

# TE OGH 2020/9/23 30R202/20a

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.09.2020

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Iby als Vorsitzenden sowie die Richterin Mag.a Fitz und den Richter Dr. Stiefsohn in der Rechtssache der klagenden Partei P\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Gernot Faber und Mag. Christian Kühneubl, Rechtsanwälte in Wiener Neustadt, wider die beklagte Partei B\*\*\*\*\*, vertreten durch die Eckert Fries Carter Rechtsanwälte GmbH in Baden, und die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei B\*\*\*\*\*, vertreten durch die Mahringer Steinwender Bestebner Rechtsanwälte OG in Salzburg, wegen zuletzt EUR 60.700 sA, über den Kostenreks der beklagten Partei (Rekursinteresse: EUR 7.996,40) gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt vom 11.8.2020, 2 Cg 95/18g-41, in nicht öffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils wird geändert und lautet:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 17.532,14 (darin EUR 2.093,33 USt und EUR 4.972,16 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 401,05 (darin EUR 66,84 USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Revisionsreks ist jedenfalls unzulässig.

## Text

Begründung:

Die Klägerin leaste von der B\*\*\*\*\* Leasing GmbH einen BMW 540d xDrive Touring G31 B57, den diese am 28.8.2017 um EUR 76.200 von der Beklagten gekauft hatte, welche das Fahrzeug wiederum von der Nebenintervenientin erworben hatte. Die B\*\*\*\*\* Leasing GmbH trat der Klägerin alle das Fahrzeug betreffenden Gewährleistungsansprüche ab.

Die Klägerin begehrte mit ihrer am 6.12.2018 eingebrachten Klage von der Beklagten zunächst die Rückzahlung des Kaufpreises von EUR 76.200 sA und brachte vor, der Einparkassistent des Fahrzeugs (Park Distance Control) sei mangelhaft, dies sei nicht verbesserbar. Sie habe daher einen Anspruch auf Wandlung des Kaufvertrags und Rückzahlung des Kaufpreises. Ein Benützungsentgelt rechnete sie nicht an.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens mit der Begründung, es liege kein Mangel vor, der die Klägerin zur Wandlung berechtigte. Für den Fall der Berechtigung des Wandlungsbegehrens entgegnete sie, die

Klägerin müsse sich ein angemessenes Benützungsentgelt von zumindest EUR 16.500 anrechnen lassen; der Zahlungsanspruch bestehe außerdem nur Zug um Zug gegen Rückstellung des Fahrzeugs.

Die Klägerin schränkte das Klagebegehren in der Tagsatzung vom 6.7.2020 um das von ihr angenommene angemessene Benützungsentgelt von EUR 15.500 auf EUR 60.700 sA und außerdem um eine Zug-um-Zug-Verpflichtung zur Rückstellung des Fahrzeugs ein.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Zahlungsbegehr im Ausmaß von EUR 59.025 sA statt, Zug um Zug gegen Rückstellung des Fahrzeugs, ohne ausdrücklich über das Mehrbegehren abzusprechen. Es ging augenscheinlich davon aus, dass die Klägerin Anspruch auf die Rückerstattung des Kaufpreises (EUR 76.200) abzüglich des angemessenen Benützungsentgelts (EUR 17.175) habe. Mit der Kostenentscheidung verpflichtete es die Beklagte, der Klägerin die mit EUR 24.444,98 (darin EUR 3.004,33 USt und EUR 6.419 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen, und stützte sich dafür auf § 43 Abs 2 ZPO. Die Klägerin habe zwar nicht mit dem gesamten Zahlungsbegehr obsiegt. Die Berechnung des Benützungsentgelts sei aber erst zum Schluss der mündlichen Verhandlung möglich gewesen, weil die Klägerin das Fahrzeug bis dahin benutzt habe. Zudem sei das Benützungsentgelt der Höhe nach vom Sachverständigen auszumitteln gewesen. Die Beklagte hätte das Wandlungsbegehr sofort anerkennen und so eine weitere Benützung des Fahrzeugs durch die Klägerin und eine Erhöhung des Benützungsentgelts während des Verfahrens hintanhalten können.

Gegen diese Kostenentscheidung richtet sich der Kostenrekurs der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, sie abzuändern und den Kostenzuspruch an die Klägerin um EUR 7.996,40 zu kürzen.

Die Klägerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist überwiegend berechtigt.

