

Dokument 4 von 6

Zak - Zivilrecht aktuell

Zak 2008/77

Zak 2008, 43

Heft 3 v. 19.02.2008

Thema

Zur "Neuen Gewährleistung" - Fragen aus der Praxis

Dr. Michael Meyenburg

Der vorliegende Beitrag untersucht aus Anlass der E 2 Ob 95/06v Rechtsfragen zum neuen Gewährleistungsrecht, insb zur Bemessung der Höhe des Gebrauchsvorteils bei **Wandlung** des Vertrages.

1. Einleitung

Durch die Umsetzung der *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG* im Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz (GewRÄG, BGBl I 2001/48) mit 1. 1. 2002 haben sich für Produzenten, Händler und Käufer neue Aspekte ergeben: Insbesondere die Verlängerung der Frist zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche für bewegliche Sachen auf zwei Jahre, die Einführung neuer Begriffe, die Festlegung des von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes der "vollen Konkurrenz von Gewährleistung und Schadenersatz" im neu geschaffenen § 933a ABGB sowie geänderte Verhaltensweisen aufseiten der Produzenten¹⁾ und Käufer²⁾ führen aufgrund bisher nicht geprüfter Sachverhalte zu neuen Rechtsfragen. Dazu hat der OGH schon in einigen Entscheidungen Stellung genommen³⁾. In einer 2007 ergangenen Entscheidung hat dieser wiederum einige Rechtsfragen erörtert, wobei jedoch auch einige Probleme, insbesondere zur Berechnung der *Höhe des Gebrauchsvorteils*, offengeblieben sind.

2. Der Anlassfall⁴⁾

Der Kläger, ein Kfz-Sachverständiger mit Wohnsitz in Deutschland, der einen PKW für die Ausübung seiner Berufstätigkeit benötigte, kaufte 2002 bei der Beklagten, einer Fahrzeughändlerin mit Sitz in Österreich einen fabriksneuen PKW mit diverser Zusatzausstattung zum Preis von 22.353 EUR (exkl USt und NOVA). Das Fahrzeug wies diverse Mängel auf, insbesondere war zuletzt das als zu integrierendes Zubehör mitgelieferte Navigationsgerät mangelhaft. Ein Austausch bzw Umtausch auf ein anderes Fahrzeug mit Aufzahlung wurde von der Beklagten abgelehnt, das Fahrzeug nach zweimaliger Begutachtung durch andere Sachverständige, die zahlreiche Mängel feststellten, nach eineinhalb Jahren und einer Kilometerleistung von 122.000 km zurückgestellt. Die **Wandlung** des Kaufvertrages wurde in erster und dritter Instanz als berechtigt angesehen.

3. Stillschweigender Ausschluss des UN-Kaufrechtes durch Verweis auf inländisches Recht in AGB

Die erste Rechtsfrage, mit der sich der OGH zu beschäftigen hatte, betraf das anzuwendende Recht. Das Berufungsgericht hatte den Käufer als ausländischen Unternehmer angesehen und das Wandlungsbegehren, weil er sein Wandlungsrecht nach Art 82 UN-Kaufrecht verloren habe, als nicht berechtigt beurteilt. Der OGH verneint dagegen die

Anwendung des - für den Verkäufer günstigeren - UN-Kaufrechts, weil dieses auch stillschweigend ausgeschlossen werden könne. Dies sei auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich, sofern sie - wie hier - wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind⁵⁾. Mit der darin vorgenommenen Bezugnahme auf das KSchG und auf die Bestimmungen des HGB wird nämlich auf ein bestimmtes nationales Recht, nämlich das österreichische, abseits des UN-Kaufrechts abgestellt, was als Ausschluss des Letzteren (jedenfalls im Bereich der Gewährleistung) bewertet werden muss⁶⁾. Die Ansprüche des Käufers waren daher nach "neuem" österreichischen Gewährleistungsrecht zu beurteilen.

