In Österreich werden jährlich etwa 100 **Fahrzeugmodelle wegen sicherheitsrelevanter Mängel zurückgerufen**. Die Fahrzeuge von Premiummarken sind dabei ebenso betroffen wie teure Motorräder oder günstige Mittelklasse- und Kleinwagen.³⁶⁾ Weisen sämtliche Kfz einer bestimmten Gattung einen nicht

bloß geringfügigen, sicherheitsrelevanten Mangel auf oder erlangt die Rückrufaktion eine gewisse Medienpräsenz, wie das in jüngster Zeit bei den vom „*Abgaskandal*“ betroffenen Fahrzeugmodellen der Fall war, **wirkt sich dies zumeist negativ auf die Werthaltigkeit der Fahrzeuge** des jeweiligen Typs aus. Auch in solchen Konstellationen führt die Methode der Rsp zur Ermittlung des Benützungsentgelts zu fragwürdigen Ergebnissen.

Sie bewirkt, dass die Käufer **aufgrund des niedrigeren Händlereinkaufspreises** der Kfz des jeweiligen Modells ein **höheres Benützungsentgelt zu entrichten** haben. Der aus dem „Gattungsmangel“ resultierende Wertverlust wird im Rahmen der Nutzungsvergütung auf den Käufer überwältzt, der die Mangelhaftigkeit am wenigsten zu vertreten hat. Auch diese Schieflage zeigt die Fehleranfälligkeit der Kalkulationsmethode der Judikatur auf. Will man an der Methode festhalten, muss neben der degressiven Wertminderung, die aus dem Verlust der Neuheit des Fahrzeugs resultiert, auch ein etwaiger Wertverlust, der sich daraus ergibt, dass **sämtliche Fahrzeuge eines Modells mit einem bestimmten Mangel behaftet** sind, berücksichtigt und aus dem Benützungsentgelt herausgerechnet werden. Auch hier scheint jedoch zweifelhaft, dass sich der angesprochene Wertverlust ohne weiteres isoliert bestimmen lässt, sodass es mE berechtigt scheint, diese Methode zur Ermittlung des Benützungsentgelts insgesamt in Frage zu stellen bzw ihre Anwendung auf jenen Bereich einzuschränken, für den sie ursprünglich konzipiert wurde.

4. Einschränkung des Anwendungsbereichs der Berechnungsmethode auf unredliche Konditionsschuldner

Wie gezeigt, entstammt die aktuelle Methode der Judikatur zur Berechnung des Benützungsentgelts für Kfz der E 5 Ob 575/85.³⁷⁾ Im einschlägigen Fall zahlte die Käuferin das Entgelt für das erworbene Kfz nicht fristgerecht und weigerte sich zudem nach Rücktritt des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs, das Fahrzeug herauszugeben, sodass letzterer die Rückgabe klagsweise und in weiterer Folge durch Herausgabeexekution durchsetzen musste. In solchen Fällen, in denen der Käufer offenkundig **unredlicher Konditionsschuldner** ist, scheint die gewählte Berechnungsmethode des 5. Senats plausibel. Ein unredlicher Konditionsschuldner hat das höchste am Markt erzielbare Benützungsentgelt zu entrichten.³⁸⁾ Folgt man der Judikatur, wonach dieses **nicht mit der ortsüblichen Leihwagen-**

ABGB II/3³ Vor § 1431 Rz 4; *Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ Vor §§ 1431–1437 Rz 39 ff.

32) Siehe nur OGH 2 Ob 95/06 v SZ 2007/109; 5 Ob 274/09 v eclex 2010/228 = Zak 2010/404; 8 Ob 74/13 k JBI 2014, 455 = NZ 2014/88 = EvBl-LS 2014/99 = RdW 2014/280; 8 Ob 126/15 k JBI 2016, 542 = eclex 2016/331 (*Schaditsch*) = VbR 2016/100 = Zak 2016/404.

33) Vgl dazu auch *Schneeberger*, eclex 2011, 24.

34) eclex 2010/228 = Zak 2010/404.

35) So auch *Pfeffer/Wegrath* in FS Danz 739.

