

zurückzuweisen sind. Wir sind also nicht nur gehalten, selbst von einer *Benachteiligung oder Herabwürdigung von Gruppen oder einzelnen Personen*<sup>7)</sup> Abstand zu nehmen, sondern vielmehr gefordert, vehement einzuschreiten, wenn im Zusammenhang mit einem von uns geführten Verfahren solche Diskriminierungen – von wem und gegen wen auch immer – erfolgen. Dass wir auch in diesem Zusammenhang fortwährend kritisch hinterfragen müssen, wann die Grenzen zulässiger Wertungen überschritten werden und wir gerade dabei die gesellschaftlichen Entwicklungen im Wandel der Zeit nicht aus den Augen verlieren dürfen, muss wohl nicht gesondert betont werden.

Wenn wir in diesem Sinne kritisch mit unseren individuellen Vorurteilen umzugehen lernen, uns der – je nach Empfängerhorizont unterschiedlichen – Wirkung schriftlicher und mündlicher Äußerungen bewusst sind, darauf aufbauend versuchen, die uns mit ihren Problemen anvertrauten Menschen unvoreingenommen, würdig und unparteiisch zu behandeln, dabei allen Opponenten im gleichen Verhältnis Gehör einräumen und es uns gelingt, Erniedrigungen und Demütigungen abzuwehren, dann sind wir am besten Weg, im Einklang mit den Empfehlungen der Welser Erklärung zu agieren und dadurch einen Beitrag zu leisten, das Vertrauen der Menschen in die

dritte Staatsgewalt aufrecht zu erhalten.

Dass diese Bemühungen bei steigendem Erledigungsdruck aber nur von Erfolg gekrönt sein können, wenn ausreichend Zeit zur Verfügung steht, die übertragenen Aufgaben im geschilderten Sinn zu erfüllen, muss gerade in Zeiten drohender Personaleinsparungen ganz besonders betont werden.

5) Ausführlich dazu *Haider/Gassner*, Peer Support als Möglichkeit der Qualitätssicherung in der Rechtsprechung, RZ 2015, 2 ff.

6) *Fucik* in Rechberger ZPO<sup>4</sup> Vor § 171 ZPO Rz 9.

7) [https://de.wikipedia.org/wiki/Diskriminierung#cite\\_note-SWB-1](https://de.wikipedia.org/wiki/Diskriminierung#cite_note-SWB-1)

## Benützungsentgelt bei Wandlung<sup>1)</sup>

### Berücksichtigung und Ermittlung in Judikatur und Praxis

AUTOREN: Dr. Wolfgang Pfeffer, Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Unfallanalyse und Kfz-Technik, Wien;  
Mag. Karl-Heinz Weggrath, Jurist, Unternehmensberater, Trainer und Coach, Eggenburg.

#### ÜBERSICHT:

- I. DIE ENTWICKLUNG DES BEGRIFFS „BENÜTZUNGSENTGELT“ BEI VERTRAGSAUFHEBUNG EINES FAHRZEUGKAUFS UND RÜCKABWICKLUNG IN DER ÖSTERREICHISCHEN UND DEUTSCHEN RECHTSPRAXIS
  - A. Außergerichtliche Praxis bei der Festlegung des Benützungsentgelts
  - B. Rechtsprechung des OGH zur Festlegung eines angemessenen Benützungsentgelts
  - C. Rechtsprechung in Deutschland und Urteil des EuGH zum Benützungsentgelt
- II. BERECHNUNGSMETHODEN ZUR ERMITTLUNG DES BENÜTZUNGSENTGELTES
- III. ZUSAMMENFASSUNG

#### I. DIE ENTWICKLUNG DES BEGRIFFS „BENÜTZUNGSENTGELT“ BEI VERTRAGSAUFHEBUNG EINES FAHRZEUGKAUFS UND RÜCKABWICKLUNG IN DER ÖSTERREICHISCHEN UND DEUTSCHEN RECHTSPRAXIS

In den letzten Jahren hat die Anzahl an Vertragsanfechtungen nach einem Fahrzeugkauf – va im außergerichtlichen Bereich – eklatant zugenommen. Vertragsaufhebungen mit „Ex tunc“-Wirkung aus dem Vertrags- aber auch aus dem Gewährleistungsrecht werden aus den unterschiedlichsten Gründen begehrt. Allem voran zeichnet sich ab, dass in Angeboten angeführte, jedoch tatsächlich fehlende Ausstattungen ohne entsprechende Aufklärung bis

zum Kaufvertragsabschluss die Anzahl an Wandlungsbegehren mittlerweile anführen. Wie die Praxis zeigt, ist ua die Fehleranfälligkeit iZm Online-Angeboten auf Internetplattformen dafür ausschlaggebend. Aber auch der VW-Abgasskandal zeigt auf, welche unterschiedlichen rechtlichen Ansatzpunkte zu einem Wandlungsbegehren führen können.