1. Die Beklagte argumentiert im Rekurs im Wesentlichen, das Erstgericht habe im ersten Abschnitt (bis zur Klagseinschränkung vom 6.7.2020) zu Unrecht § 43 Abs 2 ZPO angewendet, anstatt mit Quotenkompenstation nach § 43 Abs 1 ZPO vorzugehen. Die Höhe des Benützungsentgelts sei nicht vom Sachverständigen auszumitteln gewesen. Vielmehr habe die Klägerin das Benützungsentgelt selbst ermittelt und das Klagebegehren schon vor der Ausmittlung durch den Sachverständigen eingeschränkt.

Das Rekursgericht, das aufgrund der gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge die materiell-rechtliche Richtigkeit der angefochtenen Kostenentscheidung nach allen Richtungen hin zu prüfen hat (RS0043352), hat dazu erwogen:

2. Zur Rückstellungsverpflichtung des mit dem Aufhebungs- oder Wandlungsbegehr durchdringenden Klägers als von diesem zurückzugebender Vorteil nach Bereicherungsrecht gehört auch, dass er im Fall der fortgesetzten Benützung der Sache ein dem verschafften Nutzen angemessenes Entgelt entrichten muss (RS0019850), wobei er jenen (Gebrauchs-)Vorteil zu vergüten hat, der ihm nach seinen subjektiven Verhältnissen tatsächlich entstanden ist, weil er sich den Aufwand für eine Ersatzbeschaffung erspart hat (4 Ob 286/04v; 8 Ob 59/16h). Das Begehr des Beklagten auf Zahlung eines angemessenen Benützungsentgelts bei der bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung ist grundsätzlich als Gegenforderung geltend zu machen. zieht es der Kläger aber schon von sich aus vom geltend gemachten Zahlungsanspruch ab, so rechnet er mit einem Teil seiner Kapitalforderung gegen eine (von ihm erwartete und akzeptierte) Gegenforderung des Beklagten auf; insoweit steht ihm die Kapitalforderung nicht mehr zu. Prozessual handelt es sich dabei um eine Beschränkung des Begehrns (4 Ob 70/18z).

3. Bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen über Kraftfahrzeuge ist das angemessene Benützungsentgelt nach jenem Aufwand zu bemessen, den der Käufer hätte tragen müssen, um sich den Gebrauchsnutzen eines gleichwertigen Fahrzeugs durch Kauf und Weiterverkauf nach dem Gebrauch zu verschaffen (RS0018534). Die mit dem Verlust der Neuheit des Fahrzeugs verbundene erhöhte Wertminderung darf dabei nicht zur Gänze zu Lasten des Käufers, der die Wandlung nicht zu vertreten hat, veranschlagt werden (3 Ob 248/08d; 5 Ob 274/09v; 8 Ob 74/13k). Die Bemessung des Benützungsentgelts hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (8 Ob 59/16h) und kann auch gemäß § 273 ZPO erfolgen (1 Ob 110/05s; 3 Ob 131/19i). Unabhängig davon, ob der Kläger das Benützungsentgelt selbst einschätzt und schon von sich aus vom geltend gemachten Zahlungsanspruch abzieht oder ob der Beklagte eine entsprechende Gegenforderung erhebt, hängt seine Höhe idR von der Feststellung durch richterliches Ermessen auf der Grundlage von Befund und Gutachten eines kraftfahrzeugtechnischen Sachverständigen ab.

4. Abgesehen vom Fall des verhältnismäßig geringfügigen Unterliegens ohne besondere Kostenrelevanz (§ 43 Abs 2 Fall 1 ZPO) ist das Kostenprivileg des § 43 Abs 2 ZPO zu Gunsten des Klägers anzuwenden, „wenn der Betrag der von ihm erhobenen Forderung von der Feststellung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Abrechnung abhängig ist“ (§ 43 Abs 2 Fall 2 ZPO). Der Grundgedanke dieser Variante ist es, dem Kläger die mit der Bezifferung der Klagebegehren verbundenen Schwierigkeiten abzunehmen (RS0122016; M. Bydlinski in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze3 § 43 ZPO Rz 18; Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO5 § 43 Rz 11). Sie privilegiert folglich nur das teilweise Unterliegen des Klägers mit der Klageforderung („der von ihm erhobenen Forderung“) und setzt voraus, dass nicht ihr Grund, sondern nur ihre Höhe strittig ist („Betrag“, „Ausmittlung“; M. Bydlinski aaO; Fucik aaO).