36) Die aktuellen Rückrufaktionen sind bspw auf folgender Homepage ersichtlich: www.oeamtc.at/rueckrufaktionen/ (abgerufen am 23. 8. 2018).

37) EvBl 1986/176 = SZ 58/138 = JBI 1986, 186.

38) Nachw oben in FN 5.

miete für das jeweilige Fahrzeug anzusetzen ist, liegt es tatsächlich nahe, bei der Bemessung auf die Differenz zwischen dem konkret angemessenen Kaufpreis und dem Händlereinkaufspreis bei Rückgabe des Kfz abzustellen.³⁹⁾ Hier braucht bei der Kalkulation **kein Bezug zur zurückgelegten Wegstrecke** hergestellt werden, weil unredliche Konditionsschuldner selbst dann eine Nutzungsentschädigung schulden, wenn sie die Sache gar nicht benutzt haben oder keine Nutzung eingetreten ist.⁴⁰⁾ Zudem scheint es bei unredlichen Konditionsschuldnern angemessen, wenn sie bei der Berechnung des Benützungsentgelts mit der degressiven Wertminderung eines neuen Kfz in den ersten Monaten und Jahren sowie mit der Händlerspanne belastet werden. Schließlich stellt die Ermittlung des Benützungsentgelts unter diesen Vorzeichen noch immer eine Begünstigung gegenüber einer Bemessung anhand der ortsüblichen Leihwagenmiete dar.

Anders gestaltet sich die Situation jedoch dann, wenn der Käufer nicht an seiner Behaltenscausa zweifeln musste und damit **redlicher Konditionsschuldner** ist, wobei die bloße Kenntnis von einem eigenen Anfechtungsrecht – wie bereits erwähnt – nicht zur strengeren Haftung führen kann.⁴¹⁾ Solange der Käufer als redlicher Benützer des Kfz anzusehen ist, hat er lediglich den subjektiven Gebrauchsvorteil zu vergüten, der objektiv-konkret zu bemessen und mit dem verkehrüblichen Benützungsentgelt beschränkt ist. Wie gezeigt, zielt die Berechnungsmethode des OGH jedoch nicht auf die **Ermittlung des subjektiven Gebrauchsnutzens des Käufers** ab, sondern auf die Wertminderung des Kfz im Zeitraum der rechtsgrundlosen Nutzung. Diese steht mit dem subjektiven Gebrauchsvorteil des Käufers in keiner direkten Beziehung, sodass es kaum möglich sein dürfte, den Gebrauchsvorteil ausgehend vom Wertverlust des Fahrzeugs zu erschließen. In Anbetracht dieser Unsicherheiten überrascht es nicht, dass Teile des österr Schrifttums nach Deutschland schielen und die **Methode des BGH zur Ermittlung der Nutzungsvergütung** in die Diskussion einführen.⁴²⁾ Diese Berechnungsmethode ist im Folgenden – ausgehend von der unterschiedlichen Gesetzeslage in Österreich und Deutschland – näher zu beleuchten.

E. Wertersatz für Gebrauchsvorteile nach deutschem Recht

Nach deutschem Leistungsstörungenrecht wird ein Kaufvertrag durch Rücktritt, bspw wegen Zahlungsverzugs des Käufers (§ 323 Abs 1 BGB) oder nach erfolgloser Beseitigung eines Mangels durch den Verkäufer (§ 437 Z 2 BGB), in ein **Rückgewährschuldverhältnis** umgewandelt (§ 346 BGB). Inhalt dieses Schuldverhältnisses ist insb die Rückgewähr der wechselseitig empfangenen Leistungen und der daraus gezogenen Nutzungen (§ 346 Abs 1 BGB). Bei Kfz sind die Nutzungen iS von § 100 BGB die Gebrauchsvorteile; dh die vom Käufer zurückgelegten Kilometer.⁴³⁾ Da eine Rückgabe dieser Nutzungen in natura nicht in Betracht kommt, schuldet der Käufer gem § 346 Abs 2 Z 1 BGB einen sog „**Nutzungswertersatz**“. Dieser wird von Judikatur und Lehre **strikt von der Wert-**