4. Zubehör und Recht auf Wandlung

Zur **Wandlung** bei einem Autokauf wiederholt der OGH danach seine bereits geäußerte Ansicht, dass es dann, wenn ein Käufer *ein besonderes Interesse an einer bestimmten Eigenschaft* des Fahrzeugs⁷⁾ deutlich gemacht hat, nicht angehe, bei der Beurteilung, ob das Fehlen gerade dieser Eigenschaft einen nicht geringfügigen Mangel darstellt, diese klar erkennbare (subjektive) Einstellung des Käufers unberücksichtigt zu lassen. Ein derartiger Mangel sei daher jedenfalls nicht als geringfügig im Sinn des § 932 ABGB anzusehen, sondern berechtige den Käufer zur **Wandlung**⁸⁾.

Dies ist mE bei komplexen Maschinen und deren Zubehör, wie bei PKW, nicht von vornherein einleuchtend. Ist deswegen **Wandlung** des gesamten Vertrages gerechtfertigt, wenn nur ein Teil des Ver- bzw Gebrauchsgutes⁹⁾, der - wenn auch vom Käufer ausdrücklich gewünscht - nur als reines Zubehör anzusehen ist, nicht ordnungsgemäß funktioniert? Stellt nicht ein Mangel an einem solchen als Zubehör zu bezeichnenden Teil immer nur einen geringfügigen Mangel im Sinne des § 932 Abs 4 ABGB dar?

Diebstahl von Motorbremse. Zur Neuheit/Gebrauchsvorteil. Langenanscher Prozess vom 20.05.1994, 11

Dass der Käufer dem Verkäufer zunächst (auch) mehrmals die Chance zur Verbesserung gab, könne laut OGH weiters nicht dazu führen, wegen der sich für den Verkäufer dadurch jetzt ergebenden größeren Nachteile die Vertragsaufhebung nunmehr abzulehnen¹⁰⁾. Für die Interessenabwägung zwischen geringfügigem Mangel und einem solchen, der zu einer **Wandlung** des Vertrages nach § 932 Abs 4 ABGB berechtigt, sei *nur jener Wertverlust* zu berücksichtigen, der *bis* zu dem *Zeitpunkt* entstanden ist, zu dem der Käufer infolge der Ablehnung der primären Gewährleistungsbehelfe (Austausch, Verbesserung) **Wandlung begehrt** habe. Es gehe nicht an, dass ein Verkäufer, der den Austausch bzw die Verbesserung verweigere, worauf über das Wandlungsbegehren ein umfangreiches Verfahren durchgeführt werden müsse, sich auch auf den weiteren seit Erhebung des Wandlungsbegehrens eingetretenen Wertverlust berufen könnte¹¹⁾.

5. Wertverlust der Neuheit nicht gleich Gebrauchsvorteil

Diese Überlegungen sind jedenfalls bei neuwertigen Verbrauchsgütern richtig, besteht der Wertverlust ja zum großen Teil auch in der Inbetriebnahme eines Geräts oder einer Maschine¹²⁾. Davon ist aber eine allfällige Anrechnung eines *Gebrauchsvorteils* (Benützungsentgelt), der gerade nicht diesen anfänglichen Wertverlust der Neuwertigkeit abgelten soll, zu unterscheiden¹³⁾. Dieser stellt einen Bereicherungsanspruch des Verkäufers dar, wobei es dabei auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der **Wandlung** nicht ankommt.

6. Vorgehen bei Ablehnung primärer Gewährleistungsansprüche durch den Verkäufer

Der vom OGH zu beurteilende Fall ist eher als "atypisch" zu bezeichnen, weil es nicht nur um besondere Eigenschaften eines PKW in den Augen des Käufers ging, sondern das Fahrzeug trotz mehrmaliger Verbesserungsversuche zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch erhebliche Mängel aufwies und der Verkäufer, als ihm der Käufer schon beim Auftreten der ersten Mängel anbot, sein Fahrzeug auszutauschen, dies sogleich ablehnte, ohne sich auf eine weitere Verhandlung¹⁴⁾ einzulassen. Der Käufer nutzte dagegen in der Folge das Fahrzeug vor Rückgabe wohl mehr als umfangreich¹⁵⁾. Die logische Vorgangsweise in einem solchen Fall nach Ablehnung des Austausches durch den Verkäufer wäre gewesen, dass der Käufer ein gerichtliches Beweissicherungsverfahren begehrt, das Fahrzeug zurückstellt und den Kaufpreis (abzüglich allfälligem

Gebrauchsvorteil)¹⁶⁾ einklagt.

