

rater tätig werden, als spezifisch steuerrechtlich – geprägt anzusehen ist<sup>21</sup>.

Dabei soll die Neufassung der Vorschrift den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend<sup>22</sup> den Weg für eine neue, weitere Auslegung der zulässigen Nebentätigkeit durch die Rechtsprechung eröffnen<sup>23</sup>. Anders als bisher im Rahmen des Art. 1 § 5 RBERG soll es künftig nicht mehr entscheidend darauf ankommen, ob die Dienstleistung ohne rechtsdienstleistenden Teil überhaupt erbracht werden kann. Maßgebend ist vielmehr, ob die Rechtsdienstleistung nach der Verkehrsanschauung ein solches Gewicht innerhalb der Gesamtleistung hat, dass nicht mehr von einer bloßen Nebenleistung ausgegangen werden kann<sup>24</sup>. § 5 RDG findet damit stets nur Anwendung, wenn die fragliche Rechtsdienstleistung selbst nicht *wesentlicher Teil* der eigentlichen Hauptleistung ist<sup>25</sup>.

Die Rechtsdienstleistung darf „nicht wesentlicher Teil“ der eigentlichen Hauptleistung sein. Wesentlicher Teil der eigentlichen Hauptleistung ist die Rechtsdienstleistung immer dann, wenn Hauptleistung und Nebenleistung voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass die eine oder die andere zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird (§ 93 BGB analog). Kern der Hauptleistung der Maklertätigkeit als Sachwalter des Kunden ist die „Vermittlung eines umfassenden Deckungsschutzes“<sup>26</sup>. Dazu gehört auch die Erarbeitung eines Deckungskonzepts für den Kunden. Demgegenüber ist die (Rechts-)Beratung (§§ 60, 61 VVG) eine Nebenleistung des Maklers, die allerdings zu seinem Berufs- und Tätigkeitsbild gehört. Die Tatsache, dass der Makler den VN nach § 61 Abs. 1 VVG zu beraten hat, ändert nichts daran, dass seine Haupttätigkeit auf die Verschaffung von Versicherungsschutz gerichtet ist – die Beratung ist demgegenüber nicht Haupt-, sondern Nebentätigkeit<sup>27</sup>.

## V. Transparente Honorarvereinbarung

Für diese Nebenleistung kann sowohl der Versicherungsvertreter, sofern dies sein Vertrag mit dem Versicherer zulässt, als auch der Versicherungsmakler eine Honorarvereinbarung treffen. Versäumt es der Versicherungsvermittler, eine solche Honorarvereinbarung zu treffen, macht er die Tatsache, dass er nunmehr nur noch gegen Honorar berät, nicht hinreichend deutlich, sodass der Kunde glaubt oder glauben könnte, im Zusammenhang mit der eigentlichen Vermittlungsberatung eine (unentgeltliche) ergänzende Beratung über andere Versicherungsprodukte zu bekommen, so schuldet der Kunde nach der oben beschriebenen Rechtsprechung des BGH kein Honorar<sup>28</sup>. Im Rahmen der arbeitnehmerfinanzierten Entgeltumwandlung (§ 1 a BetrAVG) ist der Arbeitgeber nach einer in der Literatur vordringenden Auffassung<sup>29</sup> rechtlich zur Bereitstellung des Entgeltumwandlungssystems verpflichtet. Die Beratung über dieses System und die Bereitstellung dieses Systems im Vorfeld der Vermittlung eines Rahmenvertrags für die betriebliche Altersversorgung ist eine typische Nebendienstleistung i. S. d. § 5 RDG, für die der Vermittler eine Honorarvereinbarung schließen darf. Das ergibt sich bereits aus § 34 d Abs. 1 S. 4 GewO, da es sich bei den potenziellen VN für Rahmenverträge für die betriebliche Altersversorgung regelmäßig um Unternehmen und nicht um Verbraucher handelt<sup>30</sup>.

## VI. Wesentliche Ergebnisse

1. Die Versicherungsberatung, die nach § 61 VVG von jedem Versicherungsvermittler zwingend geschuldet ist, ist keine Rechtsdienstleistung i. S. d. § 2 Abs. 1 RDG.

2. Jeder, der nach § 61 VVG zur Versicherungsberatung rechtlich verpflichtet ist, kann für diese Beratung eine Honorarvereinbarung treffen.

3. § 34 d Abs. 1 S. 4 GewO, wonach Makler berechtigt sind, Honorarvereinbarungen mit gewerblichen Kunden zu schließen, erweist sich als klarstellend (deklaratorisch).

4. Wenn und soweit Versicherungsberatung ausnahmsweise in den Grenzbereich der Rechtsberatung fällt, ist zu prüfen, inwieweit die Versicherungsberatung als Nebenleistung nach § 5 Abs. 1 RDG erlaubt ist.

5. Honorarvereinbarungen müssen klar und verständlich formuliert werden.

6. Fällt neben der Honorarberatung für den Vermittler im Fall des Abschlusses eine Provision an, so ist der Vermittler entsprechend der Rechtsprechung des BGH zu den Kick-backs bei Banken verpflichtet, die ihm zufließende Provision offenzulegen. Tut er dies nicht, so muss er die Provision an den Kunden herausgeben (§ 667 BGB).

21 BT-Drucks. 16/3655 S. 52.

22 BVerfG vom 29. 10. 1987 – 1 BvR 780/87 – BVerfGE 97,12; vom 20. 2. 2002 VersR 2002, 1123 = NJW 2002, 1190 (Inkasso I); vom 27. 10. 2004 NJW 2005, 1293 (Insolvenzberater).

23 BT-Drucks. 16/3655 S. 52.

24 BT-Drucks. 16/3655 S. 52.

25 BT-Drucks. 16/3655 S. 52.

26 *Lensing ZfV* 2009, 16 (21).

27 *Lensing ZfV* 2009, 16 (21 f.).

28 S. BGH vom 25. 9. 1985 BGHZ 95, 393 (395); vom 4. 11. 1999 VersR 2000, 452 (453) = NJW 2000, 282 (283).

29 *Rüffert*, Die Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung einer Durchführungsmöglichkeit für die Entgeltumwandlung 2008 S. 67 ff.

30 Durch die Neuregelungen in § 34 d Abs. 1 GewO und § 5 RDG ist die Anordnung des BAV (heute BaFin) in VerBAV 9/96 S. 222, wonach Honorarberatung durch Versicherungsmakler nur bei abschlusskostenfreien Tarifen, in denen keine Provision eingerechnet wird, möglich ist, überholt.

---

## BUCHTIPP

---

### Recht und Praxis des Versicherungsmaklers (inkl. CD-ROM)

Mario Zinnert, 2008, 1048 S., 122 Euro

ISBN 978-3-89952-133-7

---

Verlag Versicherungswirtschaft GmbH  
www.vvw.de

---

### Die Abrechnung auf Neuwagenbasis – was ist (durch den BGH) geklärt, was ist weiterhin offen?

– **Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 9. 6. 2009 (VI ZR 110/08) VersR 2009, 1092 –**

*Prof. Dr. Christian Huber, Aachen\**

### I. Die erste Entscheidung zur Neuwagenabrechnung seit mehr als einem Vierteljahrhundert

Bei der Bemessung von Kfz-Sachschäden hat sich der Wind gedreht: Es kommt nicht mehr darauf an, wie sich der Geschädigte ohne Verstoß gegen die Schadensmin-

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

derungspflicht verhalten könnte; maßgeblich ist, wie er sich in der Folge tatsächlich verhalten hat, sofern er sich ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht so verhalten durfte. Der Geschädigte soll vollen Ersatz bekommen; der Schadensfall soll aber nicht zum Glücksfall werden, bei dem er auch noch etwas (dazu)verdient. Die verbesserte Reparaturtechnik sowie der sich wandelnde Zeitgeist setzen Schadensposten wie dem merkantilen Minderwert und der Neuwagenabrechnung heftig zu. Die Ersatzpflichtigen – und deren Haftpflichtversicherer – wären über ihr Aussterben nicht unglücklich. Und just in dem Moment, in dem manche OLG<sup>1</sup> sowie Literaturstimmen<sup>2</sup> in diese Richtung marschieren, ist es der BGH, der solchen Tendenzen Einhalt gebietet<sup>3</sup>.

Der Geschädigte hat im konkreten Anlassfall den Prozess verloren. Was ihm der BGH aber zwischen den Zeilen verkündet hat, das signalisiert sogar diesem Geschädigten, dass nicht einmal in der konkreten Causa Hopfen und Malz verloren ist. Und die nach dieser Entscheidung nun kundigen Geschädigten – und hoffentlich die sie vertretenden Anwälte – werden daraus die notwendigen Schlüsse ziehen, um mit dem Begehren auf Neuwagenabrechnung künftig auf Anhieb durchzudringen. Zu den Punkten, zu denen der BGH Stellung genommen hat, ist freilich das allerletzte Wort noch nicht gesprochen. Der BGH hat immerhin die Richtung vorgegeben. Bei einzelnen strittigen Fragen bedarf es freilich noch der Feinjustierung (III). Darüber hinaus stellen sich Folgefragen (IV). Vorweg soll freilich eine Grundsatzfrage angesprochen werden (II).

## II. Vorbehalt des weiten tatrichterlichen Ermessens

In vielen Entscheidungen zum Umfang des Ersatzes<sup>4</sup> wie auch in dieser macht der BGH den Vorbehalt, dass die Bemessung der Höhe des Schadensersatzes in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders frei gestellten Tatrichters sei (Tz. 10). Solche Zurückhaltung ist meines Erachtens mehr schädlich als nützlich. Dass sich das Höchstgericht nicht gern des Taschenrechners bedient, sei ihm zugestanden. Worum es freilich der Sache nach geht, das sind die maßgeblichen Bemessungsdeterminanten. Nur wenn „Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt“ werden (Tz. 10), offenbar nicht schon dann, wenn sie bloß einfach falsch ist, greift der BGH korrigierend ein. Das hat er in Bezug auf den Zuspruch der Neuwagenkosten ohne Deckungskauf getan. Insoweit wurde zu Recht Klartext gesprochen.