minderung des Kfz während der Benützung durch den Käufer **unterschieden**, zumal § 346 Abs 2 Z 3 BGB ausdrücklich darauf hinweist, dass bei der Berechnung der Nutzungsvergütung die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung der jeweiligen Sache außer Betracht zu bleiben hat.⁴⁴⁾ Ersatz für den Wertverlust des Kfz erhält der Verkäufer nur dann, wenn mit dem Anspruch auf Nutzungsvergütung ein Schadenersatzanspruch konkurriert, der naturgemäß ein Verschulden des Käufers am Rücktritt voraussetzt.⁴⁵⁾ Trifft den Käufer kein (bzw nicht einmal ein) solcher Fahrlässigkeitsvorwurf, bleibt es bei der Vergütung des konkret erlangten Gebrauchsnutzens nach § 346 Abs 2 Z 1 BGB. Der Nutzungswertersatz iS dieser Bestimmung entspricht weitgehend dem objektiv-konkret zu ermittelnden Benützungsentgelt, das ein **redlicher Konditionsschuldner** für den rechtsgrundlosen Gebrauch der Sachleistung bis zu deren Rückgabe nach österr Recht schuldet. Aufgrund dieser Parallelität kann man die in Deutschland entwickelten Berechnungsmethoden auch hierzulande für die Berechnung des Vorteilsausgleichs fruchtbar machen.

1. Lineare Ermittlung des Nutzungswertersatzes bei neuen Kfz

Ausgangspunkt der Methode zur Berechnung des Nutzungswertersatzes für Kfz ist die – mE ganz zutreffende – Prämisse, dass sich der subjektive Gebrauchsvorteil eines Fahrzeugbenützers **nach den gefahrenen Kilometern** bemisst.⁴⁶⁾ Darüber hinaus ist bei der Kalkulation die Überlegung zentral, dass dem Käufer eines Kfz die anfänglich zurückgelegten Kilometer aufgrund des degressiven Wertverlustes zwar überproportional viel kosten; er bei anfänglicher Nutzung des Fahrzeugs als Neuwagen pro gefahrenem Kilometer aber keinen höheren Gebrauchsvorteil hat als bei der Nutzung desselben Fahrzeugs in den Jahren danach.⁴⁷⁾ Auf dieser Grundlage wird die Nutzungsentschädigung bei Neuwagen nach dem **Verhältnis zwischen dem in Kilome-**

39) Die Judikatur begründet diese Berechnung damit, dass der Käufer das Fahrzeug nicht mieten, sondern kaufen wollte. Dass auch ein unredlicher Konditionsschuldner nicht die ortsübliche Leihwagenmiete zahlen muss, kann auch damit argumentiert werden, dass der Verweis des § 1437 ABGB auf die Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses allg nicht allzu wörtlich zu nehmen ist. So weist etwa schon F. Bydlinski in Klang IV/2² (1978) 518 f auf Folgendes hin: „Die hA versteht [...] die Verweisung des § 1437 [...] nicht als exakte Rechtsfolgenanordnung, sondern nur als globalen Hinweis auf eine erwünschte Besserbehandlung des redlichen Konditionsschuldners.“

40) Mader in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ § 1437 Rz 35; Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 1437 Rz 80; jeweils mwN.

41) Siehe dazu oben Pkt C.

42) So bspw Mayenburg, Zak 2008, 45; Krist, ecolx 2011, 1045; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 72; Pfeifer/Wegrath in FS Danzl 740 ff.

43) BGH VIII ZR 42/94 NJW 1996, 250; VIII ZR 196/14 BeckRS 2015, 01267; Stieper in Staudinger, BGB (2017) § 100 Rz 2; D. Kaiser in Staudinger, BGB (2012) § 346 Rz 261; Gaier in MünchKomm, BGB III⁷ (2016) § 346 Rz 27; Wackerbarth, Ermittlung des Nutzungswertersatzes nach Rücktritt vom Autokaufvertrag, NJW 2018, 1713 (1713).

44) Gaier in MünchKomm, BGB III⁷ § 346 Rz 25; Stadler in Jauernig, BGB¹⁷ (2018) § 346 Rz 6a; Wackerbarth, NJW 2018, 1713.

45) Nachw in FN 44.

46) Nachw oben in FN 43.

47) Röthel in Ermann, BGB I⁵ (2017) § 346 Rz 12; D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 255; Wackerbarth, NJW 2018, 1714.

tern bemessenen tatsächlichen Gebrauch und der voraussichtlichen Gesamtleistung bestimmt.⁴⁸⁾ Berechnungsgrundlage wäre dabei an und für sich der objektive Wert des Kfz bei Übergabe des Fahrzeugs an den Käufer.⁴⁹⁾ Aus Praktikabilitätsabwägungen und mit Hinweis auf § 346 Abs 1 Satz 2 BGB wird jedoch anstelle dessen der vereinbarte Bruttokaufpreis herangezogen,⁵⁰⁾ was zu folgender Formel führt:

$$\text{Benützungsentgelt} = \frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer}}{\text{erwartbare Gesamtleistung}}$$

Im Detail haben sich bei der Berechnung des Nutzungsentgelts nach dieser Methode folgende Prinzipien entwickelt: Die MWSt (hierzulande USt) ist dem Nettokaufpreis auch dann hinzuzufügen, wenn der Käufer des Kfz zum Abzug der Vorsteuer berechtigt ist.⁵¹⁾ Auf den derart ermittelten Nutzungswertersatz ist die MWSt später nicht erneut aufzuschlagen.⁵²⁾ Ist die Gebrauchstauglichkeit des Kfz während der Nutzung eingeschränkt, ist der Nutzungswertersatz entsprechend zu kürzen.⁵³⁾ Die Berechnung der reduzierten Nutzungsvergütung erfolgt dabei nicht so, dass bei Anwendung der oben angeführten Formel der nach der relativen Berechnungsmethode geminderte Kaufpreis in Anschlag gebracht wird.⁵⁴⁾ Vielmehr wird ein Abschlag vom rechnerisch ermittelten Nutzungsvorteil vorgenommen, dessen Höhe sich nach dem konkreten Maß der mangelbedingten Nutzungseinschränkung bestimmt und von Gerichten häufig nach freier Überzeugung festgelegt wird (§ 287 dZPO).⁵⁵⁾

Das Ergebnis der linearen Berechnung des Nutzungswertersatzes hängt wesentlich von der voraussichtlichen Gesamtleistung des jeweiligen Kfz ab. Obwohl mit Kfz für gewöhnlich erheblich länger gefahren werden kann, wird die zu erwartende Gesamtleistung von Neuwagen von deutschen Gerichten vielfach nach freier Überzeugung mit **150.000 km** bestimmt, was bei Anwendung von obiger Formel eine Nutzungsvergütung von 0,67% des Kaufpreises pro 1.000 gefahrener Kilometer ergibt.⁵⁶⁾ Gerade bei Dieselfahrzeugen wird die Gesamtleistung von der Judikatur aber auch häufig mit **200.000 km** festgelegt, was zu einer Nutzungsvergütung von 0,5% des Kaufpreises pro 1.000 Kilometer führt.⁵⁷⁾ Bei Fahrzeugen der Oberklasse wird die voraussichtliche Gesamtleistung bisweilen noch höher – nämlich zu meist mit **250.000 bis 300.000 km** – angesetzt.⁵⁸⁾ Auch für Nutzfahrzeuge wie **Omnibusse und Lastkraftwagen** wird regelmäßig eine solche Gesamtleistung veranschlagt.⁵⁹⁾

2. Berechnung des Nutzungsentgelts für gebrauchte Kfz

Geht man dazu über, den Vorteilsausgleich eines redlichen Fahrzeugbenützers nach der linearen Berechnungsmethode des BGH zu ermitteln, sollte man sich auch vor Augen führen, wie nach dieser Handhabung der Nutzungswertersatz für Gebrauchtwagen berechnet

wird. Für diesen wird die oben erwähnte Formel von Rechtslehre und -praxis dahingehend modifiziert, dass die zu erwartende Gesamtleistung durch die zu erwartende Restleistung ersetzt wird, indem von der Gesamtleistung des Kfz der Kilometerstand bei Übergabe des gebrauchten Fahrzeugs an den Käufer abgezogen wird.⁶⁰⁾ Zudem ist bei der Kalkulation nicht der Wert des Neuwagens, sondern jener des Gebrauchtwagens anzusetzen, wobei in praxi auch hier auf den konkret vereinbarten Bruttogebrauchtwagenpreis zurückgegriffen wird. Somit wenden deutsche Gerichte bei Berechnung des Nutzungsentgelts von Gebrauchtwagen folgende Formel an:

$$\text{Benützungsentgelt} = \frac{\text{Bruttokaufpreis des gebrauchten Kfz} \times \text{gefahrte Kilometer}}{\text{erwartbare Restleistung}}$$

Diese Berechnungsmethode ist in Deutschland allgemein anerkannt.⁶¹⁾ Interessanterweise hat diese Praxis jedoch unter jenen Stimmen, die eine Übernahme der linearen Berechnungsmethode für Österreich erwägen, Kritik geerntet. Allen voran *Riautschnig* betont in mehreren Arbeiten, dass anstelle der angeführten Formel auch bei Gebrauchtwagen die gleichen kilometerabhängigen Abwertungssätze wie beim jeweiligen Neufahrzeug zur Anwendung zu bringen seien.⁶²⁾ Begründet wird dies

48) BGH VIII ZR 42/94 NJW 1996, 250; VIII ZR 215/13 NJW 2014, 2435 = VersR 2015, 720; Gaier in MünchKomm, BGB III' § 346 Rz 27; Stadler in Jaurnig, BGBI' § 346 Rz 6a; jeweils mwN.

49) Hager in NK-BGB II/1³ (2016) § 346 Rz 24; Gaier in MünchKomm, BGB III' § 346 Rz 26.

50) Die Bestimmung des § 346 Abs 1 Satz 2 BGB normiert: „Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen.“

51) BGH VIII ZR 198/90 BGHZ 115, 47; VIII ZR 215/13 NJW 2014, 2435 = VersR 2015, 720; Hager in NK-BGB II/1³ § 346 Rz 24; Gaier in MünchKomm, BGB III' § 346 Rz 26.

52) BGH VIII ZR 215/13 NJW 2014, 2435 = VersR 2015, 720; Gaier in MünchKomm, BGB III' § 346 Rz 26; Stadler in Jaurnig, BGBI' § 346 Rz 6a.

53) Dazu ausführlich und mit Darstellung der einschlägigen Judikatur D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 258.

54) Gaier in MünchKomm, BGB III' § 346 Rz 26; D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 258.

55) BGH VII ZR 325/03 BGHZ 164, 235; Lobinger in Soergel, BGB V/31³ (2009) § 346 Rz 52; Gaier in MünchKomm, BGB III' § 346 Rz 26.

56) Siehe statt vieler OLG Nürnberg 4 U 372/01 NJW-RR 2002, 628; OLG Koblenz 5 U 1385/03 NWJ 2004, 1670; 6 U 574/08 NJW 2009, 3519; weitere Judikaturnachw bei D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 261.

57) OLG Düsseldorf 1 U 11/04 SVR 2005, 26; OLG Karlsruhe 1 U 85/08 BeckRS 2009, 25927; OLG Hamm 28 U 22/10 BeckRS 2010, 28631; weitere Judikaturnachw bei D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 261.

58) OLG Karlsruhe 14 U 154/01 NJW 2003, 1950; OLG Köln 3 U 70/06 OLG 2007, 335; weitere Judikaturnachw bei D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 261.

59) BGH VIII ZR 70/94 NJW 1995, 2159; OLG Hamm 28 U 147/04 DAR 2006, 25; weitere Judikaturnachw bei D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 261.

60) Siehe dazu sowie zum Folgenden nur BGH VIII ZR 70/94 NJW 1995, 2159; OLG Düsseldorf 18. 8. 2016, I-3 U 20/15; D. Kaiser in Staudinger, BGB § 346 Rz 261; Gaier in MünchKomm, BGB III' § 346 Rz 27; Wackerbarth, NJW 2018, 1714f; ausführlich *Vuia*, Praxisrelevante Probleme bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen über Gebrauchtwagen, NJW 2015, 1047 (1050f).

61) Nachw oben in FN 60.