Auf die rechtlichen Anspruchsgrundlagen für eine Wandlung soll in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen

1) Dieser Beitrag wurde bereits in der FS für Karl-Heinz Danzl zum 65. Geburtstag veröffentlicht. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung der MANZ'schen Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

werden. Vielmehr ist aufzuzeigen, welcher rechtliche Ansatz zu wählen ist, um einen entsprechenden Abzug vom rückzuzahlenden Kaufpreis infolge der Vertragsaufhebung für die Nutzung des Fahrzeugs durch den Käufer rechnerisch ermitteln zu können. Grundsätzlich kann die Herausgabe (Abgeltung) des Vorteils, den der Käufer durch den Gebrauch des Fahrzeugs erlangt, nach allgemeinem Bereicherungsrecht verlangt werden.

#### A. Außergerichtliche Praxis bei der Festlegung des Benützungsentgelts

Mangels einer einheitlichen Rsp zum weitumfassenden Thema des Benützungsentgelts<sup>2)</sup> und dafür konkreter Berechnungsmethoden wurde in den Anfängen oftmals der ortsübliche Mietzins eines gleichwertigen Fahrzeugs für die Dauer der Nutzung durch den Käufer herangezogen. Da jedoch im Mietzins eines gewerblichen Vermieters ein die allgemeine Wertminderung des Fahrzeugs durch Zeitablauf und Fahrleistung übersteigender Entgeltanteil enthalten ist, wurde schon bald durch die Rsp des OGH darauf hingewiesen, dass im Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Kfz zur Bemessung der Höhe des angemessenen Benützungsentgelts gerade nicht auf den ortsüblichen Mietzins abzustellen sei. Die Bemessung des im Rahmen der Rückabwicklung zu leistenden Benützungsentgeltes nach dem ortsüblichen Mietzins würde bei Sachen, die auf lange Zeit üblicherweise nicht gemietet, sondern käuflich erworben werden, weil ein Benützungsentgelt schon in verhältnismäßig kurzer Zeit die Höhe des Barkaufpreises erreichen würde, zu nicht sachgerechten, höchst unbilligen Ergebnissen führen.<sup>3)</sup> Dennoch wurde immer wieder versucht, diesbezüglich den ortsüblichen Mietzins zu fordern. Dies auch im Klagsweg, da der OGH in seiner

Rsp fortwährend auf diese rechtlich nicht zutreffende Anwendung verweisen musste.<sup>4)</sup>

Weiters wurden teilweise weder konkret berechnete noch generell für den Anlassfall nachvollziehbare Entschädigungssätze pro gefahrenem Kilometer in Anschlag gebracht, um auf diese Weise rasch zu einer pauschalen Nutzungsentschädigung zu gelangen.<sup>5)</sup> Diese Vorgangsweise setzt sich bis zum heutigen Tage in der außergerichtlichen Praxis fort und führte schon zu manch kuriosen Ergebnissen, meist zulasten des Käufers. Abschließend ist anzumerken, dass in den meisten Fällen der außergerichtlichen Rückabwicklung noch immer kein Sachverständiger zur Berechnung des Benützungsentgelts beigezogen wird.

#### B. Rechtsprechung des OGH zur Festlegung eines angemessenen Benützungsentgelts

Zentral hat der OGH in seiner älteren Rsp darauf verwiesen, dass man insofern zu einem gebührenden angemessenen Benützungsentgelt gelangt, wenn man berücksichtigt, welchen Aufwand der Käufer tätigen hätte müssen und sich daher durch die Benützung des Fahrzeugs erspart hat, um sich den Gebrauchsnutzen eines gleichwertigen gebrauchten Pkw für die Zeit des Ankaufs bis zum Zeitpunkt der Rückgabe durch Kauf und Weiterverkauf nach Gebrauch zu verschaffen.<sup>6)</sup> Dies durch Differenz zwischen dem tatsächlich bezahlten Kaufpreis und dem nach Gebrauch erzielten Wiederverkaufspreis. Ein derartiger Ansatz entspricht jedoch eigentlich nicht dem Begriff „Benützungsentgelt“, sondern es wird dadurch vielmehr die volle Wertminderung des Fahrzeugs durch den Verlust der Neuheit im Zeitraum zwischen Ankauf und Weiterverkauf nach erfolgter Wandlung dem Käufer als Wandlungsberechtigten zu

dessen Lasten angerechnet. War dieser Ansatz zur Bemessung der Höhe des angemessenen Benützungsentgelts der Sachnutzung bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrags von einem älteren Gebrauchtfahrzeug zum damaligen Zeitpunkt gerade noch nachvollziehbar, so ist man damit bei einer Rückabwicklung eines Neufahrzeugkaufs aufgrund des anfänglich hohen Wertverlusts offensichtlich an die Grenzen des Vertretbaren gestoßen.

