

Aktuelle Fragen des Sachschadens¹

A. Vorbemerkung

I. Worüber will ich sprechen?

Das Thema „Aktuelle Fragen des Sachschadens“ lässt dem Referenten einen breiten Ausgestaltungsspielraum. Es ist deshalb eine Eingrenzung vorzunehmen. Beschränken möchte ich mich auf Streitfragen bei der Bemessung des Substanzschadens eines Kfz, also bei dessen **Reparatur** und den **Totalschadensfall** unter Ausschluss des **merkantilen Minderwertes**², wobei ich die Spezialfragen, die bei Beschädigung bzw. Zerstörung von **Leasingfahrzeugen** auftreten, ausklammere.

Ebenfalls unerörtert bleiben **Mietwagenkosten**, die wegen des gespaltenen Haftpflichttarifs in Österreich³ nur selten Schwierigkeiten hervorrufen, sowie die **Betriebsreservekosten**, über deren dogmatische Einordnung sich zwar Wissenschaftler immer wieder Gedanken machen⁴, die aber nach meinem Kenntnisstand in der akademischen Auseinandersetzung eine größere Rolle spielen als in der Praxis. Ebenfalls nicht in die Darstellung einbezogen werden die **Sachfolgeschäden**, wie etwa die Frage der Überwälzbarkeit der Kosten eines Kfz-Sachverständigen⁵.

II. Bezugnahme auf die Rechtslage in Deutschland

In Deutschland findet sich gelegentlich der Hinweis, dass Judikatur, die älter als 10 Jahre ist, nur noch mit Einschränkungen Gültigkeit hat⁶. Für Österreich ist demgegenüber zu konstatieren, dass es in den letzten 10 Jahren zum Substanzschaden eines Kfz kaum noch ÖGH-Entscheidungen gibt. Konnten *Steiner/Witt-Döring*⁷ Anfang der 90er Jahre noch feststellen, dass sich die höchstrichterliche Judikatur wegen der großen Bedeutung des Kfz in besonders hohem Ausmaß mit derartigen Rechtsfragen zu beschäftigen habe, so trifft das für die letzten 10 Jahre gerade nicht mehr zu. Was sich noch gelegentlich findet, das sind Entscheidungen bei Beschädigung von Gebäuden und Liegenschaften. Bei diesen wird darauf verwiesen, dass einerseits die Grundsätze des **Kfz-Sachschadensrecht** anzuwenden sind, so etwa in Bezug auf die fiktiven Reparaturkosten⁸ oder den merkantilen Minderwert⁹, andererseits aber Besonderheiten gelten, so bei der Grenze zwischen zulässiger Reparaturkostenabrechnung und wirtschaftlichem Totalschaden¹⁰.

Ich war daher überaus dankbar, dass ich neben der spärlichen Judikatur und der – von den systematischen Bearbeitungen¹¹ abgesehen – kaum vorhandenen Aufsatzliteratur¹² mir durch Fachgespräche mit Vertretern der **Versicherungswirtschaft** einen Eindruck verschaffen konnte, von welchen Leitprinzipien sich die österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer bei der außergerichtlichen Schadensregulierung leiten lassen¹³.

Im Gegensatz zu Österreich ist dieses Feld in **Deutschland** nach wie vor heftig umkämpft. Es gibt eine hohe Zahl veröffentlichter Entscheidungen. Viele Wissenschaftler als auch Praktiker tragen das Ihre zu einer fruchtbaren Diskussion bei. Durch die Novellierung des § 249 BGB, der Entsprechung zu § 1323 ABGB, hat zuletzt sogar der Gesetzgeber eingegriffen und die Gewichte verschoben. Es ist somit beim „großen Bruder“ **reichlich An-**

schaungsmaterial vorhanden. Das Schadensrecht ist dort in Bewegung, ganz im Gegensatz zu Österreich.

Da die Gesetzeslage vergleichbar ist, das Maßgebliche im Schadensrecht nicht der Gesetzeswortlaut, sondern das richterliche Judiz ist¹⁴, könnte ein Blick von Österreich nach Deutschland somit durchaus anregend sein. Man erfährt, was dort umkämpft ist und wozu die österreichischen Gerichte mangels Causen, die an sie herangetragen werden, keine Gelegenheit haben, Stellung zu nehmen¹⁵. Möglicherweise können durch den Vergleich mit einer Nachbarrechtsordnung **Rationalitätsdefizite** des österreichischen Schadensrechts aufgedeckt, aber auch **Vorzüge** der österreichischen Lösung hervorgehoben werden; schließlich gilt längst nicht mehr der Satz: „Am deutschen Wesen soll die Welt genesen!“¹⁶

Wie kommt es aber, dass für das Kfz-Sachschadensrecht sich ein so unterschiedlicher Befund ergibt? Aus der Vielzahl der Gründe sollen die wichtigsten aufgezählt werden:

- Die österreichische Kfz-Flotte ist nicht so **hochpreisig**. Das hängt weniger mit dem unterschiedlichen Einkommens- oder Vermögensniveau zusammen, sondern durchaus mit dem Stellenwert, den das Kraftfahrzeug für den einzelnen hat. Dem entsprechend sind in Deutschland bei Unfällen die Streitwerte höher. Aus diesem Grund und wegen der geringeren Zulässigkeitschwelle für die Erhebung eines Rechtsmittels an das Höchstgericht gibt es in Deutschland mehr einschlägige Entscheidungen. Dazu kommt, dass die der Untergerichte in einer Vielzahl einschlägiger Fachzeitschriften veröffentlicht und kommentiert werden¹⁷.
- Die Menschen machen aber auch öfter von einer gerichtlichen Streitaustragung bzw. der Einlegung eines Rechtsmittels Gebrauch. Es gibt in Deutschland auf das Verkehrsrecht **spezialisierte Anwälte**, die auch in der Literatur in Erscheinung treten¹⁸. Sowohl der einzelne Geschädigte als auch der Kfz-Haftpflichtversicherer will es selbst bei geringen Streitwerten wissen, was rechtens ist. Die österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer erbringen demgegenüber lieber im Einzelfall eine Kulanzleistung als zu riskieren, dass durch ein Gerichtsurteil ein für sie nachteiliges Präjudiz geschaffen wird, das sie dann in einer Vielzahl von Fällen belastet.
- Dass der einzelne Geschädigte öfter einem Gericht Gelegenheit gibt, zu einer strittigen Rechtsfrage Stellung zu nehmen, ist eine **Mentalitätsfrage**; die (relativ) meisten veröffentlichten Entscheidungen entstammen dem Bundesland Nordrhein-Westfalen, nämlich den OLG Hamm, Düsseldorf und Köln. Darüber hinaus hängt die Bereitschaft zur gerichtlichen Streitaustragung mit dem höheren Verbreitungsgrad von **Rechtsschutzversicherungen** auf Seite des Geschädigten in Deutschland zusammen.
- Dass die Geschädigten öfter einen Prozess riskieren, dürfte aber auch damit zu tun haben, dass von der Grundtendenz die **Rechtsprechung in Deutschland geschädigtenfreundlich** ist¹⁹, während sie in Österreich stärker darauf bedacht ist, den Interessen des Ersatzpflichtigen, somit typischerweise den Kfz-Haftpflichtversicherern, entgegen zu kommen.

Auch wenn in Deutschland seit Beginn der 80er Jahre immer wieder betont wird, dass sich der Wind gedreht habe²⁰, es nicht mehr darum gehe, neue Schadensposten wie den merkantilen Minderwert, die abstrakte Nutzungsentschädigung oder die fiktive Schadensabrechnung zu kreieren bzw. auszubauen, ist der **Gegenwind**, den der Geschädigte verspürt, dort nicht mehr als ein **laues Frühlingslüftchen**. Und in jüngster Zeit sind in der Judikatur des BGH zudem Tendenzen erkennbar, die ohnehin schon starke Position des Geschädigten weiter auszubauen²¹.

Dem gegenüber hat sich in Österreich unter dem Einfluss der Monographie von *Apathy*²² eine **Kopernikanische Wende** vollzogen. Ein Anliegen dieses Vertrags ist, auszuloten, ob dadurch nicht nur die Beseitigung von – unberechtigten – Überentschädigungen erfolgt, sondern in manchen Bereichen des Guten zuviel geschehen ist, mit anderen Worten, das Pendel von einem Extrem ins andere ausgeschlagen ist und es nun an der Zeit wäre, sich auf die **goldene Mitte** zuzubewegen.

Der Zuspruch fiktiver Reparaturkosten hat dazu geführt, dass der Geschädigte in ausgerissenen Sachverhaltskonstellationen mehr erhielt als den Zeitwert²³, ja sogar mehr als den Neuwert²⁴. Bereits *Weiser*²⁵ hatte 1978 dagegen polemisiert. *Apathy*²⁶ hat dann 1979 das **dogmatische Fundament** geliefert, um eine Judikaturwende zu bewirken. Erleichtert wurde diese gewiss dadurch, dass kurz nach dem Erscheinen der Monographie von *Apathy Koziol* dessen Thesen in der 1980 erschienenen 2. Auflage seines Haftpflichtrechts²⁷ übernommen hat. Die Gegenschritt von *Messiner*²⁸ konnte den Paradigmawechsel nicht mehr aufhalten. Spätestens mit der Leitentscheidung JBI 1985, 41 (*Apathy*), dass Reparaturkosten nur bis zur Höhe der Wertminderung ersatzfähig sind, hat der OGH auch ohne Befassung eines verstärkten Senats den turn around vollzogen²⁹.

Der OGH hat in der Folge³⁰ ausgesprochen, dass die Einschränkung des Zuspruchs fiktiver Reparaturkosten lediglich für einen **deliktischen Schadenersatzanspruch** gelte, während im Vertragsrecht weiterhin uneingeschränkt fiktive Reparaturkosten begehrt werden können. Bei Anspruchskonkurrenz ist es für den Geschädigten daher vorzugswürdig, seinen Anspruch auf die vertragliche Anspruchsgrundlage zu stützen³¹. Diese Differenzierung ist indes fragwürdig³². Gerade im Vertragsrecht verfügt der Schuldner über spezifisches Know-how für die Schadensbeseitigung. Jedenfalls dann, wenn die Einstandspflicht nicht aus der persönlich vorwerfbaren Unzuverlässigkeit des Schuldners herrührt, ist nicht einzusehen, warum dem Schuldner nach einer mangelhaften Leistung nicht eine zweite Chance eingeräumt werden soll. Die Wertung des Gewährleistungsrechts spricht ebenfalls für eine solche Rechtsfolge.

Auch auf dem Boden des Deliktsrechts verweist *Apathy*³³ darauf, dass es im Einzelfall Gründe geben kann, dass der Ersatzpflichtige berechtigt ist, sich von seiner Schuld durch eine von ihm zu leistende Restitution zu befreien. Das wird man dann umso eher bejahen können, wenn einerseits keine für die Sicherheit eines Kfz maßgeblichen Teile betroffen sind und andererseits die Schadensbehebung durch den Ersatzpflichtigen diesen **finanziell wesentlich weniger belastet** als die Zahlung eines Geldbetrags, damit der Geschädigte sich darum kümmern kann.

Hat die Versicherungswirtschaft lange Zeit unter Berufung auf § 49 VersVG darauf gepocht, ausschließlich zu einer Geldzahlung verpflichtet zu sein, könnte der Gesetzeswortlaut des österreichischen § 1323 ABGB als Ansatzpunkt für ein **Schadenmanagement** der Versicherungswirtschaft sein, wie es bei der Kaskoversicherung in Pilotversuchen erprobt wird. Darunter versteht man, dass nicht mehr der Geschädigte Herr des Restitu-

tionsverfahrens ist, sondern die ersatzpflichtige Versicherung die Reparatur in ihre Hände nimmt. Bei der Kaskoversicherung ist das eine Frage der Vereinbarung in den allgemeinen Versicherungsbedingungen. Im Haftpflichtrecht geht es dem gegenüber um ein gesetzliches Schuldverhältnis. Während im deutschen Recht schon der eindeutige Wortlaut des § 249 Abs 2 S 1 BGB dem Geschädigten einen Anspruch auf den für die Reparatur erforderlichen Geldbetrag einräumt, also seine Rolle als Herr des Restitutionsgeschehens festschreibt, ist die Anordnung des § 1323 ABGB weniger eindeutig³⁴.

B. Einigkeit über die Grundsätze, Streit über die Details

Einigkeit besteht im Schadensrecht darüber, dass der Geschädigte vollen Ausgleich seiner Einbuße erhalten soll, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Durch die Begriffe Bereicherungsverbot, Vermeidung der **Überkompensation** bzw. Überentschädigung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Geschädigte auch ja keinen Cent zu viel erhält, er durch den Schadensfall unter keinen Umständen etwas verdienen soll. Der Hinweis auf die **voll angemessene Entschädigung** akzentuiert dem gegenüber den Gesichtspunkt, dass der Geschädigte jedenfalls nicht zu wenig erhalten soll.

Früher wurde der Grundsatz der **Dispositionsfreiheit** betont³⁵. Damit ist nicht gemeint, dass der Geschädigte mit dem erhaltenen Schadenersatzbetrag nach Belieben verfahren kann. Das ist eine pure Selbstverständlichkeit. Vielmehr geht es bei Berufung auf dieses Prinzip meist darum, dass der Geschädigte die bestmögliche – und zumeist die teuerste – Art der Restitution der Berechnung seines Schadenersatzanspruchs zugrundelegen darf, wobei es nicht darauf ankommt, ob er in der Folge diesen Weg der Schadensbeseitigung beschreitet³⁶.

Dem gegenüber ist es namentlich seit der grundlegenden Arbeit von *Apathy*³⁷ außer Streit, dass der Umfang des Ersatzes häufig davon abhängt, ob und in welcher Weise der Geschädigte sein **Restitutionsinteresse** betätigt. Wer bloß die Auffüllung der durch das schädigende Ereignis gerissenen Vermögenslücke und damit Kompensation begehrt, erhält bloß einen Mindestersatz. Wem hingegen daran gelegen ist, dass der reale Zustand, wie er ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte, wieder hergestellt wird, kann die über den Mindestersatz hinausreichenden Aufwendungen ersetzt verlangen³⁸. Es kann somit für den Umfang des Ersatzes einen Unterschied machen, ob das beschädigte Fahrzeug repariert, ein Ersatzfahrzeug angeschafft oder auf jegliche Restitution verzichtet wird. Der Umfang des Ersatzanspruchs ist aber nicht nur abhängig, ob eine Restitution vorgenommen wird, sondern auch davon, in welcher Weise restituiert wird³⁹.

Wählt der Geschädigte exakt die Art der Restitution, die im **Sachverständigengutachten vorgegeben** wird, mit anderen Worten, lässt er das Kfz unter Verwendung von Neuteilen in einer Fachwerkstätte reparieren, bei der schlussendlich der Betrag in Rechnung gestellt wird, der vom Sachverständigen ex ante geschätzt wird, halten sich die Streitpunkte in Grenzen. Bei gravierenden Beschädigungen stellt sich die Frage, ob die Reparatur noch tunlich ist. Das ist es aber im Wesentlichen. Erheblich mehr Konfliktpotential ist gegeben, wenn der Geschädigte von diesem „Pfad der Tugend“ abweicht. Streitfragen zur Höhe des Ersatzbetrags stellen sich bei folgenden Konstellationen:

- Der Geschädigte lässt die Reparatur nicht in einer Fachwerkstätte in der **Stadt**, wo er wohnt oder der Unfall stattgefunden hat, durchführen, sondern im **Umland**, wo erheblich geringere Stundensätze in Rechnung gestellt werden.

- Er wählt eine kostengünstigere **kleinere** Werkstätte aus, eine billigere **freie** und nicht eine teurere Markenwerkstätte, er lässt im benachbarten **Ausland** (Tschechien, Slowakei, Ungarn, Slowenien) reparieren, wo bloß ein Bruchteil der Kosten anfällt.
- Der Geschädigte verwendet **gebrauchte Ersatzteile** anstelle von neuen, die der Sachverständige in seinem Gutachten zugrunde gelegt hat⁹.
- Der Geschädigte wählt eine **weniger aufwendige Art** der Schadensbeseitigung. Beispielsweise ersetzt er den eingedrückten Kotflügel nicht durch einen neuen, sondern klopft ihn aus.
- Es werden nicht sämtliche Gebrechen behoben, sondern nur diejenigen, die für die **Verkehrssicherheit** von Bedeutung sind¹¹. Die optischen Beeinträchtigungen bleiben bestehen.
- Der Geschädigte legt selbst Hand an. Die Ersatzteile hat er für weniger Geld als im Sachverständigengutachten dafür angesetzt am **Baumarkt** besorgt. Durch Betätigung seiner Arbeitskraft kommt es jedenfalls nicht zu einem Geldabfluss¹².

In all diesen Fällen sind unterschiedliche Bemessungsansätze denkbar. Betont man die **voll angemessene Entschädigung**, werden dem Geschädigten die Kosten zugebilligt, als habe er in einer Fachwerkstätte reparieren lassen. Akzentuiert man das **Bereicherungsverbot**, erhält der Geschädigte bloß Ersatz seiner tatsächlichen Aufwendungen, soweit diese mit einem Abfluss von Liquidität verbunden sind. Dass sich der eine vom anderen Bewertungsansatz ganz erheblich unterscheiden kann, liegt auf der Hand¹³. Es stellt sich freilich die Frage, welcher der richtige ist.

C. Unterschiedliche Positionierung der Kfz-Sachverständigen in Österreich und Deutschland

Nach welchen Bemessungsdeterminanten der Ersatzumfang zu bestimmen ist, das ist eine **Rechtsfrage**. Für den Umfang des Ersatzes kommt es aber auch in erheblichem Ausmaß auf die tatsächliche Ebene an, somit auf denjenigen, der den Reparaturbedarf faktisch ermittelt. Insoweit gibt es gewisse Ermessensspielräume. Der Kfz-Sachverständige ist dabei der **archimedische Punkt** im Rahmen der Schadensregulierung. Er steht zwischen dem Interesse des Geschädigten nach einer voll angemessenen Entschädigung und dem des Ersatzpflichtigen, nicht mehr zahlen zu müssen als den Schaden.

Bedeutsam könnte dabei sein, ob der Geschädigte eher in einem Naheverhältnis zum Geschädigten oder zum Ersatzpflichtigen steht. Die Kfz-Sachverständigen werden dabei – selbstverständlich – betonen, dass sie nur der Wahrheit verpflichtet sind. Berichtenswert ist immerhin, dass die Betrauung des Kfz-Sachverständigen in **Deutschland** typischerweise durch den **Geschädigten** erfolgt, wobei häufig die Werkstätte den Kontakt zwischen dem Geschädigten und dem Kfz-Sachverständigen herstellt, während in Österreich der Kfz-Sachverständige vom **Kfz-Haftpflichtversicherer** nominiert wird. Vertragspartner des Kfz-Sachverständigen ist also in Deutschland der Geschädigte, in Österreich der Kfz-Haftpflichtversicherer, so der Kfz-Sachverständige nicht ohnehin in einem Anstellungsverhältnis zu einer Kfz-Haftpflichtversicherung steht.