62) *Riautschnig*, Benützungsentgelt für Fahrzeuge, ZVR 2017, 45 (45f); *ders*, Plausibilitätsprüfung der Höhe des angemessenen Nutzungsentgelts für Kfz, ZVR 2018, 184 (185f); *ders*, Replik zum Artikel Benützungsentgelt bei Wandlung, RZ 2018, 137 (137).

einerseits damit, dass die Einführung einer zu **erwartenden Restlaufleistung** bei Berechnung des Nutzungssatzes für Gebrauchtfahrzeuge eine **nichtlineare und damit systemfremde Wertung** darstelle. Andererseits weist der Autor darauf hin, dass diese Berechnungsmethode versage, wenn die voraussichtliche Restlaufleistung im Zeitraum der rechtsgrundlosen Benützung des Gebrauchtwagens überschritten wird. Dem ist zu entgegnen, dass es gerade in solchen Konstellationen seltsam anmutet, wenn der Fahrzeugbenützer (auch) für die **Kilometer über der durchschnittlichen Lebenslaufleistung** des Kfz ein Benützungsentgelt gleich einem Neuwagen zahlen müsste. Stärker wiegt hingegen das erste Argument. In erster Linie bei den jüngsten Gebrauchtfahrzeugen stellt sich tatsächlich die Frage, ob sich die Höhe des pro Kilometer zu zahlenden Benützungsentgelts allein durch einen Verkauf des (dann gebrauchten) Fahrzeugs ändern soll. Schließlich führt die Berechnungsmethode dazu, dass der Zweitbesitzer für die Benützung des Kfz eine andere (regelmäßig niedrigere) Nutzungsvergütung zu entrichten hat, als wenn das Fahrzeug im gleichen Zeitraum und Umfang vom Erstbesitzer gefahren worden wäre.

Pfeffer und *Wegrath*⁶³⁾ begründen diesen Unterschied damit, dass der Nutzwert eines Kfz über die reine Transportleistung hinaus bei einem neuen und damit teureren Fahrzeug naturgemäß höher sei als bei einem billigeren Gebrauchtfahrzeug, zumal **Komfort-, Image- und Sicherheitsaspekte** dem Lenker eines neuen Fahrzeugs im Regelfall auch einen entsprechend höheren Gesamtnutzen zukommen lassen, der entsprechend differenziert zu berücksichtigen sei. Daher könne der von *Riautschnig* vorgeschlagenen Berechnung weder aus rechtlicher noch aus kfz-technischer Sicht gefolgt werden. Diese Argumentation leuchtet bei älteren Gebrauchtfahrzeugen ein, während ihre Überzeugungskraft bei sehr jungen Modellen schwindet.

ME ist obige Formel aber dennoch auf sämtliche Gebrauchtfahrzeuge anzuwenden. Dies kann damit begründet werden, dass eine lineare Ermittlung des Benützungsentgelts zwar naturgemäß Typisierungen und Verallgemeinerungen voraussetzt.⁶⁴⁾ Die Pauschalierungen dürfen jedoch nicht so weit gehen, dass für neue und gebrauchte Fahrzeuge generell die gleiche Nutzungsvergütung zu entrichten ist. Schließlich unterscheidet sich der **Gebrauchsnutzen** eines Neuwagens bei generalisierender Betrachtung doch erheblich von jenem eines gebrauchten Kfz. Bei besonders jungen Gebrauchtwagen kann man für diese Differenzierung immerhin ins Treffen führen, dass der Käufer das Fahrzeug **nicht gleich einem neuen Kfz nach seinen individuellen Bedürfnissen auswählen** konnte, sondern bei der Auswahl (insb was die konkrete Ausstattung betrifft) aufgrund des geringeren Angebots am Gebrauchtwagenmarkt idR gewisse Kompromisse eingehen muss, die bisweilen auch den **subjektiven Gebrauchsnutzen beeinträchtigen**. Daher scheint es auch bei verhältnismäßig jungen Gebrauchtfahrzeugen nicht abwegig, wenn der Käufer bei einer Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts nur ein verhältnismäßig niedrigeres Benützungsentgelt leisten muss.