7. Schlüssiger Verzicht auf Wandlung durch Weiternutzung der Sache?

Die Weiterbenützung des Fahrzeuges schadete dagegen dem Käufer vorerst nicht: Trotz Ausübung des Wandlungsrechts kommt es allein durch die Weiternutzung der Sache noch nicht zu einem *schlüssigen Wandlungsverzicht*, der nach den Grundsätzen des § 863 ABGB zu erfolgen hat¹⁷⁾. Ein solcher darf aber nur dann angenommen werden, wenn das Verhalten bei Berücksichtigung aller Umstände keinen Zweifel offenlässt. Es ist also ein strenger Maßstab anzulegen und besondere Vorsicht geboten.

"Vor allem bei Unentgeltlichkeit (s auch § 915 ABGB)" müssten laut OGH daher besondere Umstände vorliegen, die auf einen ernsten Rechtsfolgewillen hinweisen¹⁸⁾, was nicht ganz verständlich ist. ME ist ein weit über dem Durchschnitt liegendes Fahrverhalten bei einem auch *entgeltlich zu berücksichtigenden* Gebrauchsvorteil *im Zweifel eher als schlüssiger Verzicht* auf das Wandlungsbegehrens anzusehen. Auch wenn der Käufer von Anfang an klargestellt hat, dass er daran interessiert sei, das gekaufte Fahrzeug "wieder loszuwerden", entbindet dieser Umstand ihn aber jedenfalls nicht von seiner Verpflichtung, auch das Interesse des Verkäufers, den ihn dabei treffenden Wertverlust zu minimieren, zu berücksichtigen. Dies ergibt sich auch aus der Schadensminderungspflicht im Falle der Gewährleistung¹⁹⁾.

8. Anrechnung der Nutzung durch den Käufer

Der Käufer muss sich auch nach Meinung des OGH "die bisherige Nutzung des Fahrzeuges anrechnen lassen²⁰⁾": Hat der Übernehmer einer mangelhaften Sache diese²¹⁾ verwendet und dadurch immerhin einen gewissen Nutzen erlangt²²⁾, dann stellt sich die Frage, ob ihm dieser Nutzen angerechnet werden kann, was der OGH bejaht.

9. Berechnung des Gebrauchsvorteils

Zur Bemessung der Höhe des angemessenen Benützungsentgelts bei der Sachnutzung²³⁾ ist dabei *nicht* auf den ortsüblichen *Mietzins* abzustellen, sondern auf den *Aufwand*, den der Käufer hätte tätigen müssen, um sich den Gebrauchsnutzen eines gleichwertigen PKW durch Kauf und Weiterverkauf nach Gebrauch zu verschaffen. Aufgrund der Aufhebung der Rechtssache in diesem Punkt hat der OGH zu einer Berechnung des Benützungsentgelts/*Gebrauchsvorteils* nicht mehr Stellung genommen. Es handelt sich dabei aber nicht, wie *Wilhelm* offensichtlich diese E interpretiert, um die inzwischen eingetretene *Wertminde-*

run, also den tatsächlichen Wertverlust an der Sache²⁴⁾, sondern um einen *bereicherungsrechtlichen Anspruch* (arg: "Gebrauchsnutzen"), der zu ersetzen ist²⁵⁾.

Zur Berechnung lohnt ein Blick nach Deutschland: Hier ist seit Jahren zum Neu-Kfz klargestellt, dass nach deutschem Recht die Gebrauchsvorteile des Käufers als Rückgewährschuldner zu vergüten sind²⁶⁾. Die Bemessung hat nicht an geschätzten, fiktiven Mietwagenkosten und Leasingraten zu erfolgen, sondern es gilt der Bruttokaufpreis als Bemessungsgrundlage. Zu diesem wird die Gesamtfahrleistung als Gebrauchswert angenommen und der Restwert dabei nicht berücksichtigt, da dieser meist mit vorausgegangenen Reparaturaufwendungen kompensiert wurde. Die Forderung nach Beteiligung des Käufers am erhöhten anfänglichen Wertverlust des Fahrzeuges ist auch dort unzulässig, weil Gebrauchswert und Wertverlust nicht in jeder Phase der Benutzung identisch sind²⁷⁾. Es wird also der *anteilige lineare Wertschwund* über die *gesamte mögliche Nutzungsdauer* berechnet, mit der Einschränkung, dass dabei die Differenz zwischen Anschaffungspreis und Verkehrswert des Fahrzeugs in mangelfreiem Zustand bei Rückgabe zulasten des Käufers nicht überschritten werden darf. Falls Mängel die Gebrauchstauglichkeit oder den Fahrkomfort erheblich einschränken, sind die vom Käufer zu vergütenden Gebrauchsvorteile zu kürzen²⁸⁾.

