

ABGB

Taschenkommentar

mit EheG, EPG, EKHG und KSchG

**herausgegeben von
em. o. Univ.-Prof. Dr. Michael Schwimann**

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7007-5357-5

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

<http://www.lexisnexus.at>

Wien 2013

Best.-Nr. 31.073.002

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Herausgebers, der Autoren oder des Verlags ausgeschlossen ist.

Druckerei: Ringier Print CZ a.s.SS

§ 1321. Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deswegen noch nicht berechtigt, es zu töten. Er kann es durch anpassende Gewalt verjagen; oder, wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privat-Pfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreicht. Doch muss er binnen acht Tagen sich mit dem Eigentümer abfinden, oder seine Klage vor den Richter bringen; widrigenfalls aber das gepfändete Vieh zurückstellen.

§ 1322. Das gepfändete Vieh muss auch zurückgestellt werden, wenn der Eigentümer eine andere angemessene Sicherheit leistet.

Arten des Schadenersatzes

§ 1323. Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muss alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; sofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugtuung genannt.

§ 1323 dient der begrifflichen Unterscheidung zwischen der vorrangigen **Naturalrestitution** 1 und dem **Ersatz des rechnerischen Schadens** sowie zwischen der Schadloshaltung (positiver Schaden) und dem darüber hinausgehenden entgangenen Gewinn, die zusammengekommen als Interesse bezeichnet werden.

Primär soll eine **Zurückversetzung in den vorigen Stand** durch **Beseitigung des realen Schadens** (ZVR 1987/94; ÖJZ 1989/103; JBl 1990, 721), nämlich durch Wiederherstellung des gleichwertigen Zustandes wie vor dem schädigenden Ereignis (1 Ob 15/02s; 1 Ob 195/03p), erfolgen. Dies bedeutet bei **abhandengekommenen und zerstörten Sachen** deren Wiederbeschaffung; bei **Beschädigung** kommen Ersatzbeschaffung oder Reparatur in Betracht. Das wichtigste Anwendungsfeld ist die Beschädigung oder Zerstörung von **Kraftfahrzeugen** und **Gebäuden**. In letzter Zeit haben auch Schäden infolge fehlerhafter **Anlageberatung** große Bedeutung erlangt.

Seit JBl 1985, 41 wird deutlicher zwischen Wiederherstellung des realen Zustandes (**Restitution**) 3 und Wertersatz im Sinn der Auffüllung der gerissenen Vermögenslücke (**Kompensation**) unterschieden: Die **Aufwendungen zur Schadensbeseitigung** sind nach hM nur **nach realer Schadensbeseitigung** zu ersetzen, nicht bereits mit Eintritt des schädigenden Ereignisses. Die abschließende Festlegung des geschuldeten Ersatzes ist somit nicht bereits in der logischen Sekunde nach dem schädigenden Ereignis möglich, sondern erst, wenn feststeht, ob und auf welche Weise eine Restitution erfolgt ist oder eine solche unterbleibt.

Restitution und **Kompensation** sind **keine schroffen Gegensätze**. Kommt es nur zur Annäherung des ohne das schädigende Ereignis bestehenden Zustands, nennt man das die „**Schaffung einer Ersatzlage**“. Im Rahmen der Restitution kann das Integritätsinteresse des Geschädigten verschieden stark ausgeprägt sein: Bei Beschädigung seines Kfz bevorzugt der Geschädigte typischerweise die **Reparatur**; bei Beschädigung eines neuen Fahrzeugs kann der Geschädigte bei erheblicher Beschädigung auf der **Lieferung eines Neufahrzeugs** bestehen und eine noch so fachgerechte und umfassende Reparatur als unzureichend ablehnen (2 Ob 162/06x: schwere Havarie eines Neuwagens). Bei Teilreparatur verbleibt ein technischer Minderwert; selbst nach umfassender und fachgerechter Reparatur ein **merkantiler Minderwert**, der das **restliche Kompensationsinteresse** bildet. 4

Der **merkantile Minderwert**, von der Rspr bei Kfz-Schäden entwickelt, aber nicht auf diese begrenzt (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 1 Ob 321/99h: minderbewehrte Stahlbetondecke; SZ 60/157: abgelehnt bei einer Buddha-Statue aus dem 19. Jahrhundert, weil es bei antiken Kunstgegenständen unbeschädigte Exemplare nicht gibt), ist **positiver Schaden** (ZVR 1983/280; ZVR 5

1987/38; 5 Ob 47/98t), weil der Geschädigte bei Weiterveräußerung gegenüber einem potentiellen Käufer zur Offenlegung verpflichtet und deshalb mit einem Preisabschlag rechnen muss.

- 6 Der merkantile Minderwert sanktioniert nicht eine bloß gefühlsmäßige Abneigung (so aber ZVR 1977/298), sondern stellt einen von konkreter Veräußerungsabsicht unabhängigen **Risikoabschlag wegen der mit jeder Reparatur verbundenen Unwägbarkeiten** dar, uzw entgegen einer lit Ansicht gleichgültig, ob die Sache ihrer Art nach typischerweise veräußert wird. Wenig nachvollziehbar ist schließlich, dass die hM zwar einen merkantilen Minderwert zubilligt, aber **keinen Zweithandzuschlag**. Sowohl der Umstand, dass eine zusätzliche Person im Typenschein eingetragen ist, als auch das Risiko, dass das Gebrauchtfahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe und in der Gewährleistungsfrist nicht nachweisbare, im Zeitpunkt der Übergabe aber schon bestehende Mängel hat, ist mit der Interessenlage beim merkantilen Minderwert durchaus vergleichbar.
- 7 Wegen des Wandels der dogmatischen Fundierung (früher mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung) gebührt der merkantile Minderwert **ausschließlich nach Vollendung der Reparatur**. Seine Höhe ist verkehrt proportional zur **Reparaturqualität**. Je umfassender und fachgerechter die Reparatur, umso geringer der merkantile Minderwert, je notdürftiger die Reparatur, umso höher der merkantile Minderwert (OLG Wien ZVR 1994/10; 7 Ob 2062/96b: verschiedene Formen der Hangsanierung; anders ZVR 1982/194: Reparatur in Afghanistan, merkantiler Minderwert wie bei Reparatur in Österreich).
- 8 Eine **Beseitigung des Schadens** ist durch den **Schädiger** oder den **Geschädigten** möglich. Im **Regelfall** wird sich der Geschädigte **gegen die Schadensbeseitigung durch den Schädiger** entscheiden. Zu diesem besteht **kein besonderes Vertrauensverhältnis**, hat dieser dem Geschädigten doch einen Schaden zugefügt, etwa seine Sache kaputt gemacht. Für die Wahl der **Schadensbeseitigung durch den Schädiger können ausnahmsweise** folgende Umstände sprechen: Dass eine Naturalrestitution ohne Mitwirkung des Schädigers gar nicht möglich ist (SZ 43/124: Geländeversetzung in vorigen Zustand; SZ 49/139: Weiterbelassung der „Dienstwohnung“ bei wirksamer rechtswidriger Entlassung; 9 Ob 138/06v: Korrektur einer treuwidrigen Kapitalerhöhung eines Treuhänders durch Kapitalherabsetzung), oder dass **dem Geschädigten Zeit und Mühe der Schadensbehebung abgenommen** werden, sei es auch nur die Auswahl und Überwachung der herangezogenen Professionisten (1 Ob 620/94). Während bei Unternehmen dieser Zeitaufwand zumindest ansatzweise für ersatzfähig angesehen wird (prototypisch SZ 40/144: 12%iger Verwaltungskostenzuschlag der ÖBB), versagt die hM zu Unrecht einem Nichtunternehmer jeglichen Ersatz, weil es sich angeblich um einen bloßen Freizeitverlust handle (dazu unten Rz 87).
- 9 Bei **Mitverschulden des Geschädigten oder Vorschäden** (1 Ob 15/02s) ist nach der L **Naturalrestitution durch den Schädiger** ausgeschlossen und der Geschädigte auf den Ersatz des Wertinteresses oder der – gekürzten – Aufwendungen zur Schadensbeseitigung beschränkt. Jedenfalls wenn dem Geschädigten die zur Schadensbeseitigung aufgewendete Zeit und Mühe nicht abgegolten werden (Rz 8), muss diesem mE auch die Möglichkeit offenstehen, durch Zahlung seines Schadensanteils dem Schädiger die Mühewaltung der Schadensbeseitigung aufzubürden. Die Regeln zur Bevorschussung bei Schadensbeseitigung durch den Geschädigten (unten Rz 29 f) sind spiegelverkehrt anzuwenden. Das vermeintliche argumentum ad absurdum der L dagegen, dass der Schädiger von zwei Dellen nur eine beseitigen soll, ist damit widerlegt.
- 10 Wählt der Geschädigte die Restitution, wird sein **Integritätsinteresse umfassend berücksichtigt** und der **Ausgleichsgedanke am besten verwirklicht** (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 7 Ob 2062/96b: Setzungsschäden), gleichgültig, ob er eine **Vermögenseinbuße** erleidet, weshalb auch bei **ideellen Schäden** Naturalrestitution verlangt werden kann. Damit entfällt so manches beim Kompensationsinteresse sich ergebende knifflige Bewertungsproblem (1 Ob 15/02s: rechtswidrige Entfernung eines Schutzwaldes; 9 Ob 138/06v: Korrektur einer treuwidrigen Kapitalerhöhung eines Treuhänders durch Kapitalherabsetzung; 10 Ob 11/07a: Rückabwicklung einer Argentinienanleihe nach falscher Anlageberatung). Der Geschädigte hat somit ein Wahlrecht

zwischen Restitution und Wertersatz; und innerhalb der Restitution zwischen Aufwendungen zur Schadensbeseitigung und Naturalrestitution durch den Schädiger. Bei einer Wohnungseigentumsgemeinschaft kann jeder Eigentümer Schadenersatz einzeln geltend machen, wobei dem freilich ein Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vorausgehen muss (5 Ob 21/09p: Ansprüche gegen den Bauträger).

§ 1323 ist grundsätzlich auf alle Schadenersatzansprüche anzuwenden, einschließlich 11
der nachbarrechtlichen Ausgleichsansprüche gem §§ 364 ff (1 Ob 620/94; 1 Ob 15/02s; 6 Ob 219/10i: § 364b). Für alle gilt das Prinzip, dass **ohne Durchführung einer Reparatur keine – fiktiven – Reparaturkosten** (JbI 1985, 41; ZVR 1987/38; jeweils Kfz-Schäden; 1 Ob 620/94: Hangrutschung; 1 Ob 16/09y: vertraglicher Schadenersatzanspruch) bzw nur solche bis zur Grenze der Wertminderung (6 Ob 88/98d: Schäden des Mieters an der Wand und an den Innenfenstern) zugesprochen werden. Bei einem außerbücherlichen Erwerb muss der im Grundbuch eingetragene Zweiterwerber, wenn er leicht fahrlässig den außerbücherlichen Erwerb des Ersterwerbers nicht beachtet hat, die Liegenschaft im Weg der Naturalrestitution an den Ersterwerber herausgeben (6 Ob 169/07g; 7 Ob 63/12h). Das Begehren muss durch Vorlage von Plänen ausreichend bestimmt sein. Die Durchführung der Abschreibung erfolgt nach dem LiegTeilG (9 Ob 57/10p).

Zum Teil wird § 1323 durch Sonderregelungen überlagert: Bei vertraglichen Schaden- 11a
ersatzansprüchen räumt § 933a Abs 2 dem Schuldner vorrangig die Möglichkeit der Mangelbeseitigung ein. Da der Schuldner die Schadensbeseitigung kostengünstiger als der Gläubiger beheben kann, er selbst über entsprechende Ressourcen verfügt oder doch über leichteren Zugang zu versierten Professionisten verfügt, räumt ihm das Gesetz dieses Recht ein. Daran ist der Schuldner idR interessiert, weil seine Belastung dadurch viel geringer ist als bei Überwälzung eines vom Gläubiger für eine Schadensbehebung eingesetzten Dritten und diesem gezahlten Entgelts. Das gilt freilich nur für die Beseitigung des Mangels der vertraglich geschuldeten Leistung selbst, nicht aber für Mangelfolgeschäden.

Im **Enteignungsrecht**, das auf § 1323 verweist (SZ 51/175), kann der Enteignete nicht 11b
nur den Wiederbeschaffungswert des enteigneten Grundstücks verlangen, sondern auch – fiktive – Kosten der Verbücherung, Vertragserrichtung und Abwicklung eines Liegenschaftskaufes in Form eines Pauschalbetrages, bei konkretem Anfall aber die tatsächlichen Kosten (4 Ob 213/10t). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Enteignung (SZ 50/158). Zum Hinweis der Lit auf die Parallele zu den fiktiven Reparaturkosten entgegnet der OGH, dass die Interessenlage eine andere sei: Womöglich finde der Enteignete nicht zeitnah ein passendes Ersatzgrundstück. ME kann die großzügige Bemessung damit begründet werden, dass die Entschädigung zeitnah abschließend festgesetzt werden soll.

Das AHG, OrgHG und StEG kennen lediglich Geldersatz ohne Wahlmöglichkeit des 12
Geschädigten, dass der Ersatzpflichtige sich um die Beseitigung des realen Schadens kümmert. Bestritten ist, ob der Geschädigte die **Naturalrestitution durch den Schädiger** wählen kann, wenn dieser **haftpflichtversichert** ist. Der OGH beschränkt diesfalls den Geschädigten unter Hinweis auf § 49 VersVG auf den Geldersatz (ZVR 1961/313; SZ 45/63). Das ist unzutreffend, weil § 49 VersVG lediglich das **Innenverhältnis zwischen dem Schädiger als Versichertem und seiner Haftpflichtversicherung** regelt, was naturgemäß ohne Einfluss auf das **Außenverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger** bleiben muss. Zudem ist selbst dem KHVG eine dem § 115 Abs 1 dt VVG entsprechende Regelung zur ausschließlichen Geldzahlungsverpflichtung des Haftpflichtversicherers unbekannt. In den letzten Jahren ist eine Gegentendenz mit dem Wunsch der Haftpflichtversicherer nach einem „**Schadenmanagement**“ zu beobachten, weil der Haftpflichtversicherer etwa die **Verwertung von Wracks** sowie die **Anschaffung und Reparatur von Kraftfahrzeugen** häufig effizienter bewirken kann. Dem ist unter Wahrung des Integritätsinteresses des Geschädigten mE Rechnung zu tragen und folglich bei **Verwertung des Wracks** sowie bei **Anschaffung eines Neufahrzeugs** die Schadensbehebung dem Haftpflichtversicherer

zu überlassen, nicht aber bei einer Reparatur, bei der dem Geschädigten die Möglichkeit erhalten bleiben muss, die **Werkstätte seines Vertrauens** mit der Reparatur zu betrauen.