5. Der Fall, dass nicht die Klageforderung, sondern eine Gegenforderung, mit der der Beklagte gegen die Klageforderung aufrechnet, von der Feststellung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Abrechnung abhängt, ist von § 43 Abs 2 ZPO nicht erfasst (M. Bydlinski, Kostenersatz 251). Der Vorschlag von Fucik, die „gegenseitige Abrechnung“ als „gegenseitige Aufrechnung“ zu verstehen, um das Kostenprivileg auch auf diesen Fall auszudehnen (Fucik aaO), überzeugt das Rekursgericht nicht, kann man dem Gesetzgeber doch nicht unterstellen, begrifflich nicht zwischen „Abrechnung“ und „Aufrechnung“ zu unterscheiden. Das teilweise Unterliegen des Klägers aufgrund des Zurechtbestehens einer Gegenforderung, mit der der Beklagte gegen die Klageforderung aufrechnet, ist damit nicht privilegiert (so schon OLG Wien 34 R 1/15i [nicht veröffentlicht]).

6. Gemäß der ständigen Rechtsprechung zum Streitgegenstand im Zivilprozess RS0037522; RS0039255) ist auch für die Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO die Klageforderung das Klagebegehr und das Tatsachenvorbringen, aus dem es abgeleitet wird. In den Fällen der Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nach dessen Wandlung sind dabei, je nach Klagebegehr und Klagevorbringen, zwei Fälle denkbar:

a. Fordert der Kläger vom Beklagten nicht den gesamten Kaufpreis zurück, sondern zieht sich bereits selbst ein Benützungsentgelt ab, ist die Klageforderung (also „die von ihm erhobene Forderung“ iSd § 43 Abs 2 ZPO) die Kaufpreisrückzahlung abzüglich des angemessenen Benützungsentgelts. Die Höhe dieser Klageforderung hängt entscheidend von der Höhe des Benützungsentgelts und damit von der Feststellung durch richterliches Ermessen oder der Ausmittlung durch Sachverständige ab, sodass sie – sofern der Kläger nicht überklagt hat – nach § 43 Abs 2 ZPO privilegiert ist.

b. Fordert der Kläger vom Beklagten dagegen den gesamten Kaufpreis zurück, ohne davon ein Benützungsentgelt abzuziehen, ist die Klageforderung allein die Kaufpreisrückzahlung. Die Höhe dieser Forderung hängt idR nicht von der Feststellung durch richterliches Ermessen oder der Ausmittlung durch Sachverständige ab, sondern ergibt sich aus dem Kaufvertrag. Wendet der Beklagte das angemessene Benützungsentgelt als Gegenforderung ein und unterliegt der Kläger mit seiner Klageforderung deshalb teilweise, kann er die Privilegierung des § 43 Abs 2 ZPO nicht in Anspruch nehmen. In dieser Konstellation hängt letztlich nur die Gegenforderung von der Feststellung durch richterliches Ermessen oder der Ausmittlung durch Sachverständige ab.

7. Zusammengefasst gilt in den Fällen der Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug: Zieht sich der Kläger bereits selbst ein Benützungsentgelt ab, ist er, außer im Fall der Überklagung, durch das Kostenprivileg geschützt. Solange er dies nicht tut, greift das Kostenprivileg nicht ein.

8. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin im ersten Abschnitt (bis zur Klagseinschränkung vom 6.7.2020) die Rückzahlung des gesamten Kaufpreises des Fahrzeugs verlangt, ohne sich ein Benützungsentgelt anzurechnen. Der Streitwert betrug folglich EUR 76.200. Aufgrund des im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von der Klägerin zu leistenden angemessenen Benützungsentgelts von EUR 17.175 drang sie mit EUR 59.025 (entsprechend rund 77 % des Streitwerts) durch. Von einem Unterliegen mit einem „verhältnismäßig geringfügigen Teil“ des Klageanspruchs (§ 43 Abs 2 Fall 1 ZPO) kann hier nicht gesprochen werden. Das Kostenprivileg des § 43 Abs 2 Fall 2 ZPO ist aber nach den dargelegten Grundsätzen hier nicht anzuwenden, weil die Klageforderung („die von ihm erhobene Forderung“) nach Klagebegehr und Klagevorbringen ausschließlich die Kaufpreisrückzahlung (iSd oben erörterten Variante b.) war. Diese war nicht von der Feststellung durch gerichtliches Ermessen oder der Ausmittlung durch den Sachverständigen abhängig, sondern ausschließlich die Gegenforderung der Beklagten, die auf die Zahlung eines angemessenen Benützungsentgelts gerichtet war. Der eingeschränkte Prozesserfolg der Klägerin war somit keine Folge der Ausübung