F. Fazit

Ist ein Kaufvertrag über ein Kfz infolge Irrtumsanfechtung, Wandlung, Rücktritt usw bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln und ist der Käufer des Fahrzeugs redlicher Konditionsschuldner, muss er als Benützungsentgelt jenen Vorteil vergüten, den er nach seinen subjektiven Verhältnissen aus der Benützung des Kfz tatsächlich lukriert hat. Die in Deutschland entwickelte **lineare Berechnungsmethode** stellt eine praktikable Vorgehensweise dar, durch die das angemessene Entgelt für diesen Gebrauchsvorteil eines Fahrzeugbenützers weitgehend richtig ermittelt werden kann. Zwar beinhaltet auch dieser Ansatz Pauschalierungen, doch stehen diese im Einklang mit der **objektiv-konkreten Nutzenberechnung**, die von der hA in Österreich für redliche Konditionsschuldner vertreten wird.⁶⁵⁾ Zudem ist der lineare Ansatz deutlich weniger fehleranfällig als die momentan von österr Gerichten überwiegend herangezogene Berechnungsmethode, sodass dem **deutschen Modell bei redlichen Konditionsschuldern insgesamt der Vorzug zu geben ist**.

Was die praktische Handhabung dieser Methode betrifft, ist insb zu beachten, dass die Höhe des Benützungsentgelts sowohl in Deutschland (§ 287 Abs 1 dZPO) als auch in Österreich (§ 273 Abs 1 ZPO) **nach freier Überzeugung festgesetzt** werden kann, wenn sich der Beweis über den streitigen Betrag nicht oder nur mit unverhältnismäßiger Schwierigkeit erbringen lässt.⁶⁶⁾ Vor diesem Hintergrund dürfte es auch in Österreich zulässig sein, wenn Gerichte die voraussichtliche Gesamtleistung des jeweiligen Fahrzeugs nach freiem Ermessen mit rund 150.000 bis 300.000 km festlegen. Dadurch eröffnet sich die Möglichkeit, die Höhe des Benützungsentgelts ohne Sachverständigenbeweis zu eruieren, was auch unter prozessökonomischen Aspekten zu begrüßen ist.

Der **bisherigen Berechnungsmethode österr Gerichte**, wonach der Händlereinkaufspreis im Zeitpunkt der Rückgabe des Kfz an den Verkäufer vom konkret angemessenen Kaufpreis bei Vertragsabschluss zu subtrahieren ist, sollte nur noch eingeschränkte Bedeutung beigemessen werden. Führt sie ausnahmsweise zu einem niedrigeren Betrag als der lineare Ansatz, ist sie **bei redlichen Konditionsschuldern als Obergrenze** des objektiv-konkret zu ermittelnden Benützungsentgelts einzuziehen. Davon abgesehen sollte man den Anwendungsbereich dieser **Kalkulationsmethode auf unredliche Konditionsschuldner beschränken**. Nur bei ihnen scheint es sachgerecht, die Nutzungsvergütung ausgehend vom Wertverlust des Kfz im entsprechenden Zeitraum zu ermitteln und dem Benützer dabei den degressiven Wertverlust des Fahrzeugs in den ersten Monaten bzw Jahren sowie die Händlerspanne aufzubürden. Immerhin stellt diese

63) In FS Danzl 743.

64) So auch *D. Kaiser* in Staudinger, BGB § 346 Rz 256.

65) Siehe zur objektiv-konkreten Nutzenberechnung bereits oben Pkt C.

66) OGH 9 Ob 712/91 JBI 1992, 247 = *ecolex* 1992, 87; 2 Ob 95/06v SZ 2007/109; 5 Ob 274/09v *ecolex* 2010/228 = Zak 2010/404; 8 Ob 74/13k JBI 2014, 455 = NZ 2014/88 = *EvBI-LS* 2014/99 = RdW 2014/280; 8 Ob 126/15k JBI 2016, 542 = *ecolex* 2016/331 (*Schoditsch*) = *VbR* 2016/100 = Zak 2016/404.