- 13 Die **Wiederherstellung** ist iSd S 1 dann „**nicht tunlich**“, und folglich der **Schätzwert** zu ersetzen, wenn entweder der Geschädigte die Restitution ablehnt (4 Ob 343/99s; LGZ Wien ZVR 2010/11: Reparaturkosten unter dem Wiederbeschaffungswert, gleichwohl Verkauf, Ersatz durch „Marktzeitwertvergleich“) oder das Interesse des Schädigers am Wertersatz untermäßig größer ist als das des Geschädigten am Naturalersatz (1 Ob 535/90: vertraglicher Anspruch aus dem Werkvertrag nach alter Rechtslage). In letzterem Fall trifft den Ersatzpflichtigen die Beweislast (8 ObA 34/10y: Herausgabe eines Sparbuches, das der AG trotz Verstoßes gegen das KautSchG innehatte).
- 14 Die **Höhe des zu leistenden Geldbetrags** hängt davon ab, ob es dem Geschädigten bloß um das **Wertinteresse** (die Auffüllung der Vermögenslücke) oder um **Geldersatz zur Wiederherstellung** des realen Zustands geht, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde. Das Ergebnis kann stark differieren (1 Ob 345/98m: Differenz zwischen Wertersatz nach Art 25 Abs 1 CMR und den aufgewendeten Reparaturkosten; 1 Ob 103/08s: Beschädigung der Deckenpaneele, Reparaturkosten € 5.500,-, Wertminderung € 180,-). Diese Unterscheidung wird mitunter durch den – unreflektierten und unzutreffenden – Stehsatz verdunkelt, dass es den **Ersatzpflichtigen nichts angehe, wie der Geschädigte den Ersatzbetrag verwendet** (ZVR 1983/36; SZ 63/46; 1 Ob 620/94). Gelegentlich folgt die Einschränkung, dass fiktive Reparaturkosten dann nicht zustehen, wenn sie die Werteinbuße übersteigen (so seit JBl 1985, 41; stRspr: 2 Ob 5/94; 1 Ob 620/94; 7 Ob 2062/96b). Das wird in aller Regel der Fall sein (gegenteilig aber 1 Ob 15/02s: Minderung des Verkehrswertes eines Gebäudes geringer als die Sanierungskosten; 2 Ob 158/07k: fiktive Reparaturkosten bei einem Kfz geringer als objektive Wertminderung; beides vermutlich auf Fehler der Sachverständigenschätzung zurückzuführen).
- 15 Im Rahmen des **Wertinteresses** kann der geringere Betrag von Wertminderung oder fiktiven Reparaturkosten **ohne weiteren Verwendungsnachweis** verlangt werden (1 Ob 620/94; 1 Ob 331/98b). Ein **höherer Ersatzanspruch** ist vom **Nachweis widmungsgemäßer Verwendung** abhängig (zur Kritik an der bloßen Absicht unten Rz 36). Auch beim Erwerbsschaden eines Unternehmers stehen Gewinnentgang und Ersatzkraftkosten im Spannungsverhältnis von Kompensation und Restitution (§ 1325 Rz 62). Begehrt der Geschädigte zu Unrecht fiktive Restitutionskosten, ist sein Geldersatzbegehren dennoch bis zur Höhe der Werteinbuße berechtigt, weshalb ein Teilzuspruch, nicht eine gänzliche Abweisung zu erfolgen hat. Um eine unnötige – und sei es auch nur terminologische – Verwirrung zu vermeiden, sollte man auf den **überkommenen Begriff der Dispositionsfreiheit verzichten** und die Bezeichnung „Zuspruch von Reparaturkosten“ nur bei deren tatsächlichem Anfall verwenden.
- 16 Hat der Geschädigte die **Naturalrestitution durch den Schädiger** gewählt, ist er wie bei einer Wahlschuld gem § 906 grundsätzlich an das **ausgeübte Wahlrecht gebunden** (4 Ob 343/99s: Begehren auf Naturalherstellung durch den Haftenden, der in der Folge insolvent wird – Beseitigung einer Zaunbeschädigung und Wiederherstellung des Wegniveaus). Bei **Verzug** des Schädigers kann der Geschädigte jedoch gem §§ 917 ff nach Setzung einer angemessenen Nachfrist anstelle der getroffenen Wahl Geldersatz zur Naturalrestitution verlangen; auch in einem solchen Fall kann er das Restitutionsinteresse begehren, ohne auf den geringeren Wertersatz beschränkt zu sein (gegen eine Mindermeinung in der L).
- 17 Hat der Geschädigte die Schadensbeseitigung durch einen vom Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung **benannten Professionisten** akzeptiert, ist der **Schädiger für zusätzliche Schäden** im Zuge der Schadensbehebung **verantwortlich** (9 Ob 42/08d: nach einem Wasserschaden Folgeschaden an Möbelstücken infolge – übertriebener – Trockenlegung durch die vom Haftpflichtversicherer eingesetzte Sanierungsfirma). Der OGH hat darüber hinaus ausgesprochen, dass bei Behebung eines solchen Schadens durch einen **vom Geschädigten eingesetzten Fachmann** (Herstellungshelfen) und dadurch hervorgerufenen Folgeschäden der Geschädigte bloß

für **Auswahl- und Überwachungsverschulden** haftet, er sich das Fehlverhalten aber nicht nach § 1313a zurechnen lassen muss (6 Ob 217/10w: Feuchtigkeitsschaden in einem Zwischengang). Das ist zutreffend, war es doch der Schädiger, der dafür verantwortlich ist, dass der Geschädigte in eine solche Malaise geraten ist.

Die von S 1 für die Naturalrestitution (durch den Schädiger oder den Geschädigten) geforderte **Tunlichkeit** setzt ihre **Möglichkeit** voraus: Die Unmöglichkeit erfasst die **tatsächliche**, die Untunlichkeit die **normative** Ebene (die Beweislast für die Untunlichkeit trifft den Schädiger: 1 Ob 620/94; 7 Ob 2062/96b; 9 Ob 303/99w). Untunlichkeit wird angenommen, wenn ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch mit ausreichenden finanziellen Mitteln bei Selbsttragung des Schadens auf eine Restitution verzichten würde (6 Ob 219/10i; 5 Ob 61/11y). Aber auch bei der Beurteilung der **Unmöglichkeit** spielen Wertungsfragen eine Rolle, z B bei der Entscheidung, welcher Zustand – noch – als ein solcher ohne schädigendes Ereignis bzw als akzeptable Ersatzlage anzusehen ist (ZVR 1988/104: Pflanzung von 8–12 m hohen Fichten bei einer Hecke unmöglich – wirklich?; ÖJZ 1989/103: 5 hohe Fichtenhecke, Ersatzpflanzung möglich, aber tunlich bloß dann, wenn nur dadurch Sichtschutz). Aus der Unvertretbarkeit einer Sache oder daraus, dass sie Gegenstand einer **Speciesschuld** ist, ist **keine Unmöglichkeit** nach § 1323 S 1 abzuleiten.

Das Kriterium der **Selbsttragung des Schadens** wird in verschiedenen Nuancen verwendet: 19 Mitunter wird nur darauf verwiesen (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 7 Ob 2062/96b: Setzungsschäden; 1 Ob 163/10t: Zerstörung eines Gebäudes) oder es wird auf den wirtschaftlich denkenden Menschen (1 Ob 103/08s; ÖJZ 1989/103) oder den wertverbundenen, vernünftigen Menschen (ZVR 1979/304) abgestellt. Es erfolgt eine Bezugnahme auf den Verkehrswert, außer bei Sachen mit ausschließlich oder überwiegend immateriellem Wert. § 1332a trifft eine Regelung für ein Tier. Bei anderen Sachen mit überwiegend ideellem Charakter wie etwa einem Sakralbau mit kulturhistorischem Wert ist diese Wertung entsprechend heranzuziehen.

Der **Maßstab der Selbsttragung des Schadens** ist mit der Gefahr **vorschneller Annahme der Untunlichkeit** verbunden, weil sich der Geschädigte realiter häufig aus Sparsamkeit oder wegen Geldmangels mit **Behelfslösungen** zufriedengeben würde, was § 1323 S 1 gerade nicht verlangt. Prototypisch ist der Verweis auf die Selbsttragung des Schadens bei Verletzung – eines Haushaltsführers, weil kaum jemand eine bezahlte Ersatzkraft ohne Kostenüberwälzungsmöglichkeit einstellt. Wenn man schon auf das **Kriterium der Schadensselbsttragung** verweist, muss es unbedingt durch das Kriterium des mit ausreichenden finanziellen Mitteln ausgestatteten homo oeconomicus ergänzt werden. Zusätzlich ist zu fragen, ob er auf die Herstellung des verlangten Zustands unter allen Umständen verzichtet hätte. Untunlichkeit ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Geschädigte eine solche Restitutionsmaßnahme unterlassen hätte und sie vom Schädiger nur deshalb verlangt, weil eine Überwälzung gegeben ist (**deep pocket Argument**).

Nach einhM dürfen die **Reparaturkosten** den **Wiederbeschaffungswert maßvoll übersteigen**. 21 Bei Kraftfahrzeugen bewegt sich der tolerable Zuschlag auf ca 15 %, bei einem Gebäude oder einer Liegenschaft liegt er darüber (1 Ob 620/94; 4 Ob 343/99s; 1 Ob 163/10t: Vorrang der Naturalrestitution im besonderen Maß Geltung zu verschaffen; ebenso 6 Ob 219/10i: Betonsockel eines Zauns; 5 Ob 61/11y: Weißbuchen- oder Eibenhecke). Zusätzlich ist das **Verschulden des Schädigers** zu beachten (6 Ob 219/10i); mE fragwürdig: Je gravierender dieses, umso weiter ist die Tunlichkeitsschwelle zugunsten des Geschädigten erhöht (ÖJZ 1989/103: 5 m hohe Fichtenhecke; 9 Ob 303/99w: nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch, bei dem volles Interesse gebührt; keine Untunlichkeit, obwohl Sanierungsaufwand für ein Schloss den Sachwert um 17 % überstieg; ähnlich 5 Ob 61/11y: Hecke).

Der OGH **lehnt** für die tolerable Überschreitung der Reparaturkosten nach Rz 21 **fixe Prozentsätze ab** und stellt auf den **Einzelfall** ab. 22 Deshalb erfolgt auch nur ausnahmsweise eine Überprüfung zweitinstanzlicher Entscheidungen durch den OGH (ZVR 1987/38; 9 Ob 303/99w; 2 Ob 162/06x). Das ist eine erhebliche **Einschränkung der Rechtssicherheit**, weil der Geschädigte nie weiß, ob er bei der von ihm gewünschten Restitutionsmaßnahme mit Kostendeckung durch

den Schädiger rechnen darf oder bloß Wertersatz erhält; bei Letzterem erhält er womöglich bloß 50 % des Ersatzes. Deshalb sollte bei einer ex post vom Gericht dekretierten Untunlichkeit der Zuspruch an den Geschädigten wenigstens bis zu dem Ausmaß erfolgen, bis zu dem die Tunlichkeit der betreffenden Maßnahme bejaht worden wäre.

- 23 Bei der Wiederherstellung des vorigen Standes kann der Geschädigte mitunter zwischen **bloß funktioneller** oder zusätzlich **auch optischer Wiederherstellung** wählen. Der OGH räumt dem Geschädigten zu Recht die Möglichkeit ein, durch eine **qualitativ oder quantitativ minderwertige Form** bzw den Verzicht auf eine Naturalrestitution de luxe die Abrechnung auf Basis der Restitution zu erhalten (1 Ob 620/94: Hangrutschung einer Fremdenpension, Sanierung durch Anschüttung anstelle der Errichtung einer Stützmauer). Per saldo erhält damit der Geschädigte einen erheblich höheren Ersatzbetrag; freilich setzt das die Durchführung der entsprechenden Maßnahme voraus.
- 24 **Ohne Naturalrestitution** (weil nicht gewollt oder weder möglich noch tunlich) ist der **Schätzwert** zu vergüten. Diesen ermittelt der OGH in folgender Subsidiaritätsfolge nach dem **Austausch-, Ertrags- oder Herstellungswert** ab (1 Ob 54/03b; 1 Ob 143/04t; 2 Ob 176/07g): Kann kein Austauschwert ermittelt werden, kommt der Ertragswert zum Zug, fehlt ein solcher, ist der Herstellungswert maßgeblich. Steuereinbußen wegen zur Unzeit realisierter stiller Reserven bei einer Enteignung sind nicht ersatzfähig (1 Ob 218/08b). Gegen das hierarchische Abstellen auf Austausch-, Ertrags- und Herstellungswert bestehen vornehmlich dann Bedenken, wenn zumindest die Herstellung einer Ersatzlage möglich ist. Kritikwürdig ist zudem, dass der OGH beim Austauschwert auf den **Wiederbeschaffungswert** abstellt, während der Geschädigte ohne schädigendes Ereignis nur den geringeren **Veräußerungswert** hätte lukrieren können, sodass er insoweit bereichert ist (besonders eindrücklich 2 Ob 176/07g: über 100 Jahre altes Gebäude, seit 10 Jahren leer stehende Bauruine). Warum auf den stets mit vielen Unwägbarkeiten behafteten Ertrags- bzw Herstellungswert abzustellen sein soll, ist fragwürdig, ist doch bei jeder Sache ein Veräußerungswert ermittelbar.
- 25 Wo ein **Gebrauchtwarenmarkt fehlt** wie bei Gebäuden (4 Ob 98/01t: Almhütte) oder Möbeln (2 Ob 285/01b) bzw dem Geschädigten eine gebrauchte Sache nicht zumutbar ist (so etwa Secondhand-Bazar bei Kleidungsstücken), kommt als **Referenzgröße** lediglich der **Neuwert** einer entsprechenden Sache in Betracht (10 Ob 31/00g; 1 Ob 16/06v), wodurch das Problem „neu für alt“ entsteht (10 Ob 31/00g: Neuerrichtung eines Teils des Hauses nach vom Schädiger zu verantwortenden Teilabbruch). Würde der Geschädigte statt der gebrauchten Sache eine neue bekommen, kann es passieren, dass er insoweit – auch vermögensmäßig – bessergestellt ist. Das Problem ist vergleichbar mit dem der **aufgedrängten Bereicherung**. Es besteht freilich der – formale – Unterschied, dass nicht der Schuldner dem Gläubiger einen – ungebetenen – Vorteil aufdrängt, sondern als Ansatzpunkt für die Berechnung des Ausmaßes des Schadenersatzes der Wert einer neuen Sache zugrunde gelegt wird. Um bei Ersatz einer gebrauchten Sache durch eine neue eine Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, erfolgt ein **Abzug neu für alt**.
- 26 Für die Errechnung der **Abzugshöhe** geht der OGH von den **Neuerrichtungskosten** (anders noch SZ 51/37: Spezialfahrzeug) aus und ermittelt den Buchwert, indem er von der geschätzten Gesamtnutzungsdauer unter Berücksichtigung der Arbeitsleistungen (SZ 54/65: Installationsarbeiten bei Hochspannungsleitung) die **bisherige Nutzungsdauer** abzieht (JBl 1987, 325: Restlebensdauer der alten Brücke 48 Jahre, der neuen 80 Jahre, 60 % der angemessenen Neubaukosten; 4 Ob 98/01t: Neuerrichtung einer Almhütte, Restlebensdauer 15 Jahre bei angenommenen 100 Jahren). In der E 2 Ob 234/05h (Ziegelgewölbekeller; Restnutzungsdauer des neuen 300 Jahre, Restnutzungsdauer der zerstörten Sache 100 Jahre) hat er einen Abzug neu für alt zu Recht versagt, was den Eindruck erweckt, dass bei ausreichend langer Restnutzungsdauer ein Abzug neu für alt unterbleiben könne.
- 27 Dieses **Ergebnis** lässt sich **wirtschaftswissenschaftlich gut begründen**, wenn man eine **Abzinsung künftiger Nutzungsvorteile** vornimmt. Danach fällt ein Nutzungsvorteil umso we-

niger ins Gewicht, je weiter er in der Zukunft liegt (fragwürdig deshalb JBI 1987, 325: Brücke; 10 Ob 31/00g: bei Neuerrichtung eines Teils eines Hauses Wertsteigerung abzuziehen) und je höher der zugrunde gelegte Zinssatz ist. Darüber hinaus sollte dieser Ansatz nach der hier vertretenen Ansicht nur dann gewählt werden, wenn der Geschädigte eine **Restitution** vornimmt, nicht aber dann, wenn er bloß Wertersatz verlangt, weil dem Geschädigten an der beschädigten Sache nur insofern gelegen ist, als sie einen Vermögenswert verkörpert und er auch ohne schädigendes Ereignis bloß den typischerweise geringeren Veräußerungswert erzielt hätte.