Bereits in einer früheren Entscheidung ging der OGH davon aus, dass dem Käufer, der die Rückabwicklung nicht zu vertreten habe, durch Auflegung eines Benützungsentgelts nicht die Wertminderung aufgebürdet werden dürfe, welche die Sache durch den Verlust der Neuheit erleide.<sup>7)</sup>

Diese Rsp wurde in weiterer Folge auf die Rückabwicklung von Kaufverträgen über Kfz angewendet; das wurde ua damit begründet, dass ansonsten durch Bemessung der Höhe der Bereicherung nach der Wertminderung, die das Gut dessen erleide, der den Rücktrittsgrund zu vertreten habe, nicht der Gebrauchsnutzen des Bereicherten abgeschöpft, sondern der Vermögensnachteil des vertragswidrig handelnden Verkäufers ausgeglichen würde.<sup>8)</sup> Auch die Rechtslehre verwies darauf, dass, wenn der Bereicherte eine eigene Sache benutzen wollte, der Vorteil in der Ersparnis der Abnutzung der eigenen Sache liege.<sup>9)</sup> In Folge wurde dieser Ansatz weiter in Richtung des tatsächlich entsprechenden Begriffs „Benützungsentgelt“ verfestigt. Der OGH verweist dabei in seiner jüngeren Rsp auf einzelne auch schon ältere Urteile, denen zufolge der Benutzer ein dem verschafften Nutzen angemessenes Entgelt zu entrichten hat bzw der redliche Benutzer dabei jenen Vorteil zu vergüten hat, der ihm nach seinen subjektiven Verhältnissen entstanden ist.<sup>10)</sup> Weiters wurde iZm verzögerten

Abwicklungen nach einem Wandlungsbegehren des Käufers ausgesprochen und relativiert, dass zwischen dem für die Beurteilung der Berechtigung des Wandlungsbegehrens maßgeblichen Wertverlust der Sache und dem Nutzen, den sich der Käufer durch trotz Wandlungsbegehren fortgesetzter Verwendung des mangelhaften Fahrzeugs verschafft hat, zu unterscheiden ist. Es ist daher bei einem berechtigten Wandlungsbegehren nach § 932 Abs 4 ABGB nur jener Wertverlust zu berücksichtigen, der bis zu dem Zeitpunkt entstanden ist, zu dem der Käufer wegen Ablehnung der primären Gewährleistungsbefehle durch den Verkäufer Wandlung begehrt hat.<sup>13)</sup> Danach fällt für die weitere Nutzung ein Benützungsentgelt an.

Auch iZm Rückabwicklungen von Kaufverträgen bei Sondernutzfahrzeugen bzw Arbeitsmaschinen (wie zB einer Rundballenpresse) wurde verstärkt und wegweisend auf die konkrete Nutzung durch den Käufer bis zur Wandlung bei der Berechnung des Benützungsentgelts abgestellt. Einem Käufer, der die Wandlung nicht zu vertreten hat, darf auch nicht die gerade bei neuen Geräten am Anfang sehr hohe Wertminderung durch Zeitablauf („degressive Abschreibung“) angelastet werden. Es ist also der Anteil an der Wertminderung zu ermitteln, der auf die gebrauchsbefindliche Abnutzung zurückzuführen ist.<sup>12)</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Benützungsentgelt von einer anfänglich vollen Wertminderung des Fahrzeugs im Zeitraum zwischen dem Ankauf und dem Wandlungszeitpunkt zu einer tatsächlichen Berücksichtigung ein dem verschafften Nutzen des Käufers als Wandlungsberechtigten angemessenes Entgelt herangeführt wurde. Für das lineare Abwertungsmodell zur Bemessung nach deutschem

Vorbild wurde in einem 2008 erschienenen Fachartikel zu dieser Thematik plädiert.<sup>13)</sup> Auch seitens der Lehre wurde im Zuge eines kürzlich präsentierten Vortrages zum Thema „Rechtsfolgen falscher Abgaswerte“ die Anwendung der linearen Abwertungsmethodik empfohlen.<sup>14)</sup>