In Bezug auf das Ausmaß der Erheblichkeit der für die Neuwagenabrechnung erforderlichen Beschädigung ist die Ausdrucksweise (in Tz. 19) viel sibyllinischer: „Auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Pkw der Klägerin sei beim Unfall erheblich beschädigt worden, hält sich im Rahmen eines möglichen tatrichterlichen Ermessens.“ Die Entscheidung des OLG Hamburg wurde somit bestätigt. Womöglich wäre aber auch ein anderer Ansatz durch das tatrichterliche Ermessen gedeckt gewesen. Angesichts der erheblichen Bandbreite der Ansätze der OLG<sup>5</sup> wäre mehr Mut zur Klarheit wünschenswert gewesen. Wenn der BGH nach einem Vierteljahrhundert<sup>6</sup> wieder einmal zu diesem neuralgischen Punkt der Neuwagenabrechnung Stellung nimmt, wäre der Praxis am allermeisten gedient (gewesen), wenn sie erführe, welcher der maßgebliche Ansatzpunkt ist und nicht, welcher – unter mehreren möglichen – auch vertretbar ist.

## III. Feinjustierung bei einzelnen strittigen Fragen

### 1. Neuheit

Es versteht sich von selbst, dass eine Neuwagenabrechnung nur bei Beschädigung eines neuen Fahrzeugs in Betracht kommt. Welches sind aber nun die Parame-

ter, an denen die Neuheit eines Fahrzeugs festgemacht wird? Der BGH stellt einerseits unter Hinweis auf die Vorentscheidung VersR 1983, 658 darauf ab, dass das bis 1000 km der Fall sei, verweist aber andererseits auf die bisherige Rechtsprechung (Tz. 18). Das Alter von einem Monat, das freilich im vorliegenden Sachverhalt unstrittig war, erwähnt er bloß beiläufig. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf eine jüngere Entscheidung des österreichischen OGH<sup>7</sup>, bei der dieser eine Neuwagenabrechnung auch bei einem fünfeinhalb Wochen alten Fahrzeug gebilligt hat. Angesichts der zunehmenden betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der Fahrzeuge wäre es erwägenswert, die Neuheitsgrenze ein wenig auszudehnen, indem nur auf die Fahrleistung abgestellt wird – so möglicherweise der BGH in der konkreten Entscheidung – oder die Fahrleistung bis zu der Grenze ausgedehnt wird, bis zu der der Geschädigte auf dem Markt tatsächlich ein Gebrauchtfahrzeug erwerben kann. Diese Grenze wird typischerweise bei einer Gebrauchsdauer von sechs Monaten liegen<sup>8</sup>.

### 2. Private oder gewerbliche Nutzung

Bei manchen Schadensposten kam es bei Kfz-Sachschäden traditionell darauf an, ob das Fahrzeug privat oder gewerblich bzw. unternehmerisch genutzt wurde. Schon bei der pauschalierten Nutzungsentschädigung hat der BGH diese strikte Grenze aufgegeben<sup>9</sup>. Diese Linie setzt er hier konsequent fort. Das Fahrzeug werde in concreto für Akquisitionsfahrten eingesetzt. Der Geschädigte sei damit nach außen in Erscheinung getreten. Es diene auch Repräsentationszwecken. Jedenfalls ein zu solchen Zwecken erworbener und genutzter Neuwagen genieße keine andere Wertschätzung als ein neuer Pkw in den Händen eines Privateigentümers (Tz. 22). Dieses Judiz ist zu billigen. Die Abgrenzung wird losgelöst vom konkreten Fall danach zu erfolgen haben, ob es sich um ein bloßes Nutzfahrzeug für den innerbetrieblichen Gebrauch handelt oder ein anderes Fahrzeug, mit dem der Geschädigte auch nach außen in Erscheinung tritt<sup>10</sup>. Dabei muss es sich nicht unbedingt um ein Geschäftsführerfahrzeug handeln. Auch bei sonstigen (Liefer-)Fahrzeugen spielt die ästhetische Komponente eine gewisse Rolle.

### 3. Erheblichkeit der Beschädigung

Die Erheblichkeit der Beschädigung ist häufig der zentrale Punkt, von dem die Berechtigung der Neuwagenabrechnung abhängt<sup>11</sup>. Der kryptischen Formulierung, dass die Annahme einer erheblichen Beschädigung durch das OLG Hamburg im konkreten Fall durch das „mögliche tatrichterliche Ermessen gedeckt“ sei, lässt der BGH aber in der Folge doch konkrete Ansatzpunkte

1 Bezüglich der Neuwagenabrechnung besonders streng OLG Celle SP 2003, 59; NJW-RR 2003, 1381; OLG München SP 2005, 195.

2 Zum merkantilen Minderwert *Palandt/Heinrichs*, BGB 68. Aufl. § 251 Rn. 12; *Staudinger/Schiemann*, BGB 2005 § 251 Rn. 37.

3 So zum merkantilen Minderwert BGH VersR 2005, 284; die Einschätzung des BGH teilend v. *Gerlach* DAR 2003, 49; C. *Huber* in Festschrift für Rudolf Welsch 2004 S. 303.

4 BGHZ 92, 85 (86 f.) = VersR 1984, 966; 102, 322 (330) = VersR 1989, 299 (301); 161, 151 (154) = VersR 2005, 284; BGH VersR 2009, 408, 409.

5 Nachweise bei C. *Huber* in Festschrift für Christoph Eggert 2008 S. 113, 122 ff.

6 Die letzte einschlägige Entscheidung war BGH VersR 1984, 46.

7 OGH ZVR 2008, 116 (Nr. 45) mit Besprechungsaufsatz von C. *Huber* ZVR 2008, 92 (Nr. 29).

8 C. *Huber* aaO (Fn. 5) S. 113, 134.

9 BGH VersR 2008, 369 mit Besprechungsaufsatz von C. *Huber* NJW 2008, 1785.

10 C. *Huber* aaO (Fn. 5) S. 113, 147.

11 C. *Huber* aaO (Fn. 5) S. 113, 122.

folgen, die für die weitere Judikatur maßgebliche Eckpunkte darstellen:

Abzustellen ist auf den Zustand nach fachgerechter Reparatur. Eine Neuwagenabrechnung ist demgemäß zu verneinen, wenn Fahrzeugteile betroffen sind, die im Rahmen einer Reparatur spurlos ausgewechselt werden können. Eine erhebliche Beschädigung ist nicht gegeben, wenn Funktionstüchtigkeit und Sicherheitseigenschaften des Fahrzeugs, insbesondere Karosseriefestigkeit und Deformationsverhalten, nicht beeinträchtigt sind. Verwiesen wird auf Anbauteile wie Türen, Scheiben und Stoßstangen. Angesichts der heutigen Reparaturtechnik darf aber nicht jede Reparatur an einem nicht abschraubbaren Teil – z. B. Kratzer an der Karosserie – unbedingt zu einer Neuwagenabrechnung führen (Tz. 19).

Der negativen folgt eine positive Umschreibung: Eine erhebliche Beschädigung liegt vor, wenn tragende oder sicherheitsrelevante Teile, insbesondere das Fahrzeugchassis, betroffen sind, es sei denn, es handelt sich um völlig unerhebliche Richt- oder Schweißarbeiten (Tz. 20). Arbeiten an der A-Säule im Ausmaß von 30 Minuten stuft der BGH dabei als nicht mehr geringfügig ein (Tz. 21). Einem hohen merkantilen Minderwert räumt er darüber hinaus indizielle Bedeutung für eine Neuwagenabrechnung ein. Die Offenbarungspflicht bezüglich Unfallschäden beim Verkauf eines solchen Fahrzeugs gegenüber einem potenziellen Käufer hält er hingegen für unbeachtlich, weil diese Schwelle ganz gering sei. In Übereinstimmung mit der Vorjudikatur werden im 1000-km-Bereich Schönheitsfehler, Gefährdung von Garantiesprüchen sowie ein Unsicherheitsfaktor für unbeachtlich angesehen (Tz. 20).

Aus dieser Umschreibung lässt sich immerhin ableiten, dass es weder auf einen Zustand wie beim Hersteller<sup>12</sup> noch das Erfordernis des Wiederaufbaus in wesentlichen Teilen<sup>13</sup> ankommt. Bezüglich der nicht ganz unerheblichen Richt- oder Schweißarbeiten hat der BGH eine gegenüber dem Geschädigten großzügige Position eingenommen. Wenn man bedenkt, dass die Neuerichtigkeit eines Fahrzeugs in etwa von solcher Dauer ist wie der Schnee im Frühjahr, der alsbald in der Sonne schmilzt, ist die Ersatzfähigkeit einer solchen Momentaufnahme als Vermögensschaden meines Erachtens durchaus fragwürdig. Das Diktum des BGH ist freilich hinzunehmen.

Bedeutung hat die Entscheidungsbegründung auch für den Kfz-Sachverständigen. Je stärker er für die Reparatur einen Weg weist, der in der Ersetzung von Teilen besteht, umso eher wird dem Kriterium der spurlosen Beseitigung Rechnung getragen. Je mehr hingegen der Weg über das Ausbeulen, Richten und Schweißen gewählt wird, umso eher werden die Voraussetzungen der Neuwagenabrechnung gegeben sein. Erstere Reparaturvariante, die de luxe, mag mit höheren Reparaturkosten verbunden sein, letztere wird eher zu einer den Ersatzpflichtigen stärker belastenden Neuwagenabrechnung führen. Insoweit ist ein Streit zwischen unterschiedlichen Positionen der jeweils von den Parteien betrauten Sachverständigen zu erwarten. Meines Erachtens wird man dem Ersatzpflichtigen zugestehen müssen, dass jedenfalls auf seine Einwendung hin eine umfassende Reparatur ohne nennenswerte Richt- und Schweißarbeiten durch einen weitgehenden Austausch von Teilen zugrunde zu legen ist. Das hat zur Folge, dass dem Geschädigten dann keine Neuwagenabrechnung zusteht, sofern nicht sicherheitsrelevante Teile betroffen sind. Das gilt ungeachtet des Satzes, dass der Geschädigte der Herr des Restitutionsgeschehens ist.