Ein **Abzug neu für alt unterbleibt**, wenn der Geschädigte durch eine **neue Sache keinen Vermögensvorteil** hat (SZ 56/54: Zahnbrücke; 3 Ob 1560/91: Erdkabel der Telekom; 10 Ob 31/00g: teilweise Neuerrichtung eines Teils des 13 Jahre alten Hauses wegen nicht lege artis erfolgter Bohrungen; allenfalls Abzug neu für alt). Freilich wird man prüfen müssen, ob **tatsächlich kein Vorteil** gegeben ist. Das OLG Wien (ZVR 2010/59) hat angenommen, dass der Austausch einer 20 Jahre alten Ampelanlage durch eine neue, dem heutigen Stand entsprechende, abgesehen von der Ersparnis von Wartungsarbeiten, ohne Abzug neu für alt möglich ist. Das ist fragwürdig, weil einerseits die alte im – osteuropäischen – Ausland noch verwertbar gewesen wäre, andererseits zwar eine 20 Jahre alte nicht mehr am Markt vorhanden sein wird, wohl aber eine, die nicht dem allerneuesten Stand der Technik entspricht. Insoweit ist die Kategorie der „Schaffung einer Ersatzlage“ auch in diesem Zusammenhang heranzuziehen. Die nachfolgende E OLG Wien ZVR 2012/178 hat bei vergleichbarem Sachverhalt (Beschädigung einer 10 Jahre alten Verkehrslichtanlage) bei Installierung einer neuen wegen der um die Hälfte verlängerten Benutzungsdauer einen **Abzug neu für alt** im Ausmaß eines **Abschlags von 30 %** vorgenommen.

Bei **Reparatur einer beschädigten Sache mit Neuteilen** kommt ein **Abzug neu für alt** **grundsätzlich nicht** in Betracht, ausnahmsweise aber doch, wenn es zu einer **Wertsteigerung der Gesamtsache** kommt (SZ 55/104; 2 Ob 285/01b jeweils Kfz-Schaden, hier verneint; 2 Ob 285/01b: bei Einbau unselbständiger Teile in eine unbewegliche Sache, hier eingebautes Wohnzimmer, Wohnzimmerdecke, Heizkörperverbauung). Das gilt entsprechend bei **späterem schadensunabhängigen Austausch von Verschleißteilen** (SZ 55/104: Anschaffung neuer Reifen demnächst) bzw Instandsetzungsinvestitionen (SZ 55/28: Fundierungsarbeiten durch Rampaufbau; 1 Ob 15/02s: Verlust der Stütze durch Beseitigung von Schutt und Lehm) oder bei Aufwendungen für Inspektionen (ZVR 1987/101: Kontrollmaßnahmen bei einem Flugzeug). Wie beim Vorziehen eines Hausverputzes (SZ 56/126: hier um 10 Jahre) liegt der Schaden nicht im Aufwand, sondern lediglich im früheren Anfall (so auch 1 Ob 163/10t: Betonung, dass es nicht bloß um einmaliges Vorziehen geht). In der Lit ist umstritten, ob der Geschädigte ein Darlehen aufnehmen muss und dafür die Zinsen verlangen kann oder der Schädiger ein zinsloses Darlehen zu leisten hat. Letzteres ist die angemessenere Lösung.

Diese Ansätze entsprechen lupenrein dem **Ausgleichsprinzip**. Es bleibt freilich zu bedenken, dass ein **Sachschaden relativ rasch**, jedenfalls durch einen **Kapitalbetrag** reguliert werden sollte. Die dargestellten Literaturmeinungen führen jedoch dazu, dass eine wenig praktikable jahrzehntelange Dauerrechtsbeziehung zwischen Geschädigtem und Schädiger entsteht. Auch in diesem Zusammenhang ist der Gedanke hilfreich, dass bei Ermittlung eines Barwertes Lasten oder Nutzen umso geringer zu veranschlagen sind, je weiter sie in der Zukunft liegen, weil schon die Abzinsung dafür sorgen wird, dass nur marginal geringe Werte in der Gegenwart verbleiben. Ist der Zinssatz freilich gering, die Inflation hoch, wird dieser Effekt gedämpft oder er ist uU gar nicht vorhanden.

Bedeutet die Zerstörung des Gebäudes zugleich eine **Wertsteigerung der Liegenschaft**, ist diese im Wege der **Vorteilsausgleichung** zu berücksichtigen (2 Ob 176/07g: höherer Wert der Liegenschaft im Ausmaß der Abbruchkosten nach Brand; Regress des Feuerversicherers, der seine Versicherungsleistung nach dem Buchwert des Gebäudes zu erbringen hatte). Der von der Sachversicherung nach dem Versicherungsvertrag zu ersetzende Schaden ist nicht – immer – mit dem gesetzlich geschuldeten bürgerlich-rechtlichen Schaden deckungsgleich.

- 32 **Vorteilsausgleichung** wie **Abzug neu für alt** sind **nicht amtswegig** zu berücksichtigen, sondern nur bei **Vorbringen des Ersatzpflichtigen**, den auch die Behauptungs- und Beweislast trifft (stRspr, z B 9 Ob 415/97p; 2 Ob 234/05h; 3 Ob 77/09h). Die bloße Einwendung ohne Substantiierung ist zu wenig (2 Ob 159/98s).
- 33 Für die Ermittlung des **Ersatzumfanges** ist nach § 193 ZPO der **Schluss der mündlichen Streitverhandlung** maßgeblich (2 Ob 82/97s: Heilungskosten; 4 Ob 2088/96: Reparatur). Daran ändert auch die objektiv-abstrakte Schadensberechnung nichts (JBI 1990, 718: Schädigung wegen Setzungsarbeiten; später herausgekommen, dass schon ursprünglich höherer Schaden wegen anderer Einwirkungen vorhanden war). Einige ältere Entscheidungen, denen zufolge **nach Durchführung der Reparatur der tatsächliche Aufwand** zu ersetzen ist, davor aber die **fiktiven Reparaturkosten** (SZ 51/7; ZVR 1982/194; OLG Wien ZVR 1993/9), sind abzulehnen, weil ein Anreiz für ein unproduktives Zuwarten geschaffen wird und zudem eine Überkompensation gegeben ist.
- 34 Das grundlose Zögern des Geschädigten, die Werkstatt **mit der Reparatur** zu betrauen, bildet einen **Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit** gem § 1304 (ZVR 1984/281). Der Geschädigte darf für seine weiteren Dispositionen aber das von einem Sachverständigen eingeholte Gutachten abwarten (ZVR 1977/229). Er benötigt ein solches häufig zur **Beweissicherung**, in aller Regel aber als **Entscheidungshilfe**, ob und auf welche Art er das Unfallfahrzeug reparieren oder ein Ersatzfahrzeug anschaffen soll. Dafür wird ihm eine **angemessene Überlegungsfrist** eingeräumt (ZVR 1975/165: 10 Tage; ZVR 1977/229; ZVR 1984/281: 1 Woche; ZVR 1979/305: 14 Tage; OLG Innsbruck ZVR 2011/183: 5 Werkstage zu wenig). Grundsätzlich ist ein Zuwarten des Geschädigten bis zur Genehmigung des Haftpflichtversicherers nicht gerechtfertigt (zu Ausnahmen: ZVR 1977/229).
- 35 Der Schadenersatzanspruch wird erst mit **Zugang eines ziffernmäßigen Begehrens** fällig (SZ 54/119), weil der Ersatzpflichtige erst dann weiß, was und wie viel er schuldet; das gilt auch für einen Vorschuss (ZVR 1977/304).
- 36 Seit JBI 1985, 41 ist unbestritten, dass **ohne Durchführung einer Reparatur bloß die geringere Wertminderung**, nicht aber die höheren Reparaturkosten gebühren. So einig man sich darüber im **Grundsatz** ist, so **unvollständig** wird dieser **im Detail umgesetzt**. Die stRspr gibt sich für den Zuspruch fiktiver Reparaturkosten in kritikwürdiger Weise mit der **Reparaturabsicht** des Geschädigten zufrieden (statt vieler 1 Ob 620/94; 2 Ob 5/94; 2 Ob 116/08k; 1 Ob 163/10t; 5 Ob 61/11y: keine konkreten Gründe, an der Wiederherstellungsabsicht des Anspruchstellers zu zweifeln; 6 Ob 219/10i: keine Feststellungen, dass keine Absicht besteht) und versagt den Reparaturkostenzuspruch lediglich dann, wenn feststeht, dass die Reparatur unterbleibt (3 Ob 225/98d; 1 Ob 103/08s; 1 Ob 16/09y: vertraglicher Schadenersatzanspruch) oder der Geschädigte selbst sie offenlässt (2 Ob 5/94: Kfz-Schaden; 9 Ob 303/99w: Schloss; 2 Ob 82/97s: dann nicht einmal Zuspruch eines Vorschusses im Rahmen der Heilungskosten). Dies steht überdies im Widerspruch zur Judikatur, dass den Geschädigten die Beweislast für die über die objektive Wertminderung hinausgehenden Reparaturkosten trifft (2 Ob 5/94; ähnlich 2 Ob 11/96: fiktive Kosten mit objektiver Wertminderung begrenzt).
- 37 Zutreffend ist zwar, dass der Geschädigte für die Bewirkung der Restitution **nicht mit eigenem Kapital in Vorlage** treten muss (2 Ob 620/94; 6 Ob 219/10i), sondern vom Schädiger einen Vorschuss verlangen kann; es gebührt dem Geschädigten in dieser Phase aber eben **lediglich ein Vorschuss**, nicht ein Zuspruch ohne Wenn und Aber. Abgesehen davon, dass der Beweis der Absicht schwer zu würdigen ist, gebühren die Restitutionskosten dann nicht, wenn der Geschädigte seinen Entschluss in der Folge nicht in die Tat umsetzt.
- 38 Dass der Geschädigte den realen Schaden vorweg beseitigt, ist keine allg Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht (2 Ob 5/94; 1 Ob 620/94; 9 Ob 303/99w). Für den **Vorschussanspruch** genügt die **Absicht der Schadensbeseitigung** (1 Ob 620/94; 4 Ob 2088/96d; in 1 Ob 103/08s

hat der OGH aus dem Umstand, dass der Geschädigte die Durchführung der Reparatur erst nach Verurteilung des Ersatzpflichtigen beabsichtigte, den Schluss gezogen, dass der Geschädigte bei Selbsttragung die Maßnahme unterlassen hätte und daraus – zu Unrecht – die Untunlichkeit abgeleitet; 1 Ob 109/09z: Behebungskosten von über 6.000,- €, Zeitwert 200,- €, Reparatur untunlich, Abweisung der Reparaturkosten aber begründet mit Beweislast des Anspruchstellers, Reparatur durchführen zu wollen). Wartet der Geschädigte bis zur Leistung des Deckungskapitals zu, verstößt er nicht gegen die Schadensminderungsobligiertheit (1 Ob 163/10t: Ersatz der entgehenden Vermietungserlöse). Bei Naturalherstellung durch den Geschädigten hat dieser bei entsprechendem Begehren gegen den Schädiger einen Vorschussanspruch (2 Ob 5/94: Kfz-Schaden; 2 Ob 82/97s: Heilungskosten). Das gilt auch für einen Mietvertrag, wenn der Vermieter für die Wiederherstellung von Teilen der Wohnung Geldersatz zu leisten hat (6 Ob 88/98d: Wandmalerei, Tapeten; dass die Wand im Eigentum des Vermieters steht, ist ohne Bedeutung; bezüglich ernster Schäden ist das Außerstreitverfahren zu beschreiten).

Die **Vorschusshöhe** bemisst sich nach den Restitutionskosten zum Zeitpunkt der voraussichtlichen Vornahme (5 Ob 21/09p: inflationsbedingte Anpassung des Vorschusses bei Deckungskapital für Behebung von Baumängeln während des Prozesses zulässig, dann aber Verzinsung nicht ab Klagseinbringung). Der **Vorschuss** ist **zweckgebunden** und somit **bei Zweckverfehlung rückforderbar** (2 Ob 82/97s; OLG Linz ZVR 1999/99). Bei Erkennbarkeit höherer Kosten ist er aufzustocken. Bei Feststehen des Unterbleibens der Restitutionsmaßnahme ist er zurückzuzahlen. Der Geschädigte hat eine Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht, der Ersatzpflichtige ein entsprechendes Überwachungsrecht (2 Ob 82/97s). Für die Durchführung der vorschussbezogenen Maßnahme hat der Geschädigte eine **angemessene Frist**. **Gerechtfertigte Verzögerungsgründe** auf Geschädigtenseite sind bei einer Kfz-Reparatur weniger vorstellbar als bei einem Heileingriff. Bei einer Wohnung mag eine erforderliche Sanierungsmaßnahme nicht zu jeder Jahreszeit genehm sein. Wird innerhalb angemessener Frist keine widmungsgemäße Verwendung nachgewiesen, kann der Ersatzpflichtige den Vorschuss (mE samt Zinsen) nach Fristsetzung gem § 918 zurückverlangen.