Es ist wohl davon auszugehen, dass die Rsp diesem Ansatz weiter folgen wird bzw der OGH dies beibehält. Eine andere Möglichkeit wäre die Berechnung des Nutzungsentgeltes als Differenz zwischen dem Bruttokaufpreis und dem Händlereinkaufswert zum Wandlungszeitpunkt. Bei diesem Modell wäre allerdings der volle zeitbedingte (degressive) Wertverlust im Nutzungsentgelt enthalten, zudem würde der Käufer auch noch um die Händlerspanne beschwert. Im Wandlungsfall hätte der Wandlungsberechtigte dabei gegenüber einem normalen Eintausch des Fahrzeuges bei einem Fahrzeughändler kaum einen Vorteil.

### C. Rechtsprechung in Deutschland und Urteil des EuGH zum Benützungsentgelt

In Deutschland hat sich sowohl in der außergerichtlichen Praxis als auch in der Rsp bei der Wandlung eines Neufahrzeugs schon länger manifestiert, dass die Berechnung des Benützungsentgelts vom Bruttokaufpreis als Bemessungsgrundlage ausgehend iVm der tatsächlich gefahrenen Kilometeranzahl und der zu erwartenden Gesamtleistung erfolgt. Bei diesem „linearen Abwertungsmodell“ wird der Bruttokaufpreis mit der tatsächlich gefahrenen Kilometeranzahl multipliziert und durch die erwartete Gesamtleistung dividiert.<sup>15)</sup> Die Forderung nach Beteiligung des Käufers am erhöhten anfänglichen Wertverlust des Fahrzeuges ist auch in Deutschland als unzulässig eingestuft worden, weil der Gebrauchswert

und Wertverlust nicht in jeder Phase der Benutzung identisch sind. Es wird also der anteilige lineare Wertschwund über die gesamte mögliche Nutzungsdauer berechnet, mit der Einschränkung, dass dabei die Differenz zwischen dem Anschaffungspreis und dem Verkehrswert des Fahrzeugs in mangelfreiem Zustand bei Rückgabe zulasten des Käufers nicht überschritten werden darf.<sup>16)</sup> Falls Mängel die Gebrauchstauglichkeit oder den Fahrkomfort erheblich einschränken, sind die vom Käufer zu vergütenden Gebrauchsvorteile zu kürzen.

Ist die genannte Berechnungsmethode der linearen Abwertung bei einer Wandlung nach Erstbesitz bei Neufahrzeugen nachvollziehbar, so sprechen dem bei einer Wandlung nach einem Gebrauchtfahrzeugkauf einige erhebliche Argumente entgegen. Bei einer rein linearen Berechnung des Benützungsentgelts vom

- 
- 2) Der Begriff des Benützungsentgelts als solches wurde erst eher später durch die Rsp herausgebildet. In der Praxis werden oftmals auch die Begriffe „Nutzungsentgelt“ oder „Gebrauchsnutzen“ verwendet.
  - 3) OGH 10.9.1985, 5 Ob 575/85 SZ 58/138.
  - 4) OGH 4.7.2007, 2 Ob 95/06v.
  - 5) Danach wurden, je nach Neupreis des Fahrzeugs, Entschädigungssätze wie zB € 0,20 mit dem tatsächlich während der Nutzungsphase durch den Käufer gefahrenen Kilometern multipliziert und vom rückzuzahlenden Kaufpreis bei der Wandlung abgezogen. Oftmals wurde dafür auch das amtliche Kilometergeld herangezogen.
  - 6) OGH 10.9.1985, 5 Ob 575/85.
  - 7) OGH 15.1.1992, 1 Ob 516/92; dabei handelte es sich um die Rückabwicklung eines Kaufs eines Reitpferdes.
  - 8) OGH 14.6.1995, 3 Ob 550/95.
  - 9) *Koziol/Spitzer* in KBB<sup>5</sup> § 1437 ABGB Rz 4.
  - 10) OGH 26.4.2005, 4 Ob 286/04v.
  - 11) OGH 27.2.2014, 8 Ob 74/13k.
  - 12) OGH 21.1.2009, 3 Ob 248/08d.
  - 13) *Meyenburg*, „Zur Neuen Gewährleistung“ – Fragen aus der Praxis, Zak 2008/3 (43).
  - 14) *Kogler*, Falsche Abgaswerte – Rechtsfolgen, Vortragsunterlage zum 40. Internationalen Fachseminar „Straßenverkehr und Fahrzeugschaden“, Bad Hofgastein 2017.
  - 15) Auf den Begriff der Gesamtleistung wird noch im Punkt II ausführlich eingegangen.
  - 16) *Meyenburg*, Zur „Neuen Gewährleistung“ – Fragen aus der Praxis, Zak 2008/3 (43).