Bisher haben manche, die der Neuwagenabrechnung skeptisch gegenüberstanden, dafür plädiert, dem Ge-

schädigten mit einem großzügig bemessenen merkantilen Minderwert die Reparaturkostenabrechnung zu „versüßen“, um ihn damit von der für den Ersatzpflichtigen viel bittereren Neuwagenabrechnung abzuhalten<sup>14</sup>. Ein solch generöses Angebot des Ersatzpflichtigen ist im Lichte dieser Entscheidung ambivalent: Ein hoher merkantiler Minderwert kann nämlich gerade zum Anlass genommen werden für das Vorliegen der – für die Neuwagenabrechnung am heftigsten umstrittenen – Voraussetzung der Erheblichkeit der Beschädigung.

#### 4. Abhängigkeit von einem Deckungskauf

Der BGH weist das Begehren als „derzeit unbegründet“ ab, weil der Geschädigte keinen Deckungskauf getätigt hat (Tz. 27). Insoweit schließt er an die Vorentscheidung<sup>15</sup> an, wonach der Geschädigte trotz vorbehaltloser Regulierung stets dann einen Nachschlag fordern kann, wenn er eine höhere Stufe des Integritätsinteresses nachweist. Er hat damit in Kauf genommen, dass sich eine simple Kfz-Sachschadensregulierung zu einem „Drama in mehreren Akten“<sup>16</sup> auswächst mit der Konsequenz, dass der Haftpflichtversicherer auch nach erfolgter Zahlung den Akt noch längere Zeit nicht endgültig schließen kann.

Bedeutsam ist die Einordnung der Neuwagenabrechnung in das Gegensatzpaar Kompensation und Restitution. Nach einer gebetsmühlen- und textbausteinartigen Wiedergabe der bisherigen Judikaturgrundsätze (Tz. 13–15) kommt der BGH dann zum eigentlichen Knackpunkt: Die Neuwagenabrechnung ist der Gipfel des Integritätsinteresses. Er verweist auf Parallelen zur 130 %-Rechtsprechung in den Reparaturfällen und zieht daraus den folgerichtigen Schluss, dass die betreffende Abrechnungsart nur gewählt werden kann, wenn die jeweils korrespondierende Restitutionsmaßnahme verwirklicht worden ist, nämlich umfassende und fachgerechte Reparatur in den 130 %-Fällen einerseits und Deckungskauf eines Neufahrzeugs andererseits. Zutreffend ist, dass ohne Deckungskauf ein Verstoß gegen Wirtschaftlichkeitsgebot und Bereicherungsverbot vorläge (Tz. 11).

Der BGH spricht – eher beiläufig – aus, dass der Geschädigte für die Berechtigung der Neuwagenabrechnung einen Deckungskauf nachweisen müsse (Tz. 26). In der bereits erwähnten OGH-Entscheidung<sup>17</sup> hat das österreichische Höchstgericht den Ersatz des Geschädigten auf die von diesem tatsächlich aufgewendeten Kosten beschränkt. Für das deutsche Schadensrecht werden freilich die für den Geschädigten großzügigeren Kriterien in Entsprechung zur Reparaturkostenabrechnung gelten. Der Geschädigte wird in Bezug auf den getätigten Deckungskauf ebenso wenig wie bei der Reparatur<sup>18</sup> eine Rechnung vorlegen müssen<sup>19</sup>; nachweisen wird er aber immerhin müssen, dass er wie vor dem Un-

12 So die die Neuwagenabrechnung begünstigende Position des OLG Hamburg NZV 2008, 555 mit Anm. von C. Huber.

13 So der die Neuwagenabrechnung nahezu stets ausschließende gegenteilige Standpunkt des OLG Celle SP 2003, 59; NJW-RR 2003, 1381. Ähnlich streng OLG München SP 2005, 195; kritisch C. Huber aaO (Fn. 5) S. 113, 133.

14 Lemcke in van Bühren, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht 2003 Teil 3 Rn. 186.

15 BGHZ 169, 264 = VersR 2007, 82.

16 C. Huber JZ 2007, 639 (640).

17 OGH ZVR 2008, 116 (Nr. 45).

18 Grundlegend BGH VersR 1989, 1056 = NZV 1989, 465 mit Anm. von Hofmann.

19 Vgl. dazu Ernst DAR 2009, 455: keine fiktive, sondern bloß konkrete Abrechnung. Der Begriff „fiktiv“ ist doppeldeutig; Ernst meint konkret im Sinne einer entsprechenden Restitutionsmaßnahme. Das ist zutreffend. Unter fiktiver Abrechnung wird im deutschen Recht aber auch eine solche ohne Vorlage einer Rechnung verstanden. Das wird auch hier möglich sein.

fall Eigentümer eines entsprechenden Neufahrzeugs ist<sup>20</sup>. Dabei wird es darauf ankommen, zu welchen Konditionen er ein solches Fahrzeug zumutbarerweise beschaffen kann. Es wird somit nicht schematisch auf den Listenpreis abzustellen, vielmehr werden handelsübliche Rabatte zu berücksichtigen sein<sup>21</sup>. Erwägenswert könnte insoweit sogar sein, dass der Ersatzpflichtige – im Regelfall ein Kfz-Haftpflichtversicherer – im Ausnahmefall der Neuwagenabrechnung berechtigt sein könnte, das neue Ersatzfahrzeug naturaliter zu leisten, gilt doch insoweit der Satz, dass sich Neufahrzeuge wie ein Ei dem anderen gleichen. Auf das obligatorische Grundgeschäft „Kaufvertrag“ wird es nicht ankommen<sup>22</sup>; vielmehr geht es um den realen Zustand wie ohne den Unfall. Auch wenn das Fahrzeug durch Tausch oder Schenkung erworben wurde, wird das ausreichen. Ein Eigentumsvorbehalt bei der Ankaufsfinanzierung schadet auch nicht, weil das eine Fassung der Finanzierung darstellt. Anders wird wohl bei einer Leasingvariante zu entscheiden sein.

Es stellt sich die weitere Frage, ob die Anschaffung eines Neufahrzeugs eine Anspruchsvoraussetzung ist<sup>23</sup>. Zu bedenken ist dabei, dass es zwar ein betuchtes Unternehmen nicht in finanzielle Schwierigkeiten bringt, wenn innerhalb weniger Wochen abermals ein Neufahrzeug anzuschaffen ist, dessen Kosten letztlich vom gegnerischen Haftpflichtversicherer erstattet werden müssen. Aber so manche Privatperson könnte nach der Finanzierung des Neupreises für die Anschaffung des Unfall(neu)fahrzeugs nicht in der Lage sein, einen entsprechenden Betrag wenig später ein zweites Mal – und sei es auch nur vorläufig – aufzubringen. Der Liquiditäts- und/oder auch Bonitätsengpass beim Geschädigten soll aber nicht dazu führen, dass dieser von der Möglichkeit der Neuwagenabrechnung nicht Gebrauch machen kann. Zu bedenken ist: Es war der Schädiger, für den der Haftpflichtversicherer einzustehen hat, der für den Unfall verantwortlich ist und bewirkt hat, dass der Geschädigte in diese Lage geraten ist.

Die widerstreitenden Interessen – Neuwagenabrechnung nur bei entsprechender Restitution, Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Vorfinanzierung des Deckungskaufs durch den Geschädigten – sind meines Erachtens in der Weise aufzulösen, dass der Geschädigte gegen den Haftpflichtversicherer einen Anspruch auf Vorschuss hat. Tätigt er damit den Deckungskauf, kann er den Vorschuss endgültig behalten. Weist er innerhalb angemessener Frist die widmungsgemäße Verwendung nicht nach, muss er einen Differenzbetrag herausgeben. Je nachdem, ob er das Unfallfahrzeug reparieren hat lassen oder verkauft und ein Gebrauchtfahrzeug angeschafft hat, fällt dieser unterschiedlich hoch aus.

Dagegen mag man einwenden, dass das die Regulierung zusätzlich verkompliziert und der Haftpflichtversicherer das Insolvenzrisiko des Geschädigten bei nicht widmungsgemäßer Verwendung trägt. Wenn der BGH die scheinbar Abrechnung des Kfz-Sachschadens durch den Geschädigten zulässt, ist diese zusätzliche Komplikation jedenfalls hinzunehmen. Und dass der Haftpflichtversicherer mitunter Leistungen erbringen muss, die er bei Insolvenz des Geschädigten nicht in vollem Umfang zurückbekommt, hat er im Zusammenhang mit der Fälligkeit des Schadensersatzanspruchs ohne Verstreichen der Sechsmonatsfrist für die Reparatur im 130 %-Bereich gebilligt<sup>24</sup>. Zudem ist die Vorschusslösung eine Rechtsfigur, die es auch auf anderen Gebieten gibt. Verwiesen sei namentlich auf § 637 Abs. 3 BGB beim Werkvertrag.

Sind die Voraussetzungen der Neuwagenabrechnung gegeben, schuldet der Haftpflichtversicherer den sich

daraus ergebenden Betrag. Jedenfalls wenn er diesen schuldhaft verweigert, hat er die daraus resultierenden Folgeschäden zu tragen, nämlich die Finanzierungskosten des Geschädigten sowie den Nutzungsausfallschaden in Gestalt der pauschalierten Nutzungsausfallentschädigung<sup>25</sup> oder der Mietwagenkosten.

Wenn der Geschädigte die entsprechende Restitutionsmaßnahme nachweisen muss, also ein dem Unfallfahrzeug entsprechendes Fahrzeug, mag man sich fragen, ob er einen Gestaltungsspielraum hat und wer das Risiko inzwischen eingetretener Preissteigerungen trägt. Dem Geschädigten geht es darum, dass er gerade das beschädigte Fahrzeug als Neufahrzeug hat. Dieses Interesse des Geschädigten wird für so maßgeblich angesehen, dass man dem Ersatzpflichtigen eine beträchtlich höhere Einstandspflicht auferlegt, nämlich die Differenz zwischen Reparaturkosten- und Neuwagenabrechnung. Dann ist aber Voraussetzung, dass der Geschädigte diesen Zustand auch wirklich herstellt. Wie es im 130 %-Bereich bei der Reparatur darauf ankommt, dass die Reparatur umfassend und fachgerecht ist, ist Voraussetzung für die Neuwagenabrechnung, dass ein ebensolches Fahrzeug angeschafft wird und nicht ein kleineres oder größeres, eines einer anderen Marke oder Type und auch nicht das Folgemodell<sup>26</sup>. Dass es das jeweilige Fahrzeug nicht mehr gibt, dürfte eine ganz rare Ausnahme sein; dann ist maßgeblich das in Bezug auf das Unfallfahrzeug ähnlichste. Was hingegen durchaus vorkommt, das ist eine zwischenzeitig eingetretene Preissteigerung. Diese hat – nach allgemeinen Regeln – der Ersatzpflichtige zu tragen<sup>27</sup>, sofern der Geschädigte nicht gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen hat, wenn dieser etwa nach Leistung eines Vorschusses ungebührlich lange mit dem Deckungskauf zugewartet hat.

##### 5. Anspruch auf vollen Wiederbeschaffungswert Zug um Zug gegen Inzahlunggabe des Fahrzeugs

Der Geschädigte hat im konkreten Fall den ungekürzten Neuwagenpreis begehrt, wobei er das „Wrack“ Zug um Zug angeboten hat. Der BGH hat das Begehren wegen des unterlassenen Deckungskaufs abgewiesen; das ungekürzte Begehren bei Anbieten des Wracks hat er nicht beanstandet. Es stellt sich damit die Frage, ob das eine Besonderheit der Neuwagenabrechnung darstellt oder auch sonst gilt. Der Jahrzehnte währende Streit um die zutreffende Ermittlung des Restwerts<sup>28</sup> wäre mit einem Schlag gelöst, wenn die Haftpflichtversicherer den vollen Wiederbeschaffungswert – bzw. hier den Neuwert – leisten und dafür das Wrack entgegennehmen und selbst verwerten würden. Dagegen haben sich aber die Haftpflichtversicherer bisher gesträubt und sich nach der Devise verhalten: Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass. Haftpflichtversicherer betrieben – wie Banken – (feine) Geldgeschäfte; die Verhöckerung von Wracks bringe indes Sand in ihr Getriebe.

Das hatte bislang zur Folge, dass sich der Geschädigte um die Verwertung seines Wracks zu kümmern hatte, was auch für diesen mit Zeit und Mühe verbunden ist. In der konkreten Entscheidung spricht der BGH aus, dass der Geschädigte diese (Verwertungs-)Last auf den Haft-

20 C. Huber aaO (Fn. 5) S. 113, 143.

21 C. Huber aaO (Fn. 5) S. 113, 145.

22 So auch Eggert Verkehrsrecht aktuell 2009, 145 (146).

23 So das Verständnis von Hirsch LMK 287588.

24 BGH VersR 2009, 128 mit Besprechungsaufsatz von Hirsch VersR 2009, 756; C. Huber DAR 2009, 252; Schneider zfs 2009, 69.

25 So bereits zutreffend BGH VersR 2005, 570.

26 C. Huber aaO (Fn. 5) S. 113, 142 f.; großzügiger insoweit womöglich Osterloh juris-PR-BGHZivilR 15/2009 Anm 1.

27 C. Huber aaO (Fn. 5) S. 113, 146.

28 C. Huber DAR 2002, 337 (385 ff.).

pflichtversicherer überwälzen kann. Es ist meines Erachtens kein Gesichtspunkt erkennbar, warum diese Vorgangsweise auf die Neuwagenabrechnung beschränkt sein sollte<sup>29</sup>. Sie müsste deshalb folgerichtig in allen Fällen der Totalschadensabrechnung gelten<sup>30</sup>.

#### IV. Folgefragen

Die aktuelle Entscheidung nimmt Bezug auf die 130 %-Rechtsprechung zu den Reparaturkosten (Tz. 16, 26). Das hat zur Konsequenz, dass der Geschädigte wegen seines besonderen – betätigten – Integritätsinteresses diese Abrechnungsart wählen darf, es sei denn, es ergibt sich ein krasses Missverhältnis beim Nutzungsausfallsschaden<sup>31</sup>, wenn also die Neuanschaffung wesentlich länger dauert als die Reparatur. Ist es eher als Ausnahmefall anzusehen, dass die Reparatur wesentlich länger dauert als die Beschaffung eines Gebrauchtfahrzeugs (Faustregel: 14 Tage), wird das bei der Neuwagenabrechnung häufig anders sein: Gerade die hochpreisige Karosserie wird nicht auf Lager liegen, längere Lieferzeiten sind vielmehr an der Tagesordnung<sup>32</sup>. Der Geschädigte mag insoweit einen gewissen Gestaltungsspielraum haben, als die absolute Höhe des Nutzungsausfallsschadens bei Verzicht auf ein Mietfahrzeug geringer ist<sup>33</sup>. Fraglich ist, ob er bei Bestehen eines krassen Missverhältnisses die Neuwagenabrechnung durch Verzicht oder bloß partielle Geltendmachung dieses Schadens retten kann. Nach der Logik der Vorjudikatur ist das zu verneinen. Bei Verzicht der Geltendmachung des merkantilen Minderwerts ist der BGH<sup>34</sup> aber mitunter so verfahren; in dieser Entscheidung hat er den merkantilen Minderwert aber wieder ausdrücklich in die Abwägung einbezogen (Tz. 15)<sup>35</sup>.

Wird bei einem reparierten Fahrzeug im 130 %-Bereich verlangt, dass unter allen Umständen dieses ab dem Unfall – nicht ab der Reparatur<sup>36</sup> – für weitere sechs Monate behalten wird, muss das für die Neuwagenabrechnung erst recht gelten. *Ernst*<sup>37</sup> meint demgegenüber, dass sich die Behaltefrist bei der Neuwagenabrechnung anders darstellt, als das Fahrzeug nur bis zu einem Alter von einem Monat oder bis 1000 km als neuwertig angesehen wird. Das hätte zur Folge, dass der Geschädigte mit dem Fahrzeug eine 1000-km-Reise unternehmen und dann – ohne Auswirkungen für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs – veräußern könnte. Wie in den Reparaturfällen wird man ihm dann aber versagen müssen, dass er ein qualifiziertes Integritätsinteresse gerade an diesem Fahrzeug hatte. Die Einmonatsfrist bzw. die 1000-km-Fahrleistung stellen eine Anspruchsvoraussetzung dar; für die Behaltefrist, die der BGH in der konkreten Entscheidung nicht angesprochen hat, weil ein Deckungskauf gerade nicht vorgenommen worden ist, kommt es aber darauf an, dass nur bei einer gewissen Kontinuität der faktischen Beziehung des Geschädigten zu „seinem“ Fahrzeug die beträchtliche Mehrbelastung des Ersatzpflichtigen überhaupt zu rechtfertigen ist.

Stellt die 130 %-Reparatur schon ein qualifiziertes Integritätsinteresse dar, ist die Neuwagenabrechnung der Gipfel des Integritätsinteresses<sup>38</sup>. Das hat dann aber auch zur Folge, dass der Geschädigte jedenfalls keine Reparatur verlangen kann, die den Neuwagenpreis übersteigt<sup>39</sup>. Wegen des Streits über die zutreffende Bemessung des Restwerts wird man es bei dieser Grenze belassen müssen. Folgerichtig wäre freilich, dass der Ersatzpflichtige den Geschädigten schon dann auf die Neuwagenabrechnung verweisen könnte, wenn dadurch seine Belastung geringer ist als bei der Reparatur<sup>40</sup>, was namentlich dann einen beträchtlichen Anwendungsbereich haben würde, wenn der Ersatzpflichtige das Neufahrzeug zur Verfügung stellen und das Wrack selbst verwerten könnte.

29 *C. Huber* aaO (Fn. 5) S. 113, 148 f.

30 Die Folgen für das anwaltliche Gebührenrecht und die überwälzbaren Prozesskosten bleiben an dieser Stelle ausgespart. Dem ersten Anschein nach erhöhen sich damit der Streitwert und die für den Geschädigten anwalt erstattungsfähige Gebühr sowie die Prozesskosten insgesamt. Hier lag die Streitwertdifferenz bei ca. 1 : 10.

31 *C. Huber* aaO (Fn. 5) S. 113, 143 f.; so zur 130 %-Reparatur BGHZ 115, 364 (373 f.) = VersR 1992, 61 (63 f.).

32 Vgl. dazu den Sachverhalt der Entscheidung BGH VersR 2009, 697 = LMK 2009, 286746 (*C. Huber*).

33 Die Korrektur wird sich bei krassem Auseinanderklaffen des Nutzungsausfallsschadens auf die Gesamtrelation beziehen müssen, nicht auf die Differenz des Nutzungsausfallsschadens selbst. Je geringer diese in Relation zum Kostenunterschied zwischen den gewählten Restitutionsarten ausfällt, umso weniger wird sie bei der Gesamtabwägung ins Gewicht fallen.

34 BGHZ 162, 161 = VersR 2005, 663; BGH VersR 2009, 654 mit Besprechungsaufsatz von *C. Huber* NZV 2009, 322.

35 Wie in der Anlassentscheidung auch OLG Düsseldorf DAR 2008, 268 mit Anm. von *Schneider* jurisPR-Verkr 6/2008 Anm. 4; *C. Huber*, Der Kfz-Sachverständige 2006 H. 4 S. 21.

36 Folgerichtiger wäre das Abstellen auf die Beendigung der Reparatur. Der Unfallzeitpunkt hat sich herausgebildet, weil in der ersten Entscheidung (BGHZ 168, 43 = VersR 2006, 989) jegliche Reparatur unterblieben ist.

37 *Ernst* DAR 2009, 455.

38 Zustimmung jüngst *Greger* NZV 2009, 380.

39 So ausdrücklich OGH ZVR 2008, 116 (Nr. 45); a. A. *Luckey* VersR 2004, 1525 (1526).

40 So *Ernst* DAR 2009, 455 (456) unter zutreffender Verweisung darauf, dass sich zum Unfallfahrzeug wegen der kurzen Dauer noch „keine verfestigte affektive Beziehung“ entwickeln konnte.

## Die E&O-Versicherung

### – Grundzüge einer Versicherung im Schattendasein –

*Dr. Björn-Axel Dißars, Rechtsanwalt, Hamburg\**

Die E&O-Versicherung (E&O steht für „Errors & Omissions“) führt jedenfalls in der juristischen Diskussion und Rechtsprechung ein Schattendasein. Während die Directors & Officers-Versicherung (D&O-Versicherung) auch auf dem deutschen Markt mittlerweile weit verbreitet und Gegenstand zahlreicher juristischer Aufsätze und Rechtsprechung ist<sup>1</sup>, gibt es zur E&O-Versicherung praktisch keine Literatur und Rechtsprechung.

#### I. Der Markt für E&O-Versicherungen

Bei der E&O-Versicherung, die aus dem angelsächsischen Raum stammt, handelt es sich um eine besondere Form der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, auf die somit §§ 100 ff. VVG anwendbar sind. Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen kennt der deutsche Markt seit langem, für bestimmte Berufsgruppen sind entsprechende Versicherungen sogar gesetzlich vorgeschrieben (z. B. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater). E&O-Versicherungen werden von allen größeren Versicherungsgesellschaften angeboten, teilweise kombiniert mit einer D&O-Deckung. E&O-Versicherungen sollen (in erster Linie) die Gesellschaft vor der Inanspruchnahme von Ansprüchen Dritte schützen, denen einen Vermögensschaden aufgrund von Fehlern bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit der Gesellschaft entstanden ist. Infrage kommen Ansprüche z. B. gegen Vermögensverwalter aufgrund fehlerhafter Beratung oder

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Latham & Watkins LLP in Hamburg.

1 Vgl. OLG München VersR 2009, 1066 = NZG 2009, 714; LG München I VersR 2005, 543; OLG München VersR 2005, 540 = WM 2006, 452; LG Wiesbaden VersR 2005, 545; OLG Düsseldorf NJOZ 2007, 1242; *Koch* WM 2007, 2173; *Lange* VersR 2006, 605; ZIP 2006, 1680; *Sieg* in Terbille, Münchener Anwalts-handbuch Versicherungsrecht 2. Aufl. § 17 mit zahlreichen Nachweisen.

Im Ergebnis wird die Umsatzsteuer vom werkvertraglichen Schadensersatzanspruch statt der Leistung unabhängig von der Frage des tatsächlichen „Anfalls“ mit umfasst und sollte – soweit nicht eine Berechtigung zum Vorsteuerabzug besteht – geltend gemacht werden. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsfrage bald eine höchstichterliche Klärung erfährt.

Dr. Alexander Walter, Koblenz\*

\* Der Autor ist Richter am LG in Koblenz.

## Wettbewerbsverbot

*Aus (wirksamer oder unwirksamer) Vereinbarung über Wettbewerbsverbot ohne Karenzenschädigung ist kein Anspruch auf Karenzenschädigung ableitbar*

### GmbHG § 35; HGB §§ 74 ff.

**\* Aus der in einem Geschäftsführeranstellungsvertrag getroffenen Vereinbarung eines (nachvertraglichen) Wettbewerbsverbots ohne Karenzenschädigung kann – unabhängig von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Vereinbarung – jedenfalls ein Anspruch auf Karenzenschädigung nicht abgeleitet werden. \***

(399) BGH, Beschluss vom 7. 7. 2008 (II ZR 81/07, Köln)

*Anmerkung der Redaktion:* Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Aus den Gründen:

[1] Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Nr. 1, 2 ZPO) liegen nicht vor; das Rechtsmittel hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552 a ZPO).

[2] 1. Die der Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts zugrunde gelegte Rechtsfrage der Wirksamkeit einer § 75 Abs. 3 HGB entsprechenden Ausschlussklausel in einem Geschäftsführeranstellungsvertrag ist nicht klärungsbedürftig und stellt sich in dieser Form auch gar nicht.

[3] Nach ständiger Rechtsprechung des Senats gelten die an dem arbeitsrechtlichen Schutz von Handlungsgehilfen orientierten Vorschriften der §§ 74 ff. HGB grundsätzlich nicht für den Geschäftsführer einer GmbH (vgl. BGHZ 91, 1; BGH vom 4. 3. 2002 – II ZR 77/00 – ZIP 2002, 709 zu b sowie zuletzt vom 28. 4. 2008 – II ZR 11/07 – BB 2008, 1349). Nicht anwendbar ist insbesondere der Grundsatz der bezahlten Karenz gem. § 74 Abs. 2 HGB (BGHZ 91, 1). Das schließt zwar nicht aus, dass die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gem. § 138 BGB i. V. m. Art. 2, 12 GG nichtig sein kann, wenn das Verbot nicht dem berechtigten geschäftlichen Interesse der Gesellschaft dient oder es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und die wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers unbillig erschwert (BGHZ 91, 1 [5]; Senat ZIP 2002, 709). Darauf kommt es jedoch hier aus mehreren Gründen nicht an.

[4] Soweit die Revision unter Hinweis auf entsprechende Ausführungen im Schrifttum (*Bauer/Diller GmbH* 1999, 885 [891 f.]) meint, die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ohne Karenzenschädigung sei grundsätzlich wegen unbilliger Erschwerung des beruflichen Fortkommens des ehemaligen Geschäftsführers gem. § 138 BGB unwirksam, wird zum einen übersehen, dass aus einer unwirksamen Vereinbarung kein Anspruch auf die von dem Kl. begehrte Karenzenschädigung folgen würde. Diese wird nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft (wirksamer) Vereinbarung gewährt. Das aus § 75 d HGB resultierende Wahlrecht eines Handlungsgehilfen, den Arbeitgeber an einem gem. § 74 Abs. 2 HGB „unverbindlichen“ Wettbewerbsverbot festzuhalten und eine Karenzenschädigung zu verlangen (vgl. dazu *Baumbach/Hopt*, HGB 33. Aufl. § 75 d Rn. 2 m. w. N.), kommt bei einem Geschäftsführer nicht in Betracht (vgl. insoweit auch *Bauer/Diller GmbH* 1999, 885 [894] zu VIII 2).

[5] Zum anderen gehen die Ausführungen der Revision daran vorbei, dass der Kl. die erstinstanzliche Abweisung seiner Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Wettbewerbs-

verbots nicht angefochten hat und damit dessen Wirksamkeit rechtskräftig feststeht. Daraus folgt aber ebenfalls kein Anspruch auf eine Karenzenschädigung, weil diese für den hier gegebenen Fall einer zulässigen fristlosen Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags durch die Gesellschaft vertraglich ausgeschlossen, also für diesen Fall nicht vereinbart ist. Ebenso wie die Zahlung einer Karenzenschädigung insgesamt ausgeschlossen werden kann, kann sie auch für bestimmte Fälle ausgeschlossen werden. Es handelt sich hier nicht um den Wegfall einer vereinbarten Karenzenschädigung, wie er in der – von dem BAG (VersR 1977, 730 = NJW 1977, 1357) für verfassungswidrig erachteten – Vorschrift des § 75 Abs. 3 HGB vorgesehen ist (vgl. dazu *Baumbach/Hopt* aaO § 75 Rn. 2). Ob der vertragliche Ausschluss einer Karenzenschädigung für den genannten Fall die (zulässige) „Funktion einer Vertragsstrafe“ hat, wie das Berufungsgericht meint, bedarf keiner Entscheidung. Jedenfalls gelten hier die zugunsten eines Handlungsgehilfen zwingenden Regelungen der §§ 74 bis 75 c HGB (vgl. § 75 d HGB), wie schon erwähnt, nicht.

[6] Da im Übrigen rechtskräftig feststeht, dass die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots trotz vertraglichen Ausschlusses einer Karenzenschädigung wirksam ist, kann aus dieser Vereinbarung von vornherein kein Anspruch auf Karenzenschädigung abgeleitet werden. Mit dem nachträglichen Wegfall einer vereinbarten Karenzenschädigungspflicht infolge Verzichts der GmbH auf das Wettbewerbsverbot (dazu Senat ZIP 2002, 709) hat der vorliegende Fall nichts zu tun.

[7] 2. ...

## Straßenverkehr

### Schadensberechnung

*Kein Anspruch auf Ersatz fiktiver Kfz-Neuanschaffungskosten*

### BGB § 249

**\* Der Geschädigte, dessen neuer Pkw erheblich beschädigt worden ist, kann den ihm entstandenen Schaden nur dann auf Neuwagenbasis abrechnen, wenn er ein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft hat. \***

(400) BGH, Urteil vom 9. 6. 2009 (VI ZR 110/08, Hamburg)

[1] Die Kl. nahm den Bekl., das Deutsche Büro „Grüne Karte“, auf Ersatz restlichen Sachschadens aus einem Verkehrsunfall vom 15. 7. 2005 in Anspruch, bei dem ihr Pkw des Typs BMW M 6 Coupé im linken Seitenbereich beschädigt wurde. Die Kl. hatte den Pkw als Geschäftsfahrzeug zum Preis von 97 379,30 Euro erworben und am Tag vor dem Unfall erstmals zum Verkehr zugelassen. Im Zeitpunkt des Unfalls wies das Fahrzeug eine Laufleistung von nicht mehr als 607 km auf. Die volle Haftung des Bekl. stand dem Grunde nach außer Streit. Die Parteien stritten über die Frage, ob die Kl. den ihr entstandenen Sachschaden auf Neuwagenbasis abrechnen kann. Der Bekl. zahlte lediglich die Kosten einer Instandsetzung, die ein vom Bekl. beauftragter Sachverständiger auf 5379,38 Euro netto geschätzt hatte, eine Entschädigung für den merkantilen Minderwert in Höhe von 3500 Euro, die Kosten des Sachverständigengutachtens in Höhe von 585,45 Euro sowie eine Kostenpauschale in Höhe von 20 Euro, d. h. insgesamt 9484,83 Euro.