Aus der fehlenden Eigenfinanzierungsobligiertheit des Geschädigten folgt die **Ersatzfähigkeit von Finanzierungskosten** (Kreditzinsen, entgangene Veranlagungszinsen: stRspr, z B 1 Ob 315/97y [verst Senat]; 3 Ob 225/98d; 7 Ob 24/99a). Kreditzinsen für einen aufgenommenen Kredit kann der Geschädigte unabhängig von seinen Vermögensverhältnissen verlangen (2 Ob 5/94), weshalb er diese auch nicht offenlegen muss. Solche Aufwendungen gehören zum ursprünglichen Schaden und sind **nicht erst unter den Voraussetzungen des Verzugschadens ersatzfähig**. Selbst bei Unklarheit der eigenen Ersatzpflicht riskiert der Ersatzpflichtige somit bei Verweigerung eines begehrten Vorschusses ein Anwachsen des Schadens (Folgeschäden oder hohe Finanzierungskosten auf Seite des Geschädigten).

Die Ersatzfähigkeit von **Finanzierungskosten** gilt **ausschließlich für Restitutionsmaßnahmen** (Reparatur einer Sache, Anmietung einer Ersatzsache, Heilungskosten sowie die Heranziehung von Ersatzkräften). Sofern sich die jeweiligen Gläubiger des Geschädigten, die dieser mit der jeweiligen Restitutionsmaßnahme betraut, auch mit einer **Kostenübernahmeerklärung eines solventen Kfz-Haftpflichtversicherers** begnügen, kann auch das eine taugliche Maßnahme sein. Höhere als die gesetzlichen Verzugszinsen gebühren auch **ohne vorausgehende Aufforderung zur Vorschussgewährung** (1 Ob 315/97y; 7 Ob 24/99a; anders noch ZVR 1976/263; ZVR 1991/33). Selbst wenn man in der unterlassenen Aufforderung einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobligiertheit sehen sollte, ist zu bedenken, dass es allein um den Teil der Finanzierungskosten geht, der beim Geschädigten in höherem Ausmaß als beim Schädiger angefallen wäre. Auch Letzterer verwahrt sein Geld nicht im Sparstrumpf, sondern kann typischerweise durch die spätere Zahlung die Inanspruchnahme seines Kontokorrentkredits vermeiden. Hat der Ersatzpflichtige auch nach Klagseinbringung keine Leistung erbracht, gilt die Vermutung, dass er auch keinen Vorschuss geleistet hätte (1 Ob 315/97y; 3 Ob 225/98d; 7 Ob 24/99a).

- 42 Sofern das **ohne Bonusverlust** möglich ist, hat der Geschädigte eine **Kaskoversicherung** heranzuziehen (ZVR 1981/216; OLG Wien ZVR 1994/66). Nach der Rspr gilt das stets, wenn dadurch **Kreditkosten vermieden** werden können (ZVR 1978/45; ZVR 1981/216). Das gilt mE dann nicht, wenn dem Geschädigten ex ante ohne Weiteres erkennbar ist, dass der Rückstufungsschaden sehr viel höher ist als die Finanzierungskosten. Ungewiss ist freilich, wann der Ersatzpflichtige zahlen wird. Zu bedenken ist außerdem, dass sich der Verlust des Schadensfreiheitsrabatts auf die Folgejahre auswirkt.
- 43 Der OGH hat in einer älteren Entscheidung (JBI 1987, 723) bei **Beteiligung von ausländischen Fahrzeugen** die **Inanspruchnahme der Kaskoversicherung** auch ohne Zahlungsaufforderung an den gegnerischen Haftpflichtversicherer gebilligt und den daraus resultierenden Verlust des Schadensfreiheitsrabatts als ersatzfähigen Vermögensschaden zuerkannt. Die Begründung war, dass bei Kfz-Schäden, bei denen eine ausländische Kfz-Haftpflichtversicherung (in concreto eine italienische) einstandspflichtig ist, stets mit Scherereien und zeitlichen Verzögerungen zu rechnen sei. Zu bedenken ist, dass seit Umsetzung der KH-Richtlinien der Geschädigte nunmehr einen inländischen Ansprechpartner hat, sodass fraglich ist, ob die in JBI 1987, 723 eingenommene Position für solche Schadensfälle heute noch gültig ist.
- 44 Bei der **Regulierung von Kfz-Sachschäden**, dem Hauptanwendungsgebiet des § 1323, ist zwischen **technischem und wirtschaftlichem Totalschaden** zu unterscheiden. Der eher seltene **technische Totalschaden** (Kfz ist plattgedrückt) liegt vor, wenn eine Reparatur technisch nicht möglich ist. Beim wirtschaftlichen Totalschaden ist eine Reparatur zwar technisch möglich, jedoch unwirtschaftlich (näher Rz 45 ff). Dies führt dazu, dass der Geschädigte deren Durchführung nicht auf Kosten des Schädigers verlangen kann.
- 45 Für die Beurteilung, ob ein **wirtschaftlicher Totalschaden** gegeben ist, wären nach betriebswirtschaftlichem Kalkül die Reparaturkosten zuzüglich des merkantilen Minderwerts einerseits und der Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwertes andererseits gegenüberzustellen. Der OGH hingegen vergleicht lediglich **Reparaturkosten** und **Wiederbeschaffungswert** (ZVR 1987/38; ZVR 1987/94). Wenn eine Frage im Grenzbereich zwischen zulässiger Reparaturkostenabrechnung und Verweis auf die Totalschadensabrechnung zu beurteilen ist, macht der Geschädigte den **merkantilen Minderwert** nicht geltend mit der Folge, dass ihn auch der OGH nicht in seine Abwägung einbezieht. Für die Beurteilung der Tunlichkeitsschwelle ist das im Ausgangspunkt mE unzutreffend; vielmehr wäre er zu schätzen und in die Vergleichsrechnung aufzunehmen. Beim Wiederbeschaffungswert ist dieser die zutreffende Vergleichsgröße und nicht der Veräußerungswert; der Geschädigte steht ja vor der Alternative zu kaufen, nicht aber zu verkaufen.
- 46 Der OGH klammert den **Restwert** aus (ZVR 1978/115; 1 Ob 620/94; 2 Ob 162/06x), ebenso der deutsche BGH, der dies mit der umstrittenen Restwertermittlung und dem Zeitdruck der Klärung begründet, ob der Geschädigte eine Reparatur auf Kosten des Schädigers durchführen könne. Angesichts der jüngsten Problemhäufung (unten Rz 62 f) könnte die BGH-Begründung auch für den OGH eine rationale Begründung darstellen.
- 47 Bei der Feststellung, dass die Reparaturkosten – samt dem merkantilen Minderwert – den Wiederbeschaffungswert maßvoll übersteigen dürfen, ist **nicht nur der Prozentsatz bedeutsam**, um den das zulässig ist. Bedeutsam ist auch, **welche Größen einander gegenübergestellt** werden. Durch die Ausklammerung des Restwertes wird das Integritätsinteresse des Geschädigten am Behalten seines Fahrzeugs in sehr viel höherem Maße für beachtlich angesehen, als wenn man – bei gleichen Prozentsätzen – den Restwert einbeziehen würde.
- 48 Es stellt sich die grundsätzliche Frage, weshalb dem Geschädigten die Möglichkeit eingeräumt wird, das **beschädigte Fahrzeug – auf Kosten des Schädigers – reparieren zu lassen**, obwohl dieser **bei Anschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs viel geringer belastet** würde. Die Antwort lautet: Die auf dem **Gebrauchtwagenmarkt befindlichen Fahrzeuge** stellen eine **negative Auslese** dar. Autos werden heute typischerweise verkauft, weil sie Macken haben. Selbst

ein seriöser Gebrauchtwagenhändler kann bei einer Überprüfung nicht alle Defizite entdecken; zudem sind nicht alle Gebrauchtwagenhändler seriös. Die Gefahr, dass der Geschädigte auf dem Gebrauchtwagenmarkt ein Fahrzeug mit Macken erwirbt, ist daher nicht zu vernachlässigen. Obwohl sein Fahrzeug einen Unfallschaden hat, zieht er die Reparatur des eigenen Fahrzeugs der Anschaffung eines Gebrauchtfahrzeugs, dessen Macken er nicht kennt, vor. Das ist – bis zu einer gewissen Schwelle – **durchaus rational**. Das mag auch mehr als die vom OGH gebilligten 10–15 % ausmachen. Aber ein rational handelnder Geschädigter würde eben sämtliche Komponenten, auch den Restwert und den merkantilen Minderwert, in sein Kalkül einbeziehen.

Der OGH lehnt **starre Grenzen** für den zulässigen Überhang der Reparaturkosten gegenüber dem Wiederbeschaffungswert ab (ZVR 1977/167; SZ 51/37: Tankwagenanhänger, Ausgangspunkt Neufahrzeug, Abzug neu für alt; 2 Ob 162/06x: 9,4 % wären noch tolerabel). Jedenfalls bei Kfz-Schäden wäre aus Gründen der Rechtssicherheit – für den Geschädigten als auch den Ersatzpflichtigen – ein **bestimmter Mindestprozentsatz wünschenswert**. 49

Vom OGH bisher nicht entschieden ist das Problem des **Prognoserisikos**. Soll der Schädiger 50 auch dann zur Tragung der vollen Reparaturkosten verpflichtet sein, wenn ein Sachverständiger diese unterhalb der Tunlichkeitsschwelle schätzt, nach der Reparatur sich aber das Übersteigen dieser Schwelle herausstellt. Nach Ansicht der L hat der **Schädiger ein solches Prognoserisiko zu tragen**. Dem ist zuzustimmen, wenn – wie in Österreich üblich – der Kfz-Haftpflichtversicherer den Sachverständigen benannt hatte. Bei Betrauung des Sachverständigen durch den Geschädigten soll mE der Schädiger das Prognoserisiko aber nur bis zur äußersten Tunlichkeitsschwelle (115 % des Wiederbeschaffungswertes) tragen. In einem solchen Fall besteht die **Gefahr eines arglistigen Zusammenwirkens zwischen Geschädigtem und Sachverständigen zulasten des Haftpflichtversicherers**, ohne dass dieser nachweisen kann, dass die höheren Kosten dem Sachverständigen ex ante erkennbar waren. Risiko des Geschädigten wäre es dann, dem von ihm herangezogenen Experten nachzuweisen, dass die Kosten jenseits der Tunlichkeitsschwelle erkennbar waren, was den Geschädigten bei Kenntnis von einer Durchführung der Reparatur abgehalten hätte, weil der Ersatzpflichtige Ersatz nur nach Maßgabe der Totalschadensabrechnung leisten hätte müssen.

Lässt der Geschädigte eine **Reparatur** durchführen, auch wenn die Sachverständigenschätzung die **Tunlichkeitsschwelle überschreitet**, so kann er entgegen älteren E (ZVR 1971/100, 1975/163: Verweis auf die Totalschadensabrechnung) gleichwohl die tatsächlich angefallenen Reparaturkosten geltend machen, wenn er damit **innerhalb der Tunlichkeitsschwelle** bleibt (ZVR 1987/38) oder dies durch **Zuschuss eigener Mittel** erreicht. Mindestvoraussetzung ist, dass das Fahrzeug nach den Kriterien des § 57a KFG verkehrssicher ist. 51

Als **Obergrenze der Reparaturkosten** wird der **Neuwagenpreis** angenommen (ZVR 1975/79; 2 Ob 162/06x: Abrechnung auf Neuwagenbasis bei schwerer Havarie, Obergrenze Neuwagenpreis; gegenteilig ZVR 1978/115: Reparaturkosten über den Neuwagenpreis hinaus). Sachgerechter wäre eine Begrenzung mit der **Differenz zwischen Neuwagenpreis und Wrackwert**, jedenfalls dann, wenn das für den Geschädigten erkennbar ist. Während es in sonstigen Fällen sachgerecht ist, dass sich der Geschädigte für die Reparatur und gegen die Anschaffung eines Gebrauchtwagens entscheiden kann, weil einem solchen eben versteckte Mängel anhaften können, ist diese Gefahr bei Anschaffung eines Neufahrzeugs vernachlässigbar gering, ganz abgesehen davon, dass in einem solchen Fall neben der Gewährleistung gegen den Verkäufer ein Garantieanspruch gegen den Hersteller besteht. 52

Der bei der Reparaturkostenabrechnung zusätzliche Anspruch des Geschädigten auf den **merkantilen Minderwert** ist bei **ganz geringfügigen Schäden** zu vernachlässigen (ZVR 1977/298; ZVR 1983/280). Zu Berechnungen des merkantilen Minderwertes gibt es kaum OGH-Rspr; in der außergerichtlichen Praxis hat sich folgende Grenzwertkombination eingespielt, die schon bei Überschreitung eines Kriteriums eine Zuerkennung merkantilen Minderwerts ausschließt: Alter maximal 4½ Jahre, Erstbesitz, 60.000–70.000 gefahrene km, kein Vorschaden. 53