Bruttokaufpreis ausgehend wären somit das Fahrzeugalter und generell der Fahrzeugzustand zum Kaufzeitpunkt iVm einer Restlaufleistung gleichgültig. Der BGH reagierte darauf und auch in der jüngeren deutschen Rsp wird stets darauf verwiesen, dass bei einer Wandlung nach einem Gebrauchtfahrzeugkauf nicht von der Gesamtlauflistung, sondern letztendlich von der Restlaufleistung auszugehen ist. Dies rechtfertigt sich daraus, dass auf der anderen Seite der als weiterer Faktor in Ansatz gebrachte Kaufpreis bei einem Gebrauchtfahrzeug naturgemäß deutlich unter demjenigen eines Neufahrzeugs liegt, und zwar umso mehr, je geringer die Restlaufleistung ist.<sup>17)</sup> Somit wird bei der Berechnung des Benützungsentgelts stets der tatsächliche Wert des zu wandelnden Fahrzeugs während der Nutzungsphase berücksichtigt.

Der EuGH beschäftigte sich in einer Grundsatzentscheidung<sup>18)</sup> mit der Frage, ob bei einem berechtigten Austauschanspruch des Käufers im Rahmen einer Ersatzlieferung, nachdem die Sache (in diesem Fall ein Brotbackofen) funktionslos wurde, diesem für die bis zum Austausch erfolgte Nutzung eine Nutzungsentschädigung angerechnet werden soll oder nicht. Aber nur für diesen Anlassfall (Austausch der Sache) wurde seitens des EuGH im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs eine Nutzungsentschädigung ausgeschlossen. Nicht jedoch iZm einer Rückabwicklung „extunc“, bei der die Sache unter Rückzahlung des Kaufpreises dem Verkäufer rückgestellt wird. Der Anspruch des Verkäufers auf ein Benützungsentgelt für den Gebrauch während der Nutzungsphase durch den Käufer nach einer tatsächlichen Wandlung blieb daher davon unberührt. Daran hat auch die Rsp des BGH festgehalten.

## II. BERECHNUNGSMETHODEN ZUR ERMITTLUNG DES BENÜTZUNGSENTGELTES

Bereits im Jahr 2008 wurde in Österreich ein Berechnungsprogramm vorgestellt, mit dem entsprechend der neueren OGH-Judikatur eine nachvollziehbare Ermittlung des Benützungsentgelts auf der Basis des „linearen Abwertungsmodells“ ermöglicht wurde.<sup>19)</sup> Im Jahr 2014 wurde die Software weiter verbessert und in das Fahrzeugbewertungsprogramm „Autopreispiegel“ (APS)<sup>20)</sup> übernommen. Die Berechnung kann wahlweise für Pkw, Motorräder, aber auch für Nutzfahrzeuge durchgeführt werden.

Die im Autopreispiegel zugrundeliegende mathematische Formel lautet für Neufahrzeuge:

$$\text{Gebrauchsvorteil} = \frac{\text{Neukaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer in der Nutzungsphase}}{\text{erwartete Gesamtlauflistung}}$$

Für Gebrauchtfahrzeuge kommt folgender Algorithmus zur Anwendung:

$$\text{Gebrauchsvorteil} = \frac{\text{vereinbarter Kaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer in der Nutzungsphase}}{\text{erwartete Restlaufleistung}}$$

Die in der Nutzungsphase zurückgelegte Laufleistung ist durch Differenzbildung zwischen dem Kilometerstand bei der Fahrzeugübergabe und jenem zum Zeitpunkt der Wandlung zu ermitteln. Die Gesamtlauflistung ist abhängig von der Fahrzeugtype und von der Motorisierung. Sie ist vom SV aufgrund seiner Erfahrungen bezüglich durchschnittlich erzielbarer Maximallauflistungen zu schätzen. Aufgrund der Motorentwicklung hin zu aufgeladenen Turbomotoren (Downsizing) und der Zunahme von Elektro- und Hybridmodellen stellt der Hubraum bei Pkw heute keine geeignete Grundlage

für die Festlegung der Gesamtlauflistung mehr dar. Vielmehr sind hier die Motor- bzw Systemleistungen bei der Bemessung der Gesamtkilometerlaufleistung zu berücksichtigen.