[2] Die Kl. begehrte vor dem LG zuletzt Ersatz der Kosten für die Anschaffung eines Neufahrzeugs in Höhe von 88 940,43 Euro Zug um Zug gegen Übereignung des Unfallfahrzeugs sowie Mietwagenkosten in Höhe von 2592 Euro und Anwaltskosten in Höhe von 1301,05 Euro, jeweils nebst Zinsen.

Das LG hat der Kl. die begehrten Mietwagenkosten in vollem Umfang sowie Anwaltskosten in Höhe von 361,90 Euro nebst Zinsen zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG den Bekl. zur Zahlung weiterer 88 940,43 Euro Zug um Zug gegen Übereignung des Unfallfahrzeugs sowie weiterer Anwaltskosten in Höhe von 823,03 Euro, jeweils nebst Zinsen, verurteilt. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Die Revision der Bekl. führte zur Abweisung der Klage als derzeit unbegründet.

Aus den Gründen:

[3] I. Das Berufungsgericht (OLGR Hamburg 2008, 470) ist der Auffassung, die Kl. sei berechtigt, den ihr entstandenen Sachschaden auf Neuwagenbasis abzurechnen. Grundsätzlich habe ein Geschädigter gem. § 249 BGB Anspruch auf volle Wiederherstellung des vor dem Unfall bestehenden wirtschaftlichen Zustands. Angesichts der besonderen Wertschätzung, die ein fabrikneuer unfallfreier Pkw genieße, müsse sich der Eigentümer eines Neuwagens im Fall von dessen Beschädigung nicht immer mit der Erstattung der erforderlichen Reparaturkosten zuzüglich eines etwaigen merkantilen Minderwerts begnügen, sondern könne berechtigt sein, die höheren Kosten für die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs zu verlangen. Da es nach der Verkehrsauffassung einen vermögenswerten Unterschied mache, ob man einen nagelneuen oder einen nicht unerheblich reparierten Kraftwagen besitze, führe nur die Neupreisschädigung zu der gem. § 249 BGB geschuldeten Wiederherstellung des vor dem Unfall bestehenden Zustands, wenn das Unfallfahrzeug neuwertig gewesen und erheblich beschädigt worden sei. Beide Voraussetzungen seien im Streitfall zu bejahen. Von einer erheblichen Beschädigung sei regelmäßig dann auszugehen, wenn die Reparatur auch nur geringfügige Richtarbeiten an tragenden Teilen eines Pkw erfordere. Denn auch bei technisch einwandfreier Durchführung dieser Arbeiten werde ein Fahrzeug durch solche Rückverformungsmaßnahmen nicht vollständig in den vom Hersteller gefertigten Ursprungszustand versetzt, sodass es seinen „nagelneuen“ Charakter verliere. Ein derartiger Regelfall sei im Streitfall gegeben. Denn eine Instandsetzung des Fahrzeugs erfordere Richtarbeiten an der A-Säule mit einer Dauer zwischen 30 und 72 min. Bei der A-Säule handle es sich um ein tragendes Teil, das für die Stabilität des Fahrzeugs von Bedeutung sei. Seine Instandsetzung greife in das Gefüge des Fahrzeugs ein und versetze den Pkw nicht vollständig in den vom Hersteller gefertigten Zustand. Der Umstand, dass der Wagen vom Geschäftsführer der Kl. für Akquise-Fahrten und damit gewerblich eingesetzt worden sei, führe zu keiner anderen Beurteilung; es handle sich weder um ein Taxi noch um ein Transportfahrzeug.

[4] Dass der Bekl. gem. § 3 Nr. 1 S. 2 PflVG a. F. Schadensersatz in Geld zu leisten habe, stehe der Verurteilung zur Zahlung des Neupreises Zug um Zug gegen Übereignung des Unfallfahrzeugs nicht entgegen. § 3 Nr. 1 S. 2 PflVG schränke lediglich den Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands durch den Schädiger gem. § 249 Abs. 1 BGB, nicht hingegen den Anspruch auf Zahlung des hierfür erforderlichen Geldbetrags gem. § 249 Abs. 2 BGB ein. Gegenstand der Klage sei aber allein ein Anspruch aus § 249 Abs. 2 BGB.

[5] Unerheblich sei auch, dass die Kl. bisher kein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft habe. Die Schadensberechnung auf Neuwagenbasis sei nicht davon abhängig, dass der Geschädigte eine Wiederbeschaffung oder eine Wiederbeschaffungsabsicht nachgewiesen habe. Der Geschädigte sei vielmehr in seiner Disposition frei, wie er die zur Schadensbehebung erhaltenen Mittel verwende.

[6] Der Bekl. müsse der Kl. auch die Kosten für die außergerichtliche Einschaltung eines Anwalts aus einem Gegenstandswert in Höhe von 101 154,34 Euro erstatten.

[7] II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

[8] 1. Die Revision wendet sich nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kl. stehe ein Anspruch gegen den Bekl. auf Ersatz des ihr bei dem Unfall entstandenen Schadens aus §§ 7 Abs. 1 StVG, 2 Abs. 1 b, 6 Abs. 1 AuslPflVG, 3 Nr. 1 PflVG in der hier anzuwendenden, bis zum 31. 12. 2007 geltenden Fassung zu. Diese Annahme des Berufungsgerichts lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

[9] 2. Die Revision beanstandet aber mit Erfolg, dass das Berufungsgericht die Kl. für berechtigt gehalten hat, den ihr entstandenen Schaden auf Neuwagenbasis zu berechnen. Der Kl. steht jedenfalls derzeit kein über die bisherigen Zahlungen des Bekl. hinaus gehender Schadensersatzanspruch zu.

[10] a) Allerdings ist die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders frei gestellten Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur

daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. Senat BGHZ 92, 84 [86 f.] = VersR 1984, 966; 102, 322 [330] = VersR 1989, 299 [301]; 161, 151 [154] = VersR 2005, 284; vom 9. 12. 2008 – VI ZR 173/07 – VersR 2009, 408 [409]).

[11] b) Dies ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt. Seine Annahme, der Geschädigte könne auch dann die für die Anschaffung eines fabrikneuen Ersatzfahrzeugs erforderlichen Kosten verlangen, wenn er ein solches Fahrzeug nicht angeschafft habe, ist mit dem nach schadensrechtlichen Grundsätzen zu beachtenden Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Bereicherungsverbot nicht zu vereinbaren.

[12] aa) Im Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht allerdings zutreffend angenommen, dass sich der Eigentümer eines Neuwagens im Fall von dessen Beschädigung nicht immer mit der Erstattung der erforderlichen Reparaturkosten zuzüglich einer etwaigen Ausgleichszahlung für den merkantilen Minderwert begnügen muss, sondern unter Umständen berechtigt sein kann, Ersatz der in aller Regel höheren Kosten für die Beschaffung eines gleichwertigen Neufahrzeugs zu verlangen (vgl. Senat vom 4. 3. 1976 – VI ZR 14/75 – VersR 1976, 732 [733]; vom 3. 11. 1981 – VI ZR 234/80 – VersR 1982, 163; vom 29. 3. 1983 – VI ZR 157/81 – VersR 1983, 658; vom 14. 6. 1983 – VI ZR 213/81 – VersR 1983, 758 [759]; vom 25. 10. 1983 – VI ZR 282/81 – VersR 1984, 46).

[13] (1) Gem. § 249 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Für die Berechnung von Fahrzeugschäden stehen dem Geschädigten regelmäßig zwei Wege der Naturalrestitution zur Verfügung: Reparatur des Unfallfahrzeugs oder Anschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs. Zwischen diesen Wegen kann der Geschädigte grundsätzlich frei wählen. Denn nach dem gesetzlichen Bild des Schadensersatzes ist der Geschädigte Herr des Restitutionsgeschehens. Aufgrund der nach anerkannten schadensrechtlichen Grundsätzen bestehenden Dispositionsfreiheit ist er grundsätzlich auch in der Verwendung der Mittel frei, die er vom Schädiger zum Schadensausgleich verlangen kann (vgl. Senat BGHZ 154, 395 [397 f.] = VersR 2003, 918 [919]; 162, 161 [165] = VersR 2005, 663 [664]; jeweils m. w. N.).

[14] Allerdings hat der Geschädigte auch das in § 249 Abs. 2 S. 1 BGB verankerte Wirtschaftlichkeitspostulat zu beachten. Dieses gebietet dem Geschädigten, den Schaden auf diejenige Weise zu beheben, die sich in seiner individuellen Lage als die wirtschaftlich vernünftigste darstellt, um sein Vermögen in Bezug auf den beschädigten Bestandteil in einen dem früheren gleichwertigen Zustand zu versetzen (vgl. Senat BGHZ 115, 375 [378 f.] = VersR 1992, 64 [65]; 171, 287 [289 f.] = VersR 2007, 1145 f.; jeweils m. w. N.). Verursacht von mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten eine den geringeren Aufwand, so ist der Geschädigte grundsätzlich auf diese beschränkt. Nur der für diese Art der Schadensbehebung nötige Geldbetrag ist i. S. d. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB zur Herstellung erforderlich. Darüber hinaus findet das Wahlrecht des Geschädigten seine Schranke an dem Verbot, sich durch Schadensersatz zu bereichern. Er soll zwar vollen Ersatz verlangen, aber an dem Schadensfall nicht verdienen (vgl. Senat BGHZ 154, 395 [398 f.] = VersR 2003, 918 [919]; 162, 161 [164 f.] = VersR 2005, 663; 163, 180 [184] = VersR 2005, 1257 [1258]; 168, 43 [45] = VersR 2006, 989; 169, 263 [266 f.] = VersR 2007, 82 [83]; 171, 287 [290] = VersR 2007, 1145 [1146]).