richterlichen Ermessens oder der Ausmittlung durch den Sachverständigen, sondern des Zurechtbestehens der Gegenforderung. Eine derartige Aufrechnungslage ist, wie oben dargelegt, kein Anwendungsfall des Kostenprivilegs nach § 43 Abs 2 ZPO (OLG Wien 34 R 1/15i; ähnlich OLG Wien 4 R 20/20w [beide nicht veröffentlicht]). Das Rekursgericht teilt daher im Ergebnis die Ansicht der Beklagten, dass der erste Abschnitt nach § 43 Abs 1 ZPO zu beurteilen ist.

9. Die Beklagte geht im Rekurs von einer Obsiegensquote der Klägerin für den ersten Abschnitt (bis zur Tagsatzung vom 6.7.2020) von 77,46 % aus, was rechnerisch nicht zu beanstanden ist. Die Klägerin hat daher, wie die Beklagte weiter richtig ausführt, Anspruch auf den Ersatz von 54,92 % ihrer Prozesskosten auf der Bemessungsgrundlage von EUR 76.200. Die Kostenberechnung der Beklagten im Rekurs ist mit einer Ausnahme richtig: Sie übersieht, dass die Klägerin für die Tagsatzung vom 3.4.2019 einen Anspruch auf den doppelten Einheitssatz hat, weil ihre Vertreter diese außerhalb ihres Kanzleisitzes verrichtet haben (§ 23 Abs 5 RATG). Darüber hinaus hat die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz von 77,46 % ihrer Barauslagen, ebenfalls auf der Bemessungsgrundlage des vollen Streitwerts (EUR 76.200). Die Ansicht der Beklagten, die Pauschalgebühr sei der Klägerin nur auf der Grundlage des obsiegten Betrags (EUR 59.025) zu ersetzen, trafe bei § 43 Abs 2 Fall 2 ZPO zu (RS0116722 [T2]), nicht aber bei § 43 Abs 1 ZPO. Die Beklagte bezweifelt nicht, dass der Berechnung die von der Klägerin verzeichneten Beträge einschließlich EUR 3.500 Sachverständigengebühren zu Grunde zu legen sind. Auch den Kostenzuspruch für den zweiten Abschnitt bekämpft sie nicht. Insgesamt ergibt sich daher folgender Kostenzuspruch an die Klägerin in der Gesamthöhe von EUR 17.532,14 (um EUR 6.912,84 weniger als im Ersturteil):

12.10.2018 Klage TP3A EUR 469,18

100 % ES EUR 469,18

ERV-Kosten EUR 4,10

Pauschalgebühr EUR 2.261,06

30.01.2019 Schriftsatz TP3A EUR 469,18

50 % ES EUR 234,59

ERV-Kosten EUR 2,10

03.04.2019 Tagsatzung TP3A (1h) EUR 469,18

100 % ES EUR 469,18

07.05.2019 Befund TP3A (2h) EUR 703,77

100 % ES EUR 703,77

24.09.2019 frustrierte Tagsatzung EUR 16,04

100 % ES EUR 16,04

30.09.2019 Befund TP3A (2h) EUR 703,77

100 % ES EUR 703,77

06.07.2020 Tagsatzung TP3A (5h) EUR 2.516,40

100 % ES EUR 2.516,40

Sachverständigengebühr EUR 2.711,10

---

EUR 10.466,65 EUR 4.972,16

20 % USt EUR 2.093,33

10. Die Kostenentscheidung für das Rekursverfahren gründet auf §§ 50, 43 Abs 1 ZPO. Die Beklagte ist mit rund 86 % ihres Rekursinteresses durchgedrunken und hat daher Anspruch auf den Ersatz von 72 % ihrer Rekurskosten. Der ERV-Zuschlag beträgt EUR 2,10.

11. Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet auf § 528 Abs 2 Z 3 ZPO.

**Textnummer**

EW0001055

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2020:03000R00202.20A.0923.000

**Im RIS seit**

19.10.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

19.10.2020

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)