- 54 Das OLG Innsbruck (ZVR 2008/242) hat demgegenüber einen **merkantilen Minderwert trotz Überschreitung mehrerer Ausschlusskriterien** zugebilligt (Unfallfahrzeug 5½ Jahre alt, 2 Voreigentümer, 70.000 gefahrene km, Vorschaden; dazu ZVR 1990/49: auch erheblicher Vorschaden schließt merkantilen Minderwert nicht aus). In Deutschland gibt es weniger strenge Ausschlusskriterien: Alter 12–15 Jahre, Fahrleistung 150.000 km. Es ist wenig plausibel, dass das Käuferverhalten in Bezug auf die Skepsis von Reparaturen bei Unfallfahrzeugen und dem daraus resultierenden Preisabschlag bei einem Ankauf in Deutschland und Österreich völlig unterschiedlich sind. Der heute zu beobachtenden längeren Haltbarkeit von Fahrzeugen ist in der Weise Rechnung zu tragen, dass **auch bei älteren Fahrzeugen ein merkantiler Minderwert** zuzubilligen ist.
- 55 Da der Geschädigte berechtigt ist, das Unfallfahrzeug auf Kosten des Schädigers in der Werkstätte seines Vertrauens reparieren zu lassen (ZVR 1974/217), kann er auch den **Ersatz der Überstellungskosten** verlangen, wenn diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Reparaturkosten stehen (ZVR 1982/160).
- 56 Bei der **Reparatur in der eigenen Werkstätte** schwanken OGH und L zwischen dem Ersatz des **tatsächlichen Aufwands** und eines **zusätzlichen Gewinnes**; Letzterer soll bloß einem **gewerblichen Unternehmer** gebühren (SZ 51/7; 2 Ob 128/89), uzw unter der lebensfremden Annahme, dass dieser stets voll ausgelastet sei (ZVR 1976/230; SZ 51/7). Zur Begründung werden zusätzlich Bereicherungsrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag bemüht (SZ 63/46), obwohl das Schadenersatzrecht ausreicht, sofern man nicht den Nachweis zusätzlicher Ausgaben verlangt, sondern auf den **messbaren Wertverzehr** abstellt. Auch die USt ist nur bei tatsächlichem Anfall ersatzfähig (SZ 63/46). Wozu man sich bei den Betriebsreservekosten (unten Rz 75 ff) durchgerungen hat, muss für die Eigenreparatur entsprechend gelten.
- 57 Der Streit über die **Ersatzfähigkeit eines Gewinnes** (SZ 40/144: bejaht bei ÖBB; SZ 51/7: verneint bei der Bundesstraßenverwaltung; ZVR 1984/235: bejaht bei Mietwagenunternehmen, das eigenes Fahrzeug einsetzt) wird durch Anerkennung der Ersatzfähigkeit einer **üblichen Eigenkapitalverzinsung** sowie des **Unternehmerlohns** weitgehend entschärft. Die Bezugnahme auf das Bereicherungsrecht und die GoA führt zu der im dortigen Kontext wenig sachgerechten Differenzierung, dass im Rahmen des Berufes erbrachte Arbeitsleistungen ersatzfähig sind, dieselbe Tätigkeit aber außerhalb eines konkreten Berufes als nicht ersatzfähig angesehen oder nur mit einem Bagatellbetrag abzugeltende ideelle Einbuße qualifiziert wird.
- 58 Den Geschädigten trifft grundsätzlich **keine Obliegenheit, die beschädigte Sache selbst zu reparieren** (anders JBl 1988, 319: nur dann, wenn sich der Schädiger seiner Pflicht zur Leistung des Naturalersatzes entzieht oder wegen der Kompliziertheit des Schadensbehebungsvorgangs dazu nicht in der Lage ist). Die bei ihm angefallenen Kosten stehen ihm bis zur **Obergrenze einer fachgerechten Professionistenreparatur** zu. Ein Abschlag ist vorzunehmen, wenn die Reparatur qualitativ und/oder quantitativ hinter den Vorgaben des Sachverständigen zurückbleibt. Ist die Behebung des Schadens nur durch den Geschädigten selbst möglich, kann der den Stundenlohn einer entsprechend qualifizierten Ersatzkraft für seine Mühewaltung „in der Freizeit“ verlangen (1 Ob 37/12s: versehentliche Löschung von Daten auf der Festplatte eines Bausachverständigen, Rekonstruktion durch ihn selbst).
- 59 Der **Anspruch auf Zahlung der Reparaturkosten** kann wie jeder andere schuldrechtliche Anspruch in dem Umfang **abgetreten** werden, in dem er besteht. Der debitor cessus darf nach der Abtretung nicht stärker belastet werden. Darüber hinaus müssen die schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein, insb die Durchführung der Reparatur. Eine solche Abtretung ist deshalb nicht selbstverständlich, weil die gegenüber der Wertminderung höheren Reparaturkosten nur wegen des besonderen Restitutionsinteresses des Geschädigten am Erhalt seines Fahrzeugs gebühren. Veräußert er das Fahrzeug, bekundet er freilich, dass ihm daran nicht gelegen ist.

Der OGH bejahte in der E SZ 51/163 die **Reparaturkostenforderung des Zessionars** 60 **gegenüber dem Schädiger** ungeachtet des Umstands, dass der Zessionar das Gebäude in der Folge abriß. Kann der Zedent keine fiktiven Reparaturkosten verlangen, stehen sie auch dem Zessionar nicht zu. Wenn der Zedent Verbraucher und der Zessionar Unternehmer ist, kann der Zessionar keine USt verlangen, weil diese bei ihm nicht anfällt. Im umgekehrten Fall kann der Zessionar die USt nicht verlangen, weil es durch die Abtretung zu keiner Ausweitung des Schadenersatzanspruchs kommen darf.

Bei einer **Totalschadensabrechnung** ist die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert (auch Zeitwert genannt: ZVR 1976/15) und dem Restwert zu ersetzen (ZVR 1984/344). Der **Wiederbeschaffungswert** ist der Kaufpreis bei einem **seriösen Gebrauchtwagenhändler nach Inspektion und mit Werkstattgarantie**. Bei Entfall einer Restitution sollte man freilich den geringeren Veräußerungswert zugrunde legen, weil der Geschädigte den im Fahrzeug verkörperten Vermögenswert auch ohne das schädigende Ereignis nur zum Veräußerungswert zu Geld machen hätte können. 61

Die richtige Ermittlung des Restwerts des Wracks ist für das österreichische Recht 62 **ungeklärt**. Das **Autohaus** oder die **Werkstätte** des Geschädigten sind daran interessiert, dass das Wrack zu einem möglichst geringen Preis an sie verhökert wird. Der **Haftpflichtversicherer** ist an einem möglichst hohen Wert interessiert, weil seine Ersatzpflicht umso geringer ist, je höher der Erlös für das Wrack ist. Für den **Geschädigten** ist die Höhe des Wrackwertes so lange ohne Bedeutung, als sein gesamter Schaden ersetzt wird. Sobald er wegen eines Mitverschuldens einen Teil des Schadens selbst zu tragen hat, ist auch der Geschädigte an einem möglichst hohen Restwert interessiert, weil dann der von ihm selbst zu tragende Schaden umso kleiner ist, je höher der Restwert ist. Die Problematik hat sich seit der Öffnung der Ostmärkte 1989, der Verbilligung des Transports solcher Wracks aufgrund verbesserter Logistik und trotz steigender Spritpreise, vor allem aber wegen des Einsatzes von internetbasierten Wrackbörsen, grundlegend verändert.

Fraglich ist, ob die **Wrackwertermittlung** nach dem **höchsten Gebot einer Internet-** 63 **wrackbörse** oder nach dem **Durchschnittswert am lokalen Markt** (OLG Innsbruck 2008/126; LGZ Wien ZVR 2008/243) erfolgen soll. Es geht um **Spannen bis zu 300 %**. Da es bloß um das Wertinteresse geht, ist mE der mithilfe der Internetbörse ermittelte Wert maßgeblich, vorausgesetzt, der Geschädigte wird **vor seiner Disposition ausreichend aufgeklärt** und ihm werden alle zusätzlichen Mühen und Risiken bei Veräußerung an den Bestbieter aus der Wrackbörse gegenüber der Inzahlunggabe an den örtlichen Händler abgenommen. Der gegnerische (Kfz-) Haftpflichtversicherer muss dem Geschädigten „quasi auf dem Silbertablett“ ein annahmefähiges, mit einer umfassenden Aufklärung verbundenes Angebot liefern, das dieser durch ein einziges Telefonat nur noch annehmen muss. An diesen zu Recht strengen Anforderungen scheitert der Kfz-Haftpflichtversicherer häufig (LG Leoben Zak 2011/140: kein Hinweis auf inkludierte USt und unentgeltliche Abholung; OLG Innsbruck ZVR 2011/183: keine Beifügung des Gutachtens des Kfz-Sachverständigen, nach dessen infolge Mahnung des Geschädigten erfolgten Zugang Ablauf der Bindungsfrist der Restwertangebote; OLG Wien 11 R 118/11w: fehlender Hinweis auf Zusage der Barzahlung bei Abholung und Gewährleistungsausschluss). Enthält das vom Sachverständigen des Geschädigten ermittelte Gutachten einen höheren Wrackwert als das Angebot des gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherers, verstößt der Geschädigte gegen die **Schadensminderungsobliegenheit**, wenn er sich nicht – in einem einzigen Telefonat – nach dem Anbieter erkundigt, sondern das Wrack zu dem vom gegnerischen Haftpflichtversicherer benannten geringeren Betrag an eine ihm nahestehende Person veräußert (OLG Innsbruck ZVR 2010/179 sowie ZVR 2012/9: Veräußerung eines Betonmischers an den eigenen Geschäftsführer für 5.340,- € bei einem vom eigenen Sachverständigen geschätzten Wert von 18.000,- €). Siehe dazu auch § 1332 Rz 3a.

Zu betonen ist, dass die Entscheidung des Geschädigten für oder gegen die **Reparatur des** 64 **Fahrzeugs nicht von der Höhe des Wracks** abhängt, weil die Bezugsgröße lediglich der Wiederbeschaffungswert, nicht aber die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert

ist. Der OGH hat auch in E 2 Ob 249/08v (Kfz-Totalschaden eines Franzosen) lediglich ausgesprochen, dass es darauf ankomme, ob für die Kaskoversicherung erkennbar war, dass bei Veräußerung des Wracks in Österreich oder Frankreich ein signifikant unterschiedlicher Erlös erzielt werden könne. Ob der Geschädigte bzw der Kaskoversicherer vor der Verwertung des Wracks **mit dem Haftpflichtversicherer Kontakt aufnehmen** muss, um dieser Gelegenheit zu geben, mitzubieten, wofür namentlich bei einem Kaskoversicherer gute Gründe bestehen, hat er sich nicht geäußert.

- 65 Bei Beschädigung eines neuen Fahrzeugs bevorzugt der Geschädigte die Anschaffung eines Neufahrzeugs gegenüber der Reparatur. Das Besondere der **Neuwagenabrechnung** besteht darin, dass der Geschädigte berechtigt ist, auf Kosten des Schädigers ein Neufahrzeug zu beschaffen. Es handelt sich bei der Neuwagenabrechnung nicht um eine Ausprägung der Totalschadensabrechnung, sondern ein **besonders qualifiziertes Integritätsinteresse** (2 Ob 162/06x: Abrechnung auf Neuwagenbasis bei schwerer Havarie) mit der Folge, dass nur dann auf dieser Basis abgerechnet werden kann, wenn der Geschädigte ein Neufahrzeug auch anschafft. Eine solche Abrechnung ist nach dem OGH auf Fahrzeuge bis zu einem Alter von ca 1 Monat und 1000 gefahrenen km mit schwerer Havarie beschränkt (2 Ob 162/06x); eine solche ist insb anzunehmen, wenn für die Sicherheit maßgebliche Teile betroffen sind. Bei Feststellung des Neuwertes ist nicht auf den Listenpreis, sondern den **vom Geschädigten zumutbarerweise erzielbaren Preis** abzustellen.
- 66 Bei Beschädigung eines **Leasingfahrzeuges** beurteilt sich die Aktivlegitimation für den Ersatzanspruch nach den vertraglichen Beziehungen der Leasingparteien. Beim Totalschaden kann der **Leasinggeber** den Wiederbeschaffungswert – abzüglich des Restwertes – ungeachtet des Umstands verlangen, dass der Leasingnehmer die Raten in vollem Umfang weiter zu entrichten hat (2 Ob 2419/96s: unter Hinweis auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung). Ist der **Leasingnehmer** nach dem Leasingvertrag zur Reparatur verpflichtet, liegt eine Schadensverlagerung vor mit der Folge, dass ihm die Reparaturkosten vom Schädiger zu ersetzen sind (2 Ob 33/95). Hat der Leasingnehmer alle Risiken zu tragen und ist er auch zur Wiederherstellung verpflichtet, steht ihm auch dann, wenn er nach § 12 UStG das Recht zum Vorsteuerabzug hat, nach Art XII Z 3 EGUStG zunächst der Ersatzbetrag inklusive USt zu (1 Ob 60/09v) – dazu unten Rz 84.
- 67 Nach LGZ Wien ZVR 1995/116 hat der **Leasingnehmer** keine Aktivlegitimation zur **Geltendmachung des merkantilen Minderwerts**, weil das die Einbuße bei Veräußerung des vermeintlich reparierten Fahrzeugs sei und dazu nur der Eigentümer berechtigt sei. Muss der Leasingnehmer ungeachtet der infolge der Drittschädigung mit Risiken behafteten Nutzungsmöglichkeit die vollen Leasingraten bezahlen, ohne im Verhältnis zum Leasinggeber Abhilfe verlangen zu können, wirkt sich diese Vermögenseinbuße aber bei ihm aus, sodass die besseren Gründe dafür sprechen, die Aktivlegitimation dem Leasingnehmer zuzuweisen.
- 68 Bei Beschädigung oder Zerstörung eines Fahrzeuges kann der Geschädigte neben dem Substanzschaden (Reparatur oder Ersatzbeschaffung) auch den **Nutzungsausfallschaden** geltend machen. Auch dabei ist zwischen Restitution und Kompensation zu unterscheiden. Der Ersatz von **Mietwagenkosten** folgt aus dem **Prinzip der Naturalrestitution** (ZVR 1975/219), genauer dem der **Herstellung einer Ersatzlage** (ZVR 1977/78; ZVR 1977/297). In der Praxis spielt dieser Schadensposten eine durchaus untergeordnete Bedeutung, weil sich die allermeisten Geschädigten für die **Tarifvariante A** im Rahmen des **Spalttarifs** entschieden haben. Für das Äquivalent einer geringeren Prämie erfolgt ein Verzicht auf den Nutzungsausfallsschaden (zur bejahten Zulässigkeit einer solchen Gestaltung SZ 48/22). Praktisch bedeutsam ist die Frage des Nutzungsausfallsschadens somit bei solchen Geschädigten, die sich für die Tarifvariante B entschieden haben, namentlich bei Transportunternehmen sowie bei Schadenersatzansprüchen von und gegen Ausländer.
- 69 Die **Mietwagenkosten** gebühren vom Unfallzeitpunkt bis zum Abschluss der Restitution. Der Geschädigte darf ein **Gutachten** einholen. Nach dessen Vorliegen steht ihm eine **angemessene Überlegungsfrist** zu, welche Disposition er trifft (ZVR 1977/297; ZVR 1980/153: maßgeb-

lich Zeitpunkt, zu dem Reparatur bei rechtzeitiger Veranlassung beendet worden wäre). An diese schließt sich jedenfalls eine **angemessene Reparaturdauer** (ZVR 1984/281) bzw der **Zeitraum für die Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs** (ZVR 1978/77) an. Mietwagenkosten für eine unvorhergesehen lange Reparaturdauer sind nur bei zumutbaren Beschleunigungsbemühungen des Geschädigten ersatzfähig. Bei sehr langer Reparaturdauer kann eine Zwischennutzung des provisorisch instandgesetzten Fahrzeuges zumutbar sein (ZVR 1980/153; ZVR 1983/275). Im Regelfall muss der Geschädigte kein **Interimfahrzeug** anschaffen (einschränkend OLG Innsbruck ZVR 1989/161: ex ante erkennbare sehr lange Reparaturdauer).