[15] (2) Diese schadensrechtlichen Grundsätze lassen sich nicht isoliert verwirklichen. Sie stehen vielmehr zueinander in einer Wechselbeziehung. Dementsprechend darf in Verfolgung des Wirtschaftlichkeitspostulats das Integritätsinteresse des Geschädigten, das aufgrund der gesetzlich gebotenen Naturalrestitution Vorrang genießt, nicht verkürzt werden (vgl. Senat BGHZ 154, 395 [398 f.] = VersR 2003, 918 [919]; 162, 161 [165 ff.] = VersR 2005, 663 ff.; 163, 180 [184] = VersR 2005, 1257 [1258]; 169, 263 [267] = VersR 2007, 82 [83]). In Ausnahmefällen kann das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Einschränkung er-

fahren und hinter einem besonderen Integritätsinteresse des Geschädigten an einer an sich unwirtschaftlichen Restitutionsmaßnahme zurücktreten. So steht dem Geschädigten nach der gefestigten Rechtsprechung des erkennenden Senats in Abweichung vom Wirtschaftlichkeitsgebot ausnahmsweise ein Anspruch auf Ersatz des den Wiederbeschaffungswert des beschädigten Fahrzeugs um bis zu 30 % übersteigenden Reparaturaufwands (Reparaturkosten zuzüglich einer etwaigen Entschädigung für den merkantilen Minderwert) zu, sofern der Geschädigte den Zustand seines Fahrzeugs wie vor dem Unfall wiederherstellt, um es nach der Reparatur weiter zu nutzen. Die Erstattung des im Vergleich zu den Ersatzbeschaffungskosten höheren Reparaturaufwands ist aufgrund des besonderen Integritätsinteresses des Geschädigten am Erhalt des ihm vertrauten Fahrzeugs ausnahmsweise gerechtfertigt (vgl. Senat BGHZ 115, 364 [370 f.] = VersR 1992, 61 [63]; 162, 161 [166 ff.] = VersR 2005, 663 [664 ff.]; vom 10. 7. 2007 – VI ZR 258/06 – VersR 2007, 1244 [1245]; vom 13. 11. 2007 – VI ZR 89/07 – VersR 2008, 134; vom 27. 11. 2007 – VI ZR 56/07 – VersR 2008, 135 [136]; vom 22. 4. 2008 – VI ZR 237/07 – VersR 2008, 937 [938] und vom 18. 11. 2008 – VI ZB 22/08 – VersR 2009, 128).

[16] Auch im umgekehrten Fall, in dem der Ersatzbeschaffungsaufwand den Reparaturaufwand übersteigt, kommt eine Einschränkung des Wirtschaftlichkeitsgebots unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht. Wird ein fabrikneues Fahrzeug erheblich beschädigt mit der Folge, dass es trotz Durchführung einer fachgerechten Reparatur den Charakter der Neuwertigkeit verliert, kann der Geschädigte in den Grenzen des § 251 Abs. 2 BGB ausnahmsweise die im Vergleich zum Reparaturaufwand höheren Kosten für die Beschaffung eines Neuwagens beanspruchen (vgl. Senat VersR 1976, 732 [733]). Angesichts der schadensrechtlichen Bedeutung der Neuwertigkeit (vgl. Senat VersR 1983, 658) ist es dem Geschädigten in einer derartigen Situation grundsätzlich nicht zuzumuten, sich mit der Reparatur des erheblich beschädigten Fahrzeugs und der Zahlung eines den merkantilen Minderwert ausgleichenden Geldbetrags zu begnügen. Vielmehr rechtfertigt sein besonderes, vermögensrechtlich zu qualifizierendes Interesse am Eigentum und an der Nutzung eines Neufahrzeugs ausnahmsweise die Wahl der im Vergleich zur Reparatur teureren Restitutionsmaßnahme (vgl. Senat VersR 1976, 732 [733 f.]). Denn nach der Verkehrsauffassung genießt ein in erheblichem Umfang repariertes Fahrzeug auch unter Berücksichtigung eines nach den üblichen Maßstäben bemessenen Ersatzes für den merkantilen Minderwert nicht dieselbe Wertschätzung wie ein völlig neuwertiges unfallfreies Fahrzeug (vgl. Senat VersR 1976, 732 [734]; 1982, 163).

[17] (3) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Pkw der Kl., sei im Unfallzeitpunkt neuwertig gewesen und durch den Unfall erheblich beschädigt worden, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie hält sich im Rahmen des dem Tatrichter nach § 287 ZPO zustehenden Ermessens.

[18] (a) Der erkennende Senat hat es bereits im Urteil vom 29. 3. 1983 (VersR 1983, 658) als Faustregel gebilligt, Fahrzeuge mit einer Fahrleistung von nicht mehr als 1000 km im Regelfall als fabrikneu anzusehen. Hieran hält der Senat fest. Im Streitfall hatte das Unfallfahrzeug nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr als 607 km zurückgelegt; es war erst am Tag vor dem Unfall zugelassen worden.

[19] (b) Auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Pkw der Kl. sei beim Unfall erheblich beschädigt worden, hält sich im Rahmen eines möglichen tatrichterlichen Ermessens. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Erheblichkeit einer Beschädigung nicht in erster Linie anhand der Schwere des eingetretenen Unfallschadens, sondern anhand des Zustands zu beurteilen ist, in dem sich das Fahrzeug nach einer fachgerechten Reparatur befinden würde. Danach ist eine erhebliche Beschädigung zu verneinen, wenn der Unfall lediglich Fahrzeugteile betroffen hat, die im Rahmen einer fachgerecht durchgeführten Reparatur spurenlos ausgewechselt werden können, und die Funktionstüchtigkeit und die Sicherheitseigenschaften des Fahrzeugs, insbesondere die Karosseriesteifigkeit und das Deformationsverhalten nicht beeinträchtigt sind (wie beispielsweise bei der Beschädigung von Anbauteilen wie Türen, Scheiben, Stoßstangen, etc.). Denn dann wird der frühere Zustand durch die Reparatur voll wieder hergestellt

(vgl. Senat VersR 1976, 732 [733]). Dies bedeutet allerdings nicht, dass jede Beschädigung an einem nicht abschraubbaren Teil – z. B. Kratzer an der Karosserie – notwendigerweise zu einer Schadensbeseitigung auf Neuwagenbasis führen würde. Der Tatrichter hat bei der Ausübung seines Schätzungsermessens zu berücksichtigen, dass sich derartige Beschädigungen mithilfe der heutigen Reparatur- und Lackiertechnik häufig in einer Weise beseitigen lassen, die den schadensrechtlichen Charakter der Neuwertigkeit des Fahrzeugs uneingeschränkt wiederherstellt (vgl. OLG Hamm NZV 2001, 478 [479]; OLG Düsseldorf SP 2004, 158 [160]).

[20] Eine erhebliche Beschädigung wird in aller Regel dann anzunehmen sein, wenn beim Unfall tragende oder sicherheitsrelevante Teile, insbesondere das Fahrzeugchassis, beschädigt wurden und die fachgerechte Instandsetzung nicht völlig unerhebliche Richt- oder Schweißarbeiten am Fahrzeug erfordert. Denn durch derartige Arbeiten wird in erheblicher Weise in das Gefüge des Fahrzeugs eingegriffen. Indizielle Bedeutung für die Erheblichkeit der Beschädigung kann in der erforderlichen Gesamtbetrachtung auch einem hohen merkantilen Minderwert zukommen (vgl. OLG Karlsruhe OLGR 1999, 267; Eggert DAR 1997, 129 [132]; Burmann zfs 2000, 329). Dagegen ist bei Fahrzeugen mit einer Laufleistung von nicht mehr als 1000 km nicht erforderlich, dass nach Durchführung der Instandsetzungsarbeiten noch erhebliche Schönheitsfehler verbleiben, Garantiesprüche gefährdet sind oder ein Unsicherheitsfaktor gegeben ist (vgl. Senat VersR 1976, 732 [733]). Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Unfallschäden bei einem späteren Verkauf ungefragt offenbart werden müssen oder einen Sachmangel i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB begründen (vgl. Senat VersR 1984, 46). Denn die Grenze für nicht mitteilungs-pflichtige und damit keinen Mangel begründende „Bagatellschäden“ ist bei Pkw sehr eng zu ziehen. Als „Bagatellschäden“ sind bei Pkw nur ganz geringfügige, äußere (Lack-)Schäden anzuerkennen, nicht dagegen andere (Biech-)Schäden, auch wenn sie keine weiter gehenden Folgen hatten und der Reparaturaufwand nur gering war (vgl. BGH vom 10. 10. 2007 – VIII ZR 330/06 – VersR 2008, 359 [361] m. w. N.).

[21] (c) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die gesamte linke Seite des Fahrzeugs der Kl. bei dem Verkehrsunfall in Mitleidenschaft gezogen worden. Eine Reparatur erfordert Richtarbeiten an der A-Säule des Fahrzeugs – einem tragenden, für die Stabilität des Fahrzeugs bedeutsamen Teil – mit einer Dauer von mindestens 30 min. Der durch den Unfall eingetretene merkantile Minderwert beläuft sich auf 3500 Euro. Bei dieser Sachlage ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Beschädigung des völlig neuwertigen Fahrzeugs der Kl. als erheblich gewertet hat.

[22] (4) Es begegnet auch keinen revisionsrechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht einen Anspruch der Kl. auf Ersatz der für die Beschaffung eines Neufahrzeugs erforderlichen Kosten nicht daran hat scheitern lassen, dass das Unfallfahrzeug von der Kl. gewerblich genutzt wurde. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts setzte der „Geschäftsführer“ der Kl. den Wagen für Akquisitionsfahrten ein. Dies bedeutet, dass die Kl. mit dem Fahrzeug nach außen in Erscheinung trat; das Fahrzeug diente zumindest auch Repräsentationszwecken.

Jedenfalls ein zu solchen Zwecken erworbener und genutzter Neuwagen genießt nach der Verkehrsauffassung keine andere Wertschätzung als ein neuer Pkw in den Händen eines Privateigentümers. Auch dem Eigentümer eines solchen Fahrzeugs ist es grundsätzlich nicht zuzumuten, sich mit der Reparatur des erheblich beschädigten Fahrzeugs und der Zahlung eines den merkantilen Minderwert ausgleichenden Geldbetrags zu begnügen.