Standardmäßig werden vom Programm für Pkw folgende durchschnittlich zu erwartende Lebens-Kilometerlaufleistungen zugrunde gelegt:

- Bis 40 kW 150.000 km,
- von 40 bis 80 kW 200.000 km,
- von 80 bis 120 kW 250.000 km,
- von 120 bis 180 kW 300.000 km und
- über 180 kW 350.000 km.

Da Benzin- und Dieselfahrzeuge heute annähernd gleiche Gesamtlauflistungen erwarten lassen, wird nicht zwischen Benzin- und Dieselfahrzeugen differenziert. Alternativ kann die Gesamtlauflistung auch manuell vorgegeben werden, bei Lkw gibt es nur eine manuelle Vorgabemöglichkeit.

Beim Kauf eines Gebrauchtwagens muss die Restlaufleistung als Differenz zwischen der erwarteten Gesamtlauflistung und dem Kilometerstand zum Kaufzeitpunkt gebildet werden. Falls der Kilometerstand beim Kauf eines Gebrauchtfahrzeugs bereits in der Nähe der durchschnittlich zu erwartenden Gesamtlauflistung liegt oder diese sogar überschritten hat, was manchmal vorkommen kann, dann ist die Gesamtlauflistung im Einzelfall entsprechend zu erhöhen, damit keine negativen Werte resultieren können.

Das Programm errechnet zunächst die zu erwartende Restlaufleistung beim Kauf, indem die Differenz zwischen der festgesetzten Lebenslaufleistung und dem Kilometerstand zum Kaufzeitpunkt gebildet wird. Der Entgeltsatz pro genutztem Kilometer wird als Quotient zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und der Restlaufleistung berechnet. Zusätzlich können auch die Einsatzbedingungen berücksichtigt werden. Falls es zu Beeinträchtigungen in der Nutzungsphase gekommen ist, zB durch

Fahrten zur und von der Werkstätte zum Zweck der Mängelrüge oder Verbesserung, so kann diese Strecke gesondert eingegeben werden, das Programm zieht sie von der genutzten Gesamtleistung ab und gibt den so korrigierten Wert als tatsächlich genutzte Laufleistung aus. Die Multiplikation der tatsächlichen Kilometerzahl in der Nutzungsphase mit dem Entgeltsatz ergibt das vorgeschlagene Benützungsentgelt. Bei dem empfohlenen kilometerbasierten linearen Abwertungsmodell ist zu überlegen, welcher Preis bzw. Wert als Berechnungsbasis für die Ermittlung des Benützungsentgeltes heranzuziehen ist. Es stellt sich hier die Frage, ob der vereinbarte Kaufpreis oder allenfalls nur der um die Mängel verringerte objektive Wert heranzuziehen ist. Entsprechend der umfangreichen Judikatur des BGH zu dieser Frage ist zu empfehlen, die Wahl der Berechnungsbasis von der Frage abhängig zu machen, inwieweit die Nutzung durch den Mangel erheblich beeinträchtigt wurde. Im Regelfall sollte der vereinbarte Bruttokaufpreis die Berechnungsbasis darstellen, was z.B. bei Mängeln im Bereich der Abgassoftware, bei nicht übermäßigen Geräuschen, bei einer verminderten Heizleistung im Sommer oder bei einem leichten Ruckeln beim Beschleunigen der Fall sein wird. Im Ausnahmefall, d.h. dann, wenn die Nutzung durch den Mangel tatsächlich erheblich beeinträchtigt wurde, sollte hingegen der objektive Wert mit dem Mangel als Berechnungsbasis herangezogen werden. Als Beispiele dafür seien ein Fahren nur im Notlaufprogramm, eine stark verminderte Heizleistung im Winter oder ein nicht verkehrssicherer Zustand genannt. Da der Übergang hinsichtlich der Beeinträchtigung fließend sein kann, sind im Grenzbereich durchaus auch Zwischenwerte denkbar.

Es gibt Fahrzeuge, die über den reinen Bewegungszweck hinausgehend

auch zusätzliche bzw. sogar überwiegende Nutzungsfunktionen im stationären Betrieb erfüllen. Bei Fahrzeugen, die anstelle des Kilometerzählers einen Betriebsstundenzähler aufweisen, ist statt der Gesamtleistung eine durchschnittlich zu erwartende Gesamtbetriebsstundenzahl vom SV festzusetzen, die Ermittlung des Benützungsentgeltes erfolgt dann identisch zum Pkw. Bei manchen landwirtschaftlichen Maschinen wie zB bei Ballenpressen wird statt der Betriebsstunden die Produktionszahl mit einem Stückzähler dokumentiert; auch hier erfolgt die Berechnung des Gebrauchsnutzens nach Schätzung einer zu erwartenden Gesamtproduktionszahl, analog nach der linearen Methode.