Berechnung eine Besserstellung gegenüber der ortsüblichen Leihwagenmiete dar, die jedoch zu gewähren ist, weil auch ein unredlicher Käufer niemals die Absicht hatte, das Kfz zu mieten. Da der Verweis des

§ 1437 ABGB auf die Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses keine starre Rechtsfolgenanordnung beinhaltet, scheint diese Begünstigung auch dogmatisch zulässig.

→ In Kürze

- Wird ein Kaufvertrag über ein Kfz mit Ex-tunc-Wirkung aufgelöst, hat der Käufer im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Vertrags ein Benützungsentgelt zu entrichten.
- Die Höhe des Benützungsentgelts hängt davon ab, ob der Käufer redlicher oder unredlicher Kondiktions-schuldner ist.
- Ist der Käufer redlicher Benützer, ist das Nutzungs-entgelt so zu ermitteln, dass der Bruttokaufpreis mit der tatsächlich gefahrenen Kilometeranzahl multipliziert und anschließend durch die erwartete Gesamtaufleistung dividiert wird.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Jakob Kepplinger war von 2011 bis 2016 Univ.-Ass. am Institut für Zivilrecht der JKU Linz und ist nunmehr Rechtsanwaltsanwarter in der Kanzlei Beurle | Oberndorfer | Mitterlehner.

Kontaktadresse: Landstraße 9, 4020 Linz. Tel: 0732/7716530, E-Mail: Jakob.Kepplinger@bom.at

Vom selben Autor erschienen:

Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016); Schadenersatzverjährung bei Haftung für fremdes Verhalten, ÖJZ 2016, 629; Zur Bedeutung des VbVG für die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung, JBI 2017, 634 (1. Teil) und 711 (2. Teil); Der Maklervertrag mit dem Interessenten und das FAGG, immolex 2018, 134; Mitverschulden von Anlegern bei mehrfach fehlerhafter Beratung, ÖJZ 2018, 533.

Literatur:

Kerschner, Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, JBI 2001, 756; Schneeberger, Übersicht zur Berechnung der Höhe des Benützungsentgelts nach Wandlung, ecolex 2011, 23; Krist, Vorteilsausgleich nach Wandlung, ecolex 2015, 1044; Riauxtschnig, Benützungsentgelt für Fahrzeuge, ZVR 2017, 45; ders, Plausibilitätsprüfung der Höhe des angemessenen Nutzungsentgelts, ZVR 2018, 184; Pfeffer/Wegrath, Benützungsentgelt bei Wandlung, in FS Danzl (2017) 737; Wackerbarth, Ermittlung des Nutzungswertersatzes nach Rücktritt vom Autokaufvertrag, NJW 2018, 1713.

→ Literatur-Tipp



Jakob Kepplinger, Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at



Die Einschränkung der Lenkberechtigung bei strafrechtlichen Vorverurteilungen

Gelegentlich erstreckt sich die Konsequenz einer strafrechtlichen Verurteilung nicht allein auf die Verbüßung der ausgesprochenen Strafe. Die dem Schuldspruch im Strafverfahren zugrunde liegende Tat kann in der Folge zur Entscheidungsfindung in einem Verwaltungsverfahren herangezogen werden und als Begründung dienen, den Führerschein zu entziehen oder dessen Ausstellung zu versagen. Inwieweit ist dieses Vorgehen rechtens und worauf muss geachtet werden?

Von Katharina Köberl und Marek Sitner

Inhaltsübersicht:

- A. Problemaufriss
- B. Verkehrszuverlässigkeit und gesundheitliche Eignung (§§ 7, 8 FSG)
- C. Führerscheinenzug
 1. Delikte nach dem StGB
 2. Delikte nach dem SMG
- D. Conclusio

A. Problemaufriss

Seit 22. 11. 1984 besteht durch Art 4 des 7. ZP zur EMRK (in Kraft seit 1. 11. 1988) ein Doppelbestrafungsverbot. Dies soll verhindern, dass eine Person wegen derselben Tat zweimal bestraft oder zweimal wegen derselben Tat zweimal bestraft wird.¹⁾ Im Bereich des Verwal-

1) Art 4 Abs 1 des 7. ZP: „Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines

ZVR 2018/197

§§ 7, 8, 24 FSG

Verkehrszuverlässigkeit;
gesundheitliche Eignung;
Führerscheinenzug