[23] bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Geschädigte, dessen neuer Pkw erheblich beschädigt worden ist, den ihm entstandenen Schaden aber nur dann auf Neuwagenbasis abrechnen, wenn er ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug erworben hat.

[24] (1) Allerdings ist die Frage, ob der Anspruch des Geschädigten auf Erstattung der für die Beschaffung eines Neufahrzeugs erforderlichen Kosten eine derartige Restitutionsmaßnahme des Geschädigten voraussetzt, in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur umstritten. Eine Auffas-

sung hält den Kauf eines Ersatzfahrzeugs nicht für erforderlich. Sie billigt dem Geschädigten einen Anspruch auf Ersatz fiktiver Neuanschaffungskosten zu. Denn der innere Grund der Neupreisentschädigung liege darin, dass in Fällen der nachhaltigen Beschädigung eines Neuwagens nur der Neuerwerb alle vermögenswerten Nachteile auszugleichen geeignet sei. Wie der Geschädigte dann mit der Ersatzleistung verfare, sei nach der Konzeption des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB allein ihm überlassen (vgl. KG VersR 1981, 553; NJW-RR 1987, 16 [17]; VerkMitt 1994, 93; OLG Karlsruhe DAR 1982, 230 = VersR 1982, 961 L; OLG Zweibrücken SP 2004, 160 [161]; LG Mönchengladbach NJW-RR 2006, 244 [245]; Schubert in Bamberger/Roth, Beck-OK zum BGB – Stand 1. 2. 2007 – § 249 Rn. 202; Knerr in Geigel/Schlegelmilch, Der Haftpflichtprozess 25. Aufl. Kap. 3 Rn. 20).

[25] Nach anderer Auffassung steht dem Geschädigten nur dann ein Anspruch auf Ersatz der Neuanschaffungskosten zu, wenn er sich tatsächlich ein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft hat. Sie begründet dies damit, dass es sich bei der Anerkennung der Neuwagenentschädigung der Sache nach um eine einem besonderen Integritätsinteresse des Geschädigten Rechnung tragende Ausnahme vom Wirtschaftlichkeitspostulat handle, die nur gerechtfertigt sei, wenn der Geschädigte sein besonderes Interesse in die Tat umsetze (vgl. OLG Nürnberg zfs 1991, 45; LG Waldshut-Tiengen NJW-RR 2002, 1243 [1244 f.]; Eggert DAR 1997, 129 [136]; Huber in Festschrift für Christoph Eggert zum 65. Geburtstag 2008 S. 113, 129 f.; Wus-sow/Karczewski, Unfallhaftpflichtrecht 15. Aufl. Kap. 41 Rn. 17; Nothoff NZV 2003, 509 [510 f.]; Burmann zfs 2000, 329; Schiemann in Schiemann/Lange, Schadensersatz 3. Aufl. § 6 XIV 5 e; Pamer, Der Fahrzeugschaden Rn. 43; Sanden/Völtz, Sachschadenrecht des Kraftverkehrs 7. Aufl. Rn. 86; Palandt/Heinrichs, BGB 68. Aufl. § 249 Rn. 22; Küppers NJW 1976, 1886; Jahnke in Jagow/Burmann/Heß, Straßenverkehrsrecht 20. Aufl. § 251 Rn. 4; Lemcke in van Büren, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht 2003 Teil 3 Rn. 189).

[26] (2) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Wie unter b aa (2) ausgeführt beruht die Zubilligung einer Neupreisentschädigung auf einer Einschränkung des aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz hergeleiteten Wirtschaftlichkeitsgebots. Ausschlaggebender Gesichtspunkt für die Erstattung der im Vergleich zum Reparaturaufwand höheren und damit an sich unwirtschaftlichen Ersatzbeschaffungskosten ist das besondere Interesse des Geschädigten am Eigentum und an der Nutzung eines Neufahrzeugs. Die mit dem erhöhten Schadensausgleich einhergehende Anhebung der „Opfergrenze“ des Schädigers ist allein zum Schutz dieses besonderen Interesses des Geschädigten gerechtfertigt. Dies gilt aber nur dann, wenn der Geschädigte im konkreten Einzelfall tatsächlich ein solches Interesse hat und dieses durch den Kauf eines Neufahrzeugs nachweist. Nur dann ist die Zuerkennung einer den Reparaturaufwand übersteigenden und damit an sich unwirtschaftlichen Neupreisentschädigung mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Bereicherungsverbot zu vereinbaren (vgl. für den umgekehrten Fall Senat VersR 2007, 1244 [1245] und 2008, 135 [136]).

Insoweit kann nichts anderes gelten als im umgekehrten Fall, in dem der Reparaturaufwand den Wiederbeschaffungswert des beschädigten Fahrzeugs um bis zu 30 % übersteigt. Verzichtet der Geschädigte dagegen auf den Kauf eines Neufahrzeugs, fehlt es an dem inneren Grund für die Gewährung einer Neupreisentschädigung. Ein erhöhter Schadensausgleich wäre verfehlt. Er hätte eine ungerechtfertigte Aufblähung der Ersatzleistung zur Folge und führte zu einer vom Zweck des Schadensausgleichs nicht mehr gedeckten Belastung des Schädigers (vgl. Senat VersR 2007, 1244).

[27] (3) Da sich die Kl. nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bisher kein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft hat, fehlt es jedenfalls derzeit (vgl. zur nachträglichen Geltendmachung höherer Kosten nach Bekundung eines weiter gehenden Integritätsinteresses durch den Geschädigten: BGHZ 169, 263 = VersR 2007, 82) an einer Anspruchsvoraussetzung für die geltend gemachte Neupreisentschädigung.

[28] 3. Da der Kl. derzeit kein Anspruch auf Ersatz der für die Beschaffung eines Neufahrzeugs erforderlichen Kosten zusteht, kann sie auch nicht den Ersatz weiter gehender Anwaltskosten verlangen.

## Verfahrens- und Kostenrecht

### Kostenfestsetzung

*Die Kosten für die Einschaltung eines Prozessbevollmächtigten am Unternehmenssitz zur Information auswärtiger Kanzleien sind bei entsprechend genereller Organisation zu erstatten*

#### ZPO § 91

**Dem Schadensabwicklungsunternehmen eines Rechtsschutzversicherers sind die Mehrkosten für die Einschaltung eines Prozessbevollmächtigten am Unternehmenssitz für die Führung eines Rechtsstreits an einem anderen Ort zu erstatten, wenn es der Organisationsstruktur des Versicherers entspricht, die Führung von Rechtsstreitigkeiten an Hausanwälte abzugeben, statt dem eigenen juristisch voll ausgebildeten Personal die schriftliche Information einer Rechtsanwaltskanzlei am Prozessort zu überlassen.**

(401) OLG München, Beschluss vom 4. 11. 2008 (11 W 2833/08)

Anmerkung der Redaktion: Vgl. auch BGH VersR 2009, 374 und 2007, 1289.

Die in vollem Umfang erstattungspflichtige Kl. wandte sich gegen die Berücksichtigung der Fahrtkosten und des Abwesenheitsgeldes der Prozessbevollmächtigten der Bekl. im Gesamtbetrag von 275,40 Euro. Zur Begründung wird ausgeführt, bei der Bekl. handle es sich um eine KG. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH sei es der Bekl. aufgrund der zu unterstellenden Rechtskenntnisse zumutbar gewesen, einen Rechtsanwalt vor Ort, also in M., zu beauftragen. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der Bekl. um eine Versicherungsgesellschaft handle, die sogar ausschließlich mit der Abwicklung von Rechtsschutzversicherungsfällen befasst sei. Im vorliegenden Fall hätte es genügt, die einzig im Raum stehende Rechtsfrage einem Rechtsanwalt in M. durch Überlassung des vorprozessualen Schriftverkehrs zur Kenntnis zu bringen. Die Bekl. unterhalte zudem in M. eine – im Übrigen zuständigkeitsbegründende – Niederlassung.

Die gegen die Kostenentscheidung des LG gerichtete sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Die Bekl., die an einem auswärtigen Gericht verklagt wurde, war nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich berechtigt, zur Wahrung ihrer Belange in angemessener Weise einen in der Nähe ihres Geschäftsorts ansässigen Rechtsanwalt zu beauftragen. Sie konnte nämlich davon ausgehen, dass zunächst ein persönliches mündliches Mandantengespräch erforderlich sein werde (BGH NJW 2003, 898 [900] = VersR 2003, 877 L). Ob direkte mündliche Gespräche zwischen der Bekl. und Ihrem Prozessbevollmächtigten schließlich tatsächlich stattgefunden haben, ist hierbei nicht entscheidend. Welche Schwierigkeiten die Führung eines Rechtsstreits aufwerfen wird, ist nämlich für die Partei in der Regel von Anfang an nicht überschaubar und hängt wesentlich vom Verhalten der Gegenseite während des Prozesses ab (BGH aaO; VersR 2005, 93 = NJW-RR 2004, 858 = JurBüro 2004, 432).

a) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach der Rechtsprechung des BGH im Wesentlichen nur dann, wenn schon zum Zeitpunkt der Beauftragung des Rechtsanwalts feststeht, dass ein eingehendes Mandantengespräch für die Prozessführung nicht erforderlich sein wird, etwa weil es sich um ein gewerbliches Unternehmen handelt, das über eine eigene Rechtsabteilung verfügt, die die Sache auch tatsächlich bearbeitet hat. Die Bekl. hat im vorliegenden Fall jedoch unwidersprochen vorgetragen, sie unterhalte keine Rechtsabteilung.

b) Die Tatsache, dass die Bekl. nach eigenen Angaben eine hohe Zahl von Volljuristen beschäftigt, die zur schriftlichen Instruktion auswärtiger Rechtsanwälte in der Lage wären, steht der Erstattungsfähigkeit der Reisekosten nicht entgegen. Die Bekl. hat nämlich weiter unwidersprochen vorgebracht, die bei ihr beschäftigten Volljuristen seien mit der Bearbeitung von Rechtsschutz-Schadensfällen beschäftigt. Streitfälle würden dagegen an die „Hausanwälte“ der Bekl. abgegeben. Diese in-