Nutzfahrzeuge, die zusätzlich zur Transportfunktion regelmäßig im stationären Motorbetrieb laufen, um Pump-, Säge-, Misch-, Stromerzeugungs- oder Hebearbeiten durchzuführen, verfügen oftmals zusätzlich zum Kilometerzähler über einen eigenen Betriebsstundenzähler. Bei derartigen Fahrzeugen sind die erbrachten Betriebsstunden über einen Umrechnungsschlüssel in einem Bereich von 20 bis 50 km pro Stunde in eine äquivalente Laufleistung umzurechnen und ist diese zur erbrachten reinen Fahrleistung zu addieren.

Eine besondere Gruppe stellen Wohnwägen und Reisemobile dar, die neben dem Transport- bzw. Bewegungszweck auch einen (stationären) „Wohnzweck“ erfüllen. Bei Reisemobilen kann dieser Wohnanteil an der Nutzung mit entsprechenden Zuschlägen in der Nutzungsphase berücksichtigt werden. Bei Wohnwägen (aber auch bei anderen Anhängern), die im Regelfall über keinen Kilometerzähler verfügen, ist eine lineare Abwertung entlang einer zu erwartenden durchschnittlichen Nutzungsdauer bei der Ermittlung des Benützungsentgeltes zu empfehlen.

Sind in der Nutzungsphase des Wandlungsberechtigten Schäden oder eine merkantile Wertminderung eingetreten, so muss die sich daraus ergebende Wertverminderung zum Benützungsentgelt hinzugerechnet werden. Vom Programm werden diese allfälligen Positionen als Zuschläge berücksichtigt, woraus sich schließlich als Endergebnis das korrigierte Benützungsentgelt ergibt. Welchen Betrag sich der Wandlungsberechtigte als Gebrauchsvorteil bei der Rückabwicklung letztlich insgesamt anrechnen lassen muss, bleibt rechtlich zu beurteilen, wobei hier möglicherweise auch Finanzierungsfragen (Zinsen etc) eine Rolle spielen können.

Kürzlich wurde von *Riautschnig* ein ähnliches Modell zur Ermittlung des Benützungsentgeltes vorgestellt.<sup>21)</sup> Der darin beim Neufahrzeug vorgeschlagene Berechnungsweg ist mit der bereits dargestellten linearen Abwertungs-methode identisch. Beim Gebrauchtfahrzeug wird hier allerdings empfohlen, unabhängig von der Restlaufleistung die gleichen kilometerabhängigen Abwertungssätze wie beim Neufahrzeug zur Anwendung zu bringen, was nicht nachvollziehbar ist. Es ist zu berücksichtigen, dass der Nutzwert eines Kfz über die reine Transportleistung hinaus bei einem neuen bzw. jungen und damit teuren Fahrzeug naturgemäß höher ist als bei einem billigeren Gebrauchtfahrzeug, zumal Komfort-, Image- und Sicherheitsaspekte dem Lenker eines neuen Fahrzeuges im Regelfall auch einen entsprechend höheren Gesamtnutzen zukommen lassen, der

17) OLG Düsseldorf 18.8.2016, I-3 U20/15.

18) EuGH 17. 4. 2008, C-404/06 *Quelle AG*.

19) *Pfeffer/Ottlyk*, Die rechnergestützte Ermittlung von Kfz-Restwerten und Ansprüchen aus Kfz-Gewährleistungen, ZVR 2008/11 (451).

20) [www.autopreisspiegel.at](http://www.autopreisspiegel.at)

21) *Riautschnig*, Benützungsentgelt für Fahrzeuge, ZVR 2017/2 (45).

entsprechend differenziert zu berücksichtigen ist. Davon abgesehen hat die vorgeschlagene Gleichbehandlung von Neu- und Gebrauchtfahrzeugen zur Folge, dass bei älteren Fahrzeugen das Benützungsentgelt höher als die Fahrzeugabwertungen sein kann bzw sogar negative Nutzungsentgeltbeträge resultieren können, was bereits aus logischen Überlegungen nicht zutreffend sein kann. Der von *Riautschnig* vorgeschlagenen Berechnung des Nutzungsentgelts für Gebrauchtwagen kann daher weder aus rechtlicher noch aus Kfz-technischer Sicht gefolgt werden.