Wegen dieser unterschiedlichen Ausgangslage stellen sich ganz **unterschiedliche Rechtsfragen**. In Deutschland ist heftig umstritten, in welchem Ausmaß die **Sachverständigengebühren überwälzbar** sind¹⁴, bzw. unter welchen Voraussetzungen

der Kfz-Sachverständige vom Kfz-Haftpflichtversicherer zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn der Geschädigte im Vertrauen auf ein erstelltes Gutachten eine Disposition trifft und der Kfz-Haftpflichtversicherer auf dieser Basis Ersatz an den Geschädigten leisten muss¹⁵. Vor allem im Zusammenhang mit der Ermittlung des Restwertes sind **Regressprozesse** der Kfz-Haftpflichtversicherer gegen den Kfz-Sachverständigen an der Tagesordnung¹⁶.

Die Frage der Überwälzung von Sachverständigengebühren stellt sich im österreichischen Recht hingegen nicht, weil es nicht der Geschädigte, sondern der Kfz-Haftpflichtversicherer ist, der den Sachverständigen betraut. Da der Kfz-Haftpflichtversicherer die **Auswahl** des Sachverständigen in der Hand hat, ist es erklärbar, dass es keine Urteile über mangelhaft erstellte Sachverständigen-gutachten und daraus resultierende Folgeschäden gibt.

Dem gegenüber hatte sich der OGH in einer jüngeren Entscheidung¹⁷ damit zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Werkstätte berechtigt ist, einen Kfz-Sachverständigen auszusperrern, ihm also den Zutritt zu seiner Werkstätte zu ver-sagen. Während die Untergerichte ein solches „**Hausverbot**“ unter Hinweis auf eine fehlende vertragliche Beziehung sowie darauf, dass das Hausrecht ein Grundrecht sei, für wirksam ansahen und das Begehren des Sachverständigen auf Duldung des Zutritts abwiesen, entschied der OGH – zu Recht – gegen-teilig:

Mit Übernahme eines Reparaturauftrags, bei dem für den Betreiber der Werkstätte erkennbar sei, dass für die Reparaturrechnung ein Versicherer aufzukommen habe, erkläre er **schlüssig** seine **Einwilligung** zur Möglichkeit der Besichtigung durch einen vom Versicherer nominierten Sachverständigen. Die Aussperrung war erfolgt, weil der Betreiber der Werkstätte meinte, der Sachverständige nehme zu geringe Werte an, während der Sachverständige betrügerische Manipulationen behauptete, denen er im Interesse des Versicherers durch eine Besichtigung vor und nach Durchführung der Reparatur vorbeugen wollte. Welcher Standpunkt zutrifft, also die Auseinandersetzung darüber, sollte mE nicht durch eine Beweisverteilung entschieden werden. Vielmehr ist es legitim, dass der Versicherer, der letztendlich zahlt, auch nachvollziehen können soll, was mit seinem Geld geschieht. Dazu kommt, dass eine Aussperrung zu einer Beeinträchtigung der Berufsausübung des Sachverständigen führen würde.

Nachdem in Deutschland der Kfz-Sachverständige – häufig über Vermittlung der Werkstätte – als Vertragspartner des Geschädigten tätig wird, ist es plausibel, dass sich solche Konflikte im deutschen Recht nicht ergeben.

Zu unterstellen ist im Ausgangspunkt die Unabhängigkeit des Kfz-Sachverständigen, unabhängig, ob er vom Geschädigten oder vom Kfz-Haftpflichtversicherer betraut wird. Gewisse Zweifel könnten indes gegeben sein, wenn der Sachverständige beim Versicherer angestellt ist oder das Sachverständigenunternehmen eine Tochterfirma des Kfz-Haftpflichtversicherers ist. Aber selbst wenn das nicht der Fall ist, wird man nicht umhin kommen, die **Einflussmöglichkeiten** desjenigen auf den **Sachverständigen** höher zu veranschlagen, der sein Vertragspartner ist, als desjenigen, der von seinem Gutachten bloß auch betroffen und allenfalls in die vertraglichen Schutzwirkungen einbezogen ist. Es ist daher bei der Auslegung schadensrechtlicher Normen im österreichischen Recht in besonderer Weise darauf zu achten, dass die Interessen desjenigen, der nicht Vertragspartner ist, nicht verkürzt werden.

D. Die Abgrenzung zwischen Reparaturkosten- und Totalschadensabrechnung

I. Warum ist das so wichtig?

Wird ein Kfz erheblich beschädigt, stellt sich mitunter die Frage, ob der Geschädigte das Fahrzeug auf Kosten des Ersatzpflichtigen reparieren lassen oder der Ersatzpflichtige den Geschädigten auf die **Beschaffung** eines vergleichbaren Ersatzfahrzeugs verweisen darf. Im ersteren Fall spricht man von Reparaturkosten-, im letzteren von Totalschadensabrechnung. Zum Teil wird in Deutschland die Ansicht vertreten, dass bei der einen und der anderen Abrechnungsweise annähernd das **gleiche Ergebnis** herauskommen müsse. Die Summe aus Reparaturkosten und merkantiler Wertminderung müsste in etwa der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert des Wracks entsprechen⁴⁸. Das ist indes unzutreffend. Im deutschen Recht kommt bei der Reparaturkostenabrechnung mitunter sogar **doppelt** soviel heraus als bei der Totalschadensabrechnung⁴⁹.

ME muss es sich schon um einen ganz **ausgerissenen Sachverhalt** handeln, dass die Totalschadensabrechnung einen höheren Wert ergibt als die Reparaturkostenabrechnung. So war das etwa in der E OLG Hamm⁵⁰, in der bei der Wiederbeschaffung deshalb erheblich höhere Kosten entstanden sind als bei der Reparatur, weil bei Einfuhr des als Ersatz angeschafften Fahrzeugs nach Kroatien 100% Zoll angefallen ist, während das bei der Reparatur des ursprünglich in Kroatien erworbenen Fahrzeugs nicht der Fall gewesen wäre.

Von derartigen – rational erklärbaren – Ausreißern abgesehen, ist es so gut wie ausgeschlossen, dass die Totalschadensabrechnung zu einem höheren Ersatzbetrag führt als die Reparaturkostenabrechnung. Das kann wie folgt begründet werden: Der Aufkäufer des **Wracks** zahlt für dieses im Ausgangspunkt so viel, dass er dieses nach Aufwendung der geschätzten **Reparaturkosten** zum Zeitwert ohne Beschädigung mit **Gewinn** veräußern kann. Der merkantile Minderwert soll der Einfachheit halber außer Betracht bleiben. Typischerweise wird für das Wrack aber ein **wesentlich höherer Preis** geboten. Das hat mehrere Gründe:⁵¹

- Der Aufkäufer mit eigener Werkstätte kalkuliert für die von ihm durchzuführende **Reparatur** mit **geringeren Kosten** als denjenigen, die der Kfz-Sachverständige in seinem Gutachten für den Geschädigten bei Reparatur in einer Fachwerkstätte zugrunde legt. Das liegt vor allem daran, dass die Ressourcen des Aufkäufers nicht stets voll ausgelastet sind. Ob seine Arbeitskräfte untätig herumstehen oder ein aufgekauftes Wrack reparieren, führt für ihn zu keinen zusätzlichen finanziellen Aufwendungen.
- Der Aufkäufer kann einzelne **Teile** des Wracks verwerten; und die Summe der Werte der Teile macht mitunter mehr aus als der Gesamterlös des Wracks.
- Der Aufkäufer veräußert das Wrack nach **Osteuropa**. Warum werden dort höhere Preise geboten? Die Antwort lautet: Weil die Arbeitskraftkosten dort erheblich geringer sind und womöglich auch die Anforderungen an die technische Sicherheit nicht dem Standard von Deutschland bzw. Österreich zu genügen haben, sodass sich in manchen Fällen eine Reparatur lohnt, die hierorts unwirtschaftlich wäre. Auswirkungen hat das dann auf die Höhe des Wrackwerts. In Osteuropa wird ein **höherer Preis** für das Wrack gezahlt.

Da die Differenz aus Wiederbeschaffungswert abzüglich des höheren Restwerts somit im Regelfall erheblich geringer ausfällt

als die Reparaturkosten in Österreich, der Geschädigte bei der Reparatur auch noch den merkantilen Minderwert verlangen kann, muss bei zutreffender Ermittlung der jeweiligen Werte bei der **Reparaturkostenabrechnung** ein **wesentlich höherer Betrag** herauskommen als bei der Totalschadensabrechnung. Soweit manche Gerichtsentscheidungen⁵² von einem gegenteiligen Ergebnis ausgehen, wäre dem nachzugehen⁵³. Es wäre im Einzelnen zu begründen, worauf dies zurückzuführen ist. In Deutschland verweist in solchen Fällen das Obergericht mitunter an das Untergericht zurück, um die Plausibilität der vom Kfz-Sachverständigen ermittelten Werte überprüfen zu lassen⁵⁴. Im Regelfall wird sich nach meinem Dafürhalten herausstellen, dass einer der Werte vom Sachverständigen falsch ermittelt worden ist.

II. Reparatur und Ersatzbeschaffung als Formen der Naturalrestitution

1. Regel-Ausnahme-Prinzip

Ausgangspunkt ist die Prämisse, dass sowohl die **Reparatur** des beschädigten Kraftfahrzeugs als auch die **Beschaffung** einer gleichwertigen Ersatzsache als Formen der **Naturalrestitution** anzusehen sind. Das ist sowohl in Deutschland⁵⁵ als auch in Österreich⁵⁶ hM. Typischerweise wird dem Integritätsinteresse des Geschädigten durch die Reparatur freilich in höherem Maß Rechnung getragen als durch die Ersatzbeschaffung⁵⁷.

Das ist ausnahmsweise dann anders, wenn ein nahezu neuwertiges Fahrzeug erheblich beschädigt wird. In Deutschland wird eine **Abrechnung auf Neuwagenbasis**⁵⁸ anerkannt, wenn das Fahrzeug weniger als **1 Monat** alt ist und damit weniger als **1000 km** gefahren worden sind, sofern es sich um eine **erhebliche Beschädigung** handelt. Eine solche wird namentlich dann angenommen, wenn der Schaden nicht spurlos beseitigt werden kann oder für die Sicherheit bedeutsame Teile betroffen sind.

Im österreichischen Recht findet sich **keine eigene Kategorie** der „Abrechnung auf Neuwagenbasis“. In der OGH-Entscheidung vom 15. 5. 1991, 2 Ob 18/91 wurde bei einem Totalschaden eines 9 Tage alten Mazda 323 die Abrechnung auf Neuwagenbasis bejaht; in der E EvBl 1987/33 wurde die Frage bei einem Pkw, der 6 Wochen vor dem Unfall erworben wurde und mit dem 1.600 km zurückgelegt worden waren, offen gelassen, weil ohnehin der Neupreis zugestanden worden war.

Die deutschen Grenzwerte erscheinen mE plausibel, sodass sie auch für das österreichische Recht zu übernehmen sind. Im Regelfall wird aber nicht durch die Ersatzbeschaffung, sondern durch die Reparatur dem Integritätsinteresse in höherem Maße Rechnung getragen. Auch wenn das Fahrzeug erheblich beschädigt worden ist, kann dem Geschädigten daran gelegen sein, durch die Reparatur das ihm **vertraute Kraftfahrzeug** zu behalten und nicht auf ein x-beliebiges auf dem Gebrauchtwagenmarkt verwiesen zu werden⁵⁹. Typischerweise wird dadurch freilich der Ersatzpflichtige in stärkerem Ausmaß belastet. Es stellt sich dabei die Frage, bis zu welcher Belastungsgrenze des Ersatzpflichtigen sich der Geschädigte zwischen den beiden potentiell in Betracht kommenden Formen der Restitution für die Reparatur entscheiden darf. Es stellen sich dabei folgende Fragen:

- Welche Größen sind zu einander in Beziehung zu setzen?
- Wie lautet der maßgebliche Schwellwert?
- Gibt es einen einheitlichen Schwellwert oder ist dieser von

den Umständen des Einzelfalles abhängig, und wenn ja, von welchen?

- Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn der Schwellwert – geringfügig – überschritten wird?
- Wer trägt das Risiko, wenn sich herausstellt, dass die Reparatur letztendlich mehr kostet als ursprünglich angenommen und dadurch der kritische Schwellwert überschritten wird.

Diesen Fragen ist im Folgenden nachzugehen, wobei auf die Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Phänomenen hinzuweisen ist:

2. Welche Größen sind zu einander in Beziehung zu setzen

Bei unbefangener Betrachtung kann die Frage nur lauten: Welche vermögensrechtlichen Folgen treten ein, wenn der Geschädigte das beschädigte Kfz **reparieren** lässt und welche, wenn er sich für eine **Ersatzbeschaffung** entscheidet? Die Antwort weist als die jeweils einzubeziehenden Größen die folgenden aus:

- Reparaturkostenabrechnung: Reparaturkosten zuzüglich merkantiler Wertminderung
- Totalschadensabrechnung: Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert

Man sollte meinen, dass mit der Gegenüberstellung des jeweiligen Saldos dieses Problem erledigt sei. Dem ist aber nicht so. Umstritten ist einerseits, ob beim Wiederbeschaffungswert der **Restwert** in Abzug zu bringen und bei den Reparaturkosten der **merkantile Minderwert** hinzuzufügen ist. Je nach dem, wie man rechnet, ergibt sich eine unterschiedlich weitreichende Berücksichtigung des Integritätsinteresses des Geschädigten. Das bedeutet, dass der Geschädigte bei unterschiedlich hohen Reparaturkosten auf dieser Abrechnungsart bestehen und vom Ersatzpflichtigen nicht auf die diesen weniger belastende Totalschadensabrechnung verwiesen werden kann.

Wird bei der Gegenüberstellung von Reparaturkosten- und Totalschadensabrechnung bei der Totalschadensabrechnung der **Restwert** für das Wrack vom Wiederbeschaffungswert in Abzug gebracht, dann kann es passieren, dass der durch diese Subtraktion bewirkte geringere Wert im **Nenner** dazu führt, dass bei konstanten Reparaturkosten eine bestimmte Relation überschritten wird. Die Folge ist, dass der Geschädigte auf die den Ersatzpflichtigen weniger belastende **Totalschadensabrechnung** verwiesen werden kann.

Entsprechendes gilt für die Einbeziehung der **merkantilen Wertminderung** im **Zähler**. Ist diese für die Frage der Unwirtschaftlichkeit der Reparatur einzubeziehen, gelangt man schon durch ihre Berücksichtigung ab einem geringeren Reparaturbetrag dazu, dass sich der Geschädigte auf die Totalschadensabrechnung verweisen lassen muss, die seinem Integritätsinteresse weniger entspricht, dafür aber den Ersatzpflichtigen weniger stark belastet.

Um es auf den Punkt zu bringen: Der Abzug des Restwertes vom Wiederbeschaffungswert sowie die Berücksichtigung der merkantilen Wertminderung sind im Interesse des **Ersatzpflichtigen**. Der bloße Vergleich von Reparaturkosten und Wiederbeschaffungswert führt hingegen zu einer stärkeren Berücksichtigung des Integritätsinteresses des **Geschädigten** und ist in dessen Interesse.

Die Einbeziehung des Restwertes wird als **Nettomethode** bezeichnet, seine Ausklammerung als **Bruttomethode**. Sowohl

die österreichische⁶⁰ als auch die deutsche Judikatur⁶¹ vertritt die Bruttomethode. Die österreichische Lehre⁶² spricht sich dem gegenüber für die Nettomethode aus. Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1991⁶³ hat sich die deutsche Lehre mit dieser Bezugsgröße abgefunden, ohne diese Position anzugreifen.

Die **ökonomische Rationalität** spricht eindeutig für die Nettomethode, was auch der BGH⁶⁴ zugesteht. Es sind eben sämtliche Auswirkungen eines schädigenden Ereignisses in die Differenzrechnung einzustellen. Warum der Verwertungserlös des Wracks dabei ausgeblendet werden soll, ist überhaupt nicht einzusehen. Wenn *Steiner/Witt-Döring*⁶⁵ auch die **Logik** für die Bruttomethode ins Treffen führen, so ist dem in keiner Weise zu folgen.

Wenn das deutsche und das österreichische Höchstgericht in seltener Einmütigkeit – wider die Regeln der Logik – allein auf den Wiederbeschaffungswert und nicht auf die Differenz aus Wiederbeschaffungswert und Restwert abstellen, dann sollte es dafür besondere Gründe geben. Der OGH hat in einer Entscheidung Ende der 50er Jahre⁶⁶ ausgesprochen, dass der **Wrackwert** eine viel zu **unbestimmte Größe** sei, um in die Tunlichkeitsbetrachtung einbezogen zu werden. In der Folge wird auf diese Entscheidung verwiesen⁶⁷. *Apathy*⁶⁸ ist dem Anfang der 80er Jahre mit dem Argument entgegengetreten, dass der Erlös des Wracks auch für die Totalschadensabrechnung ermittelt werden müsse, weshalb die Einbeziehung des Restwertes auch bei der Prüfung der Tunlichkeit bzw. Wirtschaftlichkeit der Reparatur möglich und geboten sei.

Bezeichnend ist, dass das Argument des OGH von der schwierigen Ermittlung des Wrackwertes mehr als 20 Jahre später, Anfang der 90er Jahre, vom BGH⁶⁹ aufgegriffen wurde. Dürfte es in der OGH-Entscheidung eher eine **pauschale Unmutsäußerung** gewesen sein, so hatte der Ausspruch des BGH einen ganz **konkreten Hintergrund**. Der Streit um die zutreffende Ermittlung des Restwertes ist um diese Zeit infolge der Öffnung der Ostmärkte und dem Einsatz von Restwertbörsen entbrannt⁷⁰.

Hält der BGH den Wert für maßgeblich, den der Geschädigte bei Inzahlunggabe des Wracks bei seinem **örtlichen Gebrauchtwagenhändler** bei Anschaffung eines Gebrauchtfahrzeugs erzielt, so dringt die Versicherungswirtschaft darauf, dass zugrunde zu legen der Wert ist, den der Höchstbieter der durch Einschaltung von Restwertbörsen von ihr namhaft gemachten **spezialisierten Restwerthändler** zu zahlen bereit ist. Dieser verhökert das Wrack in Osteuropa, wo – wie bereits beschrieben – geringere Reparaturkosten und Sicherheitsstandards gegeben sind, sodass dort erheblich höhere Restwerverlöse für das Wrack erzielt werden, wodurch auch er einen höheren Preis zahlen kann. Die Differenz zwischen dem Wrackerlös bei Inzahlunggabe an den lokalen Kfz-Händler und dem Höchstgebot eines spezialisierten Restwertaufkäufer macht nicht selten 100% und mehr aus⁷¹.

Der BGH hat – wie Alexander der Große – den **Gordischen Knoten** mit einem Schlag gelöst, indem er die Frage der Wirtschaftlichkeit der Reparatur von der Höhe des Restwerverlöses abgekoppelt hat. Er wollte die Wirtschaftlichkeit der Reparatur nicht mit dem Streit um den Restwert belasten⁷². Dafür spricht, dass die Reparatur rasch durchgeführt werden soll und ihre Veranlassung auf Kosten des Ersatzpflichtigen nicht von einem langwierigen Streit über eine maßgebliche Bezugsgröße abhängig sein soll. Neben diesem pragmatischen Argument führt der BGH in seiner Leitentscheidung⁷³ weitere Argumente ins Treffen:

Bei **älteren Kraftfahrzeugen** gibt es einerseits nicht immer einen ausreichenden Gebrauchtwagenmarkt, auf den der Geschädigte verwiesen werden kann und andererseits ist der Wiederbeschaffungswert bei solchen Gefährten so gering, dass schon relativ geringe Reparaturbeträge bei Abstellen auf die Differenz zwischen Wiederbeschaffungs- und Wrackwert dazu führen würden, dass allzu häufig eine Verweisung auf die Totalschadensabrechnung erfolgen würde⁷⁴. Außerdem sei der Restwert in den **Reparaturkosten mitrepräsentiert**, weil der Restwert umso geringer sei, je höher sich die Reparaturkosten belaufen⁷⁵.

Es ist zu prüfen, ob diese Argumente – für Österreich – zutreffen. Das **pragmatische Argument** der Ausklammerung des Restwertes, weil ein erbitterter Streit über dessen Ermittlung besteht, ist ein **Spezifikum des deutschen Rechts**. Dort wird dem Geschädigten folgende Vorgehensweise ermöglicht: Er kann das Wrack nach Einholung eines vom Geschädigten betrauten – und von der Werkstätte oder vom lokalen Kfz-Händler vermittelten – Sachverständigen schätzen lassen und zu diesem Preis in Zahlung geben, ohne vorher dem Kfz-Haftpflichtversicherer Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Der Kfz-Haftpflichtversicherer muss es hinnehmen, vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden. Was ihm bleibt, ist ein Regressanspruch gegen den Kfz-Sachverständigen, sofern er den Nachweis führen kann, dass der Sachverständige den Restwert schuldhaft falsch ermittelt hat⁷⁶.

Warum ist das in Österreich anders? Es würde ein Verstoß gegen die **Schadensminderungspflicht** angenommen, wenn der Geschädigte über das Wrack verfügt, ehe er dem Kfz-Haftpflichtversicherer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. So weit kommt es aber im Regelfall gar nicht, weil der vom Kfz-Haftpflichtversicherer betraute **Sachverständige** bereits dessen Interessen wahrnimmt. Streitigkeiten über die zutreffende Höhe des Restwertes, wie sie in Deutschland tagtäglich geführt werden, sind in Österreich gänzlich unbekannt; und das aus durchaus nachvollziehbaren Gründen. Das vom BGH verwendete pragmatische Argument der Ausklammerung des Restwertes, weil es sich um eine in besonders hohem Maß umstrittene Größe handelt, trifft somit für Österreich nicht zu.

Das Argument, dass der Restwert in den Reparaturkosten mitrepräsentiert sei und deshalb ausgeklammert bleiben könne, ist unzutreffend. Lediglich im Ausgangspunkt handelt es sich um eine zutreffende **Tendenzaussage**, dass der Restwert umso geringer ist, je höher die Reparaturkosten sind. Es wurde freilich bereits dargelegt, dass um einen bestimmten Betrag höhere Reparaturkosten nicht zu einem um diesen Betrag geringeren Restwert führen. Dann müsste nämlich in solchen Fällen, in denen die Reparaturkosten so hoch wie der Wiederbeschaffungswert sind, der Restwert Null sein. Das trifft aber nicht zu.

Dass bei älteren Fahrzeugen eine Verweisung auf den Gebrauchtwagenmarkt nicht ohne weiteres möglich ist und zudem wegen des geringen Wiederbeschaffungswertes schon relativ geringfügige Reparaturbeträge dazu führen, dass der Geschädigte auf die Totalschadensabrechnung verwiesen wird, ist zutreffend. Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine **adäquate Lösung** dieses Problems darin bestehen kann, **generell** den Restwert auszuklammern. Eine solche Vorgehensweise schiebt das Integritätsinteresse des Geschädigten für sämtliche Konstellationen hinaus und führt zu einer höheren Belastung des Ersatzpflichtigen. Dem eigentlichen Anliegen könnte man spezieller entsprechen, wenn man in solchen Fällen den jeweiligen Schwellwert höher ansetzen würde.

Diese Argumente vermögen somit die Bruttomethode für das österreichische Recht nicht überzeugend zu begründen. Zu prüfen ist abschließend, ob die Öffnung der **Ostmärkte** und die entstandenen **Restwertbörsen**, die dazu geführt haben, dass für das Wrack nun höhere Erlöse erzielt werden, dazu führen sollen, dass der österreichische Geschädigte nun häufiger als früher auf die sein Integritätsinteresse weniger berücksichtigende **Ersatzbeschaffung** anstelle der Reparatur verwiesen werden kann. Dagegen könnte sprechen, dass viele Geschädigte schon wegen ihres Wohnsitzes nur in Österreich reparieren lassen können, sodass das geringere Preisniveau bei Reparaturen sich für sie unmittelbar nicht auswirkt. Und wenn ein solcher Geschädigter reparieren lässt, ist es für ihn belanglos, wie viel für das Wrack bezahlt wird, weil sein beschädigtes Fahrzeug ja gerade nicht verkauft, sondern repariert werden soll⁷⁷.

Dagegen ist freilich ins Treffen zu führen, dass es merkwürdig wäre, aus der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung bestimmte Phänomene auszuklammern. Zum Schutz des Ersatzpflichtigen vor übermäßiger Beanspruchung hat der Gesetzgeber angeordnet, dass es eine Grenze der Wirtschaftlichkeit bzw. Tunlichkeit geben soll. Sollte man diesen Aspekt für berücksichtigungswürdig halten, dann kann eine höhere **Transparenz** dieses Ergebnisses auf die Weise erzielt werden, dass dann eben der **Schwellwert**, um den die Reparaturkostenabrechnung mehr ausmachen darf als die Totalschadensabrechnung, entsprechend erhöht wird. Wenig folgerichtig erscheint es aber, einen bestimmten Schadensposten, nämlich den Restwert, aus der Vergleichsrechnung a priori auszuklammern.

Ist man beim Restwert zu diesem Ergebnis gelangt, kann konsequenterweise für den **merkantilen Minderwert** nichts anderes gelten⁷⁸. Die überwiegende österreichische Judikatur⁷⁹ verfährt allerdings gegenteilig⁸⁰. Mag für die Ausklammerung allenfalls ins Treffen geführt werden, dass auch dieser Schadensposten schwierig zu ermitteln sein mag⁸¹, so kann es keinesfalls angehen, die Tunlichkeitsfrage allein durch Gegenüberstellung von Reparaturkosten und Wiederbeschaffungswert zu ermitteln, und dann – quasi als Zugabe – den merkantilen Minderwert dazu zu schlagen⁸². Zum Teil liegt das auch daran, dass dann, wenn die Reparaturkosten sich im Grenzbereich zum Totalschaden bewegen, die Geschädigten auf die Geltendmachung eines merkantilen Minderwertes verzichten⁸³. Gerade in solchen Fällen ist aber kaum denkbar, dass bei Durchführung der Reparatur ein merkantiler Minderwert nicht gegeben ist.

3. Wie hoch ist der maßgebliche Schwellwert, bis zu dem der Geschädigte auf Reparaturkostenbasis abrechnen darf

Von der Frage, welche Größen zu einander in Beziehung zu setzen sind, ist die Frage zu trennen, bis zu welchem **Prozentsatz** durch die Reparaturkostenabrechnung der Ersatzpflichtige stärker belastet werden darf als durch die Totalschadensabrechnung. Hinzuweisen ist darauf, dass die deutsche und österreichische Judikatur nach der Bruttomethode vorgehen, während nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls für das österreichische Recht die Nettomethode vorzugswürdig ist.

Ist auch das Ausmaß der tolerablen Mehrbelastung des Ersatzpflichtigen durch die Reparatur im Vergleich zur Ersatzbeschaffung eine richterliche Wertungsfrage, zu der die Wissenschaft wenig rationale Argumente beitragen kann, so hat Greger⁸⁴ – für das deutsche Recht – völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Übergang von der Netto- zur Bruttomethode über die Her-

absetzung der Prozentsätze nachzudenken gewesen wäre. Sollte sich der OGH von der Vorzugswürdigkeit der Nettomethode überzeugen lassen, so müsste bedacht werden, dass dann der Prozentsatz, um den die Reparatur mehr ausmachen darf als die Ersatzbeschaffung, angehoben werden müsste.

Ein solcher Prozentsatz ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Sowohl das deutsche als auch das österreichische Höchstgericht ist in Bezug auf die Dekretierung von **fixen Prozentsätzen** äußerst **zurückhaltend**. Immerhin lässt sich die Aussage treffen, dass in Österreich eine maßvolle Überschreitung der Reparaturkosten über den Zeitwert tolerabel sei⁹⁵. Die Marge beläuft sich bei Kraftfahrzeugen⁹⁶ auf **10%**⁹⁷, äußerstenfalls auf **15%**⁹⁸; ausnahmsweise wurden auch 17% toleriert⁹⁹, während umgekehrt bei einer Überschreitung um 17,6% eine Reparaturkostenabrechnung auch schon abgelehnt worden ist⁹⁹.

Dem gegenüber gilt seit der Leitentscheidung BGHZ 115, 364 für das deutsche Recht bei der Beschädigung von Kraftfahrzeugen ein Richtwert für den Überhang von **30%**. Das OLG Düsseldorf⁹¹ hat dies treffend als **automobilspezifisches Integritätsinteresse** bezeichnet. *Steiner/Witt-Döring*⁹² verweisen darauf, dass der BGH dafür gute Gründe gehabt haben wird⁹³, die auch für Österreich zutreffen müssten. Darüber hinaus führen die beiden Autorinnen **ökologische Gründe** an. Aus gesamtgesellschaftlichen Überlegungen solle der Ressourcenverschwendung Einhalt geboten werden, was dafür spreche, die Reparaturkostenabrechnung in weitergehendem Ausmaß als bisher, nach dem Vorbild des BGH somit bis zu 30%, zuzulassen.

Dagegen ist freilich einzuwenden, dass es fraglich erscheint, ob das Schadenersatzrecht ein geeignetes Instrument ist, umweltschützerische Zielsetzungen zu verfolgen. Darüber hinaus wurde das **ökologische Argument** in Deutschland gerade für das gegenteilige Ergebnis bemüht, nämlich einen Anreiz zu schaffen, dass der Geschädigte sich gegen die Reparatur und für eine Ersatzbeschaffung entscheidet. Die fiktive Reparaturkostenabrechnung wurde dort von *Kleine-Cosack*⁹⁵ damit verteidigt, dass die freie Verwendbarkeit des Schadenersatzbetrags dem Geschädigten die Möglichkeit einräume, anstelle der Reparatur des schadstoffreicheren Altfahrzeugs sich ein schadstoffärmeres neues anzuschaffen⁹⁶. Der Gesichtspunkt der Ökologie im Rahmen der Tunlichkeitschwelle soll damit nicht in Bausch und Bogen abgelehnt werden. Es soll aber immerhin zur Vorsicht gemahnt werden, dass sich nicht jedes beliebige gewünschte Ergebnis mit Hilfe des heute so populären Umweltschutz begründen lässt.

4. Einheitlicher Richtwert versus Einzelfallgerechtigkeit

Einheitlich vertreten wird, dass es starre Prozentsätze nicht gebe, sondern es vielmehr auf den **Einzelfall** ankomme⁹⁷. Wenig ergiebig sind dabei von vorneherein Leerformeln wie die von *Steiner/Witt-Döring*⁹⁸, wonach eine umfassende Abwägung des Interesses des Geschädigten an einem möglichst vollkommenen Ausgleich und dem des Schädigers an möglichst geringer Belastung vorzunehmen sei. Das klingt gut, bringt aber wenig, weil man danach so schlau ist wie zuvor⁹⁹. Maßgeblich ist vielmehr, **welche** Umstände des Einzelfalles bedeutsam sein können.

Genannt werden das **Verschulden** des Ersatzpflichtigen¹⁰⁰. Wenn aber wie im Regelfall ein Haftpflichtversicherer für den Schaden aufzukommen hat, ist das nicht besonders überzeugend. Eine höhere Überschreitung des Zeitwertes wird darüber hinaus dann befürwortet, wenn der **Zeitwert gering** ist¹⁰¹ oder ein entsprechendes Gebrauchtfahrzeug am **Markt nicht erhält-**

lich ist¹⁰², weil das beschädigte entweder ganz neu ist oder es sich um einen Oldtimer handelt¹⁰³. *Steiner/Witt-Döring*¹⁰⁴ plädieren abschließend für **Richtsätze**, von denen Zu- oder Abschläge gemacht werden sollen, wobei sie nach dem Vorbild des BGH für einen Zuschlag von 30% eintreten.

Jedenfalls für das Massenphänomen der Kfz-Schäden wäre es wünschenswert, wenn der Richter seine Lust nach der jeweils differenzierten Beurteilung des Einzelfalles etwas bändigen und der **außergerichtlichen Regulierungspraxis einen festen Prozentsatz** an die Hand geben könnte¹⁰⁵. Ob dieser nun bei 10, 15 oder 30% liegt, wünschenswert wäre jedenfalls, dass der Geschädigte darauf vertrauen darf, bis zu einer bestimmten Marge das Fahrzeug auf Kosten des Ersatzpflichtigen reparieren lassen zu können. Unangemessen wäre jedenfalls folgende Konstellation:

Der Geschädigte lässt im **Vertrauen** auf die bisherige Rechtsprechung das Fahrzeug in einer Werkstatt reparieren, wobei sich ein Überhang von 8% ergibt. Als zusätzliche Unsicherheit kommt ohnehin die Streitfrage dazu, ob der Wrackerlös abzuziehen bzw. der merkantile Minderwert hinzuzurechnen ist. Womöglich kommt schlussendlich das Gericht auf die Idee, dass wegen der besonderen Marktgängigkeit des Fahrzeugs in diesem Fall die Reparaturkosten mit dem Wiederbeschaffungswert zu begrenzen seien. Wenn der Geschädigte dann trotz durchgeführter Reparatur auf die Totalschadensabrechnung verwiesen wird, kann er **nicht mehr umdisponieren**.

Er hat sein Fahrzeug um teures Geld instand gesetzt, bekommt davon aber nur einen Deckungsbeitrag. Denn bei der **Totalschadensabrechnung** kommt häufig **viel weniger** heraus als bei der Reparaturkostenabrechnung. Dagegen kann man auch nicht ins Treffen führen, dass es der Entschluss des Geschädigten war, sich für die Reparatur und gegen die Ersatzbeschaffung zu entscheiden. Zu verweisen ist nämlich darauf, dass es immerhin der Schädiger war, der ihn überhaupt in eine solche Lage gebracht hat.

In welchem Ausmaß eine stärkere Berücksichtigung nach den Umständen des **Einzelfalles** möglich ist, hängt davon ab, welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen, dass der maßgebliche Schwellwert überschritten wird. Von einem Unterschreiten des Schwellwertes sollte aus Gründen der Rechtssicherheit mE hingegen überhaupt abgesehen werden.

5. Überschreitung des Schwellwertes im Sachverständigengutachten – notwendigerweise Abrechnung auf Totalschadensbasis?

Im deutschen Recht hat der BGH in einer Leitentscheidung im Jahr 1991¹⁰⁶ ausgesprochen, dass bei beträchtlicher Überschreitung des Schwellwertes der Geschädigte auf die Totalschadensabrechnung zu verweisen ist. Im konkreten Fall betrug der **Überhang 44%**. Wo immer der Schwellwert verläuft, bei dessen Überschreiten kommt es im deutschen Recht zu einer gravierenden Verminderung des Ersatzumfangs. Wegen ganz geringfügig höherer Reparaturkosten verliert der Geschädigte womöglich 50% des ihm ansonsten zustehenden Ersatzbetrags bzw. vice versa wird der Ersatzpflichtige um eben diesen Prozentsatz entlastet. Das vermag nicht zu überzeugen, insbesondere dann nicht, wenn man ex ante gar nicht weiß, wo die Grenze verläuft.

Das Abstellen auf die Sachverständigenschätzung ex ante unter Zugrundelegung einer Luxusreparatur mit dem Risiko der Verweisung auf die Totalschadensabrechnung ist auch im deutschen Recht auf Kritik gestoßen. *Eggert*¹⁰⁷, Vorsitzender Richter

am OLG Düsseldorf und die prägende Persönlichkeit auf dem Gebiet des Kfz-Sachschadens, hat einen **flexibleren Ansatz** vorgeschlagen¹⁰⁸. Soweit der Kfz-Sachverständige dem Geschädigten einen kostengünstigeren Weg aufzeigt, etwa die Behebung des Gebrechens durch eine alternative Reparaturmethode oder die Verwendung gebrauchter Ersatzteile, soll eine Abrechnung auf Basis der **tatsächlichen Reparaturkosten** möglich sein, wenn diese unter dem Schwellwert bleiben.

Der Sachverständige muss nach einer so erfolgten Reparatur freilich eine Besichtigung vornehmen und eine Bescheinigung ausstellen, dass die Reparatur auch nach diesen Vorgaben erfolgt ist. Das ist durchaus ein **Beschäftigungsprogramm** für den **Kfz-Sachverständigen**, muss dieser doch nach Ansicht von Eggert – auf Kosten des Ersatzpflichtigen – dreimal tätig werden: Einmal bei der normalen Schätzung der Kosten, ein zweites Mal bei Ermittlung einer Billigvariante und ein drittes Mal bei der Besichtigung, um festzustellen, ob diese auch so umgesetzt worden ist.

Ich habe einen noch radikaleren Vorschlag gemacht:¹⁰⁹ Wenn der Geschädigte repariert, kann er **bis zum Schwellwert Ersatz** vorlangen unter der Voraussetzung, dass er eine **fachgerechte** und **ordnungsgemäße** Reparatur nachweist¹¹⁰. Je stärker die finanzielle Eigenbelastung bei der Reparatur gegenüber der Ersatzbeschaffung ausfällt, umso geringer wird der Anreiz für die Reparatur für den Geschädigten, weil er jeglichen über den Schwellwert hinausgehenden Betrag aus eigenen Mitteln zuschießen muss. Dieser Weg hat den Vorzug, dass der Sachverständige nur einmal tätig werden muss, nämlich bei der Ermittlung der maßgeblichen Werte. Ergeben diese die Untunlichkeit der Reparatur, soll es mE dem Geschädigten unbenommen bleiben, eine Reparatur gleichwohl durchzuführen. Ersatz erhält er bei entsprechendem Nachweis der Reparatur allerdings nur bis zum maßgeblichen Schwellwert¹¹¹.

Für das **österreichische Recht** ist ein solcher Weg¹¹² umso mehr **geboten**, als der Kfz-Sachverständige typischerweise nicht vom Geschädigten ausgesucht und betraut wird, sondern vom Kfz-Haftpflichtversicherer. Sollte es darauf ankommen, dass die Reparaturkostenschätzung geringfügig mehr oder weniger ausmacht, ist es wohl nicht denkunmöglich, dass das Ermessen bei Betrauung eines Sachverständigen durch den Kfz-Haftpflichtversicherer in diesem kritischen Bereich nicht zugunsten des Geschädigten ausgeübt wird.

Eine viel geringere Bedeutung hat dann auch die Streitfrage, ob der **merkantile Minderwert** in die Vergleichsrechnung einzubeziehen ist oder nicht. Der Geschädigte riskiert nicht durch dessen Geltendmachung, dass dadurch der Schwellwert überschritten wird mit der Folge, dass er nicht mehr auf Reparaturkostenbasis abrechnen kann, sondern auf die Totalschadensbasis verwiesen wird.

Akzeptiert man diesen Ansatz, kann man sich damit begnügen, als Richtwert einen **Mindestsatz des Überhangs** zu fixieren, um den die Reparaturkosten die Kosten bei der Ersatzbeschaffung überschreiten dürfen, aber eine weitere Zubilligung von den Umständen des Einzelfalles abhängig zu machen, so insbesondere bei einem geringen Zeitwert bei einem älteren Fahrzeug sowie Schwierigkeiten bei der Ersatzbeschaffung, sei das beschädigte Fahrzeug nun besonders alt oder besonders neu. Der Geschädigte, der eine Reparatur in Angriff nimmt, riskiert allenfalls, dass ein geringfügiger Teilbetrag seines Begehrens abgewiesen wird, nicht aber womöglich eine 50%-ige Kappung seines Anspruchs wegen des Verweises auf die Totalschadens-

abrechnung erfolgt. Und in Bezug auf die Tragung der Gerichts- und Anwaltskosten müsste im Fall des Prozesses § 43 Abs 2 ZPO zur Anwendung kommen, wonach bei einem teilweisen Unterliegen die vollen Kosten zuzusprechen sind, wenn der teilweise Prozessverlust aus Gründen erfolgt, die im richterlichen Ermessen liegen. Ein solcher Fall ist mE hier gegeben.

6. Das Werkstatt- oder Prognoserisiko – ein in Deutschland geläufiges, in Österreich aber unbekanntes Phänomen

Ob der Geschädigte sich im Rahmen der Naturalrestitution für die den Ersatzpflichtigen stärker belastende Reparatur oder die diesen stärker schonende Ersatzbeschaffung entscheidet, kann der Geschädigte bloß aufgrund der vom Sachverständigen **ex ante geschätzten Werte** entscheiden. Welche Rechtsfolgen ergeben sich aber, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Werkstatt für die durchgeführte Reparatur mehr in Rechnung stellt, als der Sachverständige ursprünglich geschätzt hat? Bedeutsam ist dies insbesondere dann, wenn dadurch die maßgeblichen Grenzwerte zum Totalschaden überschritten werden.

Im österreichischen Recht hatte sich mit diesem Problem weder der OGH zu befassen noch ist es in den systematischen Darstellungen abgehandelt. Und auch der **Praxis** ist der Begriff „Werkstatt- bzw. Prognoserisiko“ **nicht geläufig**. Immerhin wird das Problem in zwei OGH-Entscheidungen gestreift:

In der E ZVR 1960/49 wird darauf hingewiesen, dass keine Werkstatt einen **garantierten Kostenvoranschlag** abgeben werde, mit einer Erhöhung der tatsächlichen Kosten gegenüber dem Kostenvoranschlag somit stets zu rechnen sei. In der E ZVR 1977/167 lag sowohl der vom Geschädigten eingeholte Kostenvoranschlag als auch die Sachverständigenschätzung des Haftpflichtversicherers in Bezug auf die Reparaturkosten um ATS 3.000,- unter dem Zeitwert von ATS 15.000,-. Als die tatsächlichen Reparaturkosten diesen dann um ATS 2.415,- oder ca. 16% überstiegen, hat der OGH die Untunlichkeit unter Hinweis auf Vorentscheidungen¹¹³, in denen der Überhang noch gravierender war, abgelehnt. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass es letztendlich zwar auf die tatsächlichen Kosten ankommt, wobei ein geringerer Betrag bei der Schätzung ex ante dazu führen kann, dass die **Tunlichkeitsschwelle** eine Spur **großzügiger** zu beurteilen ist.

Dem gegenüber wird im deutschen Recht eine weitergehende Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen angenommen. Sofern den Geschädigten kein Auswahlverschulden trifft, hat der Ersatzpflichtige sämtliche Kostensteigerungen zu tragen, mögen diese auf einem Zufall beruhen oder durch ein **Fehlverhalten** des Sachverständigen oder der Werkstatt verursacht worden sein¹¹⁴. Dies gilt sogar dann, wenn die Werkstatt dem Geschädigten in betrügerischer Absicht Beträge für nicht durchgeführte Reparaturarbeiten in Rechnung gestellt hat¹¹⁵.

Der Geschädigte ist zwar verpflichtet, dem Ersatzpflichtigen allfällige Ersatzansprüche abzutreten¹¹⁶. Im Verhältnis zwischen Geschädigtem und Ersatzpflichtigen kann ersterer von letzterem vollen Ersatz verlangen. Begründet wird dies damit, dass der Geschädigte einerseits das Risiko in der für ihn **fremden Sphäre** des Sachverständigen oder der Werkstatt nicht beherrschen kann und andererseits auch dem Ersatzpflichtigen Ähnliches passieren hätte können, wenn er sich um die Reparatur gekümmert hätte. Aus dem Umstand, dass der Geschädigte die Reparatur selbst in die Hand genommen hat, dürfe ihm kein Nachteil erwachsen. Abgelehnt wird ausdrücklich, dem Geschädigten

das Fehlverhalten des Sachverständigen bzw der Werkstätte nach den Regeln der Erfüllungsgehilfenhaftung des § 278 BGB – in Österreich entspricht dem § 1313a ABGB – zuzurechnen¹¹⁷.

Es stellt sich die Frage, ob diese Wertung auch für das österreichische Recht passt. Einzuräumen ist, dass die **gesetzliche Ausgangslage** insoweit **unterschiedlich** ist, als im deutschen § 249 Abs 2 S 1 BGB das Recht des Geschädigten zur Vornahme der Reparatur in Eigenregie ausdrücklich verankert ist, während der Wortlaut des § 1323 ABGB keine so deutliche Festlegung trifft. Auf die Wortwahl kann es aber letztlich nicht entscheidend ankommen. Da die Interessentlage gleich ist und auch im österreichischen Recht ein Recht des Geschädigten zur Vornahme der Reparatur in Eigenregie anerkannt wird, wäre es folgerichtig, auch im österreichischen Recht den Ersatzpflichtigen mit dem Werkstatt- bzw. Prognoserisiko zu belasten.

Für das deutsche Recht habe ich die Ansicht vertreten, dass das Prognoserisiko dann bis zum äußersten Schwellwert von 130% der Reparaturkosten begrenzt werden soll, wenn der Geschädigte sich im Grenzbereich zwischen 100 und 130% für die Reparatur und gegen die Ersatzbeschaffung entscheidet¹¹⁸. Das ist damit zu rechtfertigen, dass in dieser Marge schon im Ausgangspunkt die Reparatur die **unwirtschaftlichere Alternative** darstellt, weshalb es sachgerecht ist, das Risiko des Ersatzpflichtigen **umfänglich** zu begrenzen. Überträgt man diesen Gedanken auf das österreichische Recht, würde sich dann, wenn Reparaturkosten und merkantiler Minderwert mehr ausmachen als der Zeitwert, eine Begrenzung des Werkstatt- oder Prognoserisikos bis zu dem Wert ergeben, um den die Reparaturkosten samt dem merkantilen Minderwert nach der maßgeblichen Tunlichkeitschwelle den Wiederbeschaffungswert¹¹⁹ maximal überschreiten dürfen.

E. Abweichen der Reaktion des Geschädigten von der im Sachverständigengutachten vorgesehenen Reparatur

Steht fest, dass der Geschädigte berechtigt ist, auf Kosten des Schädigers eine Reparatur in einer Werkstätte durchzuführen, somit kein wirtschaftlicher Totalschaden vorliegt, stellt sich als nächstes die Frage, wie es sich auf die Höhe des Ersatzanspruchs auswirkt, wenn der Geschädigte bei der **Reparatur** eine **andere Vorgangsweise** wählt, als der Kfz-Sachverständige in seinem Gutachten angenommen hat.

I. Subjektiv-konkrete Schadensberechnung im deutschen, objektiv-abstrakte Schadensberechnung im österreichischen Schadenersatzrecht – paradoxes Ergebnis in der Rechtswirklichkeit

Zwischen dem deutschen und österreichischen Recht ist folgendes **Paradoxon** zu beobachten. Im **deutschen** Recht wird bei jeder passenden – und auch unpassenden – Gelegenheit betont, dass der Schaden allein **subjektiv-konkret** zu berechnen ist. Maßgeblich ist somit die tatsächliche Einbuße im Vermögen des Geschädigten. Demgegenüber vertritt jedenfalls ein gewichtiger Teil der österreichischen Lehre¹²⁰ die Ansicht, dass im österreichischen Recht die **objektiv-abstrakte** Schadensberechnung gelte, wobei § 1332 ABGB als Belegstelle angeführt wird. Nach diesem Ansatz ist die Einbuße des Geschädigten an seiner beschädigten Sache nach dem gemeinen Wert zu berechnen, somit unabhängig von seinen jeweiligen subjektiven Verhältnissen. Bloß bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz soll eine subjektiv-konkrete Berechnung des Schadens möglich sein.

Analysiert man die deutsche und österreichische Rechtspre-

chung, meint man, sich in der **jeweils anderen Rechtsordnung** aufzuhalten. Im deutschen Recht kann der Geschädigte in vielen Fällen seinen Sachschaden **fiktiv** berechnen, nämlich danach, wie er sich ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit verhalten hätte dürfen, aber tatsächlich nicht verhalten hat. Dem gegenüber erfolgt im österreichischen Recht eine Verweisung auf die jeweils **tatsächlich** rechnerisch nachweisbare Einbuße. Wie ist das zu erklären? Dieser Frage soll aus dem Blickwinkel des österreichischen Rechts nachgegangen werden:

Apathy hat in seiner grundlegenden Monographie¹²¹ die Überkompensation beim Kfz-Sachschaden zu Recht bekämpft. Er hat das Spannungsverhältnis zwischen **Restitution** und **Kompensation** in den Vordergrund gestellt, somit den Umstand, ob und wie der Geschädigte repariert oder ob es ihm bloß um die Auffüllung der eingetretenen Vermögenslücke geht. Diese Unterscheidung ist für das Ausmaß des Ersatzes derart bedeutsam geworden, dass der von Apathy gar nicht bekämpften objektiv-abstrakten Schadensberechnung nicht mehr als ein Stiefmütterchendasein verblieben ist.

Trotz aller Bemühungen zu ihrer Eindämmung führt die fiktive Schadensabrechnung im deutschen Recht dazu, dass der Geschädigte den Substanzschaden an seinem Fahrzeug überaus großzügig entschädigt bekommt. Der BGH orientiert den Umfang des Ersatzes an der bestmöglichen Beseitigung des Schadens. Selbst bei Veräußerung des Wracks wird die **Reparatur de luxe** zugrunde gelegt¹²². Es findet auf diese Weise eine pauschale Abgeltung für wirtschaftliche Nachteile statt, die der Geschädigte einerseits schwer nachweisen kann und die die Regulierungspraxis beim Massengeschäft der Kfz-Schäden auch schwerlich berücksichtigen könnte. An einem prototypischen Beispiel soll dies veranschaulicht werden:

Auch wenn der Geschädigte das beschädigte Fahrzeug auf Kosten des Ersatzpflichtigen reparieren lassen könnte, entscheidet er sich häufig für die **Anschaffung eines Neufahrzeugs** und gibt das beschädigte Fahrzeug bei demjenigen, bei dem er ein neues Fahrzeug erwirbt, in Zahlung. Die Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten in Kombination mit der Zuerkennung einer fiktiven merkantilen Wertminderung führte im österreichischen Recht dazu, dass der Geschädigte einen Betrag erhielt, der zusammen mit dem Veräußerungserlös des Wracks mehr ausmachte als den Neupreis¹²³. Insoweit fand eine Überkompensation statt, die mit dem Ausgleichsprinzip nicht vereinbar ist. Als Reaktion darauf wird in Österreich nunmehr in solchen Fällen bloß die Differenz aus Wiederbeschaffungswert und tatsächlich erzielt Restwert zuerkannt¹²⁴, ohne näher darauf einzugehen, dass wegen des **Neuwagenkaufs** ein **höherer Restwert** erzielt worden ist¹²⁵.

In Deutschland werden dem gegenüber auch in einem solchen Fall fiktive Reparaturkosten zuerkannt mit der Begründung, dass einerseits Reparaturkosten- und Totalschadensabrechnung zu einem ungefähr gleichen Ergebnis führen müssen und andererseits in diesem Fall der höhere Wrackwert darauf zurückzuführen ist, dass der Geschädigte ein Neufahrzeug angeschafft hat¹²⁶. In dem **höheren Wrackwert** ist ein **versteckter Rabatt** für das **Neufahrzeug** enthalten. Das ist ein Vorteil, den sich der Geschädigte nicht anrechnen lassen muss. Um diesen Vorteil zu isolieren, gesteht man ihm zu, in diesem Fall eine Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten vorzunehmen.

Das deutsche Recht führt mit seinem **pauschalen Ansatz** typischerweise zu einer **Überentschädigung**. Das österreichische

Recht bewirkt durch sein **mechanisches Abstellen** auf die tatsächlichen Zu- und Abflüsse **weniger** als den **vollen Ausgleich**. Die Wahrheit, der Schaden des Geschädigten, liegt dazwischen. Angemessen wäre in diesem Fall, nicht auf den tatsächlich erzielten Wrackerlös abzustellen, sondern auf den vom Sachverständigen geschätzten, wobei sich dieser bei Zugrundelegung des Wertes, der bei einer Restwertbörse erzielt wird, die in Österreich von manchen Versicherern hausintern betrieben wird, womöglich gar nicht so stark unterscheiden dürfte. Sollte der Geschädigte allerdings auf einen geringeren Ersatzbetrag verwiesen werden, wäre es Sache des Anwalts des Geschädigten, auf diesen Umstand besonders hinzuweisen und eine normative Korrektur der tatsächlichen Zahlungsvorgänge zu urgieren.

II. Anforderungen an die Reparaturqualität

Durch Reparatur des beschädigten Fahrzeugs wird dem Integritätsinteresse des Geschädigten typischerweise in höherem Maß entsprochen als durch Verweisung auf die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs. Häufig wird der Ersatzpflichtige dadurch freilich erheblich stärker belastet. Während die Frage nach der **Reparaturqualität** in Österreich noch nicht diskutiert wurde, ist das in Deutschland anders. Es gibt dort eine Fülle von Entscheidungen, in denen Gerichte Sachverhalte zu beurteilen hatten, in denen die Reparatur nicht nach den Vorgaben des Sachverständigen erfolgt ist, der Geschädigte aber gleichwohl über die tatsächlichen Aufwendungen hinaus den sich aus dem Sachverständigengutachten ergebenden Betrag ersetzt verlangt hat.

Der Grund, warum die Frage der Reparaturqualität in Deutschland anders als in Österreich diskutiert wird, liegt darin, dass der BGH anders als der OGH den Ersatzanspruch nicht nach den **tatsächlichen** Aufwendungen bemisst, sondern bei Durchführung der Reparatur die im Sachverständigengutachten für erforderlich angesehenen Kosten zuerkennt, wofür eine Berufung auf § 249 Abs 2 S 1 BGB möglich ist. Es stellt sich dabei freilich die Frage, welchen Anforderungen die Reparatur zu genügen hat, insbesondere, wenn es sich um eine Selbstreparatur eines Freizeitbastlers handelt¹²⁷. Wird die geforderte Reparaturqualität nicht erreicht, erfolgt eine Verweisung auf die für den Geschädigten viel ungünstigere Totalschadensabrechnung, eine somit sehr weitreichende Rechtsfolge.

In Bezug auf die maßgebliche Reparaturqualität hat *Eggert*¹²⁸ ein 3-Stufen-Modell entwickelt, von dem der BGH in der Karosseriebaumeister-Entscheidung¹²⁹ die zweite Stufe übernommen hat.

- Betragen die Reparaturkosten nicht mehr als 70% des Wiederbeschaffungswertes, kann der Geschädigte – ohne weiteren Nachweis – **fiktive Reparaturkosten** ersetzt verlangen.
- In der Marge zwischen **70 und 100%** muss das Fahrzeug soweit wieder instand gesetzt werden, dass es **betriebs- und verkehrssicher** ist.
- In der Marge zwischen **100 und 130%** muss es sich um eine **umfassende und fachgerechte** Reparatur handeln.

Steht nunmehr fest, dass der im Sachverständigengutachten ausgewiesene Betrag auch dann verlangt werden kann, wenn nicht alle, insbesondere die optische Schäden nicht beseitigt sind, wenn die im Sachverständigengutachten ausgewiesenen Reparaturkosten nicht mehr ausmachen als der Wiederbeschaffungswert, so ist nach wie vor offen, welche Anforderungen an eine umfassende und fachgerechte Reparatur in der Marge zwi-

schen 100 und 130% zu stellen sind. Die OLG legen dabei unterschiedlich strenge Maßstäbe an. Während das OLG Stuttgart¹³⁰ etwa beanstandete, dass eine Lackierung nicht gleichmäßig aufgetragen worden sei – **Schwaben** sind eben gründlich – hielt es das OLG Düsseldorf¹³¹ für tolerabel, wenn nach der Reparatur der Airbag gefehlt hat oder gebrauchte Ersatzteile verwendet worden sind¹³² – **Rheinländer** sehen das etwas großzügiger.

Aus dieser deutschen Rechtsprechung ist für das österreichische Recht immerhin soviel zu gewinnen, dass bei tatsächlicher Durchführung der Reparatur unterhalb des vom Sachverständigen vorgesehenen Reparaturniveaus mit der Zuerkennung der **tatsächlichen Aufwendungen nicht der gesamte Schaden** voll angemessen abgegolten ist. Mit der Zuerkennung der Werkstattkosten de luxe findet im deutschen Recht in solchen Konstellationen gewiss eine Überkompensation statt. Die Beschränkung auf die tatsächlichen Aufwendungen im österreichischen Recht ist aber zu wenig. Welcher Zuschlag zu den tatsächlichen Aufwendungen in Betracht kommt, ist im Folgenden näher zu klären:

III. Billigreparatur, nunmehr häufig im benachbarten Ausland aufgrund der Öffnung der Ostgrenzen

Dass der Geschädigte das beschädigte Fahrzeug mit geringeren Kosten reparieren kann, ist nicht bloß ein ausgerissener Ausnahmefall, sondern kommt durchaus häufig vor. Möglichkeiten dazu gibt es vielfältiger Natur:

- Reparatur nicht in der nächstgelegenen Markenwerkstätte, sondern in einer kleinen oder freien Werkstätte, einer solchen im Umland oder im benachbarten osteuropäischen Ausland
- Verwendung gebrauchter Ersatzteile oder solcher vom Baumarkt bzw. Anwendung alternativer Reparaturmethoden
- Beseitigung bloß der Gebrechen, die für die Betriebs- und Verkehrssicherheit von Bedeutung sind, Verzicht auf die Behebung optischer Defizite

Nach deutschem Recht würde in solchen Fällen dann, wenn die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen, der ungeschmälerter sich aus dem Sachverständigengutachten ergebende Betrag vom Geschädigten verlangt werden können. Begründet wird das Ergebnis damit, dass die Reaktion des Geschädigten eine **überobligationsgemäße Verhaltensweise** sei, die nicht den Schädiger entlasten dürfe.

In Österreich erfolgt demgegenüber eine Verweisung auf die **tatsächlich angefallenen** Kosten. Bei einer billigeren Reparatur in Afghanistan wurde ausgesprochen, dass die Verweisung auf die tatsächlichen Kosten lediglich zur Voraussetzung habe, dass die **Betriebssicherheit** des Fahrzeugs wieder hergestellt sei¹³³. Andere Entscheidungen¹³⁴ nehmen eine Begrenzung auf die tatsächlich angefallenen Kosten nur dann vor, wenn das Fahrzeug auch vollständig und ordnungsgemäß repariert worden ist. Die außergerichtliche Praxis lässt – um es überspitzt auszudrücken – mit sich reden, dem Geschädigten auch die Fahrtkosten zur Werkstätte nach Bratislava zu ersetzen, wenn dadurch die Reparatur um ein Drittel der Kosten in Wien durchgeführt worden ist.

Unter dem Gesichtspunkt der voll angemessenen Abgeltung der Einbuße des Geschädigten erscheint das zu wenig. Wer bei Veräußerung offen legt, dass sein Fahrzeug in **Afghanistan repariert** wurde, bei dem wird ein potentieller Käufer neben der üblichen merkantilen Wertminderung noch einen **weiteren Abschlag** heraushandeln und durchsetzen können, weil aus der

Sicht eines solchen Käufers das zusätzliche Risiko besteht, dass die Reparaturqualität in Afghanistan mit der österreichischen doch nicht ganz mithalten kann.

Selbst wenn es sich um eine vollständige und ordnungsgemäße Reparatur handelt, ist den Gründen nachzugehen, warum der Geschädigte die Reparatur mit geringeren Kosten durchführen konnte. Hat sich der Sachverständige geirrt und den Schaden zu hoch taxiert, ist eine Rückführung auf die tatsächlich angefallenen Kosten nicht zu beanstanden. Liegt es aber darin, dass der Geschädigte zusätzliche Mühe investiert hat, ist nicht einzusehen, dass diese **Mühewaltung ausschließlich dem Ersatzpflichtigen** zugute kommen soll.

Der mit der Schadensbeseitigung verbundene **Zeitaufwand** wird grundsätzlich als **nicht ersatzfähiger Schadensposten** angesehen. Im deutschen Recht zieht man daraus die Konsequenz, dass dem Geschädigten auch keine besonderen zeitlichen Mühen aufzulasten sind und er nach der Vorgehensweise zu entschädigen ist, die er ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit wählen hätte dürfen¹³⁵. Wenn man im österreichischen Recht auf die **tatsächlichen** Aufwendungen abstellt, wäre darüber nachzudenken, jedenfalls die Mühewaltung abzugelten, die über die normale Belastung mit der Schadensbeseitigung hinausgeht. Ansatzpunkte dazu gibt es in der OGH-Judikatur durchaus:

So wurde in der Leitentscheidung SZ 51/7 ausgesprochen, dass die Mühewaltung bei der Schadensbeseitigung als Aufwendung nach den Regeln der **Geschäftsführung ohne Auftrag** ersatzfähig sei¹³⁶. Auch im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag beginnt sich die Ansicht durchzusetzen, dass nicht bloß bei geschäftsmäßiger Tätigkeit eine Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes zu erfolgen hat, sondern auch bei Tätigkeiten einer Privatperson, die am Markt nicht ohne Entgelt erbracht werden¹³⁷.

In Fortführung dieser Rechtsprechung wären dann nicht nur die Fahrtkosten von Wien nach Bratislava zu vergüten, sondern auch der damit verbundene **Zeitaufwand** inkl. allenfalls anfallender Suchkosten, wobei im Interesse der größtmöglichen Vereinfachung eine pauschale Abgeltung pro Stunde zu erfolgen hätte. Die Ersparnis zwischen den Reparaturkosten in Wien und in Bratislava wird dann immerhin zwischen dem Geschädigten und dem Ersatzpflichtigen aufgeteilt: Der Geschädigte erhält die tatsächlichen Aufwendungen, soweit sie über die Wertebelastung hinausreichen, darüber hinaus aber auch einen Ausgleich dafür, wenn die Reparaturqualität dort nicht der der österreichischen Markenwerkstätte entspricht und schließlich eine Abgeltung für seinen zusätzlichen Zeitaufwand, dass er das Fahrzeug nicht bei der nächstgelegenen Werkstätte in Wien, sondern in Bratislava reparieren hat lassen.

Bei den derzeitigen Preisgefällen dürfte dabei immer noch eine beträchtliche Ersparnis gegenüber der Durchführung in einer Wiener Werkstätte für den Ersatzpflichtigen herauskommen. Als Obergrenze wäre der Ersatzanspruch grundsätzlich mit dem Betrag zu begrenzen, der bei Durchführung einer Reparatur in Wien anfallen würde¹³⁸.

In prozessualer Sicht ist darauf zu verweisen, dass der Anwalt des Geschädigten ein möglichst **präzises Vorbringen** zu erstatten hat, warum durch die tatsächlichen Kosten nicht der gesamte Schaden abgegolten ist. Die Gerichte sollten diesbezüglich freilich großzügig sein, weil es in Österreich wenige auf das Straßenverkehrsrecht spezialisierte Anwälte gibt und das Vorbringen mitunter nur den Graubereich erwischt, aber nicht stets ins

Schwarze trifft¹³⁹.

IV. Eigenreparatur

Die Eigenreparatur zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Geschädigte mit der **Bezifferung** seines Schadens schwer tut. Für das **Material** kann er typischerweise noch eine Rechnung vorlegen, mag sie auch umfänglich hinter den im Sachverständigengutachten ausgewiesenen Werten zurückbleiben, weil der Geschädigte am Baumarkt einkauft und/oder keine Markenerersatzteile verwendet oder überhaupt gebrauchte Ersatzteile einbaut. Bei den **Arbeitskraftkosten** fällt ihm die Dokumentation des Umfangs aber besonders schwer, sofern er nicht über ein Unternehmen mit einem ausgebauten Rechnungswesen verfügt. Wie wird der Ersatz im Fall einer Eigenreparatur im deutschen und österreichischen Recht bemessen?

Im **deutschen** Recht ist darauf abzustellen, ob der Geschädigte über eine **Betriebswerkstätte** verfügt oder nicht¹⁴⁰. Namentlich Verkehrsbetriebe haben Betriebswerkstätten eingerichtet, die sich ausschließlich mit der Reparatur der Fahrzeuge des Verkehrsbetriebs beschäftigen. Diese können lediglich die jeweils anfallenden **Selbstkosten** verlangen, die typischerweise erheblich unter den Kosten einer externen Markenwerkstätte liegen. Alle anderen Geschädigten können auf der Basis eines Sachverständigengutachtens abrechnen¹⁴¹. Bei diesen wird als Begründung ins Treffen geführt, dass ihnen eine Eigenreparatur nicht zumutbar wäre mit der Folge, dass eine gleichwohl durchgeführte als überobligationsgemäße Anstrengung zu qualifizieren ist. Die dabei erzielte Kostenersparnis soll nicht den Schädiger entlasten. Daraus leitet man ab, dass diesem Geschädigten eine Abrechnung auf Basis des Sachverständigengutachtens, somit der bei Reparatur in einer Markenwerkstätte anfallenden Kosten, zustehe.

Seit 1. 8. 2002 erfolgt gemäß § 249 Abs 2 S 2 BGB eine Kappung der **Mehrwertsteuer**, soweit diese nicht angefallen ist. Während das für einen vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten überhaupt keine Auswirkung hat, weil dieser niemals mehr verlangen konnte als den netto anfallenden Betrag, führt dies bei einem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten, somit einer Privatperson oder Behörde zu einer Verminderung des Ersatzumfangs, insbesondere bei Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes.

Der **ursprüngliche Gesetzesentwurf** sah die Kappung sämtlicher Steuern und Sozialversicherungsbeiträge vor¹⁴². Dem lag die Erwägung zugrunde, dass solche Kostenbestandteile einerseits bei einem Freizeitbastler nicht anfallen und andererseits der Betreiber der Werkstätte von diesen Entgeltsbestandteilen letztlich auch nichts habe, weil er insoweit bloß als Treuhänder des Fiskus und der Sozialversicherungsträger tätig werde. Diese im Ausgangspunkt durchaus plausible Überlegung¹⁴³ konnte aber **politisch nicht durchgesetzt** werden. Zu groß war der – gut organisierte – Widerstand der Kfz-Sachverständigen, Geschädigtenanwälte und der Autofahrerverbände, wobei auch der Haftpflichtsenat des BGH¹⁴⁴ Schützenhilfe leistete. Der Gesetzgeber hat sich schlussendlich mit einer punktuellen Lösung, nämlich der Kappung der Mehrwertsteuer bei der fiktiven Schadensabrechnung, begnügt, weil diese einfach zu handhaben sei¹⁴⁵, und die weitere Einschränkung der fiktiven Schadensabrechnung der Rechtsprechung überantwortet¹⁴⁶. Wie nicht anders zu erwarten, wird daraus freilich nichts¹⁴⁷.

Im **österreichischen** Recht wird nicht nur der Verkehrsbetrieb mit eigener Betriebswerkstätte, sondern **jeder Geschädigte** auf die **Selbstkosten** verwiesen¹⁴⁸. Ein kaufmännisches Unternehmen kann dabei noch einen Gewinnzuschlag verlangen, der

arten ein **einheitlicher Lösungsansatz** gefunden wird, ist das gewiss begrüßenswert. Im vorliegenden Kontext ist das mE auch möglich. Ob es sich um Heilungskosten für eine maltratierte Person, Reparaturkosten für ein beschädigtes Fahrzeug oder Instandsetzungskosten für ein in Mitleidenschaft gezogenes Gebäude oder eine beeinträchtigte Liegenschaft handelt, in jedem Fall gebührt ohne weiteren Nachweis Ersatz im Ausmaß der eingetretenen **Wertminderung**, soweit es sich um einen Vermögensschaden handelt.

Soweit die tatsächlichen Reparaturkosten darüber hinausgehen, kann für diese bei entsprechender Behauptung der konkreten Absicht ihrer Durchführung ein **Vorschuss** begehrt werden¹⁷⁰, über dessen widmungsgemäße Verwendung der Geschädigte gegenüber dem Ersatzpflichtigen abrechnungspflichtig ist¹⁷¹. Die bloße Behauptung, dass die beschädigte Sache noch vorhanden und eine Reparatur noch möglich ist, ist für den endgültigen Zuspruch nicht ausreichend¹⁷². Der merkantile Minderwert gebührt mE überhaupt erst nach Durchführung der Reparatur. Vor diesem Zeitpunkt ist er nicht fällig, sodass auch keine Verzugszinsen laufen können.

Praktische Probleme können sich bei einem Schaden ergeben, bei dem es sich wegen der Geringfügigkeit der Beeinträchtigung um einen **eindeutigen Reparaturschaden** handelt. Der Sachverständige wird dann weder den Wiederbeschaffungs- noch den Wrackwert ermitteln. Ohne Durchführung der Reparatur gebührt auch in einem solchen Fall lediglich die Werteinbuße. Diese kann dann annäherungsweise in der Weise ermittelt werden, dass die Reparaturkosten auf Basis eines Mindeststundenlohnes ermittelt werden. Als Anhaltspunkt für die Schätzung der Werteinbuße nach § 273 ZPO könnte vom geringsten Stundenlohn einer Fachwerkstätte ausgegangen werden, von dem noch die Steuern und Sozialversicherungsbeiträge in Abzug zu bringen wären. Soweit die außergerichtliche Praxis so verfährt, ist das grundsätzlich nicht zu beanstanden, soweit nicht noch darüber hinaus gehende Abschlüsse vorgenommen werden.

II. Im deutschen Recht

Im deutschen Recht ist die Schadensregulierung in vielfacher Weise von den bei der tatsächlichen Durchführung entstehenden Kosten abgekoppelt. Wenn man dem 3-Stufen-Modell von Eggert¹⁷³ folgt, dann ist die Zuerkennung der vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten jenseits der **70%-Grenze** davon abhängig, dass eine Reparatur **tatsächlich vorgenommen** worden ist, wobei es zwischen 70 und 100% auf die Herstellung der Verkehrs- und Betriebssicherheit ankommt, während in der Marge zwischen 100 und 130% eine fachgerechte und umfassende Reparatur verlangt wird. Die über die Totalschadensabrechnung hinausreichenden Beträge werden dem Geschädigten deshalb zuerkannt, weil zu respektieren ist, dass ihm am **Erhalt des vertrauten Fahrzeugs** in besonderer Weise gelegen ist.

Wenn allerdings der Geschädigte das Fahrzeug im **zeitlichen Naheverhältnis** nach Durchführung der **Reparatur** veräußert, wird deutlich, dass es ihm daran offenbar doch nicht so sehr ankam. Die Folge ist, dass der Ersatzpflichtige trotz durchgeführter Reparatur in einem solchen Fall den Geschädigten auf die für diesen viel nachteiligere Totalschadensabrechnung verweisen kann¹⁷⁴. Womöglich wird sogar die bereits abgeschlossene Schadensregulierung dann wieder aufgerollt. Misslich daran ist, dass bis jetzt höchstrichterlich ungeklärt ist, wie lange diese **Schamfrist** zu bemessen ist.

Das OLG Düsseldorf hat sich in einer jüngeren E¹⁷⁵ darum bemüht, die mit dieser Rechtsprechung verbundene Rechtsunsicherheit möglichst in Grenzen zu halten. Abgestellt wird darauf, ob der Geschädigte im **Zeitpunkt** der Inangriffnahme der **Reparatur** die Absicht hatte, das Fahrzeug für den weiteren **eigenen Gebrauch** instandsetzen zu lassen. Dieser Wille soll nicht mit einem Lügendetektor, sondern anhand der Kriterien ermittelt werden, die für die abstrakte Nutzungsentschädigung gelten.

Ich habe demgegenüber einen noch **weitergehenden Vorschlag** gemacht, dass man auf eine solche Schamfrist überhaupt verzichten sollte¹⁷⁶. Sofern der Geschädigte die Reparatur mit dem geforderten Qualitätsstandard nachweisen kann, soll er den sich daraus ergebenden Ersatzbetrag endgültig behalten können, wie immer er in der Folge mit der Sache verfährt. Auch ohne schädigendes Ereignis wäre er in seiner Dispositionsbefugnis nicht eingeschränkt gewesen. Da die derzeitige **deutsche Rechtsprechung nicht überzeugt**, sollte diese für das österreichische Recht keinesfalls übernommen werden.

G. Totalschadensabrechnung

Bei der Totalschadensabrechnung gibt es in Österreich – im Gegensatz zu Deutschland – kaum Probleme. Ich kann mich daher insofern auf einige Einzelprobleme beschränken:

I. Der maßgebliche Referenzwert

Ungeachtet des Umstands, dass die Mehrzahl der Gebrauchtwagenkäufe von Privat zu Privat abgewickelt werden¹⁷⁷, hat der Kfz-Sachverständige nach der Judikatur des Höchstgerichts – in Deutschland¹⁷⁸ wie in Österreich¹⁷⁹ – den Wiederbeschaffungswert nach dem Kauf bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler mit Werkstattgarantie zu ermitteln. In einer unveröffentlichten Entscheidung¹⁸⁰ hatte der OGH die Frage zu klären, ob bei einer Abrechnung auf Neuwagenbasis auf den **Listenpreis** abzustellen ist oder Rabatte davon in Abzug zu bringen sind. Der OGH entschied, dass ein handelsüblicher Rabatt abzuziehen sei, soweit ein solcher nach § 2 RabG erlaubt sei.

Mittlerweile ist das Rabattgesetz aufgehoben, sodass diese Begrenzung weggefallen ist. Da der Zeitaufwand im Zuge der Schadensbeseitigung nicht als erstattungsfähige Aufwendung anerkannt wird, wird man an den Geschädigten keine allzu großen Anforderungen stellen dürfen, bei einem Deckungsgeschäft um den Kaufpreis zu **feilschen** bzw. sich bei **mehreren Anbietern** schlau zu machen, welcher den weitestgehenden Nachlass gewährt.

II. Begrenzung auf den vom Sachverständigen geschätzten Wert bei Totalschadensabrechnung?

Bei den Reparaturkosten ist es im deutschen Recht anerkannt, dass der Geschädigte zwischen der Abrechnung auf Basis des Sachverständigengutachtens und der Vorlage der konkreten Reparaturrechnung wählen kann¹⁸¹. Im österreichischen Recht wird der Geschädigte bei der **Reparaturkostenabrechnung** von vorneherein auf die **tatsächlich** anfallenden Kosten verwiesen. Wie verhält es sich aber im Fall der **Ersatzbeschaffung**?

Einerseits wird der Totalschadensfall als Unterfall der Vergütung des Schätzwertes nach § 1332 ABGB angesehen. Andererseits wird betont, dass auch die Ersatzbeschaffung eine Ausprägung der Naturalrestitution im Sinn des § 1323 ABGB darstellt. Wenn

einem Nichtkaufmann versagt wird¹⁴⁶. Dem Grunde nach ist das durchaus zu billigen, wenn **sämtliche Aufwendungen** des Geschädigten **erfasst** und **voll angemessen abgegolten** werden¹⁵⁰. Die Rechtsprechung läuft freilich Gefahr, über das Ziel hinauszuschießen, indem sie den Geschädigten auch dann auf die geringeren tatsächlichen Kosten verweist, wenn seine Werteinbuße mehr ausmacht¹⁵¹.

Aus dem spärlichen Rechtsprechungsmaterial sei ein Fall¹⁵² pars pro toto herausgegriffen: Der Eigentümer eines beschädigten Porsche legte selbst Hand an. Wie in zwei Leitentscheidungen zum deutschen Recht¹⁵³, handelte es sich auch hier um einen **Porsche**, sodass man mit Fug und Recht aussprechen kann: Um wie viel ärmer wäre das Schadensrecht, wenn es keine – beschädigten – Porsche gäbe! Zurück zum konkreten Sachverhalt: Die Arbeitskraftkosten haben den Hauptteil der vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten ausgemacht, von ATS 23.879,- nämlich ATS 18.418,-¹⁵⁴. Das Gericht orientierte die Bemessung dieses Schadenspostens bei der Selbstreparatur am Lohn eines **Pfuschers**, was zum Zuspruch von ca. 25% des Arbeitslohnes einer Werkstätte, nämlich ATS 4.650,-, führte. Das erscheint mE gar wenig, selbst wenn man die unterschiedliche Kostenstruktur zwischen dem Betreiber einer Werkstätte und einem Freizeitbastler berücksichtigt.

So sehr die Maßgeblichkeit des Porschezentrums in der DEKRA-Entscheidung des BGH¹⁵⁵ zu einer **Überentschädigung** führt¹⁵⁶, so wenig angemessen erscheint der Pfuscherlohn in der österreichischen Entscheidung. Um nicht nur zu kritisieren, sondern auch einen konstruktiven Gegenvorschlag zu machen, könnte als Schätzungsgrundlage nach § 273 ZPO der **Stundensatz** einer Werkstätte abzüglich **Steuern** und **Sozialversicherungsbeiträgen** herangezogen werden, wobei die Benutzung von Werkzeug und Räumlichkeiten mit einem weiteren Aufschlag zu berücksichtigen wäre. Beim Stundenlohn der Werkstätte wäre derjenige durchaus sachgerecht, den die DEKRA in Deutschland als Mittelwert aller Marken- und freien Werkstätten ermittelt. Vertretbar wäre allenfalls noch der geringste Stundenlohn einer Werkstätte, aber keinesfalls der – wie auch immer ermittelte – Pfuscherlohn¹⁵⁷.

Darüber hinaus soll auf einen weiteren Punkt nachdrücklich hingewiesen werden. Solche Bemessungsprobleme sollten sich überhaupt nur im Bereich zwischen der Wertminderung nach Totalschadensabrechnung und den höheren fiktiven Reparaturkosten auf der Basis des Sachverständigengutachtens stellen. Die **Werteinbuße** auf der Basis der Totalschadensabrechnung stellte für *Apathy*¹⁵⁸ den **Mindestersatz** dar¹⁵⁹. Sein Anliegen war die Kappung der darüber hinaus gehenden fiktiven Reparaturkosten, nicht aber eine weitere Beschneidung des Ersatzanspruchs des Geschädigten, wenn dieser die Reparatur mit geringeren Kosten durchführt, als bei der Totalschadensabrechnung herausgekommen wäre. Die Zugrundelegung des Pfuscherlohnes dürfte aber zu einem derartigen Ergebnis geführt haben.

F. Bedeutsamkeit des Zeitpunkts der Abrechnung, vor oder nach Durchführung einer Restitutionsmaßnahme

I. Im österreichischen Recht

Bereits vor der von *Apathy* ausgeführten Judikaturwende hat der OGH ausgesprochen, dass **vor Durchführung** einer Reparatur deren angemessene Kosten ersatzfähig sind, **nach** ihrer Durchführung aber die – mitunter geringeren – **tatsächlichen**¹⁶⁰. Es stellt sich die Frage, wie diese Rechtsprechung entstehen konnte, ob sie rational ist und nach der Ablehnung des Zuspruchs fik-

tiver Reparaturkosten aufrechtzuerhalten ist. Schlussendlich soll auf die Berechtigung von Unterschieden zwischen Kfz- und Liegenschaftsschäden eingegangen werden.

Ein rationales Argument dafür, dass vor Durchführung einer Reparatur die angemessenen Reparaturkosten gebühren, danach aber nur die tatsächlichen, könnte darin liegen, dass man vor Durchführung der Reparatur **keinen besseren Kenntnisstand** hat. Keinesfalls damit vereinbar ist freilich, dass auf diese Weise Schadensposten zuerkannt werden, wie etwa die **Umsatzsteuer**, wenn diese nach Durchführung niemals ersatzfähig sein könnten¹⁶¹. Evident falsch ist es umgekehrt auch, wenn der Geschädigte die Reparatur durchführen lässt, der Werklohnanspruch des Vertragspartners des Geschädigten, der die **Reparatur** durchgeführt hat, **verjährt** ist und der Schadenersatzanspruch unter Berufung auf die Begrenzung des Schadenersatzanspruchs auf die tatsächlichen Kosten zur Gänze abgewiesen wird¹⁶². Jedenfalls im Ausmaß der Wertminderung kann es darauf nicht ankommen.

Da ein Sachverständiger, namentlich wenn er Vertragspartner des Geschädigten ist, im Zweifel die Reparaturkosten großzügig schätzt bzw. der Geschädigte häufig ein beträchtliches Einsparungspotenzial hat, wird auf diese Weise ein Anreiz für den Geschädigten ausgeübt, die Schadensregulierung möglichst vor Durchführung der Reparatur abzuschließen, mit anderen Worten, die **Reparatur** einstweilen **hinauszuschieben**. Das ist aus seiner Warte häufig wenig erfreulich, weil es auf diese Weise zu Folgeschäden kommen kann. Wird die Sache nicht repariert, kann sie der Geschädigte häufig nicht nutzen.

Umgekehrt wird für den **Ersatzpflichtigen** ein **wenig rationaler Anreiz** zum Ausspionieren, ob entgegen den aufgestellten Behauptungen der Geschädigte die Reparatur womöglich doch schon durchgeführt hat, bzw. zur Verschleppung der Schadensregulierung geschaffen. Zögert der Ersatzpflichtige die Begleichung der Ersatzforderung hinaus, muss er zwar möglicherweise für Folgeschäden einstehen. Da der Geschädigte die Reparatur in der Folge aber womöglich mit geringeren Kosten behebt, fällt nach dieser Rechtsprechung seine Gesamtbelastung u.U. trotzdem geringer aus. Er handelt somit rational.

Abgesehen von diesem negativen Anreizmoment spricht auch das Verhältnis von Restitutions- und Kompensationsinteresse gegen eine solche Differenzierung. Durch das **Kompensationsinteresse** soll bloß ein **Mindestersatz** zuerkannt werden, der dem Geschädigten jedenfalls zusteht¹⁶³. Wenn er sein **Restitutionsinteresse** betätigt, soll er keine Abstriche von diesem Mindestersatz machen müssen. Es kann aber sein, dass sein Ersatzanspruch darüber hinaus geht. Diese durchaus sachgerechte Abstufung würde geradezu auf den Kopf gestellt, wenn der Geschädigte vor Durchführung der Reparatur einen typischerweise weiterreichenden Ersatzanspruch geltend machen könnte.

Lehnt man die Zuerkennung fiktiver Reparaturkosten ab, ist es folgerichtig, es dem Geschädigten zu versagen, vor Durchführung einer Reparatur die Zuerkennung angemessener Reparaturkosten verlangen zu können¹⁶⁴. Während das bei **Kfz-Schäden** mittlerweile auch umgesetzt wird¹⁶⁵, verfährt der OGH bei **Liegenschaftsschäden** gegenteilig¹⁶⁶. Dort genügt für das endgültige Behalten die Feststellung¹⁶⁷ bzw. Behauptung¹⁶⁸, dass der Geschädigte die Absicht hat, eine bestimmte Reparaturmaßnahme durchführen zu wollen. Bemüht wird dabei mitunter auch die Parallele zu den **fiktiven Heilungskosten**¹⁶⁹.

Soweit für ein bestimmtes Sachproblem für einzelne Anspruchs-

man letzteres zu Recht bejaht, muss dem Geschädigten auch insoweit ein Recht zu **konkreter Abrechnung** zustehen. Dieses Problem stellte sich in der OGH-Entscheidung ZVR 1987/94: Der Wiederbeschaffungswert eines LKWs in Griechenland wurde vom Sachverständigen auf ATS 305.000,- geschätzt, wobei der Sachverständige zugestanden hat, dass es in Griechenland keine Gebrauch-LKWs gibt und ein solcher aus Deutschland besorgt werden hätte müssen. Der Geschädigte tätigte einen Deckungskauf in Deutschland, veranlasste eine Teilreparatur in Österreich und adaptierte den LKW in Griechenland, wofür er in Summe ATS 437.000,- ausgab. Der OGH begrenzte den Anspruch auf ATS 305.000,-, weil es auf den Ort der Beschädigung ankomme.

Möglicherweise wurde der Schaden einmal mehr zu **mechanisch** ermittelt. Zunächst fragt man sich, wie der Sachverständige zu einem Wiederbeschaffungswert von ATS 305.000,- in Griechenland kommt, wenn es dort keinen Gebrauchtwagenmarkt gibt. Selbst wenn dieser Wert zutreffend sein sollte, wären jedenfalls die **Adaptierungsarbeiten** wie etwa das Aufmalen von Aufschrift und Firma des Transportunternehmens ersatzfähig gewesen, weil es auf dem deutschen Markt gewiss kein Fahrzeug gegeben hat, das diesen Anforderungen genügt hätte. Sofern der Geschädigte einen Deckungskauf tätigt, durch den er eine Ersatzlage herstellt, muss es ihm möglich sein, über den vom Geschädigten geschätzten Wiederbeschaffungswert hinaus die **konkreten Aufwendungen** ersetzt zu bekommen¹⁶². Und das gilt nicht nur bei einer Anschaffung durch einen Unternehmer.

III. Überkompensation durch Zubilligung des fiktiven Wiederbeschaffungswertes

Sowohl die deutsche¹⁶³ als auch die österreichische¹⁶⁴ Rechtsprechung legen bei der Totalschadensabrechnung den Wiederbeschaffungswert zugrunde, unabhängig davon, ob der Geschädigte irgend eine Restitutionsmaßnahme ergreift. Dadurch kommt es zu einer **Überkompensation** insoweit, als der Geschädigte durch das schädigende Ereignis einen Sach- in einen Geldwert auf Basis eines Wertmaßstabes umwandeln kann, der ihm ohne schädigendes Ereignis nicht zugute käme. Würde der Geschädigte ohne schädigendes Ereignis das Kraftfahrzeug veräußern, bekäme er lediglich den Händlereinkaufspreis, somit 10–20% weniger als den Wiederbeschaffungswert, den die Höchstgerichte zugrundelegen.

Es wäre deshalb sachgerecht, in einem Fall, in dem der Geschädigte auf **jegliche Restitution** verzichtet, vom geringeren Händlereinkaufspreis auszugehen¹⁶⁵. Sofern der Geschädigte aber das total beschädigte Fahrzeug gleichwohl reparieren lässt oder ein Gebrauch- bzw. Neufahrzeug anschafft, setzt er eine Restitutionsmaßnahme, sodass es angemessen ist, weiterhin vom Wiederbeschaffungswert auszugehen.

IV. Sensibilisierung in Bezug auf die Mehrwertsteuer durch das 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz in Deutschland – § 249 Abs 2 S 2 BGB

Im deutschen Recht hat der Gesetzgeber durch den berühmten Federstrich in die fiktive Schadensabrechnung eingegriffen und in § 249 Abs 2 S 2 BGB angeordnet, dass die **Mehrwertsteuer** nur noch insoweit ersatzfähig ist, als sie **tatsächlich angefallen** ist. Die inzwischen erfolgte intensive Beschäftigung mit dem Zusammenspiel von Mehrwertsteuer und Schadensrecht¹⁶⁶ hat Ergebnisse gezeitigt, die ungeachtet der unterschiedlichen gesetzgeberischen Regelung auch für das österreichische

Recht bedeutsam sind. Es ist zunächst die deutsche Regelung darzustellen, ehe auf die für das österreichische Recht maßgeblichen Schlussfolgerungen hinzuweisen ist.

Wenn ein Gebrauchtwagenhändler ein Fahrzeug von einer nicht vorsteuerabzugsberechtigten Person erwirbt, also von einer Privatperson oder einer Behörde, unterliegt bei der Weiterveräußerung an eine Privatperson nicht der gesamte Veräußerungspreis der Umsatzsteuer, sondern gemäß § 25a dUStG bzw. § 24 öUStG lediglich die **Handelsspanne**. Damit diese der Veräußerer dem Käufer nicht offen legen muss, verbietet das Gesetz den offenen Ausweis der Mehrwertsteuer. Der Gebrauchtwagenhändler, mit dem der potentielle Käufer um den Kaufpreis feilscht, könnte ansonsten in eine schwierige Lage geraten. Einerseits behauptet er, beim konkreten Geschäft ohnehin nichts mehr zu verdienen, andererseits würde bei offenem Ausweis der Umsatzsteuer auf die Handelsspanne der Käufer mit der Nase darauf gestoßen, wie groß die Spanne in Wahrheit ist.

Beim Wiederbeschaffungswert eines Gebrauchtfahrzeugs kommen demgemäß **drei Konstellationen** in Betracht. Hochpreisige neuwertige Fahrzeuge unterliegen dem vollen Mehrwertsteuersatz. Im Normalfall fällt Mehrwertsteuer lediglich auf die Handelsspanne an, somit durchschnittlich in Höhe von ca. 2% des Veräußerungswertes. Der Wiederbeschaffungswert von älteren niedrigpreisigen Fahrzeuge enthält überhaupt keine Umsatzsteuer, weil sie typischerweise nur noch von einer Privatperson, aber nicht mehr von einem Händler erworben werden können. In Deutschland ist dazu jüngst eine Präzisierung durch die Schwacke-Liste¹⁶⁷ erfolgt.

Berichtenswert ist darüber hinaus, dass sowohl der **Restwert** als auch der **merkantile Minderwert** eines Verbrauchers keine Umsatzsteuer enthalten. Der Bewertung zugrunde zu legen sind jeweils Veräußerungsgeschäfte eines Verbrauchers; und diese sind kein umsatzsteuerbarer Vorgang, mag der Verbraucher ein Veräußerungsgeschäft mit einem anderen Verbraucher oder einem Unternehmer tätigen.

Für das **österreichische Recht** sind diese Ausführungen insoweit bedeutsam, als dem vorsteuerabzugsberechtigten Unternehmer letztlich nur der **Nettowert** zusteht. Mag bisher stets ein Abzug in Höhe des vollen Mehrwertsteuersatzes vorgenommen worden sein, so ist diese pauschale Vorgehensweise von nun an überprüfungsbedürftig. Darüber hinaus ist – wie im deutschen Recht – sowohl der Restwert als auch der merkantile Minderwert eines Verbrauchers stets netto zu bemessen.

V. Streit um den Restwert in Deutschland und Österreich

In Deutschland tobt seit mehr als 10 Jahren ein heftiger Streit um die richtige Ermittlung des Restwertes. Der BGH¹⁶⁸ räumt dem Geschädigten die Möglichkeit ein, nach Einholung eines Schätzgutachtens des von ihm betrauten Sachverständigen das Wrack beim örtlichen Kfz-Händler zu veräußern oder bei Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs in Zahlung zu geben. Der Sachverständige hat bei seiner Schätzung von dem dabei erzielbaren durchschnittlichen Wert auszugehen. Da der örtliche Kfz-Händler das Wrack an einen spezialisierten Restwertaukäufer weiterveräußern und dabei auch noch etwas verdienen will, ist der von ihm dem Geschädigten gebotene Kaufpreis zumindest um seine Handelsspanne geringer als der Preis, den ein **spezialisierte Restwertaukäufer** dafür bietet.

Der gegnerische Haftpflichtversicherer ist demgegenüber daran interessiert, dass der Geschädigte das Wrack direkt an den spezialisierten Restwertaukäufer veräußert, und zwar nicht bloß an

irgend einen solchen, womit eine Handelsstufe übersprungen würde, sondern an den **Bestbieter**, der unter Heranziehung der **Restwertbörsen** im Internet ermittelt wird. Nur wenn es dem Haftpflichtversicherer gelingt, dem Geschädigten ein bindendes Angebot auf dem Silbertablett **vor dessen Disposition** zu unterbreiten, muss sich der Geschädigte darauf einlassen. In vielen Fällen, ja man wird sagen müssen, im Regelfall, kommt der Haftpflichtversicherer in Deutschland zu spät. Anders als im österreichischen Recht muss sich der Geschädigte nämlich keinen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorwerfen lassen, wenn er nach Einholung des Sachverständigengutachtens über das Wrack verfügt, ohne den gegnerischen Haftpflichtversicherer vom Schadensfall auch nur informiert zu haben¹⁸⁹.

Solche Malaisen können im österreichischen Recht nicht entstehen, weil der **Sachverständige** des Haftpflichtversicherers den Restwert – unter Berücksichtigung der von manchen Versicherern selbst organisierten Restwertbörsen – ermittelt. Da der Sachverständige nicht vom Geschädigten betraut wird, sondern als Vertragspartner des Versicherers tätig wird, ist es erklärbar, dass in Deutschland eine **heftige Auseinandersetzung** tobt, während in Österreich **Friede** herrscht. Indiz dafür ist, dass es in den letzten 10 Jahren nicht eine einzige Gerichtsentscheidung dazu gibt.

H. Straßenverkehrsunfälle mit internationalem Bezug

Kommt es auf österreichischem Hoheitsgebiet zu einem Straßenverkehrsunfall mit internationalem Einschlag, ist nach Art 3 des Haager Straßenverkehrsübereinkommens grundsätzlich österreichisches Recht anzuwenden¹⁹⁰. Danach beurteilt sich, **welche Schadensposten ersatzfähig** sind. Mag der Geschädigte auch deutscher Staatsbürger sein oder seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland haben, kann er für den **bloßen Gebrauchsentgang** – anders als nach deutschem Recht – keine Nutzungsentschädigung verlangen, weil dieser Nachteil im österreichischen Recht als nicht ersatzfähige ideelle Einbuße qualifiziert wird. Die Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten kommt dem gegenüber durchaus in Betracht. Hat aber der Geschädigte als Halter des Fahrzeugs mit einem (österreichischen) Versicherungsunternehmen eine Kfz-Haftpflichtversicherung abgeschlossen, in der er nach dem Spalttarif auf den Ersatz von Mietwagenkosten verzichtet hat, sind auch solche nicht ersatzfähig.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, auf welche **Marktverhältnisse** bei der Ermittlung der jeweiligen Werte abzustellen ist. Für die Kategorien des Wiederbeschaffungswertes¹⁹¹, der Reparaturkosten¹⁹² und des merkantilen Minderwertes¹⁹³ hat der OGH zutreffend auf den Ort abgestellt, wo der Geschädigte wegen seines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltsortes die entsprechende Restitution bzw. Veräußerung durchführt. Dort wird er eine Wiederbeschaffung tätigen, die Sache reparieren lassen oder im Fall des merkantilen Minderwertes eine potentielle Veräußerung nach Durchführung der Reparatur tätigen. Entgegen der Ansicht von *Kozja*¹⁹⁴ und in Übereinstimmung mit dem OGH ist die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung**, die zu einem Abstellen auf die Verhältnisse am Unfallort führen würde, der **verfehlte Lösungsansatz**. Wie bei objektiv-abstrakter Schadensberechnung nicht davon zu abstrahieren ist, welcher Handelsstufe der Geschädigte angehört, ist auch nicht von dessen Wohnsitz bzw. gewöhnlichem Aufenthalt zu abstrahieren.

In zwei der drei vom OGH zu beurteilenden Sachverhalte hat das zu einer Anhebung des Ersatzbetrags geführt, weil der Geschä-

digte seinen Wohnsitz in Deutschland hatte, wo die maßgeblichen Werte über denen in Österreich lagen. Es ist freilich darauf zu verweisen, dass die EU-Erweiterung mit der wachsenden Anzahl von **Verkehrsteilnehmern** aus **Osteuropa** und der damit einhergehenden Zunahme der Straßenverkehrsunfälle mit Geschädigten aus diesen Staaten dazu führen wird, dass sich derartige Fragen häufiger stellen werden. Bei Geschädigten aus Osteuropa wird das zu einer gegenüber dem Abstellen auf die österreichischen Werte geringeren Belastung für den Haftpflichtversicherer führen.

I. Resümee

Ich versuche ein kurzes Resümee: Das Kfz-Schadensrecht ist nach wie vor eine **nationale Domäne**. Der Blick ins benachbarte Ausland kann trotzdem hilfreich sein. Nach **Deutschland** deshalb, weil der kleine Bruder mitunter vom großen etwas lernen kann. Das Anschauungsmaterial ist dort erheblich größer, was nicht nur an der Anzahl der Menschen und der Verkehrsunfälle liegt, die jeweils ca. mit dem Faktor 10 zu quantifizieren sind, sondern auch an der umfassenderen Dokumentation in Fachzeitschriften, was einher geht mit einer heftigeren Auseinandersetzung in der Literatur. Es ist aber auch der Blick nach **Osten** zu richten, weil billigere Reparaturkosten und höhere Wrackerlöse faktischen Einfluss auf die Regulierungskosten haben. Ein solches Schweifen des Blickes über die Grenzen ist wohl auch aufgrund des **genius loci** angezeigt, findet doch die Tagung in einem Tal statt, das schon lange in der Geschichte eine Verbindung hergestellt hat zwischen Deutschland und Südosteuropa.

Abschließend will ich darauf hinweisen, dass die Position der Haftpflichtversicherer in Österreich eine viel stärkere ist als in Deutschland, weil die Kfz-Sachverständigen als ihre Vertragspartner tätig und nicht vom Geschädigten betraut werden. Die **österreichischen Haftpflichtversicherer** sind deshalb in der Lage, manche **Effizienzpotenziale** auszuschöpfen, was den deutschen Haftpflichtversicherern aufgrund der weniger versicherungsfreundlichen Rechtsprechung und der anderen Einbindung der Sachverständigen verwehrt ist. Bedenken Sie aber stets, von wem immer Sie Ihr Mandat sowie Ihr Honorar erhalten, Sie haben als unabhängiges und nur der Wahrheit verpflichtetes Organ die **Interessen beider Parteien** angemessen zu berücksichtigen!

Anmerkungen:

- 1 Um Fußnoten erweiterte Fassung eines Vortrags, gehalten am 22. 1. 2004 am Internationalen Fachseminar „Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden“ in Bad Hofgastein. Für die Hilfe bei der Materialsammlung danke ich *Dr. Alexander Wittwer*.
- 2 Dazu demnächst *Ch. Huber*, Der merkantile Minderwert, Festschriftbeitrag.
- 3 Anders die Rechtslage in Deutschland, wo das Ausmaß der ersatzfähigen Mietwagenkosten nicht zuletzt wegen des besonders hohen Unfallersatztarifs der Mietwagenunternehmen, bei dem unter anderem der Einzug der diesbezüglichen Forderung gegenüber dem Kfz-Haftpflichtversicherer übernommen wird, für erbitterte Auseinandersetzungen gesorgt hat. Dazu BGH NJW 1996, 1958 sowie *Lemcke*, in: *van Bühren* (Hrsg.), Anwaltshandbuch Verkehrsrecht (2003) Teil 3 Rn 231 ff.
- 4 Aus der Diskussion der letzten Jahre: *Apathy*, Der Ersatz von Kosten eines Reservefahrzeuges, ZVR 1989, 257 ff; *Ch. Huber*, Betriebsreservekosten – Einordnung in das Schadenersatzrecht, *ecolex* 1997, 77 ff; *Fötschi*, Reservehaltungskosten und Geschäftsführung ohne Auftrag ZVR 2003, 220 ff.
- 5 Auch dieses Problem stellt sich in Österreich – im Gegensatz zu

- Deutschland – kaum, steht doch in der Alpenrepublik der Kfz-Sachverständige zumeist entweder im Sold eines Kfz-Haftpflichtversicherers bzw. wird er als dessen Vertragspartner tätig, während er in Deutschland auf Seite des Geschädigten steht und von diesem betraut wird. Zum Streitstand in Deutschland *Lemcke*, in: *van Bühren* (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht Teil 3* Rn 290 ff.
- 6 *Eggert*, *Der Fahrzeugschaden – Abrechnung auf Neukauf-, Reparaturkosten- und Totalschadensbasis*, ZAP 1997, Fach 9, 451.
 - 7 Überlegungen zum wirtschaftlichen Totalschaden, ZVR 1991, 359.
 - 8 OGH JBI 1990, 718 (*Ch. Huber*); zu den Abweichungen bei bloßer Behauptung der Absicht der Durchführung einer Reparatur OGH SZ 68/101; RdW 1997, 12; 20.6.1996, 6 Ob 2075/96g.
 - 9 OGH 20. 6. 1996, 6 Ob 2075/96g; 10. 3. 1998, 5 Ob 47/98t; 9. 6. 1998, 10 Ob 113/98K; bbl 2000/106.
 - 10 OGH SZ 68/101; 11. 6. 1996, 7 Ob 2062/96b; bbl 2000/106.
 - 11 *Apathy*, EKHG (1992); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB² (1992); *Harer* in *Schwimmann*, ABGB² Band 7 (1997); *Koziol*, *Haftpflichtrecht P* (1997), II (1984).
 - 12 Die einschlägigen Aufsätze der letzten 20 Jahre lassen sich an den Fingern einer Hand aufzählen: *Apathy*, *Merkantile Wertminderung unter besonderer Berücksichtigung der Bagatellschäden*, ZVR 1988, 289 ff; *Messiner*, *Die Reparaturkosten – Schadensablöse*, ZVR 1985, 37 ff; *Schmidt/Faast/Stögerer*, *Der merkantile Minderwert von Kraftfahrzeugen*, ZVR 1991, 135 ff; *Steiner/Witt-Döring*, *Überlegungen zum wirtschaftlichen Totalschaden*, ZVR 1991, 359 ff.
 - 13 Danken darf ich sehr herzlich *Dr. Reisinger* und *Dr. Hochleitner* von der Wiener Städtischen Versicherung sowie *Dr. Krammer* und *Dr. Wieser* von der Uniqa.
 - 14 *Eggert*, ZAP 1997, Fach 9, 451, 452.
 - 15 Nach Auskunft von *Hon.-Prof. Dr. Karl-Heinz Danzl* hatte sich der einschlägige 2. Senat beim OGH im Jahr 2003 kein einziges Mal mit einer Frage der fiktiven Schadensabrechnung bei einem Kfz-Schaden zu befassen.
 - 16 Vgl. dazu *Kerschner*, *Probleme der Sachmängelhaftung, Oder: Das ABGB ist tot – Es lebe das BGB!* JBI 1989, 541, der darauf hinweist, dass eine Rechtsauffassung nicht deshalb richtig sein müsse, weil sie aus Deutschland stamme. Umgekehrt ist dies freilich auch kein Grund, über ihre Plausibilität nicht wenigstens nachzudenken.
 - 17 Gibt es als fachspezifisches Publikationsorgan in Österreich nur die ZVR, sind für Deutschland folgende Publikationsorgane zu nennen, in denen zu einem beträchtlichen Anteil Gerichtsentscheidungen zum Kfz-Sachschadensrecht veröffentlicht und kommentiert werden: *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, *Deutsches Autorecht*, *Versicherungsrecht*, *Zeitschrift für Schadensrecht*, *Recht und Schaden*, *Verkehrsrecht aktuell*, *Praxis Verkehrsrecht*, *Verkehrsrechtssammlung*.
 - 18 Für Österreich können nach diesem Kriterium nur *Steiner* und *Witt-Döring* namhaft gemacht werden.
 - 19 *Eggert*, ZAP 1997, Fach 9, 451.
 - 20 *Grunsky*, *Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung*, NJW 1983, 2465.
 - 21 Dazu *Ch. Huber*, *Fiktive Kfz-Schadensabrechnung de luxe? – die DEKRA-Entscheidung*, MDR 2003, 1205, 1210.
 - 22 *Aufwendungen zur Schadensbeseitigung* (1979).
 - 23 *Nachweise bei Apathy*, *Fragen des Ersatzes von Reparaturkosten nach der Beschädigung von Kraftfahrzeugen*, ZVR 1981, 257.
 - 24 OGH ZVR 1978/115; OLG Wien ZVR 1994/114.
 - 25 *Aktuelle Fragen der zivilrechtlichen Haftung aus Verkehrsunfällen*, ZVR 1978, Sonderheft, 30, 31.
 - 26 *Aufwendungen zur Schadensbeseitigung; eine Kurzzusammenfassung der wichtigsten Thesen* findet sich in *Apathy*, ZVR 1981, 257 ff.
 - 27 *Österreichisches Haftpflichtrecht P* (1980) 177 f.
 - 28 ZVR 1985, 37 ff.
 - 29 Immerhin der Kuriosität halber sei darauf hingewiesen, dass der BGH in der E NJW 1985, 2469 eine ganz ähnlich gelagerte Entscheidung traf, dass nämlich fiktive Reparaturkosten nur bis zur Grenze der Wertminderung begehrt werden können, ohne dass dies – wie in Österreich – zu einem Umdenken im Kfz-Schadensrecht geführt hätte. In dieser E sprach der BGH aus, dass fiktive Reparaturkosten ohne Durchführung der Reparatur grundsätzlich nur bis zur Grenze der Wertminderung, somit der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert begehrt werden können. Im Unterschied zu Österreich wird aber weiterhin eine Abrechnung auf Basis des Sachverständigengutachtens zugelassen, wenn die Reparatur tatsächlich, wenn auch mit geringeren Kosten durchgeführt wird.
 - 30 OGH SZ 66/17.
 - 31 Eine Anspruchs Konkurrenz war gegeben in den Sachverhalten der OGH-Entscheidungen JBI 1998, 582: Vermieter muss sich Fehlverhalten eines Bauunternehmers zurechnen lassen, sowie 11. 9. 2003, 6 Ob 246/02y: Fehlkonstruktion eines Deckels durch einen Werkunternehmer in einem Hangar, wodurch ein Flugzeug beschädigt worden ist.
 - 32 Kritisch auch *Welser*, *Urteilsanmerkung*, *ecolex* 1993, 378.
 - 33 ZVR 1981, 257, 259 f.
 - 34 Für eine Deutung im Sinn des § 249 Abs 2 S 1 BGB indes *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rn 6; aA *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* 9/7.
 - 35 Dazu jüngst *Haug*, *Die Rechtsprechung des BGH zur Dispositionsfreiheit*, NZV 2003, 545 ff.
 - 36 In diesem Sinn wohl noch *Messiner*, ZVR 1985, 37, 39.
 - 37 *Aufwendungen zur Schadensbeseitigung; so auch ders.*, ZVR 1981, 257, 261.
 - 38 So auch *Ch. Huber*, *Fragen der Schadensberechnung*² (1994) 141 ff.
 - 39 Diese Differenzierung verkennend OLG Wien ZVR 1994/49; *Messiner*, ZVR 1985, 37, 38 FN 8. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass fiktive Reparaturkosten nur bis zur Höhe der Wertminderung zugesprochen werden; davon zu unterscheiden ist freilich, dass tatsächliche Reparaturkosten jedenfalls bis zum Zeitwert, ja sogar bei dessen maßvoller Überschreitung zustehen.
 - 40 Insofern spricht man von zeitwertgerechter Reparatur. Vgl. dazu *Lemcke*, in: *van Bühren* (Hrsg.) *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht Teil 3* Rn 83 mit weiteren Nachweisen in FN 1.
 - 41 Es liegt eine Teilreparatur vor.
 - 42 Es ist eine Selbstreparatur gegeben.
 - 43 Zum Spektrum expansiver und restriktiver Bewertungsansätze *Ch. Huber*, *Fragen der Schadensberechnung* 64 ff.
 - 44 Dazu *Karczewski*, in: *Wussow* (Hrsg.), *Unfallhaftpflichtrecht*¹⁵ (2002) Kap 41 Rn 4.
 - 45 Dazu *Lemcke*, in: *van Bühren* (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht Teil 3* Rn 298 ff.
 - 46 *Nickel*, *Der Restwertregress*, zfs 1998, 409 ff.
 - 47 OGH ZVR 2003/104.
 - 48 So BGH BGHZ 66, 239, 247; *VersR* 1985, 593; ebenso *Steffen*, *Die Rechtsprechung des BGH zur fiktiven Berechnung des Fahrzeugschadens*, *Homburger Tage* 1991, 7, 13; *Eggert* ZAP 1997, Fach 9, 451, 468.
 - 49 *Schiemann*, *Perspektiven des Rechts der Verkehrsunfallschäden*, NZV 1996, 1, 5.
 - 50 OLG Hamm NZV 1995, 27 = r+s 1994, 258.
 - 51 Näheres bei *Ch. Huber*, MDR 2003, 1205, 1208.
 - 52 OLG Wien ZVR 1994/128: Kfz-Schaden; bbl 2002/94: Schaden an einem Gebäude nach Auftreten von Rissen; BGH NJW 2003, 2086 mit kritischer Besprechung von *Ch. Huber*, MDR 2003, 1205, 1208.
 - 53 Vgl. dazu auch *Apathy*, *Urteilsanmerkung*, JBI 1985, 42, der es ebenfalls für die rare Ausnahme hält, dass die fiktiven Reparaturkosten nicht mehr ausmachen als die Werteinbuße bei der Totalschadensabrechnung.
 - 54 BGH NJW 1985, 2469; OLG Nürnberg NZV 1990, 465.
 - 55 BGH NJW 1972, 1800; BGHZ 66, 239, 247; BGHZ 115, 364, 368; BGHZ 115, 375, 378; NJW 1992, 1618, 1619; *Steffen*, *Der normative Verkehrsunfallschaden*, NJW 1995, 2057, 2060; *Lipp*, *Der Ausgleich des Integritätsinteresses im Kfz-Schadensrecht*, NZV 1996, 7.
 - 56 *Harer* in *Schwimmann*, ABGB § 1323 Rn 4; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rn 8.
 - 57 OGH SZ 43/186; JBI 1972, 149; ZVR 1977/167; LG Feldkirch 30. 6. 1999, 3 R 208/99g. BGH BGHZ 115, 364, 371; NJW 1999, 500; *Steffen*, NJW 1995, 2057, 2060.
 - 58 Näheres dazu bei *Lemcke*, in: *van Bühren* (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht Teil 3* Rz 179 ff.
 - 59 *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 361; *Eggert*, *Entschädigungsobergrenzen bei der Abrechnung „fiktiver“ Reparaturkosten – ein Dreistufenmodell*, DAR 2001, 20; *Ch. Huber*, *Eine bedeutsame Klarstellung im Rahmen der Kfz-Sachschadensabrechnung – die Karosseriebaumeister-Entscheidung des BGH*, MDR 2003, 1334, 1335.
 - 60 OGH JBI 1959, 453; ZVR 1963/45; ZVR 1980/325; ZVR 1981/95; ZVR 1987/38; SZ 68/101; zuletzt LG Feldkirch 30. 6. 1999, 3 R 208/99g unter Hinweis auf deutsche Literatur und den BGH.
 - 61 BGH BGHZ 115, 364.

- 62 *Apathy*, ZVR 1981, 257, 259; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rn 9; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I 9/19; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB § 1323 Rn 50; *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 191; ebenso *ders.*, MDR2003, 1334, 1335.
- 63 BGH BGHZ 115, 364.
- 64 BGH BGHZ 115, 364, 372.
- 65 ZVR 1991, 359, 360.
- 66 ZVR 1959/173 = JBl 1959, 453.
- 67 *Apathy*, ZVR 1981, 257, 259.
- 68 ZVR 1981, 257, 259.
- 69 BGHZ 115, 364.
- 70 Zum Streit um den Restwert *Ch. Huber*, Der Restwert, DAR 2002, 337 ff; 385 ff. BGH NJW 1992, 903; NJW 1993, 1849; NJW 2000, 800.
- 71 *Ch. Huber*, DAR 2002, 337, 338.
- 72 *Steffen*, NJW 1995, 2057, 2060.
- 73 BGHZ 115, 364, 371, 373.
- 74 So auch OGH ZVR 1960/49; ZVR 1977/167; ZVR 1981/95.
- 75 *von Gerlach*, Die Rechtsprechung des BGH zum Verkehrshaftpflichtrecht, DAR 1992, 201, 203.
- 76 *Ch. Huber*, DAR 2002, 338, 339, 393 ff.
- 77 In diesem Sinn *Gebhardt*, Der Restwert bei der Regulierung von Fahrzeugschäden, NZV 2002, 249, 252.
- 78 *Apathy*, ZVR 1981, 257, 259; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB 1323 Rn 9. Ebenso für das deutsche Recht *Eggert*, BGH zur Abrechnung fiktiver Reparaturkosten: Konsequenzen für die Praxis VA 2003, 94, 96.
- 79 OGH JBl 1988, 249; 29. 3. 1989, 2 Ob 19/89; ZVR 1995/7; LG Feldkirch 30. 6. 1999, 3 R 208/99g.
- 80 *Steiner/Witt-Döring* (ZVR 1991, 359, 360) verweisen darauf, dass die OGH-Judikatur widersprüchlich sei, die Entscheidung ZVR 1987/38 das offen lasse.
- 81 *Messner*, ZVR 1985, 37, 39; *Apathy*, ZVR 1988, 289, 291.
- 82 So aber OGH ZVR 1981/95. Diese Entscheidung ist aber insoweit überholt, als sie den merkantilen Minderwert fiktiv, also unabhängig von der Durchführung einer Reparatur zugesprochen hat. Bei tatsächlicher Durchführung der Reparatur geht es aber nach wie vor darum, ob der merkantile Minderwert in die Wirtschaftlichkeitsprüfung einzu beziehen ist.
- 83 OGH ZVR 1960/49; ZVR 1977/167.
- 84 Haftungsrecht des Straßenverkehrsrechts³ (1997) Anh 1 Rz 39.
- 85 *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 360; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rz 9; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB § 1323 Rn 52.
- 86 Zu den wesentlich höheren Margen bei Liegenschaften: OGH SZ 68/101; 11.6.1996, 7 Ob 2062/96b; bbl 2000/106. Die höhere Tunlichkeitschwelle kann wie folgt begründet werden. Eine Liegenschaft bzw. ein darauf befindliches Haus hat eine längere betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer als ein Kraftfahrzeug. Der Geschädigte hat zu einem Grundstück oder einem Haus eine engere Bindung als zu einem Fahrzeug. Der Austausch durch eine gleichwertige Ersatzsache kommt bei einem Fahrzeug viel eher in Betracht als bei einem Grundstück oder Gebäude.
- 87 So die Aussage der Vertreter der Wiener Städtischen und der Uniqa.
- 88 OGH SZ 68/101 in einem obiter dictum des BerG bei einem Liegenschaftsschaden, dass bei Kfz 15% Überhang anerkannt würden. Jedenfalls tolerabel sind 8%: OGH ZVR 1960/49; ZVR 1977/167.
- 89 OGH ZVR 1959/173 = JBl 1959, 435.
- 90 OGH ZVR 1975/163.
- 91 OLG Düsseldorf NZV 1996, 279 = VersR 1996, 904.
- 92 ZVR 1991, 359, 361.
- 93 Gegenteilig freilich *Schiemann*, NZV 1996, 1, 5 f: Bei Durchführung einer Reparatur, die mehr ausmacht als der Wiederbeschaffungswert, liege keine Betätigung des Integritätsinteresses, sondern schlicht Rechthaberei vor.
- 94 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 61.
- 95 Systembruch zu Lasten des Geschädigten – Zur geplanten Einschränkung der fiktiven Schadensabrechnung, DAR 1998, 180, 183.
- 96 Kritisch dazu *AnwKommi/Ch. Huber* § 249 Rn 10.
- 97 *Apathy*, ZVR 1981, 257, 258; *ders.*, EKHG (1992) § 16 Rn 11; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rn 9; *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 361; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I 9/19; OGH ZVR 1977/167; LG Feldkirch 30. 6. 1999, 3 R 208/99g. Für das deutsche Recht *Steffen*, Hamburger Tage 1991, 7, 14 = NZV 1991, 1; *Greger*, NZV 1994, 11 f.
- 98 ZVR 1991, 359.
- 99 Zur begrenzten Bedeutsamkeit solcher Allerweitsformeln *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 64 ff.
- 100 *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I 9/20. Ebenso für Schäden an Liegenschaften und Gebäuden OGH SZ 68/101; 11. 6. 1996, 7 Ob 2062/96b; bbl 2000/106: Die Tunlichkeitschwelle ist nicht zu eng anzusehen, wenn das gesamte subjektive Interesse zu ersetzen ist.
- 101 *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 361 unter Hinweis auf OGH ZVR 1977/167.
- 102 OGH ZVR 1987/34.
- 103 *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 361.
- 104 ZVR 1991, 359, 361.
- 105 *Ch. Huber*, MDR 2003, 1205.
- 106 BGHZ 115, 375.
- 107 DAR 2001, 20, 26 f.
- 108 Kritisch dazu freilich *Lemcke*, Abrechnung des Fahrzeugschadens nach § 249 Abs 2 n.F., r + s 2002, 265, 269.
- 109 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rn 148 ff.
- 110 Nach der Karosseriebaumeister-E des BGH NJW 2003, 2085 wäre überlegenswert, bei einer bloß die Betriebs- und Verkehrssicherheit herstellenden Reparatur den Ersatzumfang auf die Wiederbeschaffungskosten zu begrenzen.
- 111 In diesem Sinn OGH ZVR 1987/38: Ein Geschädigter lässt bei einem Zeitwert von ATS 100.000,- und einer Reparaturkostenschätzung durch den Sachverständigen in Höhe von ATS 130.000,- das Fahrzeug unter Verwendung von Altteilen um ATS 101.000,- reparieren und verlangt dazu noch einen merkantilen Minderwert von ATS 6.000,-, insgesamt somit ATS 107.000,-. Der OGH gab dem Begehren in vollem Umfang statt.
- 112 Dafür auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rn 9.
- 113 OGH ZVR 1976/76 und 106.
- 114 BGH BGHZ 63, 182, 185; *Staudinger*⁹⁰/*Schiemann* § 249 Rn 219, 229 f; § 251 Rn 26; *Karczewski*, in: *Wussow* (Hrsg.), Unfallhaftpflichtrecht Kap 41 Rn 24.
- 115 OLG Hamm NZV 1995, 442.
- 116 Hinzuweisen ist darauf, dass es solche nicht stets geben wird, wenn es an einem Verschulden fehlt, bzw. nicht immer durchsetzbar sind. Zu denken ist an den Fall der Insolvenz der Werkstätte oder des Sachverständigen.
- 117 BGH BGHZ 63, 182, 185.
- 118 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rn 149.
- 119 Nach der hier vertretenen Ansicht sollte freilich auf die Wiederbeschaffungskosten, somit die Differenz zwischen Wiederbeschaffungs- und Wrackwert, abgestellt werden.
- 120 *Kozioł*, Haftpflichtrecht I 2/56 mit weiteren Nachweisen in FN 166.
- 121 Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 46 ff.
- 122 So zuletzt in der DEKRA-Entscheidung BGH NJW 2003, 2086.
- 123 OGHZVR 1978/115.
- 124 OGH JBl 1985, 41 (*Apathy*); JBl 1988, 249; ZVR 1995/7; ZVR 1996/114; OLG Wien ZVR 1994/114; ZVR 1994/126.
- 125 Für eine Berücksichtigung dieses Umstands freilich OGH ZVR 1960/49; OLG Wien ZVR 1994/127; *Apathy*, ZVR 1981, 257.
- 126 BGH BGHZ 66, 239; VersR 1978, 235.
- 127 Dazu *Lemcke*, r + s 1992, 234.
- 128 DAR 2001, 20 ff.
- 129 BGH NJW 2003, 2085.
- 130 DAR 2003, 176.
- 131 VersR 2002, 629.
- 132 Näheres zur divergierenden Judikatur der OLG bei *Ch. Huber*, MDR 2003, 1334, 1338.
- 133 OGHZVR 1982/194.
- 134 BerG in OGH 9. 9. 1986, 2 Ob 35/86; OLG Wien ZVR 1994/10.
- 135 So namentlich bei der Verwertung des Fahrzeugwracks (dazu BGH NJW 2000, 800) sowie bei der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs (dazu BGH NJW 1996, 1958).
- 136 Ob auch ein Gewinn zu ersetzen ist, so OGH SZ 40/144, ist demgegenüber eine Detailfrage, die an dieser Stelle nicht vertieft werden kann. Näheres bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 206 ff.
- 137 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 206 ff; *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) 197; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB § 1036 Rn 10; zurückhaltender *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 1036 Rn 4; *Weiser* in *Kozioł/Weiser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II² (2001) 365. Ähnlich die Diskussion in Deutschland weitergehend *Erman*⁹¹/*Ehmann* § 683 Rn 8; zurückhaltender *Palandt*⁹¹

- Sprau § 683 Rn 8.
- 138 OLG Wien ZVR 1994/10.
- 139 Vgl. etwa OGH 9. 9. 1986, 2 Ob 35/86: Abweisung des weitergehenden Begehrens, weil es an einem solchen Vorbringen gefehlt hat. Großzügiger OLG Wien ZVR 1994/10: Aufhebung, weil diese Frage durch das Untergericht nicht geklärt worden ist.
- 140 BGH BGHZ 54, 82. Näheres dazu bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 233 ff.
- 141 BGH BGHZ 115, 364.
- 142 Zur Entstehungsgeschichte *Bollweg/Hellmann*, Das neue Schadensersatzrecht (2002) 24 ff; *AnwKommCh. Huber* vor § 249 Rn 15 ff.
- 143 *Ch. Huber*, Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, DAR 2000 20, 24 ff.
- 144 *G. Müller*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1, 6.
- 145 Dazu *Ch. Huber*, Die Kappung der Mehrwertsteuer bei der fiktiven Schadensabrechnung gemäß § 249 Abs 2 S 2 BGB – eine einfach zu handhabende Regelung? NZV Februar 2004
- 146 BTDRs 14/7752, 14. Abgedruckt bei *Bollweg/Hellmann*, Das neue Schadensersatzrecht 339.
- 147 *Ch. Huber*, MDR 2003, 1205, 1210; so auch die Einschätzung von *Luckey*, Neues Schadensersatzrecht – neue Probleme? PVR 2003, 302, 308.
- 148 OLG Wien 24. 4. 1986, 15 R 63/86.
- 149 OGH SZ 51/7; 28. 3. 1995, 4 Ob 1554/95.
- 150 So auch für das deutsche Recht *Staudinger/Schiemann* § 249 Rn 227.
- 151 OGH 18. 3. 1999, 8 Ob 318/98t.
- 152 LGZ Wien 28. 6. 1989, 42 R 531/89.
- 153 BGHZ 115, 364; NJW 2003, 2086.
- 154 Die Bruttomaterialkosten des Sachverständigengutachtens in Höhe von ATS 5.461,- wurden offenbar ohne weiteren Nachweis zuerkannt.
- 155 BGH NJW 2003, 2086.
- 156 Die DEKRA-Entscheidung erging zwar nicht zur Selbstreparatur; es muss aber folgender Größenschluss angestellt werden: Wenn schon bei Verzicht auf die Vornahme jeglicher Reparatur die Kosten des Porschezentrums zugrunde gelegt werden dürfen, dann muss dies erst recht bei tatsächlicher Vornahme, sei es auch in Eigenregie, gelten.
- 157 Näheres zur Bemessung des Arbeitskräfteeinsatzes bei der Eigenreparatur *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 254 ff.
- 158 ZVR 1981, 257, 260, 261; *ders.*, JBl 1985, 42.
- 159 Für einen Mindestersatz auch *Messiner*, ZVR 1985, 37, 38, der diesen freilich in Höhe der fiktiven Reparaturkosten bemessen will, was aber mittlerweile einhellig abgelehnt wird.
- 160 OGH SZ 51/7; OLG Wien 24. 4. 1985, 15 R 63/86; OLG Wien ZVR 1993/8. Ebenso SZ 63/46 = VersR 1991, 721 (*Ch. Huber*), wobei in dieser E die Misslichkeit dieser Rechtsfolge immerhin erkannt wurde, ohne daraus freilich Konsequenzen zu ziehen. Auf diese Rechtsprechung hinweisend *Messiner*, ZVR 1985, 37, 38.
- 161 So aber OGH SZ 51/7; OLG Wien 24. 4. 1985, 15 R 63/86; kritisch auch *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB § 1323 Rn 58. Gegenteilig aber bereits SZ 63/46 = VersR 1991, 721 (*Ch. Huber*).
- 162 So aber OGH 20. 1. 1988, 1 Ob 40/87.
- 163 *Ch. Huber*, Urteilsanmerkung, VersR 1991, 723, 724.
- 164 In diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 225 ff.
- 165 OGH 29. 3. 1989, 2 Ob 19/89; OGH ZVR 1995/7.
- 166 OGH SZ 68/101; RdW 1997, 12; 20. 6. 1996, 6 Ob 2075/96g.
- 167 OGH RdW 1997, 12.
- 168 OGH SZ 68/101.
- 169 So in der E OGH 23. 2. 1999, 1 Ob 331/98b: Ein Mieter war während der Unbenutzbarkeit der Wohnung gleichwohl in dieser verblieben und hatte bei den Reinigungsarbeiten mitgeholfen, um die Wohnung wieder rascher beziehen zu können. Für die Beeinträchtigung der Wohnungsbenutzung verlangte er Ersatz. Der OGH wies jegliches über die Mietzinsminderung hinausgehende Begehren unter Hinweis auf die Parallele zu den fiktiven Heilungskosten und den fiktiven Reparaturkosten ab. Nur soweit ohne Restitutionsmaßnahme ein Vermögensschaden gegeben sei, sei ein solcher ersatzfähig. Bei den Heilungskosten und beim Gebrauchsentsgang sei dies gar nicht der Fall, bei den Reparaturkosten nur bis zur Wertminderung. Sosehr die Parallele zutrifft, so wenig überzeugt das Ergebnis. Während der Mieter immerhin eine Mietzinsminderung begehren kann, würde der Eigentümer bei einer vergleichbaren Schadenszufügung leer ausgehen. Ein Ersatzanspruch kommt nach der österreichischen Rechtsprechung nur in Betracht, wenn der Geschädigte während dieses Zeitraums ins Hotel zieht und auf diese Weise einen Vermögensschaden „produziert“. Nach deutschem Recht (BGH Großer Senat – entspricht einem verstärkten Senat des OGH – BGHZ 98, 212) könnte er eine abstrakte Nutzungsentschädigung verlangen, was eine gewiss angemessenere Rechtsfolge darstellt. Dieses Problem kann freilich an dieser Stelle nicht vertieft werden.
- 170 OGHZVR 1995/7.
- 171 *Apathy*, ZVR 1981, 257, 260 f; *ders.*, JBl 1985, 43; LG Feldkirch 30. 6. 1999, 3 R 208/99g.
- 172 So zutreffend für den Kfz-Schaden OGH 29. 3. 1989, 2 Ob 19/89; OGH ZVR 1995/7; gegenteilig für Liegenschaftsschäden OGH SZ 68/101; RdW 1997, 12; 20. 6. 1996, 6 Ob 2075/96g. Daran ändert auch der Umstand nichts, wenn eine Schadensbehebung nicht unverzüglich nach Schadenseintritt möglich ist, weil der Setzungsschaden noch fortwirkt. So der Sachverhalt in der E OGH RdW 1997, 12.
- 173 DAR 2001, 20 ff.
- 174 Aus der jüngeren Rechtsprechung der OLG, wo diese Frage eine Rolle gespielt hat: OLG Hamm NZV 1997, 441; OLG Düsseldorf SP 1998, 390; OLG Köln NZV 1999, 333; OLG Hamm NZV 1999, 297, 298; OLG Hamm r + s 1999, 457, 458; OLG Düsseldorf NZV 2001, 475; OLG Hamm DAR 2002, 215.
- 175 OLG Düsseldorf VA 2003, 80.
- 176 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rn 399 ff.
- 177 *Eggert*, Zwanzig Jahre Kfz Agenturgeschäft – Bilanz eines Provisoriums, NZV 1989, 456, der den Anteil auf über 70% schätzt. Anders die Beurteilung von *J. Schneider*, Kfz-Totalschaden und Umsatzsteuer – fiktiver Steuersatz für fiktive Abrechnung? NZV 2003, 555, 559, der einen Wert von ca. 50% nennt.
- 178 BGH NJW 1966, 1455; NJW 1982, 1864; *Karczewski*, in: *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht Kap 41 Rn 14; *Staudinger/Schiemann* § 251 Rn 48.
- 179 OGH ZVR 1978/48; ZVR 1971/254; ZVR 1970/35; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1332 Rn 9; aA *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB § 1332 Rn 2, der generell auf den geringeren Verkaufswert abstellen will.
- 180 OGH 15. 5. 1991, 2 Ob 18/91.
- 181 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rn 93 ff.
- 182 In diesem Sinn auch *Ch. Huber*, Keine Kappung der USt bei Erwerb von Privat nach einem Totalschaden, VA 2004, 9 ff.
- 183 BGH NJW 1966, 1454; NJW 1982, 1864; *Staudinger/Schiemann* § 251 Rn 50.
- 184 OGH 15. 5. 1991, 2 Ob 18/91; ebenso OLG Wien ZVR 1998/83.
- 185 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 158 ff; *ders.*, MDR 2003, 1334, 1340; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1332 Rn 14; so auch für vertragliche Schadenersatzansprüche *Weiser*, *ecolex* 1993, 378.
- 186 Zum Streitstand *Pamer*, Schadensersatz und Mehrwertsteuer (2003); *Ch. Huber*, NZV Februar 2004.
- 187 Schwacke-Liste Regel- und Differenzbesteuerung mit Erläuterungen von *E. Fuchs* und *J. Pamer*, I/2003.
- 188 BGH NJW 1992, 903; NJW 1993, 1849; NJW 2000, 800.
- 189 Zur Rechtslage in Deutschland *Ch. Huber*, DAR 2002, 337 ff, 385 ff.
- 190 Dazu und allfälligen Ausnahmen *Kozioł*, Haftpflichtrecht I 19/47 ff.
- 191 OGH IPRE 1.66.
- 192 OGH ZVR 1978/321: In Griechenland bloß 8 und nicht 18% Mehrwertsteuer.
- 193 OGH ZVR 1998/119: Für die Ermittlung des merkantilen Minderwertes kommt es auf die Verhältnisse am Wohnsitz des Geschädigten in Deutschland an. Ob zur Ermittlung des merkantilen Minderwertes unbedingt ein deutscher Kfz-Sachverständiger herangezogen werden muss, ist freilich eine mE davon zu unterscheidende Frage.
- 194 Haftpflichtrecht M 0/26.

Korrespondenz:

Prof. Mag. Dr. Christian Huber
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
RWTH Aachen
D-52056 Aachen, Templergraben 55