Entscheidet sich der Geschädigte für eine andere Restitutionsform als die, die ihm zumutbar ist, bzw für eine solche jenseits der Tunlichkeitsschwelle, gilt für die **Dauer der Mietwagenkosten die zumutbare Restitutionsart** (ZVR 1977/297; OLG Innsbruck ZVR 1989/161: trotz Zumutbarkeit der Reparatur Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs; maßgeblich Reparaturdauer). Insb wenn Teile betroffen sind, die für die Sicherheit bedeutsam sind, wird man den Geschädigten wegen seines Sicherheitsrisikos nicht aufgrund bloßer Zahlenrelationen auf eine bestimmte Schadensbeseitigungsart festlegen können (so auch 2 Ob 162/06x: Neuwagenabrechnung; 2 Ob 158/07k: Anschaffung eines Gebrauchtwagens anstelle einer Reparatur, auch wenn dadurch höhere Belastung des Schädigers).

Um einer **Ausuferung der Mietwagenkosten** zu begegnen, verlangt der OGH das **berechtigte Interesse** eines vernünftig denkenden Menschen (ZVR 1980/153): Vermieden werden sollen besonders hohe km-Leistungen mit dem Mietfahrzeug (ZVR 1979/304) bzw unverhältnismäßig hohe Mietkosten (ZVR 1983/275). Die Anmietung eines Luxusersatzfahrzeuges soll nur bei besonderem Repräsentationsbedarf (ZVR 1975/98; aA OLG Wien ZVR 1993/163: in Österreich beschädigter Mercedes eines Deutschen) zulässig sein, sonst grundsätzlich nur die Anmietung eines Mittelklassemietwagens (ZVR 1971/156). Bei verhältnismäßig seltener Autobenutzung gebühren nur Taxikosten (ZVR 1974/68). Auch darf kein Missverhältnis zwischen den Mietwagenkosten und dem dadurch vermiedenen geringeren Verdienstentgang bestehen (ZVR 1979/304; großzügiger: ZVR 1977/78: nur bei vielfachem Kostenaufwand Verweis auf ein Taxi; OLG Wien ZVR 1995/8: Taxiunternehmen, Mietwagen für beschädigtes Auto). Bei Verfügbarkeit mehrerer Luxuslimousinen ist die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs unstatthaft (ZVR 1991/92).

In der L ist diese **engherzige Haltung des OGH zu Recht kritisiert** worden. Im Schadenersatzrecht geht es nämlich nicht um die Abwendung einer besonderen Notlage, sondern um Ausgleich und Wiederherstellung des vorherigen realen Zustands. Beim ansonsten eintretenden Verdienstentgang ist mitunter eine langfristige Perspektive bedeutsam, etwa der Verlust von Stammkunden. Wer auf ein eigenes Zweitfahrzeug zurückgreift, geht nach hM – zu Unrecht – leer aus. Würde man in einem solchen Fall wie bei den Betriebsreservekosten eine angemessene Abgeltung zubilligen, würde man den Anreiz zur Anmietung eines Fahrzeugs am Markt deutlich reduzieren. Zudem ist da wie dort der eingetretene Wertverzehr abzugelten.

Die von der Praxis regelmäßig abgezogene **Eigenersparnis des Geschädigten von 10 bis 15 %** (ZVR 1985/131) ist viel zu hoch. Was sich der Geschädigte bei seinem – reparierten oder als Ersatz beschafften – Fahrzeug erspart, das ist lediglich die **verschleißabhängige Abnutzung**. Die **altersabhängige** schreitet nämlich in gleicher Weise voran. Dass sich die Ersparnis durch Anmietung eines weniger komfortablen Fahrzeugs nicht vermindert, ist dogmatisch zutreffend; das unberücksichtigt zu lassen, ist aber unbillig. Angemessen wäre eine Verrechnung der Eigenersparnis des Geschädigten mit der Ersparnis des Ersatzpflichtigen bei Anmietung eines weniger komfortablen Fahrzeugs, worauf **jeder redliche Ersatzpflichtige ex ante** eingehen würde.

Dem **Leasingnehmer** stehen nicht nur die frustrierte Kfz-Steuer und Versicherungskosten (OLG Wien ZVR 1993/38) zu, sondern auch ein **Ersatz von Mietwagenkosten** (2 Ob 17/92; 2 Ob 533/92). Entsprechendes muss für den Mieter gelten.

- 75 Vornehmlich bei **Verkehrs- und Transportunternehmen** stellt sich das Problem der Ersatzfähigkeit von **Betriebsreservekosten**. Um einen regelmäßigen Fahrplan bzw die pünktliche Belieferung der Kunden sicherzustellen, muss ein solches Unternehmen Reservefahrzeuge halten. Wird ein im Einsatz befindliches beschädigt, wird auf das Reservefahrzeug zurückgegriffen. Es geht dann um die Frage, ob und in welchem Umfang die Kosten des Reservefahrzeugparks ersatzfähig sind. Die Rspr bemüht Hilfskonstruktionen wie die **Geschäftsführung ohne Auftrag gem §§ 1036 f** (stRspr, z B SZ 60/65; 2 Ob 10/95; 2 Ob 54/95; 2 Ob 272/01s) oder die Analogie zu §§ 1097 oder 1042.
- 76 Von der Rspr zu Recht abgelehnt wurden **Korrekturvorschläge** der L, wonach Betriebsreservekosten nur gebühren, wenn ein zusätzliches Fahrzeug wegen fremd verschuldeter Unfälle angeschafft werden musste (2 Ob 10/95) oder der Gewinn oder auch nur der Umsatz des Geschädigten bei Einsatz des Reservefahrzeugs geringer war als die Betriebsreservekosten (SZ 60/65; darauf kommt es nicht an).
- 77 Bei den Betriebsreservekosten geht es nicht darum, zur Bewältigung der Probleme von Verkehrs- und Transportunternehmen aus Billigkeitsgründen (ZVR 1988/125; SZ 60/65) eine zusätzliche dogmatische Figur zu entwickeln. Vielmehr handelt es sich um den Anwendungsfall einer durchaus häufigen Fallgruppe, nämlich der, dass der **Geschädigte zur Schadensbeseitigung auf ein ansonsten brachliegendes Nutzungspotential zurückgreift und dieses für Zwecke der Schadensbeseitigung einsetzt**; der dabei betriebswirtschaftlich ausreichend präzise messbare Wertverzehr stellt den ersatzfähigen Vermögensschaden dar.
- 78 Ersatzfähig sind folglich **sämtliche fixen Kosten** der Fahrzeuge (für Abschreibung, Unterbringung und Wartung, Finanzierungskosten und Versicherungsprämien: SZ 60/65); dass sich diese nicht auf bestimmte Reservefahrzeuge beziehen, weil ein Rotationsverfahren besteht, spielt keine Rolle (zutreffend SZ 60/65; ZVR 1988/125; 2 Ob 10/95). Bei Verkehrs- und Transportunternehmen bleibt als Besonderheit die Berücksichtigung des **Unterauslastungszuschlags**, weil die für alle möglichen Eventualfälle gebildete Betriebsreserve naturgemäß nicht ständig im Einsatz steht; es werden **Tagessätze** gebildet, bei denen ein bestimmter Leerstand berücksichtigt wird (zum Berechnungsmodus: SZ 60/65; ZVR 1988/125; 2 Ob 10/95).
- 79 Der OGH sieht die **Obergrenze** ersatzfähiger **Betriebsreservekosten** in den Kosten eines **Mietfahrzeugs** (2 Ob 272/01s). Im Regelfall wird das keine Rolle spielen, weil **Fahrzeuge von Transport- und Verkehrsbetrieben häufig so spezialisiert** sind, dass **keine zeitnahe Substitution auf dem Markt** in Betracht kommen wird. Zu Recht hat der OGH ausgesprochen, dass Eisenbahnschienen, die ohnehin dauernd für den Verkehr zur Verfügung stehen, nicht der Reservehaltung dienen (ZVR 1988/126). Ob das beschädigte oder das eingeschobene Fahrzeug darüber rollt, macht keinen Unterschied.
- 80 Mit den Betriebsreservekosten verwandt sind die **Betriebserschwerungskosten** (2 Ob 2006/96f: ÖBB). Im konkreten Sachverhalt ging es darum, dass nach Beschädigung eines Schrankenbaumes die Züge langsamer fahren mussten, was Personalmehraufwand erforderte und sich entschädigungspflichtige Nachteile bei den Kunden wegen der Verspätung der Züge ergaben.
- 81 All diese Aspekte (Rz 75 ff), bisher auf Transport- und Verkehrsunternehmen beschränkt, müssen **auch bei geschädigten Verbrauchern** gelten. Es ist widersprüchlich, einem Verbraucher, der über ein Zweitfahrzeug verfügt oder auf das eines Familienangehörigen zurückgreifen könnte, bei Anmietung eines Ersatzfahrzeugs einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorzuwerfen, ihm aber die Inanspruchnahme des Zweitfahrzeugs entschädigungslos abzuverlangen.
- 82 Nicht überzeugen kann die stRspr des OGH, die den **Ersatz von „bloßen Gebrauchsnachteilen“** ablehnt, weil es sich dabei um einen ideellen Schaden handle und ein Schmerzensgeld für solche Unbill nicht vorgesehen sei (z B SZ 42/33, 48/22, 59/65; zuletzt 1 Ob 331/98b). Vermietet der Eigentümer eine Sache, kann er bei Beschädigung den wegen § 1096 Abs 1 S 2 entgehenden

Mietzins verlangen. Entsprechendes gilt bei Leasingfahrzeugen. Muss der Leasingnehmer die Leasingraten weiterentrichten, ist ein ersatzfähiger verlagerter Schaden gegeben (2 Ob 17/92). Warum es bei „Vermietung bzw Verleasung an sich selbst“ an jeglicher Vermögenseinbuße fehlen soll, ist nicht einzusehen.

Bei **Liegenschafts- und Gebäudeschäden** nimmt die Rspr zu Recht eine **hinausgeschobene Tunlichkeitsschwelle** an (stRspr, z B 7 Ob 103/98t; 9 Ob 303/99w; 1 Ob 15/02s). Maßgeblich ist mE der Umstand, dass selbst die Schaffung einer Ersatzlage durch Anschaffung eines Ersatzgrundstücks mit einem darauf befindlichen Gebäude idR schwierig ist. Noch mehr als zu Haustieren hat der Geschädigte zu seinem Wohnsitz eine – schützenswerte – emotionale Bindung. 83

Gem Art 12 Z 3 EGUSG soll der Schadenersatzprozess nicht durch die **Frage der Vorsteuerabzugsberechtigung des Geschädigten** verzögert werden (SZ 53/154: Fahrzeug eines Taxiunternehmers; 7 Ob 147/00v: Wasserschadensversicherung; 7 Ob 301/01t: Lieferung eines Tischkühlers aus Deutschland; 4 Ob 193/10a: Mangelfolgeschaden eines nicht buchführungspflichtigen Landwirts nach § 22 UStG; 6 Ob 67/12i: Hinweis, dass das auch bei Anspruch aus Bereicherung und auf Prozesskostenersatz gilt; bei Deckungskapital bei Unterlassung unverzüglicher Durchführung Rückforderungsanspruch gem Art XII Z 3 EGUSG; 1 Ob 60/09v: Verweigerung der Zahlung der USt, bei Stattgebung des Begehrens kein Amtshaftungsanspruch des Ersatzpflichtigen wegen einer unvertretbaren Rechtsansicht) und deshalb auf alle Fälle dem Geschädigten **Ersatz für die volle USt** zustehen; stellt sich nachträglich die Vorsteuerabzugsberechtigung des Geschädigten heraus, steht diesem als Ersatzpflichtigem ein Rückforderungsanspruch gem Art XII Z 3 EGUSG zu (RdW 1985, 273: Rückerstattungsanspruch ist ein zivilrechtlicher Bereicherungsanspruch), ohne Rücksicht darauf, ob dem Geschädigten die Vorsteuer tatsächlich erstattet worden war; es genügt, dass er sie bei gebotener Durchführung der Restitution und entsprechender Geltendmachung gegenüber dem Finanzamt bekommen hätte (SZ 53/154; SZ 63/46; 7 Ob 301/01t). Der **Geschädigte** wird mit den **Kosten des Zweitprozesses belastet**, wenn er die USt nicht freiwillig zurückzahlt, weil er sie „eigentlich“ nicht verlangen hätte dürfen (SZ 50/8; SZ 63/46: Zulassung der compensando-Einwendung im gleichen Prozess nach Zahlung der USt an den vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten). Der Geschädigte ist zur Auskunft über seine Berechtigung zum Vorsteuerabzug verpflichtet (ÖJZ 1976/22; RZ 1976, 15). Ist der Geschädigte der Bund, steht ihm die USt in vollem Umfang zu, weil er nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist. Dass dem Bund als Fiskus die Einnahmen aus der USt zufließen, ist ohne Bedeutung (2 Ob 152/01v). Führt der Schädiger die Naturalrestitution durch, stellt sich dieses Problem nicht, weil zwischen Geschädigtem und Schädiger kein der USt unterliegender Leistungsaustausch erfolgt (SZ 54/174; SZ 63/46). Wenn der Geschädigte eine Eigenreparatur durchführt, macht der OGH jedenfalls nach durchgeführter Reparatur – offenbar entgegen Art 12 Z 3 S 1 EGUSG – den Ersatz der USt vom Nachweis ihres Anfalls abhängig (SZ 63/46). 84

Wegen der zahlreichen ungelösten Folgeprobleme (z B bei Insolvenz des Geschädigten nach Erhalt der Umsatzsteuer) sollte **Art 12 Z 3 EGUSG so restriktiv wie möglich** ausgelegt werden. 85

Den ÖBB sprach der OGH den Ersatz eines 12%igen Verwaltungskostenzuschlags für die **Schadensbearbeitungskosten** zu (SZ 40/144: Zeitaufwand für Sachverhaltsermittlung, Anspruchsverfolgung sowie die Auswahl und Überwachung der Schadensbeseitigung bzw im Zusammenhang damit stehende Umdispositionen), während solche Kosten Privaten oder Vertretern mit schlechtem Leumund wie Unfallhelfern (ZVR 1989/86) versagt werden. Der Grund könnte darin liegen, dass Großunternehmen darauf verweisen, dass bei ihnen wegen der Komplexität der Betriebsstruktur nur eine Pauschalierung infrage komme, was die Gerichte akzeptieren, ohne eine Darlegung der einzelnen Aufwendungen zu verlangen. Bei natürlichen Personen wird demgegenüber ein substantiiertes Begehren verlangt. Sollte das zutreffen, wäre das nicht überzeugend. 86

In der L wird die Haltung des OGH zum Ersatz der **Schadensbearbeitungskosten** (Bejahung des Ersatzes des Mehraufwandes für Zeit und Geld im Zusammenhang mit der Schadensbehebung) als zu weitgehend kritisiert. Bei **Privatpersonen** wird das in den Bereich des nicht 87

ersatzfähigen immateriellen Schadens verwiesen und damit eine – bloß homöopathische – Abgeltung des Freizeitopfers befürwortet. Viele Geschädigte scheuen sich offenbar, solche Schadensposten zu erheben, was das **Fehlen jüngerer OGH-Judikatur** erklärt. ME sprechen gute Gründe für eine generelle Ersatzfähigkeit, also eine solche zugunsten von Unternehmern und Privaten. Der Verweis auf einen ansonsten entstehenden Verdienstentgang in der unternehmerischen Sphäre ist bei Anlegung des üblichen Beweismaßes eine Schimäre. Was die Privatperson betrifft, so ist keinesfalls jegliche Tätigkeit, die diese außerhalb der unmittelbaren beruflichen Erwerbstätigkeit ausübt, bloße Freizeitgestaltung. Einmal mehr kann der Zuspruch unter Bezugnahme auf die Aktivierung eines beim Geschädigten ansonsten brachliegenden Nutzungspotentials als tauglicher Begründungsansatz herangezogen werden (in diesem Sinn 1 Ob 37/12s: Arbeiten in der Freizeit zur Wiederherstellung der Festplatte des eigenen Computers).

88 Zur **Beweisbarkeit des Tatsachensubstrats** so manchen Ersatzanspruchs muss der Geschädigte den Schädiger **überwachen** (lassen). Außerdem gibt es Dauerschuldverhältnisse (Ehe, Arbeitsvertrag, Gesellschaft), bei denen ein Vertragspartner nach Vorliegen von Verdachtsmomenten ein legitimes Interesse daran hat, ob das **Verhalten des anderen Vertragspartners treuwidrig** ist. Insoweit handelt es sich bei den **Überwachungskosten** um **Schadenersatzansprüche** und nicht um vorprozessuale Kosten (6 Ob 315/00t; 4 Ob 166/02v): Daher gebührt Ersatz der Detektivkosten für die Überwachung eines treuwidrigen Arbeitnehmers (ÖJZ 1981/121; SZ 52/138: Arbeitgeber und Ehemann) sowie eines treuwidrigen Ehepartners. Der Ehestörer haftet solidarisch mit dem treuwidrigen Ehegatten (6 Ob 315/00t; 7 Ob 44/99d; 4 Ob 166/02v), allerdings nur dann, wenn ihm der Ehebruch erkennbar ist. Bei Verschleierungsgefahr ist besonders intensive Überwachung angemessen (ÖJZ 1978/26), ebenso bei Leugnen des Betroffenen (7 Ob 382/98x; 7 Ob 195/02f). Von vornherein unzweckmäßige Kosten sind nicht ersatzfähig (ÖJZ 1978/26: Beobachtung einer ehebrecherischen Lehrerin während der Unterrichtszeit).

89 Bei **Ehewidrigkeiten** besteht ein Ersatzanspruch unabhängig von der Absicht der Einleitung eines Scheidungsverfahrens (7 Ob 74/99d; 6 Ob 315/00t; 7 Ob 195/02f) und unabhängig davon, ob das Verhalten des Dritten für die Zerrüttung kausal ist (6 Ob 315/00t). Ein Überwachungskostenersatz ist wegen § 1295 Abs 2 zu versagen, wenn die Ehegatten wechselseitig ihre Gleichgültigkeit am Privatleben des anderen zu erkennen gegeben haben (SZ 58/164; 6 Ob 315/00t; 7 Ob 195/02f); aus dem Verlassen der Ehewohnung allein ist allerdings noch nicht fehlender Ehefortsetzungswille abzuleiten (7 Ob 382/98x). Die Rechtsgüterabwägung kann zu einer umfänglichen Beschränkung führen (SZ 58/164: € 18.500,-). Wenn auch Dienstgeberinteressen zu berücksichtigen sind, ist das zusätzlich zu veranschlagen (SZ 52/138).

90 Bei der **Verfolgung von Warenhausdieben** sind zwar nicht allgemeine Kontrollmaßnahmen, durchaus aber Tätigkeiten für die Verfolgung bestimmter Täter von der Verdachtentstehung bis zur Überführung zu ersetzen (SZ 40/144), unabhängig davon, ob ein Detektivunternehmen betraut wurde oder eigene Arbeitnehmer eingesetzt wurden. Eine angemessene **Fangprämie**, die in angemessenem Verhältnis zum Warenwert steht, ist mE ersatzfähig.

91 Namentlich die **Finanzkrise** hat es mit sich gebracht, dass bei einer fehlerhaften Anlageberatung Schäden eingetreten sind, wenn der Kunde eine **risikoträchtigere Anlage** erworben hat als vereinbart, das Risiko schlagend geworden ist und der Kunde feststellt, dass er anstelle erhoffter Zinsen oder Gewinne beträchtliche Verluste erlitten hat. In einer Vielzahl von Entscheidungen musste sich der OGH namentlich in den letzten Jahren mit der **Art der Ersatzleistung** beschäftigen, wobei sich gezeigt hat, dass bei Anlageschäden **Besonderheiten hinsichtlich Naturalrestitution und Wertersatz** zu beachten sind, die im Folgenden dargestellt werden:

92 Die **Fallgruppen** sind **breit gestreut**: Häufig meint der Anleger, ein so sicheres Wertpapier wie ein **Sparbuch** erworben zu haben, während ihm in Wahrheit eine **Aktie** verkauft wurde (4 Ob 28/10m). Das Wertpapier wird dabei vom **Emittenten** erworben oder von einem **Dritten** nach fehlerhafter Beratung bzw unzureichender Aufklärung durch den Vertragspartner des Kunden (7 Ob 77/10i: unzureichende Information aus Kapitalerhöhungsprospekt); es kommt zum Ver-

kauf von Wertpapieren ohne Weisung (1 Ob 46/11p), zum **Abhalten vom Verkauf von Wertpapieren** durch den Anlageberater (8 Ob 129/10v), zur Beteiligung an einem **Bauherrnmodell** (1 Ob 208/11m) oder einem Anspruch aus der **Prospekthaftung** (6 Ob 28/12d). Wie sich aus der kursorischen Aufzählung ergibt, sind ganz unterschiedliche Senate zuständig, was der Herausbildung einer einheitlichen Rspr nicht unbedingt förderlich ist.

Der Geschädigte möchte primär so gestellt werden, als hätte er die **verlustreiche Veranlagung** nicht getätigt. Dafür kommen verschiedene Rechtsbehelfe in Betracht, nämlich die **Anfechtung wegen Irrtums** (§ 871) oder **Täuschung** (§ 870), **Gewährleistung** (§ 933) oder **Schadenersatz** (§ 1295). Bei der Anfechtung oder dem Rücktritt im Rahmen des Gewährleistungsrechts kommt es zur **Rückabwicklung** der jeweils erbrachten Leistungen. Es gelten gegenüber dem Schadenersatzanspruch **kürzere Fristen**; bei der Irrtumsanfechtung und Gewährleistung kommt es auf ein **Verschulden** nicht an. Der zusätzliche Schaden, der in den **Zinsen aus einer Alternativveranlagung** erzielt worden wäre, kann mithilfe dieser Rechtsbehelfe aber nicht begehrt werden. Bei einem Schadenersatzanspruch können nicht pauschal 4 % als Mindestschaden begehrt werden; vielmehr ist die Höhe der erzielten Zinsen bei der alternativen Veranlagung nachzuweisen (1 Ob 84/10z). Soweit **allein die Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts** begehrt wird, besteht eine Konkurrenz zu dem auf Naturalrestitution gerichteten Schadenersatzanspruch. Ist somit ein Prozess wegen Anfechtung wegen Irrtums (§ 871) oder Täuschung (§ 870) bereits anhängig, ist eine weitere auf Schadenersatz gestützte Klage wegen **Streitanhängigkeit** unzulässig (7 Ob 194/10w; 7 Ob 207/10g; 1 Ob 177/10a; 4 Ob 174/11h; stRspr); bloß der zusätzliche Zinsschaden kann als positiver Schaden zusätzlich gefordert werden (1 Ob 177/10a; 5 Ob 7/11g). 93

Im Regelfall hat der Geschädigte bloß einen Anspruch auf das **Vertrauensinteresse**; er kann 94 also verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er die verlustreiche Anlage nicht getätigt (8 Ob 123/05d, 4 Ob 28/10m; 7 Ob 8/12w). Bei einer **Vermögensverwaltung** steht hingegen ein Anspruch auf das **Erfüllungsinteresse** zu (9 Ob 85/09d).

Außer Streit steht, dass der **Schaden** des Anlegers im nicht gewünschten Erwerb einer **Anlage mit höherem Risikopotenzial** liegt (7 Ob 77/10i). Im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs sind iS des Ausgleichsprinzips auch die **vereinnahmten Zinsen und Dividenden** (5 Ob 246/10b; 4 Ob 65/10b; 8 Ob 132/10k; 4 Ob 200/10f) sowie die **vermögensmäßigen Auswirkungen einer alternativen Veranlagung** bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zu beachten. Strittig ist, ob der Geschädigte – in einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung bzw unter Bezugnahme auf die Naturalrestitution – davon absehen kann und lediglich Zug um Zug Rückzahlung des Veranlagungsbetrags gegen Rückgabe der Veranlagung begehren kann. Während das ein Teil der Lit befürwortet, weil bei körperlichen Sachen dem Geschädigten auch nicht der Beweis abverlangt werde, dass er das Geld nicht auch sonst – zum Teil – verloren hätte und solche Weiterungen bei den Rechtsbehelfen Irrtumsanfechtung und Rücktritt bei Gewährleistung ohne Bedeutung seien, sodass sie bei einem zusätzlich Verschulden erfordernden Schadenersatzanspruch ausgeklammert bleiben müssten, lehnt das der OGH ab. 95

Der Geschädigte muss sich entgegenhalten lassen, welche **Verluste er bei einer alternativen Veranlagung** erlitten hätte (7 Ob 77/10i). Der OGH sieht diese Einbeziehung nicht als rechtmäßiges Alternativverhalten, sondern als **Frage der Schadensberechnung** (8 Ob 132/10k), woraus folgt, dass den Geschädigten die Beweislast trifft (7 Ob 77/10i; 6 Ob 28/12d). Er verneint eine Beweislastumkehr wie bei der Arzthaftung (3 Ob 225/11a; 4 Ob 67/12z), gesteht dem Geschädigten aber eine **Beweiserleichterung** zu, weil das Beweismaß für Unterlassungen generell geringer ist, somit auch das der unterlassenen alternativen Veranlagung (6 Ob 231/10d; 6 Ob 8/11m). Der Geschädigte genügt seiner Beweislast durch Darlegung eines **plausiblen Verhaltens**; ausreichend ist überwiegende Wahrscheinlichkeit, was unter dem Regelbeweismaß der ZPO liegt (4 Ob 67/12z). Der Schädiger kann dann den Gegenbeweis führen, dass eine andere Verhaltensweise eine höhere Wahrscheinlichkeit gehabt hätte. Das ist eine Art prima-facie-Beweis (8 Ob 132/10k: Hinweis auf Index inländischer Immobilienaktien). Hätte der Geschädigte den veranlag- 96

ten Geldbetrag – wie etwa bei einer Veranlagung im Weg eines Strukturvertriebs – ansonsten auf einem **Sparbuch** belassen, wird ihm dieser Beweis leicht fallen (8 Ob 132/10k: Veranlagungsziel einer AHS-Lehrerin Anlage so sicher wie ein Sparbuch, dann 2/3 Verlust). Bei einer **großvolumigen Veranlagung in einer Aktie** wird dieser Beweis indes kaum gelingen (7 Ob 77/10i: Veranlagung von 4 Mio € in einer Aktie durch eine Privatstiftung).

- 97 Eine **Naturalrestitution** kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Geschädigte ein Wertpapier vom Vertragspartner, etwa dem Emittenten, erworben hat, sondern **auch bei Vermittlung durch einen Anlageberater** (8 Ob 129/10v); jedenfalls muss er noch Inhaber des Anlageprodukts sein. Eine vollständige Naturalrestitution beinhaltet mE die Verschaffung des gewünschten Alternativprodukts mit der Folge, dass für den Geschädigten nicht abermals – oft beträchtliche – Ankaufsspesen anfallen. Bei einem **Bauherrenmodell** hat der OGH (1 Ob 208/11m) die Tunlichkeit der Naturalrestitution abgelehnt, weil dadurch der Anlageberater Mitglied einer Gemeinschaft von Bauherren würde und ihm dadurch auch Pflichten träfen; zudem könnten bei der Veranlagung steuerliche Überlegungen des Investors eine Rolle gespielt haben, die beim Anlageberater nicht gegeben sein könnten. In der Lit wird dagegen zu Recht eingewendet, dass die Beteiligung an einem Bauherrenmodell kein höchstpersönliches Recht sei, sodass es allein um die Frage gehe, wer sich um Veräußerung zu kümmern habe. Wertungsgründe sprechen dafür, dieses Risiko dem Schädiger aufzubürden.
- 98 Bezüglich der **Art der Geltendmachung** kommen **alternative Arten** in Betracht, die sich wechselseitig ausschließen (8 Ob 123/05d: entweder Anspruch auf Verkauf oder Naturalrestitution, somit Wahlrecht zwischen Leistungsklage auf das Kompensationsinteresse oder Leistungsklage auf Naturalrestitution und Feststellungsklage auf späteren rechnerischen Schaden): Der Geschädigte kann das **ungewünschte Anlageprodukt veräußern**, wodurch ein **bezahlbarer rechnerischer Schaden** entsteht, den er im Rahmen des Kompensationsinteresses mithilfe einer Leistungsklage geltend machen kann (8 Ob 123/05d; 4 Ob 28/10m; 4 Ob 62/11p). Zu bedenken ist indes, dass womöglich nicht nur das **Finanzprodukt verlustträchtig**, sondern auch der Schädiger, sei es der **Emittent** oder der **Anlageberater**, **insolvent** ist; je mehr geschädigte Anleger ihn auf diese Weise belangen, umso größer ist diese Gefahr. Alternativ kann der Geschädigte **Naturalrestitution** im Weg der Rückabwicklung Zug um Zug unter Anrechnung vereinnahmter Vorteile und dem Begehren entgangener Vorteile aus einer Alternativveranlagung begehren.
- 99 Ein Streit ist entbrannt, ob der Geschädigte namentlich bei fragwürdiger Bonität des Schädigers mit dem Verkauf der Wertpapiere bzw dem Begehren auf Naturalrestitution zuwarten kann in der Hoffnung, dass sich der Kurs erholen werde und sein Vermögensnachteil, den er letztlich tragen muss, schlussendlich geringer ausfällt. Der OGH hat zunächst ausgesprochen, dass eine **Feststellungsklage ein subsidiärer Rechtsbehelf** sei, der dem Geschädigten nicht zustehe, wenn er sein Rechtsschutzziel mit einer Leistungsklage verfolgen könne (6 Ob 231/10d; 6 Ob 8/11m). Zudem bestehe die Gefahr, dass der **Geschädigte auf dem Rücken des Schädigers spekulieren** könne, wenn er den Zeitpunkt der Geltendmachung wählen könne, kann es doch passieren, dass sich das Wertpapier nicht erholt, sondern weiter an Wert verliert (6 Ob 103/08b; 6 Ob 9/11h; 8 Ob 129/10v). Die **jüngere OGH-Rspr** (namentlich 1 Ob 251/11k; in diesem Sinn für eine solche Zulässigkeit bereits 9 Ob 53/03i) nimmt indes eine **gegenteilige Position** ein: Durch das Begehren auf Naturalrestitution ist noch nicht der Gewinn aus der alternativen Veranlagung abgedeckt, was für die Zulässigkeit der Feststellungsklage spreche (7 Ob 77/11s: anders bei Schäden an körperlichen Sachen – keine Feststellungsklage bei unrichtigem Gutachten eines Dritten über Bodenbeschaffenheit). Zudem könne der Geschädigte nach erfolglosem Begehren auf Naturalrestitution auf Geldersatz umsteigen. Dann sei es aber folgerichtig, dass er immer dann eine Feststellungsklage erheben könne, wenn der Schaden noch nicht bezifferbar sei. Wenn man zu Recht – wie bei § 933a Abs 2 S 3 – vorrangig eine Aufforderung zur Naturalrestitution verlange, stehe dem die Ablehnung der Ersatzpflicht durch den Schädiger gleich. Namentlich bei Gefahr der Uneinbringlichkeit seiner Schadenersatzforderung gegen den Schädiger soll der Geschädigte nicht bloß auf eine Form des Ersatzes verwiesen werden. Da der Schädiger stets die Möglichkeit hat, dem Ge-

schädigten den veranlagten Betrag Zug um Zug gegen Rücknahme des Anlageprodukts zurückzuzahlen, sei auch das Argument des Spekulierens auf dem Rücken des Schädigers vom Tisch. Der OGH (1 Ob 251/11k) hat insoweit bloß Bezug genommen auf die Anschaffungskosten. Völlig klaglos gestellt ist der Geschädigte allerdings erst dann, wenn ihm der positive Differenzbetrag aus konkreter und alternativer Veranlagung ebenfalls ersetzt wird.

Die Ausführungen des OGH gipfeln darin, dass der in § 1323 angeordnete **Vorrang der Naturalrestitution nicht anzuwenden** sei bei – reinen – **Vermögensschäden** bzw. der **Rückgängigmachung von dem Willen nicht entsprechenden Rechtsgeschäften** (1 Ob 251/11k). Zudem habe bei (volatilen) Wertpapieren – anders als bei Schäden an körperlichen Sachen – wegen der Gefahr der Bereicherung der Geschädigte **kein Wahlrecht**, seinen **Schaden objektiv-abstrakt zu berechnen**; es gelte ausschließlich die subjektiv-konkrete Schadensberechnung (1 Ob 46/11p: Verkauf von Wertpapieren ohne Weisung; ebenso bei der Anlegerhaftung 8 Ob 123/05d; 6 Ob 231/10d). An dieser Stelle erweist sich einmal mehr die – von manchen überschätzte – begrenzte Tauglichkeit der objektiv-abstrakten Schadensberechnung, konkrete Probleme zu lösen, was der OGH hier dezidiert ausspricht. 100

Sowohl beim vorläufigen Behalten des Anlageprodukts und dem Begehren auf Naturalrestitution in Kombination mit einer Feststellungsklage als auch bei Veräußerung und einer Leistungsklage auf den realisierten Verlust stellt sich das Problem, dass der Schädiger ein nicht gewünschtes Anlageprodukt verschafft hat, das **volle Ausmaß der Verluste** sich aber daraus ergibt, dass **kriminelle Machenschaften beim Schuldner** stattgefunden haben, die der Schädiger nicht vorhersehen konnte. Der Schädiger hat für diese einzustehen, wenn er durch das fehlerhafte Anlageprodukt ein **solches Risiko nicht unerheblich erhöht** hat (4 Ob 62/11p: Unternehmensanteil – MEL – statt Bausparvertrag und Rentenfonds; ebenso 8 Ob 132/10k; 5 Ob 246/10b: jeweils versprochen Anlage so sicher wie ein Sparbuch). Lag das Malversationsrisiko innerhalb der vom Anleger gebilligten Veranlagung, hat eine angemessene Kürzung des Schadenersatzanspruchs zu erfolgen (6 Ob 28/12d: Prospekthaftung). 101

§ 1324. In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurteilen, welche Art des Ersatzes zu leisten ist.

§ 1324 ordnet eine **Abstufung des Ersatzes beim Vermögensschaden** nach dem Grad der Vorwerfbarkeit an. Bei leichter Fahrlässigkeit und – auch im Rahmen der Gefährdungshaftung – ist bloß der positive Schaden ersatzfähig. Bei grober Fahrlässigkeit (und Vorsatz, der aber im Schadenersatzrecht eine untergeordnete Rolle spielt) ist das gesamte Interesse unter Einschluss des entgangenen Gewinns ersatzfähig. Früher meinte man, dass bei leichter Fahrlässigkeit der Schaden bloß objektiv-abstrakt berechnet werden könne. Diese Methode verliert immer mehr an Bedeutung, ganz abgesehen davon, dass niemals feststand, wovon man im Einzelnen abstrahieren soll und was objektive Schadensberechnung eigentlich bedeutet. Häufig war es eine Krücke für Begründungsdefizite eines vermeintlichen Billigkeitsjudizes (zur Untauglichkeit der objektiv-abstrakten Schadensberechnung beim Anlegerschaden § 1323 Rz 100). 1

Einzuräumen ist, dass dem historischen Gesetzgeber eine solche Abstufung sachgerecht erschien. In der Praxis stößt sie auf beträchtliche Schwierigkeiten. Der OGH unternimmt zahlreiche **Kunstgriffe**, um den **Begriff des positiven Schadens auszuweiten** (dazu unten Rz 4), wodurch die Abstufung des Ersatzes nach dem Verschuldensgrad an Bedeutung verliert. Manche Stimmen der Lit ermuntern den OGH sogar, die Unterscheidung durch eine kühne Rechtsfortbildung zu beseitigen. 2

- 3 Früher war bedeutsam, ob das Verhalten des Schädigers grob fahrlässig war, weil davon sowohl die subjektiv-konkrete Berechnung als auch der Ersatz des entgangenen Gewinns abhing. Lediglich die Beseitigung des Schadens durch den Schädiger sah man als Fall der Naturalrestitution an. Diese Sicht hat sich gewandelt: Auch die Herstellung der Restitution durch den Geschädigten bzw die Herstellung einer Ersatzlage wird als Restitution angesehen. Bedeutsamer als die **Abgrenzung zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung** ist die zwischen **Restitution und Kompensation**, also der Herstellung des realen Zustands, wie er ohne Schädigung bestanden hätte, und dem Ersatz des Wertinteresses. Da Aufwendungen im Rahmen der Restitution stets in vollem Umfang ersatzfähig sind, ist die Differenzierung nach dem Grad des Verschuldens im Rahmen des Geldersatzes nicht mehr so wichtig.
- 4 Dazu kommt, dass der OGH sich bemüht hat, den **positiven Schaden extensiv auszulegen**. Im Rahmen des Erwerbsschadens klammert er indes sämtliche Vorteile aus, die im Unfallzeitpunkt nicht der typischen Erwerbsschadensbiografie entsprochen haben, somit außerordentliche Gewinne, mag deren Eintritt – jedenfalls ex post betrachtet – auch hoch wahrscheinlich bzw sicher gewesen sein (2 Ob 270/98i: Vereitelung einer Gesellschafterstellung eines Arbeitnehmers; 2 Ob 27/99f: verletzungsbedingt unterbliebene Hofübertragung; 2 Ob 191/07p: unfallbedingt vereitelte Bilder eines Kunstmalers, die dieser nicht verkauft, sondern als Altersvorsorge behalten hätte; 2 Ob 114/11w: durch nicht steuerbare Schadenersatzrente verursachter Steuernachteil bei Verlusten aus der Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter). ME sollte man beim Erwerbsschaden wie bei einem Sachfolgeschaden für die Abgrenzung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn – wie auch sonst – bloß auf das Beweismaß abstellen. Wenn es sich um eine **gesicherte Rechtsposition** handelt, ist ein **positiver Schaden** gegeben (ZVR 1980/15: Erwerbsschaden eines Fuhrwerksunternehmers bei Beschädigung seines Lkw; 1 Ob 147/02b: Verdienstentgang des Unternehmers durch Entzug der Sache durch die Polizei; 1 Ob 15/92: Erträge aus festverzinslichen Wertpapieren).
- 5 Die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ist aber nicht nur für das Ausmaß des Vermögensschadens im ABGB bedeutsam. § 1319a knüpft die Einstandspflicht an das Vorliegen grober Fahrlässigkeit; ein grob fahrlässiges Verhalten ist darüber hinaus bedeutsam in einer **Vielzahl von Nebengesetzen**, etwa in den §§ 213a, 332 Abs 5, 334, 335 ASVG, § 2 DHG, §§ 6, 61 VersVG, § 22 UVG und § 175 Abs 3 ForstG. Gem § 349 UGB ist bei Unternehmergeschäften stets auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.
- 6 Ein Synonym für **leichte Fahrlässigkeit** ist ein milderer Grad des Versehens. Das wird angenommen, wenn trotz Vorwerfbarkeit des Verhaltens bloß eine Verkettung unglücklicher Umstände einen Schaden hervorgerufen hat (ZVR 1982/365). **Grobe Fahrlässigkeit** setzt demgegenüber eine auffallende Sorglosigkeit voraus. Es muss ein extremer Abstand zur gebotenen Sorgfalt bestehen. Die Sorgfaltsverletzung muss sich erheblich und ungewöhnlich vom Regelfall abheben (2 Ob 62/91 zu § 1319a; 6 Ob 193/00a zu § 175 Abs 3 ForstG).
- 7 Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn bei **geringster Aufmerksamkeit** hätte einleuchten müssen, dass ein anderes Verhalten geboten gewesen wäre (SZ 56/166: Brandschaden einer Diskothek), oder wenn **einfache und naheliegende Überlegungen nicht angestellt** worden sind (10 ObS 2338/96p zu § 213a ASVG). Es besteht eine Parallele zum schweren Verschulden im Strafrecht. Umgekehrt ist aber nicht bei jeder strafgerichtlichen Verurteilung grobe Fahrlässigkeit iSd § 1324 gegeben (10 ObS 84/95 zu § 213a ASVG). Mitunter rückt der OGH das Vorliegen grober Fahrlässigkeit nahezu in die Nähe eines Charakterfehlers, wenn er ausführt, dass es sich um eine auffallende und ungewöhnliche Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht handeln müsse, die nur bei leichtsinnigen Menschen vorkommen könne (SZ 43/80: Mankohaftung eines Filialleiters; 2 Ob 41/98p zu § 22 Abs 1 UVG). Jedenfalls muss auch eine **schwere subjektive Vorwerfbarkeit** gegeben sein (2 Ob 293/98x zu § 1319a; 7 Ob 35/01z: Übertretung eines Schutzgesetzes), wobei auch auf die berufliche Erfahrung des Schädigers Bedacht zu nehmen ist (ZVR 1984/326). Dass gravierende Folgen eingetreten sind, ist jedoch kein verlässliches Indiz für das Vorliegen grober

Fahrlässigkeit (SZ 38/140). Bezüglich des zulässigen Haftungsausschlusses bei Bankauskünften hat der OGH sogar eine Differenzierung zwischen schlichter und krasser grober Fahrlässigkeit vorgenommen (SZ 57/184; SZ 62/107).

Die Beweislast für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit trifft den Geschädigten (4 Ob 104/97s; 2 Ob 27/99f).

Insbesondere 1. bei Verletzungen an dem Körper;

§ 1325. Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftigen entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

Übersicht

	Rz
A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung	1
B. Die einzelnen Schadensposten des Personenschadens bei Verletzung	2–7
C. Kapital oder Rente	8–12
D. Restitution und Kompensation	13–14
E. Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen	15
F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gem § 332 ASVG	16–24
G. Steuern	25
H. Heilungskosten	26–36
I. Vermehrte Bedürfnisse	37–52
J. Erwerbsschaden	53–97
K. Rehabilitation	98–104
L. Schmerzensgeld	105–133
M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden	134–145

A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung

Körperverletzung ist jede **Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit** (gem § 22 auch beim Embryo unter der Voraussetzung einer Lebendgeburt SZ 52/136); eine äußerlich sichtbare Folge ist nicht erforderlich (2 Ob 45/93; 2 Ob 79/00g). Körperverletzung ist auch ein **ärztlicher Eingriff ohne ausreichende Einwilligung** mit der Folge der Haftung, auch wenn der Eingriff lege artis erfolgt ist, sich aber ein bestimmtes Risiko verwirklicht hat (10 Ob 50/07m: Arthroskopie im Knie zu Diagnosezwecken, Durchführung einer Operation, die zu Schmerzen führte; 6 Ob 168/10i: Fortsetzung einer Ohroperation, obwohl der angestrebte Erfolg nicht mehr zu erreichen war; 1 Ob 215/11s: Schiefzehe, anschließende Bildung von Arthrose und Nekrose), ferner Beeinträchtigungen der Haarpracht (OLG Innsbruck ZVR 1997/118: Haarausfall infolge fehlerhafter Haarbehandlung), oder Haarkürzung ohne Einwilligung (SZ 47/147: Schönheitsberaterin mit hüftlangem Haar). Bei **bloß psychischer Beeinträchtigung** liegt Körperverletzung nur bei **massiver Einwirkung in die psychische Sphäre** vor (2 Ob 99/95; 2 Ob 79/00g; 7 Ob 160/09v: sexueller Missbrauch); zumindest ist erforderlich, dass sie behandlungsbedürftig oder wenigstens ärztlich diagnostizierbar und damit **medizinisch fassbar** ist (stRspr, z B 8 Ob 127/02p; 2 Ob 120/02i; 1 Ob 200/03y), insb dann, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass die Folgen von selbst verschwinden oder zu befürchten ist, dass eine dauernde gesundheitliche Störung zurückbleibt (2 Ob 45/93: Trennungserlebnis eines 20 Monate alten Kindes; 7 Ob 160/09v: Reaktion der Familie auf einen sexuellen Missbrauch einer Minderjährigen). Die Rechtsfolgen des § 1325 werden auch dann ausgelöst, wenn sich **negative Folgen erst geraume Zeit nach der Zufügung eines realen Schadens** einstellen, seien es auch solche im Zuge der Schadensverarbeitung (9 Ob 78/99g; ZVR 2000/44: seelische Irritationen aufgrund von Befragungen nach sexuellem Missbrauch des Kindes; ähnlich 7 Ob 160/09v; 4 Ob 200/11g; weiter 1 Ob 200/03y: psychische Störungen infolge eines Raubüberfalls; 2 Ob 163/06v: Schlaflosigkeit und Erschöpfungszustände