Eine in der Praxis manchmal immer noch zu beobachtende Möglichkeit stellt die Berechnung des Nutzungsentgeltes als Differenz zwischen dem Brutto Kaufpreis und dem Händlerverkaufswert zum Wandlungszeitpunkt

dar. Wie bereits im Punkt I.B dargestellt wurde, wäre bei dieser Methode der volle zeitbedingte degressive Wertverlust im Benützungsentgelt enthalten, zudem würde der Käufer auch noch um die Händlerspanne beschwert. Im Wandlungsfall hätte der Wandlungsberechtigte gegenüber einem normalen Eintauch des Fahrzeuges bei einem unbeteiligten Fahrzeughändler (ohne Wandlung) kaum einen Vorteil, weshalb diese Berechnungsmethode aus heutiger Sicht ebenfalls abzulehnen ist.

### III. ZUSAMMENFASSUNG

In der Rsp des OGH wurde das Benützungsentgelt von einer anfänglich vollen Wertminderung des Fahrzeugs im Zeitraum zwischen dem Ankauf und dem Wandlungszeitpunkt zu einer leistungsorientierten

Bemessung herangeführt. Auch die deutsche Rsp geht von einer Entkopplung zwischen dem reinen zeitbedingten und dem laufleistungsbedingten Wertverlust bei der Bemessung des Benützungsentgeltes aus. Es ist zu erwarten, dass die Rsp diesen Ansatz des „linearen Abwertungsmodells“ beibehalten wird. Eine Bemessung des Benützungsentgeltes durch Differenzbildung zwischen Kaufpreis und Händlerverkaufswert im Wandlungszeitpunkt ist aus den dargestellten Gründen abzulehnen. Auf den rechtsdogmatischen Erkenntnissen aufbauend wurde eine Berechnungsmethode zur nachvollziehbaren Ermittlung des Benützungsentgeltes entwickelt, die in der mittlerweile weit verbreiteten Bewertungssoftware „Autopreisspiegel“ abgerufen und angewendet werden kann.

## Der Rechtsschutzbeauftragte der Justiz

AUTOR: Dr. Gottfried Strasser, Generalkanzler i.R., Rechtsschutzbeauftragter der Justiz seit 1.10.2003.

Über die Rolle dieses Staatsorgans (s. §§ 47a StPO, 29b Abs 2, 29c Abs 4 StAG) besteht nach meinen Wahrnehmungen weithin, teils auch innerhalb der Justiz, ein gewisses Informationsdefizit. Der folgende Kurzbericht soll ein wenig zu dessen Beseitigung beitragen.

Eingeführt durch das Bundesgesetz über besondere Ermittlungsmaßnahmen (BGBl I Nr 105/1997), hatte sich die Rolle des Rechtsschutzbeauftragten der Justiz ursprünglich auf die kommissarische Wahrung der Rechte und Interessen der von geheimen Ermittlungsmaßnahmen<sup>1)</sup> betroffenen Personen erstreckt. Zweck der durch das strafrechtliche Kompetenzpaket 2010 – sKp (BGBl I Nr 108/2010) eingeführten Prüfung von Verfahrenseinstellungen

(§§ 195 Abs 2a iVm § 194 Abs 3, 209a, 209b StPO) ist die Hebung der Transparenz und des öffentlichen Vertrauens in die Tätigkeit der Staatsanwaltschaften, wozu nunmehr im Falle der durch BGBl I Nr 96/2015 im Zusammenhang mit der Errichtung des sogenannten Weisungsrates eingeführten Kompetenz nach § 29c Abs 4 StAG ganz eindeutig die Kontrolle der Ausübung des Weisungsrechtes durch den Justizminister hinzukommt. Mit der Anregungskompetenz nach § 23 Abs 1a StPO erweiterte das sKp die Möglichkeit zur Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes durch die Generalprokuratur hinsichtlich bestimmter Akte der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaften (s. *Fabrizy* StPO<sup>3)</sup> § 23 Rz 4b).

Die Aufgaben des Rechtsschutzbeauftragten der Justiz haben keinerlei sachliche und organisatorische Affinitäten zu den drei anderen Rechtsschutzbeauftragten (bei den Bundesministerien für Inneres, Landesverteidigung und Finanzen), die nach der Einführung des Rechtsschutzbeauftragten der Justiz nach dessen prinzipiellem Vorbild geschaffen wurden.

Der Rechtsschutzbeauftragte der Justiz ist, wie seine Aufnahme in den 5. Abschnitt des 2. Hauptstückes der Strafprozessordnung (StPO) „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft, Gericht und Rechtsschutzbeauftragter“ unter § 47a zeigt, ein unabhängiges Staatsorgan sui generis, das als Amtspartei<sup>2)</sup> zur Kontrolle von Anordnungen und Entscheidungen der Staatsanwaltschaften