Die mathematische Formel für die Berechnung der Gebrauchsvorteile bei Fahrzeugen lautet daher:

$$\text{Gebrauchsvorteil} = \frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrne Kilometer}}{\text{erwartete Gesamtlaufleistung}}$$

Die Gesamtlauf- bzw Gesamtfahrleistung muss in jedem Fall ermittelt werden; sie beträgt zumindest 150.000 km bei Neu-PKW und wird sich bei Fahrzeugen der Luxusklasse entsprechend erhöhen²⁹).

Bei fahrzeugähnlichen Gebrauchsgütern³⁰) wird man eine ähnliche lineare Wertschwundberechnung anstellen können. Bei sonstigen Gebrauchsgütern, die auch von Unternehmern als Anlagevermögen abzuschreiben sind, wird wohl eher auf die Abschreibungsdauer (plus allfälliger branchenüblicher längerer Nutzungsdauer) abzustellen sein. Jedenfalls ergibt diese in Deutschland für Fahrzeuge aller Art schon lange praktizierte Berechnung entsprechende Flexibilität und hat sich als praktikabel erwiesen³¹).

10. Ersatz von Mangel(folge)schäden

§ 933a Abs 1 ABGB schreibt den schon länger in der Rsp vertretenen Grundsatz der vollen Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz explizit im Gesetz fest (arg: "auch"); damit wird klargestellt, dass der Übernehmer wegen der vom Übergeber verschuldeten (= schuldhaft nicht vor Übergabe beseitigten) Mängel auch Anspruch auf Schadenersatz hat³²). Demgemäß sind Geldersatzansprüche - auch neben dem Recht auf **Wandlung** eines Kaufvertrags - keineswegs ausgeschlossen³³). Ein Käufer ist daher nicht nur berechtigt, den Kaufpreis bereicherungsrechtlich rückzufordern, sondern ebenso den Ersatz von Mangelschäden und von Mangelfolgeschäden zu begehren³⁴).

Der OGH sah daher die vom Erstgericht gem § 273 ZPO festgesetzte, vom Käufer unter diesem Titel begehrte pauschale Unkostenvergütung für Verbesserungsversuche (Fahrkosten, Verdienstentgang, Telefonate) und für höhere Benzinkosten durch geringere Motorleistung (Treibstoffverbrauch zwischen 12 und 14 Liter auf 100 km über ein Jahr) als berechtigt an.

11. Exkurs: Gemeinschaftsrechtliche Überlegungen

Die Zulässigkeit der Gewährung von **Nutzungsentgelt** bei **Wandlung** ist allerdings vor dem Hintergrund der neuesten Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht nicht selbstverständlich. So hat Generalanwältin *Verica Trstenjak* in ihren Schlussanträgen in der Rs C-404/06, *Quelle gegen Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* 35), vorgeschlagen, auszusprechen, dass Art 3 Abs 2 iVm Abs 3 Unterabs 1 und Abs 4 oder Art 3 Abs 3 Unterabs 3 der Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, die besagt, dass der Verkäufer im Fall der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Ersatzlieferung vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsguts verlangen kann. Auf die weitere Entwicklung in Luxemburg darf man daher gespannt sein.

12. Zusammenfassung

- Im Falle der berechtigten **Wandlung** des Kaufvertrags hat der Käufer sich den *Gebrauchsvorteil anrechnen* zu lassen. Dieser wird bei Kfz nach deutschem Vorbild wohl am besten als *anteiliger linearer Wertschwund* über die *gesamte mögliche Nutzungsdauer* nach folgender Formel zu berechnen sein: