

Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz

Band 151

200 Jahre ABGB

**RichterInnenwoche 2011
in Lochau
16.-20. Mai 2011**

Herausgeber

Bundesministerium für Justiz



R e c h t

Wien · Graz 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0812-8
Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH Nfg KG
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 20, 8010 Graz, Österreich
E-Mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2012

Druck: Bundesministerium für Justiz, Wien
E-Mail: post@bmj.gv.at

Workshop

Sachschaden

Impulsreferat:

– o. Univ.-Prof. Dr. Christian HUBER, RWTH Aachen

Christian HUBER: Sachschaden¹

A. Einleitung

I. Die – wirtschaftlich – bedeutsamsten Anwendungsfälle 1811 und heute

Die häufigsten Fälle, bei denen sich Bewertungsfragen beim Sachschaden stellen, sind Schäden an Verkehrsmitteln und Grundstücken sowie den darauf befindlichen Gebäuden. Dominierte zum Inkrafttreten des ABGB um 1811 bei den Verkehrsmitteln noch die Postkutsche, sind es heute das Kfz, die Eisenbahn und das Flugzeug. Während bei den Verkehrsmitteln ein rasanter Wandel zu beobachten ist, sind die Änderungen bei Grundstücken und Gebäuden weniger dramatisch: Die Häuser mögen heute im Durchschnitt größer und stabiler sein; und womöglich werden nunmehr selbst solche Grundstücke als Bauland genutzt, die vor 200 Jahren bloß Brach- oder Weideland gewesen wären. Motor der Fortentwicklung des Sachschadensrechts ist der Kfz-Schaden. Seit Anfang der 50-er Jahre hat er eine enorme Ausweitung erfahren. Damals haben sich ganz neue Schadenskategorien etabliert oder wurden zumindest diskutiert. Zu nennen sind fiktive Reparaturkosten, der Integritätszuschlag, der Zweithandzuschlag oder die pauschalierte Nutzungsentschädigung.

Bei der Entwicklung hat gewiss eine Rolle gespielt, dass der beim Geschädigten eingetretene Nachteil häufig nicht von einem individuellen Schädiger getragen wird; belastet ist damit im Regelfall dessen Haftpflichtversicherung, somit ein Kollektiv. Gemäß dem Trennungsprinzip ist zwischen Haftung und Deckung zwar streng zu unterscheiden. Die Skrupel eines Gerichts in Bezug auf eine voll angemessene Abgeltung der vom Geschädigten erlittenen Einbuße sind aber womöglich eine Nuance geringer, wenn das ein Versicherungsunternehmen trifft und nicht ein Einzelner in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät oder gar dadurch in die Insolvenz getrieben wird. Zudem dienen Instrumente auf versicherungsrechtlicher Ebene mitunter dazu, schadenersatzrechtliche Probleme angemessen zu bewältigen. Pars pro toto sei verwiesen auf den gespaltenen Haftpflichttarif im Rahmen der Kfz-Haftpflichtversicherung, der das österreichische Höchstgericht anders als den deutschen BGH davor bewahrt, sich mit der

¹ Die Vortragsform wurde beibehalten. Der Anmerkungsapparat wurde auf wenige Fußnoten beschränkt.

Höhe der ersatzfähigen Mietwagenkosten² auseinanderzusetzen oder die Trennlinie zu ziehen, wem eine pauschalierte Nutzungsentschädigung zusteht und wem nicht.³

Die wirtschaftliche Bedeutung der Ersatzfähigkeit von Kfz-Schäden bei Einstandspflicht eines Dritten hat mehrere Facetten: Das Kfz ist für viele Bürger zu einem wichtigen Vehikel geworden: Deren Aktionsradius wird bei Fehlen des Kfz erheblich eingeschränkt; und zwar sowohl im Beruf als auch in der Freizeit. Nicht jeder Bürger hat seinen Wohnsitz in einer Großstadt in der Nähe der Haltestelle eines öffentlichen Verkehrsmittels; mancher Pendler ist auf das Fahrzeug angewiesen; viele sind ohne Fahrzeug nicht ausreichend flexibel, ist doch das öffentliche Verkehrswesen bloß in den Ballungsgebieten einigermaßen ausgebaut und die Taktfrequenz ausreichend hoch. Und auch so manche Freizeitaktivität setzt einen „fahrbaren Untersatz“ voraus.

Als der Kfz-Haftpflichttarif noch amtlich festgesetzt war, gab es jeweils ein Feilschen um die für die Anpassung der Versicherungsprämie berücksichtigungsfähigen Preissteigerungen; oft genug hörte man ein Wehklagen der Versicherer, dass die Kfz-Haftpflichtversicherung bloß ein Verlustgeschäft sei. Nach Freigabe der Prämien hat dieses Jammern naturgemäß aufgehört. Die Kfz-Haftpflichtversicherung mag nach wie vor verlustträchtig sein – oder auch nicht (mehr). Jedenfalls bieten die allermeisten Versicherungsunternehmen Kfz-Haftpflichtversicherungen an. Womöglich handelt es sich um eine Einstiegsdroge, ein Mittel zur Anbahnung des Erstkontakts mit einem Kunden, dem man in der Folge gewinnträchtige Produkte wie eine Krankenzusatzversicherung, eine private Unfallversicherung oder eine Lebensversicherung „verkaufen“ kann.

Kfz-Sachschäden sind darüber hinaus wirtschaftlich bedeutsam für weitere Akteure, die daran verdienen. Zu nennen sind Werkstätten und Autohäuser, Anwälte, Berater in Versicherungsangelegenheiten,⁴ Kfz-Sachverständige und neuerdings auch Restwertbörsen.

II. Die dogmatische Bewältigung

Beim Sachschaden hat die Abgrenzung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn in der Praxis keine große Bedeutung gespielt. Die Abschaffung des gegliederten Schadensbegriffs nach den insoweit übereinstimmenden Vorschlägen beider Reformkommissionen⁵ ist zwar sinnvoll, wird sich aber beim Sachschaden kaum auswirken.

2 Dazu BGH 12.10.2004, VI ZR 151/03, BGHZ 160, 377 ff. = NJW 2005, 51 ff. und seither ca 40 Folgeentscheidungen, zuletzt BGH 17.5.2011, VI ZR 142/10.

3 Dazu BGH 4.12.2007, VI ZR 241/06, NJW 2008, 913 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Pauschalierte Nutzungsentschädigung bei Überlassung eines Kfz zum Freundschaftspreis? NJW 2008, 1785 ff.

4 Dazu OGH 19.1.2010, 4 Ob 174/09f, ZVR 2011/109 (*Ch. Huber*): Zulässigkeit einer Konkurrenztaetigkeit gegenüber Anwaeltinnen sowie einer Werbung für eine solche Taetigkeit.

5 *Apathy*, Begrenzung der Haftung, Art und Umfang des Ersatzes, in: *Griss/Kathrein/Kozioł*, Entwurf eines neuen oesterreichischen Schadenersatz-

Die Zauberformel, mit der man in den 50-er und 60-er Jahren gemeint hat, neuartige Probleme in den Griff zu bekommen, ist die objektiv-abstrakte Schadensberechnung. Diese Schimäre ist freilich ein im Verglühen befindlicher Mythos. Bis zur bahnbrechenden Monographie von *Apathy*⁶ kam es unter Berufung auf diese zu einem Zuspruch fiktiver Reparaturkosten und damit einhergehend zu einer Aufblähung des Schadensumfangs. In Bezug auf die Zuerkennung des Wiederbeschaffungswertes ohne Wiederbeschaffung verfährt die Rechtsprechung⁷ heute noch so. Dazu kommt, dass die objektiv-abstrakte Schadensberechnung gerade nicht in der Lage ist, eine sachliche Begründung für den Zuspruch neuartiger Schadensposten wie den merkantilen Minderwert zu liefern.⁸

Bei der Bewältigung dogmatischer Probleme sollte der Einfluss der deutschen Rechtsprechung nicht unterschätzt werden. Mag auch die BGH-Judikatur nicht 1:1 übernommen werden, so sind die faktischen Phänomene vergleichbar. Und das gilt nicht nur an diesem *genius loci*, an dem die deutschsprachigen Nachbarstaaten sich am Bodensee berühren. Zur deutschen Rechtslage sei etwa darauf verwiesen, dass sich der BGH mit der korrekten Bewertung des Restwertes eines Fahrzeugwracks schon mehr als 15 Jahre beschäftigt,⁹ während eine OGH-Entscheidung aus neuerer Zeit noch aussteht. Bedeutsam ist womöglich auch, dass in Deutschland neuerdings der BGH¹⁰ im Rahmen der Stundenverrechnungssätze den Geschädigten auf die einer freien Werkstätte anstelle einer Markenwerkstätte verweist, wenn das Fahrzeug älter als 3 Jahre und nicht scheckheftgepflegt ist. Mag es die fiktive Abrechnung im österreichischen Recht auch so nicht geben, so könnte die in Deutschland beobachtbare Tendenz zu mehr Sparsamkeit beim Kfz-Sachschaden auch für Österreich bedeutsam sein. Hinzuzufügen ist, dass nicht nur das Durchschnittsalter der Bevölkerung an den Anrainerstaaten des Bodensees steigt; Entsprechendes gilt auch für den Fahrzeugbestand, sodass die vom BGH entschiedene Konstellation nicht eine bloße Randerscheinung darstellt.

III. Besonderheiten der Kfz-Schadensregulierung

1. Rolle des Kfz-Sachverständigen

Der Kfz-Sachverständige ist bei prozessualer Austragung eines Haftpflichtstreits nicht mehr als ein Gehilfe des Gerichts, der für dieses aufgrund seiner Sachkunde tatsächliche Werte zu ermitteln hat. Welche Werte maßgeblich sind, ist aber eine Rechtsfrage und demgemäß vom Gericht zu entscheiden. In der Praxis dürfte das nicht immer so sein. Mancher Richter stellt mitunter an den Kfz-Sachverständigen die Frage, wie hoch

rechts (2006) 80 f sowie *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts III (2008) 15 f.

6 Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

7 Nachweise in FN 22.

8 Näheres unter Punkt C.I.

9 Erstmals BGH 21.1.1992, VI ZR 142/91, NJW 1992, 903.

10 BGH 20.10.2009, VI ZR 53/09, NJW 2010, 606.

der ersatzfähige Schaden denn sei. Die Kfz-Sachverständigen beantworten – womöglich nolens volens – dann solche Fragen, obwohl sie dafür gar nicht zuständig sind.

Bedeutsam ist namentlich im Rahmen der außergerichtlichen Schadensregulierung, wer Vertragspartner des Kfz-Sachverständigen ist. Nicht nur bei der Gewerkschaft gilt der Spruch: Dessen Brot ich esse, dessen Lied ich singe. Mag der Sachverständige auch als unabhängiger Fachmann tätig werden, so gibt es doch Ermessensspielräume. Und womöglich ist die Ausschöpfung zugunsten der einen oder anderen Partei davon abhängig, wer ihn betraut, entlohnt und von wem er das nächste Mandat erwartet. In Deutschland ist der Kfz-Sachverständige Vertragspartner des Geschädigten, häufig vermittelt über Werkstätte oder Autohaus; in Österreich erfolgt dessen Tätigwerden aufgrund einer Betrauung durch den (Kfz-)Haftpflichtversicherer.

2. Ansätze zu einem Schadensmanagement der Kfz-Haftpflichtversicherer

Die Kfz-Haftpflichtversicherer erzielen bei konstantem Prämienvolumen dann einen höheren Gewinn oder Deckungsbeitrag, wenn es ihnen gelingt, ihre Aufwendungen für Schadenersatzleistungen zu verringern. Ein bedeutsamer Ansatz ist das Schadensmanagement beim Kfz-Sachschaden. Im Rahmen der Kaskoversicherung kommt es allein darauf an, was Versicherer und Versicherungsnehmer vereinbaren. Manche Kaskoversicherer – in Deutschland – bieten dem Kunden eine Prämienreduktion von deutlich über 50 % an, wenn er bereit ist, dass die vom Haftpflichtversicherer nominierte Werkstätte im Schadensfall das beschädigte Fahrzeug abholt, repariert und sodann in repariertem Zustand dem Geschädigten wieder zustellt. Wenn der Kaskoversicherer einen solchen Nachlass anbietet, dann erfolgt dies nur, weil sein Einsparungspotenzial deutlich größer ist als die angebotene Prämienreduktion und er infolge des Wechsels einen Vorteil lukriert. Das Beispiel der Kaskoversicherung dient dabei lediglich der Veranschaulichung, um ein Einsparungspotenzial in welcher Größenordnung es dabei geht.

In der Haftpflichtversicherung sind freilich andere Wertungen beachtlich. Der Geschädigte erhebt den Anspruch nicht gegen den eigenen Versicherer, sondern gegen den des Schädigers. Die Haftpflichtversicherung hat zwar den eigenen Versicherungsnehmer freizustellen; dem Geschädigten gegenüber hat sie aber einen gesetzlichen Anspruch zu erfüllen. Dabei gilt der Grundsatz: Der Geschädigte ist der „Herr des Restitutionsgeschehens“. Er bestimmt, ob und in welcher Werkstätte repariert wird. Dessen ungeachtet gibt es – in Deutschland – Tendenzen, den Geschädigten zu kostengünstigen Billigwerkstätten zu navigieren. Aufgrund des Großkundenrabatts der betreffenden Versicherung bieten diese günstigere Tarife. Mitunter liegt ihr Sitz im osteuropäischen Ausland. Wenn sich Wracks über Tausende von Kilometern transportieren lassen, sollte das bei der Reparatur nichts Unmögliches oder auch nur Unwirtschaftliches sein. Dazu kommt, dass es in Ostösterreich nur um einige -zig oder allenfalls hundert Kilometer handelt.

Bisher hat die – deutsche – Rechtsprechung¹¹ solchen Versuchen einen Riegel vorgeschoben. Womöglich führt der beträchtliche Kostendruck nämlich dazu, dass solche Werkstätten nicht nur kostengünstiger, sondern auch weniger sorgfältig arbeiten. Zu bedenken ist, dass der Geschädigte dem Gefährten immerhin sein Leben und das seiner Insassen anvertraut. Wenn er bei der Kaskoversicherung der Versicherung und der von dieser ausgewählten Werkstätte vertraut, wird er wissen, worauf er sich einlässt. Im Haftpflichtrecht darf ihm Derartiges freilich nicht gegen seinen Willen – oder auch nur sanktioniert durch einen Vorwurf des Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit – aufgedrängt werden. Es muss daher dabei bleiben, dass der Geschädigte berechtigt ist, auf Kosten des Schädigers bzw. dessen Haftpflichtversicherung in der Werkstätte seines Vertrauens reparieren zu lassen.

IV. Zielsetzung eines 30-minütigen Impulsreferats

In einer halben Stunde kann es nur darum gehen, die aktuellen Probleme des Sachschadens anhand von neuralgischen Punkten zu erläutern. Eine zentrale Frage wird dabei sein: Ist das Eingreifen des Gesetzgebers beim Sachschaden geboten? Muss der Reformgesetzgeber insoweit Hand anlegen? Oder bewältigt die Rechtsprechung die Probleme im Rahmen der bestehenden Gesetznormen?

Die längste Zeit musste man in den letzten 30 Jahren in Österreich konstatieren, dass man Aussagen nur unter Vorbehalt treffen könne, weil es kaum höchstrichterliche Judikatur gab; und die der Tatgerichte jedenfalls in Fachzeitschriften nicht oder kaum veröffentlicht wird. Das steht in krassem Gegensatz zum Befund in Deutschland. Dort muss sich der dafür zuständige VI. Zivilsenat häufig mit Bemessungsfragen des Sachschadens befassen. Das mag daran liegen, dass in Deutschland mehr hochpreisige Fahrzeuge, namentlich Porsches, unterwegs sind, bei deren Beschädigung die Streitwertgrenze, die für eine Revision notwendig ist, leichter überschritten wird.¹² Dazu kommt, dass diese Streitwertgrenze seit der letzten ZPO-Reform gefallen ist, sodass man auch wegen eines Streitwertes von 200,- € den BGH anrufen kann.¹³ Dazu kommt, dass wegen der Zeitschriftenvielfalt auf dem Gebiet des Verkehrsrechts¹⁴ auch tatgerichtliche Entscheidungen veröffentlicht werden, sogar solche der Amtsgerichte, die den Bezirksgerichten entsprechen.

Für das Fehlen – höchstrichterlicher – Judikatur dürfte namentlich in Ostösterreich aber noch ein anderer Grund ausschlaggebend sein. Anfängliche Auffassungsunterschiede werden schlussendlich beim Heurigen oder im Kaffeehaus amikal beigelegt. Das führt dazu, dass ca. 99 % der Sachschäden außergerichtlich reguliert werden.¹⁵ In den letzten Jahren ist

11 BGH 22.6.2010, VI ZR 337/09, NJW 2010, 2725: Keine Maßgeblichkeit des bloß dem Haftpflichtversicherer zugänglichen Tarifs einer Werkstätte.

12 Pars pro toto seien folgende Entscheidungen genannt, in denen es um die Beschädigung eines Porsches ging: BGH 15.10.1991, VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364; 29.4.2003, VI ZR 398/02, BGHZ 155, 1.

13 BGH 20.10.2009, VI ZR 53/09, BGHZ 183, 21: Streitwert 220,54 €.

14 DAR, NZV, SVR, VA, VRR, VRS, zfs.

15 *Karner*, Sachschadenersatz in Österreich, ZVR Sonderheft 2010, 476.

es freilich im Westen Österreichs zu vereinzelt Entscheidungen zum Kfz-Sachschaden gekommen, namentlich solchen des OLG Innsbruck, die auch veröffentlicht wurden.¹⁶ Das dürfte zwei Gründe haben: Einerseits sind es zumeist im Urlaub geschädigte Deutsche, die mit der angebotenen Regulierung durch den jeweiligen österreichischen Haftpflichtversicherer nicht zufrieden sind und ihre aus Germanien gewohnte Streitkultur nach Österreich tragen. Andererseits mögen im Westen Österreichs Heurige und Kaffeehäuser existieren; sie dürften aber – anders als im Osten Österreichs – keine institutionelle Bedeutung für die Austragung von Meinungsunterschieden zwischen Geschädigtem und Haftpflichtversicherer haben.

B. Um welche Schäden geht es und was will der Geschädigte

Auch beim Sachschaden¹⁷ ist zwischen dem Substanz- und Nutzungsausfallschaden zu unterscheiden. Durch die Reparatur bzw Ersatzbeschaffung wird die Substanz der Sache wiederhergestellt. Das passiert freilich nicht im Handumdrehen, sondern dauert geraume Zeit. Beim Kfz-Sachschaden sind drei Phasen gegeben: die bis zum Vorliegen des Sachverständigengutachtens, eine angemessene Überlegungsfrist danach sowie die Durchführung von Reparatur und Ersatzbeschaffung, wobei für Letztere im Regelfall ca 14 Tage zugebilligt werden. Während dieses Zeitraums steht dem Geschädigten die Sache nicht zur Verfügung, was bei diesem zu einer Einbuße führt.

Eine andere wichtige Unterscheidung ist die zwischen Restitution und Kompensation. Es geht dabei um folgende Frage: Möchte der Geschädigte möglichst den realen Zustand wiederherstellen, der ohne das schädigende Ereignis bestand; oder geht es ihm bloß um die Auffüllung der durch das schädigende Ereignis gerissenen Vermögenslücke. Dieses abgestufte Interesse lässt sich sowohl beim Substanz- als auch Nutzungsausfallschaden beobachten.

Nach Beschädigung eines Fahrzeugs stellt die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs das höchstmögliche Integritätsinteresse dar.¹⁸ Von diesem doch eher ausgerissenen Ausnahmefall abgesehen, in dem der Geschädigte sich anstelle der Reparatur für ein Neufahrzeug entscheiden darf, präferiert der Geschädigte typischerweise die Reparatur seines Fahrzeugs gegenüber einem Gebrauchtfahrzeug. Die Rechtsprechung sieht ein solches Interesse bei Reparaturkosten – samt dem merkantilen Minderwert –

16 OLG Innsbruck 21.11.2007, 2 R 199/07t, ZVR 2008/126 (*Ch. Huber*); 10.4.2008, 1 R 50/08z, ZVR 2008/242 (*Ch. Huber*); 1.3.2010, 3 R 12/10d, ZVR 2010/179 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Die richtige Ermittlung des Fahrzeugrestwertes – Eine weitere Präzisierung durch das OLG Innsbruck (zugleich Besprechung von OLG Innsbruck 1.3.2010, 3 R 12/10d), ZVR 2010, 352 ff.

17 Zur diesbezüglichen Unterscheidung beim Personenschaden *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl. 1995, S. 260 ff. u. 441 ff.

18 *Ch. Huber*, Die Abrechnung auf Neuwagenbasis, der Gipfel des Integritätsinteresses – neuer Stellenwert eines Moribundus im Rahmen eines Mehrstufenmodells? Betrachtungen am Vorabend der BGH-Entscheidung VI ZR 110/08, in: FS-Eggert (2008), S. 113 ff.

bis zu einer Grenze von 110 bis 120 % des Wiederbeschaffungswerts für legitim an; mit anderen Worten, bis zu dieser Grenze sind nachgewiesene Reparaturkosten ersatzfähig.¹⁹ Bis die entsprechende Restitution – Neuwagen, Reparatur, Gebrauchtfahrzeug – erfolgt ist, steht dem Geschädigten das Nutzungspotenzial der beschädigten Sache nicht zur Verfügung. Beim Kfz steht er vor der Alternative der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs oder des Rückgriffs auf die eigene Betriebsreserve.²⁰

Geht es dem Geschädigten bloß um die Auffüllung der gerissenen Vermögenslücke, wäre es sachgerecht, seinen Schaden auf der Basis des um die Händlerspanne geringeren Veräußerungswertes abzugelten, weil er auch ohne das schädigende Ereignis nur auf diesem Weg seinen Sachwert in Geld hätte umwandeln können.²¹ Die Rechtsprechung²² spricht freilich Ersatz auf Basis des – fiktiven – Wiederbeschaffungswertes zu. Will der Geschädigte keine Restitution, stellt sich das Problem der Ersatzfähigkeit des Nutzungsausfallschadens nicht. Kommt es freilich zu einer Restitution in Bezug auf den Substanzschaden, ist zu unterscheiden, ob der Geschädigte für die Vakanzzeit auf ein Nutzungspotential zurückgreift oder die Einbuße hinnimmt. In letzterem Fall stellt sich die Frage des Ersatzes der eingetretenen Gewinneinbuße oder einer pauschalierten Nutzungsentschädigung.²³

C. Das restliche Kompensationsinteresse bei Durchführung der Restitution

I. Der merkantile Minderwert

Entscheidet sich der Geschädigte für die Reparatur seines beschädigten Fahrzeugs, besteht ein doppeltes Risiko: Möglicherweise werden nicht alle Gebrechen entdeckt; und sofern das der Fall ist, besteht die Gefahr, dass nicht alle sorgfaltsgemäß behoben werden, ohne dass dies während der Gewährleistungsfrist nachgewiesen werden kann. Solche Unfallfahrzeuge sind daher bloß mit einem Preisabschlag verkäuflich. Ein rationaler Käufer würde bei der Wahl zwischen einem unfallfreien Fahrzeug und einem Unfallwagen stets das unfallfreie Fahrzeug erwerben. Der Abschlag vom Kaufpreis, der ihm zu gewähren ist, damit er in Bezug auf beide Fahrzeuge neutral ist, stellt den merkantilen Minderwert dar.

19 Vgl. *Reischauer*, in: Rummel⁹ § 1323 Rz. 9.

20 Zur Ersatzfähigkeit solcher Kosten zugunsten von Verkehrsbetrieben OGH 27.6.1996, 2 Ob 54/95, *ecolex* 1997, 81; *Ch. Huber*, Betriebsreservelkosten – Einordnung in das Schadenersatzrecht, *ecolex* 1997, 77 ff.

21 *Ch. Huber*, in: *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar § 1323 Rz. 24.

22 OGH 3.6.1969, 2 Ob 97/69, ZVR 1970/35; 11.12.1969, 2 Ob 151, 187/69, ZVR 1970/135; 15.10.1970, 2 Ob 321/70, ZVR 1971/114; 27.4.1977, 8 Ob 67/77, ZVR 1978/48; 3.7.1986, 8 Ob 3/86, ZVR 1987/94; 18.3.2004, 1 Ob 54/03b, *ecolex* 2004/397; 27.9.2005, 1 Ob 143/04t; 29.5.2008, 2 Ob 176/07g, ZVR 2008/241 (*Ch. Huber*).

23 Zur Begrenzung auf Fahrzeug und Wohnsitz im deutschen Recht BGH 9.7.1986, GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50.

Lange Zeit hat man den Zuspruch mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung zu erklären versucht.²⁴ Das ist freilich ein untauglicher Versuch. Es ist das Kennzeichen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung, dass auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses abzustellen ist; zudem ist die Höhe des Ersatzes von der Reaktion des Geschädigten gerade unabhängig. Ein merkantiler Minderwert gebührt bloß bei Durchführung der Reparatur, nicht aber losgelöst von einer solchen. Zudem ist er zu bemessen nach den Verhältnissen nach Abschluss der Reparatur. Da die Einbuße bei einer potentiellen Veräußerung bloß ein Hilfsmaßstab zur Ermittlung der Höhe ist, gebührt der merkantile Minderwert unabhängig davon, ob der Geschädigte das Risiko durch ein Veräußerungsgeschäft realisiert oder dieses selbst trägt. Folgerichtigerweise gebührt deshalb ein merkantiler Minderwert auch für Sachen, die nicht veräußerlich sind.²⁵

Der merkantile Minderwert stellt sich bei zutreffender dogmatischer Qualifikation als das durch die konkrete Restitution nicht abgedeckte Kompensationsinteresse des Geschädigten dar. Anders als die Leistung einer neuen Sache kommt es durch die Reparatur eben zu keiner 100 %-igen Restitution. Je höher der Grad der Annäherung ist, umso geringer hat der merkantile Minderwert auszufallen. Prototypisch ist insoweit eine Entscheidung des OLG Jena.²⁶ Ein Ferrari F 50 wurde beschädigt und anschließend in der Originalwerkstätte in Maranello während eines Zeitraums von 206 Tagen repariert. Die dafür anfallenden Kosten von 223.000,- € wurden anstandslos bezahlt. Vom begehrten merkantilen Minderwert von 128.000,- € wurden indes „bloß“ 37.400,- € bezahlt. In der OGH-Judikatur zum Schaden eines Grundstücks²⁷ sowie eines Fahrzeugs²⁸ finden sich dem gegenüber Belegstellen dafür, dass eine minderwertigere Reparatur ein höheres restliches Kompensationsinteresse nach sich ziehen müsse, mag man das als merkantilen Minderwert oder sonstwie bezeichnen. Der Zuspruch der konkret angefallenen Reparaturkosten ohne sonstigen Zuschuss bei einer Autobusreparatur in Afghanistan²⁹ stellt daher eine nicht zu billigende Unterentschädigung dar.³⁰

Beachtlich ist auch in diesem Zusammenhang der Einfluss der deutschen Rechtsprechung. Wegen der zunehmend längeren Haltbarkeit von Fahrzeugen wird angenommen, dass ein merkantiler Minderwert bis zu einem Alter von 12 bis 15 Jahren sowie einer Fahrleistung von 100.000 bis 150.000 km zuzubilligen ist.³¹ Der Umstand, dass das Fahrzeug kein

24 F. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung (1964) 30; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I 3 (1997) 2/75, 10/21.

25 Ch. Huber, in: Schwimann, ABGB Taschenkommentar § 1323 Rn 6.

26 OLG Jena 28.4.2004, 3 U 221/03, NZV 2004, 476.

27 OGH 11.6.1996, 7 Ob 2062/96b, NZ 1997, 156.

28 OLG Wien 9.4.1992, 13 R 25/92, ZVR 1993/9.

29 OGH 1.12.1981, 2 Ob 128/81, ZVR 1982/194.

30 M. Bydlinski hat in der Diskussion die Frage aufgeworfen, wer wofür beweislaster sei und wie ein solcher Beweis zu führen sei: Ausgangspunkt ist der Ersatz der tatsächlichen Reparaturkosten. Wenn der Geschädigte eine „minderwertige“ Reparatur behauptet, ist er dafür sowie für den Umfang des gebotenen Zuschlags beweislaster.

31 In diese Richtung BGH 23.11.2004, VI ZR 357/03, BGHZ 161, 151, 161;

Erstbesitz war oder einen Vorschaden aufwies, wirkt sich zwar auf die Bemessung der Höhe des merkantilen Minderwerts aus, ist aber kein Ausschlusskriterium für dessen Zuspruch. Dieser großzügigeren Sicht ist nun auch das OLG Innsbruck³² gefolgt.

II. Der Zweithandzuschlag

Wie ein potentieller Käufer Skepsis gegenüber einem reparierten Unfallfahrzeug hat, besteht ein vergleichbares Misstrauen, wenn es sich bei einem Fahrzeug nicht um einen „Erstbesitz“ handelt. Letzteres ist auch durchaus berechtigt, werden doch Fahrzeuge häufig nicht aus Jux und Tollerei verkauft und auch nicht aus Prestige Gründen, um dem Nachbarn, der sich ein neues Fahrzeug leistet, nicht nachzustehen; vielmehr erfolgt der Verkauf an einen Gebrauchtwagenhändler häufig deshalb, weil Reparaturen beginnen und der Eigentümer sich die damit verbundenen Unannehmlichkeiten bzw. Scherereien nicht antun will. Nicht immer erfolgt eine sorgfältige Untersuchung durch den Gebrauchtwagenhändler bzw. verbleiben Restrisiken, die bei einer solchen gerade nicht entdeckt werden.

Wie bei einer Reparatur zusätzlich ein merkantiler Minderwert zuerkannt wird, wäre es folgerichtig, beim Deckungskauf dem Geschädigten neben dem Wiederbeschaffungswert einen Zweithandzuschlag zuzubilligen.³³ Sollte sich die Rechtsprechung nicht in diese Richtung bewegen, ist als second best penibel darauf zu achten, dass dem Geschädigten der Wiederbeschaffungswert bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler nach Inspektion und mit Werkstattgarantie zuerkannt wird. Keinesfalls angemessen wäre es, den Geschädigten auf Preise zu verweisen, wie sie aus dem Internet ermittelt werden.³⁴ Während man bei den Reparaturkosten auf die jeweils tatsächlich angefallenen Kosten abstellen kann, kommt das bei der Wiederbeschaffung nicht in Betracht, weil es ein dem geschädigten entsprechendes Fahrzeug auf dem Markt kaum geben dürfte, sodass sich der Geschädigte immer mit Näherungslösungen zufrieden geben muss.

D. Wahlrecht der Durchführung der Restitution

Der Haftpflichtversicherer legt zwar Wert darauf, dass der Geschädigte solche Marktteilnehmer heranzieht, seien es nun Werkstätten, Gebrauchtwagenhändler oder Restwertaufkäufer, die aus seiner Sicht einen Beitrag zur Kostendämpfung liefern. Er selbst handelt freilich nach der Devise: Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass. Der Haftpflichtversicherer macht sich weder bei der Reparatur noch bei der Verwertung des

ausdrücklich so *Greiner* (ehemaliger BGH-Richter, Mitglied des VI. Senats), Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (VI. Zivilsenat) zum Fahrzeugschaden seit dem Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetz, Homburger Tage 2005, 7, 21.

32 OLG Innsbruck 10.4.2008, 1 R 50/08z, ZVR 2008/242 (*Ch. Huber*).

33 Ablehnend freilich die deutsche Rechtsprechung: BGH 17.5.1966, VI ZR 252/64, NJW 1966, 1454.; 7.3.1978, VI ZR 237/76, NJW 1978, 1373.

34 So aber etwa LG Köln, 28.4.2005, SP 2007, 17.

Wracks seine Hände schmutzig. Während im deutschen VVG³⁵ eine gesetzgeberische Festlegung erfolgt ist, dass der Geschädigte vom Kfz-Haftpflichtversicherer nur eine Geldleistung verlangen kann, findet sich eine solche gesetzgeberische Vorgabe im österreichischen Recht nicht.³⁶ Und gegenüber dem Schädiger selbst ist schon gar nicht einzusehen, weshalb der Geschädigte von diesem nicht die Durchführung der Naturalrestitution verlangen können sollte.

In der Praxis sind das indes akademische Streitfragen. Immerhin soll der Hinweis erfolgen, dass im Deliktsrecht die Interessenlage eine andere ist als im Vertragsrecht. Nach der Wertung im Gewährleistungsrecht, die auch für den korrespondierenden Schadenersatzanspruch beachtlich sein muss, geht es darum, dass es als Recht des Schuldners, also des Ersatzpflichtigen, anzusehen ist, den eingetretenen Mangel bzw. Schaden zu beheben. Er verfügt über spezielles Know-how und kann den Schaden mit – für ihn – geringeren Kosten beheben als diejenigen, die bei Betrauung eines Handwerkers durch den Geschädigten anfielen.³⁷ Insoweit ist im Deliktsrecht sowie bei der Gefährdungshaftung eine ganz andere Rechtslage zu beobachten.

E. Keine Vorfinanzierung des Geschädigten

Auch wenn sich der Geschädigte um die Restitution kümmert, muss er die entsprechenden Maßnahmen nicht vorfinanzieren. Vielmehr steht ihm unabhängig davon, ob er dazu finanziell in der Lage ist, ein Anspruch auf einen Vorschuss zu. Es handelt sich dabei um keine mildtätige Gabe des Schädigers an einen Minderbemittelten. Vielmehr führt der Geschädigte ein Geschäft, für dessen Kosten in vollem Umfang der Schädiger aufzukommen hat. Selbst in dem Fall, in dem kein Vorschussbegehren gestellt wurde, wäre es daher sachgerecht, dass der Geschädigte die bei ihm anfallenden (Zins-)Aufwendungen jedenfalls in dem Ausmaß erstattet erhält, in dem diese einer Ersparnis des Ersatzpflichtigen entsprechen. Da auch Haftpflichtversicherer mit einem Kontokorrentkredit arbeiten, wird der ersparte Zinssatz häufig nicht viel geringer sein als der eines Geschädigten, der wegen der Finanzierung einer Schadensbeseitigungsmaßnahme sein Girokonto überzieht.

Wie bei den Heilungskosten³⁸ ist das endgültige Behalten aber nicht von einer derartigen Behauptung des Geschädigten abhängig, sondern von der widmungsgemäßen Verwendung. Ist der Vorschuss nicht ausreichend, gebührt ein Nachschlag; ansonsten ist der Überschuss zurückzuzahlen. Bei größeren Beträgen kann es angezeigt sein, ein Treuhandkonto einzurichten, dessen Kosten freilich – weil schadensbedingt – der Ersatz-

35 § 115 Abs. 1 S. 3; dazu *Ch. Huber*, in: Schwintowski/Brömmelmeyer, PK-VersR² (2011) § 115 VVG Rn. 29.

36 Vgl. § 29a KHVG: „Ersatzleistung“.

37 Vgl. § 932 Abs. 2 ABGB.

38 OGH 23.10.1997, 2 Ob 82/97s, ZVR 1998/32 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Abkehr von der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten – ein weiterer Meilenstein der Annäherung von Rechtsprechung und Lehre, ZVR 1998, 74 ff. sowie jüngst OGH 28.4.2011, 1 Ob 48/11g.

pflichtige zu tragen hat, dem freilich auch die während dieses Zeitraums anfallenden Zinsen gebühren.

F. Einmengungsrecht des Ersatzpflichtigen bei Verwertung des Wracks

I. Rechtstatsächliche Veränderungen

In den letzten 20 Jahren haben sich auf rechtstatsächlicher Ebene erhebliche Veränderungen ergeben:³⁹

- Es kam zur Öffnung der Ostmärkte. Infolge der jahrzehntelangen Mangelsituation in Bezug auf Neufahrzeuge und auch neue Originalersatzteile haben sich dort bis heute eine Bastlerfantasie und eine Mentalität des Zusammenflickens aufrechterhalten. Fahrzeuge werden daher in diesen Ländern selbst dann instandgesetzt, wenn diese auf dem österreichischen Markt nur noch Schrottwert haben. Dazu kommt, dass die dortigen Sicherheitsstandards nicht das österreichische – oder deutsche – Niveau erreichen. Jedenfalls machen die Arbeitskraftkosten – nach wie vor – bloß einen Bruchteil der österreichischen aus. Die Folge ist, dass die Wrackerlöse bei Veräußerung in solche Staaten häufig bis zum 3-fachen des bei Veräußerung an einen österreichischen Gebrauchtwagenhändler erzielbaren Erlöses betragen.
- Die Internettechnologie befähigt die Haftpflichtversicherer, durch Einschaltung eigener oder fremder Restwertbörsen innerhalb weniger Tage den Höchstbieter für ein solches Wrack namhaft zu machen.
- Die Verbesserung der Logistik macht es trotz dramatisch gestiegener Spritpreise rentabel, solche Wracks in weit entfernte Länder Osteuropas, ja sogar darüber hinaus zu transportieren.

II. Auswirkungen auf die Schadensregulierung

Diese faktischen Veränderungen schlagen sich auch bei der dogmatischen Bewältigung des zu lösenden Problems nieder, nämlich der Gretchenfrage: Darf der Geschädigte ohne Wenn und Aber an den lokalen Gebrauchtwagenhändler veräußern oder verstößt er gegen die Schadensminderungsobliegenheit, wenn er trotz gehöriger Aufklärung durch den Haftpflichtversicherer und Abnahme allfälliger Risiken durch diesen nicht an den von diesem namhaft gemachten Restwertaufkäufer veräußert, der bereit ist, erheblich mehr dafür zu bezahlen?

Der überkommene Ansatz bemüht insoweit die objektiv-abstrakte Schadensberechnung. Abzustellen sei auf den durchschnittlichen Wrackerlös bei Veräußerung an den lokalen Händler.⁴⁰ Die von der deutschen BGH-Rechtsprechung⁴¹ beeinflusste Gegenposition beginnt sich freilich

39 Zusammenstellung bei *Ch. Huber*, Totalschadensabrechnung – Die Ermittlung des Restwerts aus rechtlicher Sicht, SV 2008, 61, 63 f.

40 So *Kriegner*, Wrackwertproblematik bei KFZ-Totalschäden in der Haftpflichtversicherung aus österreichischer und deutscher Sicht, wbl 2007, 365 ff.

41 Zuletzt BGH 1.6.2010, VI ZR 316/09, NJW 2010, 2722.

auch in Österreich durchzusetzen. Unterbreitet der Haftpflichtversicherer vor Disposition des Geschädigten diesem auf dem Silbertablett eine Gegenofferte, die Abholung und Barzahlung beinhaltet, ist der dabei präsentierte Wert der Schadensregulierung zugrunde zu legen. Dazu gibt es zwar keine OGH-Entscheidung; das OLG Innsbruck hat aber eine beachtliche Kehrtwende vollzogen: Sprach es 2007⁴² noch aus, dass ein Tiroler niemals an einen Wiener verkaufen müsse, der maßgebliche Markt vielmehr das Unterinntal sei, hat es 2 ½ Jahre später⁴³ judiziert, dass der Geschädigte an den von seinem Sachverständigen geschätzten höheren Restwert gebunden sei. Maßgeblich sei im Fall der Barzahlung und Abholung selbst ein Anbieter aus Norddeutschland. Das ist eine geradezu revolutionäre Umwälzung der Sichtweise!

Erläutert sei, wer durch einen geringen oder hohen Restwert des Wracks belastet bzw. begünstigt ist. Bei voller Haftung ist die Festsetzung des Restwertes für den Geschädigten gleichgültig, weil er ohnehin vollen Ersatz erhält. Sollte freilich der Anspruch nicht in vollem Umfang bestehen, führt ein möglichst hoher Restwert dazu, dass der vom Schadenersatzanspruch nicht gedeckte Teil des Schadens möglichst gering ausfällt. Ein hoher Restwert führt darüber hinaus stets zu einer geringen Belastung des Haftpflichtversicherers, weil dann die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert gering ist. Ein geringer Restwert begünstigt dem gegenüber den lokalen Gebrauchtwagenhändler, der beim Ankauf ein Schnäppchen erzielt.

Entgegen seinen häufigen Beteuerungen repariert er ein solches Fahrzeug typischerweise nicht selbst und verkauft es dann auf dem österreichischen Markt. Die hohen Arbeitskraftkosten würden in der Tat dazu führen, dass er für das Wrack nur ganz wenig bezahlen kann, damit sich Reparatur und Veräußerung einigermaßen rechnen. Vielmehr veräußert auch er das unreparierte Wrack direkt oder über einen Zwischenhändler nach Osteuropa. Und je geringer der Ankaufswert ist, umso höher ist seine Handelsspanne. Der Branche der Gebrauchtwagenhändler mag es schon viel besser gegangen sein; allein, deren Interessen sind im Haftpflichtprozess nicht berücksichtigungsfähig. Vorrangig ist deshalb das Interesse des Haftpflichtversicherers an der Geringhaltung des Schadens, soweit dem keine maßgeblichen Interessen des Geschädigten entgegenstehen. Da es sich bei der Verwertung des Wracks bloß um einen Fall der Kompensation und nicht einen der Restitution handelt, hat der Geschädigte kein schutzwürdiges Interesse, was mit seinem Fahrzeug passiert, ob dieses in Österreich repariert oder verschrottet wird oder in Litauen notdürftig zusammengeflickt noch weiterläuft.

42 OLG Innsbruck 23.10.2007, 2 R 199/07t, ZVR 2008/126.

43 OLG Innsbruck 1.3.2010, 3 R 12/10d, ZVR 2010/179 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Die richtige Ermittlung des Fahrzeugrestwertes – Eine weitere Präzisierung durch das OLG Innsbruck, ZVR 2010, 352 ff.

G. Grenze der Tunlichkeit oder Verhältnismäßigkeit

Da es verschiedene Formen der Naturalrestitution gibt, nämlich nach den typischen Präferenzen des Geschädigten die Anschaffung eines Neuwagens, die Reparatur des beschädigten Fahrzeugs oder die Anschaffung eines Gebrauchtfahrzeugs, stellt sich die Frage, ob der Geschädigte zwischen diesen Formen beliebig wählen kann oder sein Wahlrecht begrenzt ist. Da mit diesen Formen eine enorm unterschiedlich hohe Belastung des Ersatzpflichtigen einhergeht, steht dem Geschädigten das Wahlrecht einer Restitution mit höheren Kosten nur dann zu, wenn er von diesem einerseits tatsächlich Gebrauch macht und andererseits die von ihm gewählte im Verhältnis zur kostengünstigeren Variante nicht unzulässig oder unverhältnismäßig ist.

Im Regelfall stellt sich die Frage, bis zu welcher Grenze der Geschädigte anstelle der Ersatzbeschaffung sich für die Reparatur auf Kosten des Schädigers entscheiden darf. Bei Anlegung eines betriebswirtschaftlichen Rationalitätskalküls wäre es angebracht, die Summe aus Reparaturkosten und merkantilem Minderwert der Differenz aus Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert gegenüberzustellen.⁴⁴ Das sind die jeweils anfallenden Kosten bei der einen bzw. anderen Variante der Schadensbehebung. Bei diesem Ansatz besteht freilich die Gefahr der Manipulation des Restwertes durch den Ersatzpflichtigen. Ein überhöhtes Restwertangebot führt dazu, dass dadurch dem Geschädigten die – an sich diesem zustehende – Möglichkeit zur Reparatur der Sache auf Kosten des Schädigers aus der Hand geschlagen wird. Denn bei einer fixen Größe aus Reparatur und merkantilem Minderwert wird der prozentuale Überhang über die Differenz aus Wiederbeschaffungswert und Restwert umso größer, je höher der Restwert bei konstantem Wiederbeschaffungswert ist. Da die Belastung des Schädigers bei der Reparaturkostenabrechnung mitunter doppelt so hoch ist wie bei der Totalschadensabrechnung, also der auf Basis der Ersatzbeschaffung, wäre das Bieten eines hohen Restwertes für den Ersatzpflichtigen selbst dann ökonomisch rational, wenn er bei Verwertung des Wracks den gebotenen Restwert letztlich nicht – in vollem Umfang – realisieren kann.

Um solche Manipulationsmöglichkeiten auszuschließen, klammert sowohl die deutsche⁴⁵ als auch die österreichische⁴⁶ Rechtsprechung den Restwert bei der Vergleichsbetrachtung aus. Das ist zwar betriebswirtschaftlich falsch, aber aus pragmatischen Gründen nachvollziehbar. Der Schwellwert liegt dabei in Deutschland bei 130 %, ⁴⁷ in Österreich zwischen 110 und 115 %.⁴⁸ Ob der merkantile Minderwert in diese Vergleichsbetrachtung einzubeziehen ist, ist nicht abschließend geklärt. Mitunter hängt das davon ab, ob der Geschädigte diesen Schadensposten begehrt oder darauf verzichtet, um die kritische Schwelle nicht zu über-

44 Ch. Huber, Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161, 167 ff.

45 BGH 15.10.1991, VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364.

46 OGH 12.6.1980, 8 Ob 42/80, ZVR 1981/95.

47 BGH 15.10.1991, VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364.

48 Nachweise bei Ch. Huber, in: Schwimann, ABGB Taschenkommentar § 1323 Rn 21.

schreiten.⁴⁹ Die fixe Grenze in Deutschland hat den Vorzug größerer Rechtssicherheit.

Neue Fahrzeuge müssen offenbar eine besondere Anziehungskraft auf Schädigerfahrzeuge ausüben. Ansonsten ist es nicht erklärbar, wie häufig Unfälle stattfinden, bei denen ganz neue Fahrzeuge beschädigt werden.⁵⁰ In solchen Fällen präferiert der Geschädigte die Anschaffung eines Neufahrzeugs gegenüber der Reparatur des beschädigten Fahrzeugs. Die Rechtsprechung billigt die Neuwagenabrechnung, wenn das Fahrzeug „ganz neu“ war und eine „schwere Havarie“ erlitten hat. Diese beiden normativen Begriffe sind präzisierungsbedürftig: Eine schwere Havarie ist mE dann anzunehmen, wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass aufgrund des Unfallschadens nicht alle Gebrechen entdeckt bzw die entdeckten nicht umfassend und fachgerecht behoben werden. Jedenfalls bei Bagatellschäden hat daher eine Neuwagenabrechnung, die den Ersatzpflichtigen signifikant stärker belastet, auszuscheiden.

Die deutsche Rechtsprechung zieht die Grenze bei 1000 km Fahrleistung und einem Alter von 1 Monat,⁵¹ bei einem ganz gravierenden Unfallschaden bei 3000 km und 3 Monaten.⁵² mE kommt es darauf an, ob der Geschädigte ein entsprechendes Fahrzeug auf dem Markt bekommt. Es sprechen gute Gründe dafür, diese Grenze bis 6 Monate auszudehnen. Der OGH⁵³ war denn auch weniger strikt und hat eine Neuwagenabrechnung bei einem Fahrzeug mit einer Fahrleistung von 813 km, das 5 ½ Wochen alt war, gebilligt. Im konkreten Fall ist eine flexible Grenzziehung deshalb zu befürworten, weil der Sachverständige ex ante eine Aussage dazu treffen kann, ob ein Ersatzfahrzeug mit einem vergleichbaren km-Stand und Alter auf dem Markt erhältlich ist, wobei ein vereinzelt Angebot nicht ausreichend sein wird.

Die Neuwagenabrechnung ist bisher ausschließlich unter dem Aspekt des berücksichtigungsfähigen Integritätsinteresses des Geschädigten diskutiert worden. Da dem Restitutionsinteresse des Geschädigten durch Bereitstellung eines Neuwagens in höchstmöglichem Maße Rechnung getragen wird, muss mE der Ersatzpflichtige die Möglichkeit haben, sich durch Bereitstellung eines Neufahrzeugs und Anrechnung des Wrackerlöses von der Ersatzpflicht zu befreien. Namentlich wenn der Ersatzpflichtige beim Neuwagenkauf Sonderkonditionen lukrieren und/oder gleichzeitig für das Wrack einen besonders hohen Erlös erzielen kann, wird es Fälle

49 Dazu *Ch. Huber*, Der merkantile Minderwert (brutto oder netto) und der Abzug neu für alt – Keine Manövriermasse des Kfz-Sachverständigen, Der Kfz-Sachverständige 2006, 21 ff.

50 *Ch. Huber*, Die Abrechnung auf Neuwagenbasis, der Gipfel des Integritätsinteresses – neuer Stellenwert eines moribundus im Rahmen eines Mehrstufenmodells? Betrachtungen am Vorabend der BGH-Entscheidung VI ZR 110/08, FS-Eggert (2008) 113, 114.

51 BGH 4.3.1976, VI ZR 14/75, NJW 1976, 1202, 1203 mit Anm Küppers, NJW 1976, 1886.

52 BGH 3.11.1981, VI ZR 234/80, NJW 1982, 433.

53 OGH 23.3.2007, 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/56; dazu *Ch. Huber*, Abrechnung auf Neuwagenbasis: Klarstellungen durch den OGH und weitere offene Fragen – zugleich Besprechung von OGH 23.3.2007, 2 Ob 162/06x, ZVR 2008, 94 ff.

geben, in denen selbst bei 80 oder 90 % der Reparaturkosten in Bezug auf den Wiederbeschaffungswert es bei der Neuwagenabrechnung zu einer geringeren Kostenbelastung des Ersatzpflichtigen kommt.

H. Anspruch auf Ersatz der tatsächlichen Kosten bis zur Tunlichkeit auch bei Überschreiten der Tunlichkeitsschwelle

Ob der Geschädigte die von ihm typischerweise präferierte Reparatur des ihm vertrauten Fahrzeugs auf Kosten des Ersatzpflichtigen durchführen lassen kann und sich nicht auf die für diesen kostengünstigere Beschaffung eines Gebrauchtfahrzeugs im Rahmen der Totalschadensabrechnung verweisen lassen muss, ist von der Schätzung des bislang meist unproblematischen Wiederbeschaffungswertes sowie der Reparaturkosten und des merkantilen Minderwerts durch einen Sachverständigen ex ante abhängig. Geht der Sachverständige von einer Reparatur in einer Markenwerkstätte unter Verwendung neuer Originalersatzteile aus, kommt er häufig zum Ergebnis, dass die Reparatur untunlich bzw unwirtschaftlich ist.⁵⁴ Dem gegenüber führt der Geschädigte ins Treffen, dass es ihm bloß darauf ankommt, dass die Funktionstüchtigkeit seines Fahrzeugs wiederhergestellt wird, er also nicht alle optischen Gebrechen beseitigt, er anstelle von Originalersatzteilen gleichwertige, aber viel preisgünstigere Nachbauprodukte verwendet, er nicht in einer Markenwerkstätte, sondern in einer freien Werkstätte reparieren lässt, und das womöglich nicht in der Stadt, wo er seinen Wohnsitz hat, sondern auf dem Land oder im benachbarten osteuropäischen Ausland. Es stellt sich die Frage: Kann der Geschädigte dann, wenn die tatsächlichen Reparaturkosten – inklusive des merkantilen Minderwertes – die kritische Schwelle nicht übersteigen, mag diese bei 110 oder 115 % liegen, gegenüber dem Ersatzpflichtigen auf Reparaturkostenbasis abrechnen?

Der OGH hat das in einer älteren Entscheidung⁵⁵ mE zu Recht bejaht. Auch die deutsche Rechtsprechung⁵⁶ hat jüngst einen Schwenk in diese Richtung unternommen. Da sie durch eine ältere Entscheidung⁵⁷ präjudiziert war, von der sie nicht abgehen wollte, hat sie freilich verneint, dass der Geschädigte auch durch eigene Bezuschussung bzw einen von der Werkstätte ohne besondere Gründe gewährten Rabatt die Reparaturkostenabrechnung aufrechterhalten kann.⁵⁸ ME sprechen für das österreichische Recht gute Gründe, auch diesen letzten Schritt noch zu gehen,⁵⁹ weil der OGH nicht durch eine gegenteilige Vorjudikatur gebunden ist. Irgendwelche Trickereien zwischen Geschädigtem und Werkstätte werden dadurch entbehrlich. Die Einbeziehung oder Ausklammerung des merkantilen Minderwerts bei der Beurteilung der Tunlichkeit oder Wirtschaftlichkeit

54 Schon insofern mag es bedeutsam sein, wessen Sachverständiger die Werte ermittelt, der des Geschädigten oder der der Haftpflichtversicherung.

55 OGH 9.1.1986, 8 Ob 82/85, ZVR 1987/38.

56 BGH 14. 12. 2010, VI ZR 231/09, NJW 2011, 669.

57 BGH 15.10.1991, VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375, 380.

58 BGH 8. 2. 2011, VI ZR 79/10, NJW-Spezial 2011, 233.

59 So bereits *Ch. Huber*, ÖJZ 2005, 161, 171.

verliert dann an Bedeutung. Wichtiger wäre hingegen eine fester Prozentsatz, bis zu dem der Geschädigte Reparaturkosten – zuzüglich eines merkantilen Minderwerts – bezogen auf den Wiederbeschaffungswert begehren kann. Als Minimum ist freilich zu verlangen, dass der Geschädigte das Fahrzeug in einen verkehrstüchtigen Zustand versetzt.

I. Überpflichtgemäßes Verhalten des Geschädigten – Eigenreparatur oder Reparatur im benachbarten Ausland

Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn der Geschädigte infolge einer Notlage, weil er in dem betreffenden Land gerade mit seinem Kfz unterwegs ist,⁶⁰ oder weil es dort billiger ist, die Reparatur im benachbarten Ausland durchführen lässt. Der Zuspruch der tatsächlich angefallenen Reparaturkosten ist in diesem Fall zu wenig.⁶¹ Die überobligationsgemäße Verhaltensweise soll nicht zu einem „Sparen in die Tasche des Schädigers“⁶² führen. Jedenfalls gebührt ein Aufschlag beim merkantilen Minderwert.⁶³ Wenn der Geschädigte sich der Mühe unterzieht, das Fahrzeug im benachbarten Ausland reparieren zu lassen, sind ihm nicht nur die Fahrtkosten für den Transport dorthin zu erstatten; vielmehr ist auch sein Zeitaufwand angemessen abzugelten.

J. Ersatz der Mietwagenkosten oder der Betriebsreserve bzw. des Gewinnentgangs oder einer pauschalierten Nutzungsentschädigung

Wunder passieren sofort; alles andere dauert ein bisschen. So verhält es sich auch nach Beschädigung eines Kfz. Ehe der Geschädigte entscheiden kann, ob er das beschädigte Kfz reparieren lässt oder ein Ersatzfahrzeug anschafft, benötigt er die entsprechenden Werte, die der Sachverständige ermittelt. Für die Ersatzbeschaffung billigt man ihm üblicherweise 14 Tage zu. Die Reparaturdauer ist je nach Umfang und Werkstätte verschieden; namentlich bei Exotenfahrzeugen kann die Lieferfrist für die benötigten Ersatzteile beträchtlich sein.

In dieser Phase besteht der Bedarf für ein Ersatzfahrzeug. Folgende Reaktionen des Geschädigten kommen in Betracht: Er entscheidet sich für ein Mietfahrzeug. Er greift auf eine (Betriebs-)Reserve zurück. Insoweit geht es um Ausprägungen der Restitution. Oder er nimmt die Einbuße hin. In der beruflichen Sphäre kommt es dann – womöglich – zu einem Gewinnentgang. In der Privatsphäre sind damit jedenfalls Unannehmlichkeiten verbunden.

Für das österreichische Haftpflichtrecht kommt es in der Mehrzahl der Kfz-Schadensfälle darauf nicht an. Wegen des gespaltenen Haftpflicht-

60 Prototypisch OGH 1.12.1981, 2 Ob 128/81, ZVR 1982/194: Reparatur eines Autobusses in Afghanistan.

61 *Ch. Huber*, ÖJZ 2005, 211, 213 f.

62 Dazu bereits *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, S. 77 ff.

63 Zu den Wechselbeziehungen zwischen der Qualität der Reparatur und der Höhe des merkantilen Minderwerts bereits oben unter Punkt C.I.

tarifs wird dem Geschädigten die Möglichkeit eingeräumt, bei Verzicht auf den Nutzungsausfallschaden eine geringere Kfz-Haftpflichtprämie zu zahlen,⁶⁴ wovon die Mehrzahl der Versicherungsnehmer Gebrauch gemacht hat. Das Versicherungsrecht sorgt somit zumindest auf einem besonders wichtigen Teilgebiet dafür, dass sich insoweit schadenersatzrechtliche Fragen gar nicht stellen.

Soweit kein solcher Verzicht erklärt wurde oder es sich um keinen Kfz-Sachschaden handelt, stellt sich die Frage der Ersatzfähigkeit eines Nutzungsausfallschadens. In Deutschland hat die Leitentscheidung⁶⁵, mit der der BGH an einer Schraube gedreht und die Ersatzfähigkeit an restriktivere Voraussetzungen gebunden hat, ca 40 Folgeentscheidungen ausgelöst.⁶⁶ Das ist dem OGH bislang erspart geblieben. Beim Gewinnentgang in der unternehmerischen Sphäre stellen sich mitunter Beweisprobleme.

Bei Verkehrsbetrieben wird auch in Österreich eine Berechnung des Nutzungsausfallschadens unter Bezugnahme auf die Aufwendungen für die Betriebsreserve anerkannt.⁶⁷ Für die Privatsphäre wird das jedoch mE zu Unrecht abgelehnt.⁶⁸ Es bleibt somit entschädigungslos, wenn der Geschädigte sein Zweitfahrzeug nutzt oder auf das Fahrzeug eines Familienangehörigen zurückgreift. Zu bedenken ist freilich, dass es sich insoweit um einen Anwendungsfall der Aktivierung eines ohne das schädigende Ereignis brachliegenden Nutzungspotenzials handelt, das für Zwecke der Schadensbehebung eingesetzt wird.⁶⁹ Alternativ könnte der Geschädigte ein Fahrzeug anmieten, was wesentlich höhere Kosten verursachen würde, die der Schädiger zu tragen hätte. Gegenüber den Verkehrsbetrieben ist bei einer Privatperson nur insoweit ein Abschlag zu machen, als kein Unterauslastungszuschlag⁷⁰ gebührt.

Sowohl beim Wohnsitz als auch beim Fahrzeug ist in Deutschland eine pauschalierte Nutzungsentschädigung anerkannt.⁷¹ Sie wurde beim Fahrzeug jüngst sogar auf solche Fälle ausgedehnt, bei denen der Unternehmer typischerweise Beweisprobleme in Bezug auf den durch den Nichtgebrauch des Fahrzeugs eintretenden Gewinnentgang hat.⁷² Es soll skizziert werden, weshalb der OGH⁷³ einen solchen Ersatz bisher zu Unrecht verneint.

Kommt es zur personellen Aufspaltung von bloßem Eigentum und Nutzungsbefugnis, ist der Nutzungsausfallschaden ohne weiteres ersatzfähig. Bei Vermietung einer Sache führt eine von einem Dritten zu verantworten-

64 Zur Zulässigkeit *Mayer-Maly*, Der „Spalttarif“ und das geltende Recht, ZVR 1973, 289 ff.; *Rosenzweig*, Zur Vereinbarung des Prämienrabattes gegen Verzicht auf Ersatzwagen, ZVR 1973, 298 ff.; *Welser*, Zur rechtlichen Zulässigkeit des „gespaltenen“ Haftpflichttarifs, ZVR 1973, 306 ff.

65 BGH 12.10.2004, VI ZR 151/03, BGHZ 160, 377 = NJW 2005, 51.

66 Zuletzt BGH 17.5.2011, VI ZR 142/10.

67 OGH 27. 6. 1996, 2 Ob 54/95, *ecolex* 1997, 81; dazu *Frötschl*, Reservehaltungskosten und Geschäftsführung ohne Auftrag, ZVR 2003, 220 ff.

68 OGH 5.12.1990, 2 Ob 81/90, ZVR 1991/92.

69 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, S. 439 f.

70 Zu diesem Phänomen *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, S. 431 ff.

71 BGH 9.7.1986, GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50.

72 BGH 4.12.2007, VI ZR 241/06, NJW 2008, 913 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, NJW 2008, 1785 ff.

73 OGH 3.3.1969, 2 Ob 358/67, ZVR 1969/143.

de Schädigung dazu, dass für den Zeitraum der Unbenutzbarkeit der Sache der Mieter gemäß § 1096 Abs 1 S 2 ABGB von der Entrichtung des Mietentgelts befreit ist. Der Eigentümer und Vermieter kann diesen Folgeschaden liquidieren. Selbst wenn bei dem insoweit vergleichbaren Leasing dem Leasingnehmer die Fortzahlung der Leasingraten im Leasingvertrag auferlegt wird, anerkennt der OGH,⁷⁴ dass es sich insoweit um einen verlagerten und daher ersatzfähigen Folgeschaden aus der Eigentumsbeeinträchtigung handelt.

Wenn aber solche Schäden bei Auseinanderfallen von Eigentum und Nutzungsbefugnis ersatzfähig sind, ist überhaupt nicht einzusehen, warum die Ersatzfähigkeit zu versagen sein soll, wenn beide Positionen in einer Person vereinigt sind. Wollte der OGH das nicht akzeptieren, würde die kautelarjuristische Fantasie den Weg zur Ersatzfähigkeit ebnen: Der Geschädigte müsste dann eben eine 1-Mann-GmbH gründen, in die er seinen gesamten Hausrat einbringt und zu den Selbstkosten von dieser mietet. Da die GmbH auch für solche Zwecke gegründet werden kann, ist so etwas nicht a priori unzulässig. Dann ist dieses Mietentgelt ersatzfähig, wobei es gleichgültig ist, ob der Schaden beim Mieter oder bei der GmbH gegeben ist. Wem das zu sehr nach Umgehungsgeschäft riecht, dem kann als Alternative angeboten werden, dass sich dann eben 3 Familien zu einer solchen GmbH zusammenschließen. Der wirtschaftliche Effekt ist der gleiche. Es stellt sich die Frage, ob das Schadenersatzrecht einen Anreiz zu solchen Konstruktionen liefern soll. Die Antwort lautet: Die Umsätze der im Gesellschaftsrecht tätigen Anwälte sind auch ohne solche Subventionierung hoch genug.

K. Resümee

Die Eckpunkte können wie folgt zusammengefasst werden: Der Rechtssicherheit förderlich wären feste Bezugsgrößen, etwa ein fester Prozentsatz, um den die Reparaturkosten sowie der merkantile Minderwert den Wiederbeschaffungswert übersteigen dürfen. Zu bedenken ist, dass die Regulierung von Kfz-Sachschäden ein Massengeschäft ist, bei dem 99 % außergerichtlich reguliert werden. Ein akuter gesetzlicher Normierungsbedarf ist beim Sachschaden nicht gegeben. Die Rechtsprechung ist in der Lage, mithilfe des bestehenden Normengerüsts die faktischen Umwälzungen adäquat zu bewältigen. Bestimmte Rechtsfiguren, auf die in der Vergangenheit Bezug genommen worden ist, sind eher hinderlich als nützlich. Das gilt für den gegliederten Schadensbegriff ebenso wie für die objektiv-abstrakte Schadensberechnung. Besonderheiten von Liegenschaftsschäden ergeben sich gegenüber Kfz-Sachschäden insoweit, als die persönliche Beziehung des Geschädigten zu seiner Liegenschaft, insbesondere, wenn es sich um den Wohnsitz handelt, noch stärker ausgeprägt ist als beim Fahrzeug. Das spricht dafür, die Tunlichkeitsschwelle zugunsten des Geschädigten großzügiger zu beurteilen als beim Kfz-Sachschaden.

74 OGH 27.5.1992, 2 Ob 17/92, ZVR 1992/154 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Der Nutzungsausfallschaden des Leasingnehmers – Beeinträchtigung des Rechtsbesitzes oder Schadensverlagerung? – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des OGH vom 27.5.1992, 2 Ob 17/92, VersR 1993, 1329 ff.