

Aktuelle Fragen des Sachschadens¹⁾

1. Teil

Fragen der Sachschadensbemessung sind für Gerichte und Versicherer alltäglich. Manches wird in der Praxis nicht mehr reflektiert und kann zu Fehlentwicklungen führen. Die Besinnung auf tragende Grundsätze des Schadenersatzrechts ist dann immer besonders wertvoll. Im folgenden Beitrag tritt dazu ein großangelegter Rechtsvergleich mit dem deutschen – jüngst geänderten – Schadenersatzrecht, den ein ausgewiesener Kenner beider Rechtsordnungen bietet.

Von Christian Huber

ÖJZ 2005/9

§§ 1299, 1323,
1332 ABGB;
§§ 249 dBGB

Ersatz von
Reparaturkosten;
Totalschadens-
abrechnung;
Billigreparatur

Inhaltsübersicht:

- A. Vorbemerkung
 1. Thematische Eingrenzung
 2. Bezugnahme auf die Rechtslage in Deutschland
- B. Einigkeit über die Grundsätze, Streit über die Details
- C. Unterschiedliche Positionierung der Kfz-SV in Österreich und Deutschland
- D. Die Abgrenzung zwischen Reparaturkosten- und Totalschadensabrechnung
 1. Warum ist das so wichtig?
 2. Reparatur und Ersatzbeschaffung als Formen der Naturalrestitution
 - a) Regel-Ausnahme-Prinzip
 - b) Welche Größen sind zu einander in Beziehung zu setzen?
 - c) Wie hoch ist der maßgebliche Schwellwert, bis zu dem der Geschädigte auf Reparaturkostenbasis abrechnen darf?
 - d) Einheitlicher Richtwert versus Einzelfallgerechtigkeit
 - e) Überschreitung des Schwellwerts im SV-GA – notwendigerweise Abrechnung auf Totalschadensbasis?
 - f) Das Werkstatt- oder Prognoserisiko – ein in Deutschland geläufiges, in Österreich aber unbekanntes Phänomen

Darstellung einbezogen werden die **Sachfolgeschäden**, wie etwa die Frage der Überwälzbarkeit der Kosten eines Kfz-SV.⁶⁾

2. 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 hat.⁷⁾ Für Österreich ist demgegenüber zu konstatieren, dass es in den letzten 10 Jahren zum Substanzschaden eines Kfz kaum noch OGH-Entscheidungen gibt. Konnten *Steiner/Witt-Döring*⁸⁾ 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 Grund-

A. Vorbemerkung

1. Thematische Eingrenzung

Das Thema „Aktuelle Fragen des Sachschadens“ ist überaus weit. Es ist deshalb eine Eingrenzung vorzunehmen. Beschränken möchte ich mich auf Streitfragen bei der Bemessung des Substanzschadens eines Kfz, also dessen **Reparatur** und den **Totalschadensfall** unter Ausschluss des **merkantilen Minderwertes**,²⁾ wobei ich die Spezialfragen, die bei Beschädigung bzw. Zerstörung von **Leasingfahrzeugen** auftreten,³⁾ ausklammere.

Ebenfalls unerörtert bleiben **Mietwagenkosten**, die wegen des gespaltenen Haftpflichttarifs in Österreich⁴⁾ nur selten Schwierigkeiten hervorrufen, sowie die **Betriebsreservekosten**, über deren dogmatische Einordnung sich zwar Wissenschaftler immer wieder Gedanken machen,⁵⁾ die aber nach meinem Kenntnisstand in der akademischen Auseinandersetzung eine größere Rolle spielen als in der Praxis. Ebenfalls nicht in die

1) Um Fußnoten erweiterte Fassung eines Vortrags, gehalten am 22. 1. 2004 am Internationalen Fachseminar „Straßenverkehrs-unfall und Fahrzeugschaden“ in Bad Hofgastein. Für die Hilfe bei der Materialsammlung danke ich Herrn Dr. *Alexander Wittwer*.

2) Dazu *Ch. Huber*, Der merkantile Minderwert, FS *Welser* (2004) 303.

3) Dazu OGH SZ 65/83; *ecolex* 1993, 379 (*Brell*) sowie *Fischer-Czermak*, Zum Schadenersatzanspruch des Leasingnehmers, *ecolex* 1992, 766 f; *dies*, Schadenersatz nach Verkehrsunfällen mit Leasingfahrzeugen, ZVR 1997, 38 ff; *Ch. Huber*, Der Nutzungsausfallsschaden des Leasingnehmers – Beeinträchtigung des Rechtsbesitzers oder Schadensverlagerung? *VersR* 1993, 1329 ff; *Iro*, Ersatz der Mietwagenkosten beim Kfz-Leasing, RdW 1992, 330 f; *Kornwitschka*, Mietwagenkosten des Kfz-Leasingnehmers, JAP 1992/93, 116 ff.

4) Anders die Rechtslage in Deutschland, wo das Ausmaß der ersatzfähigen Mietwagenkosten nicht zuletzt wegen des besonders hohen Unfallersatztarifs der Mietwagenunternehmen, bei dem ua 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.

5) 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; *Fötschl*, Reservehaltungskosten und Geschäftsführung ohne Auftrag ZVR 2003, 220 ff.

6) Auch dieses Problem stellt sich in Österreich – im Gegensatz zu Deutschland – kaum, steht doch in der Alpenrepublik der Kfz-SV 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*, *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht* Teil 3 Rn 290 ff.

7) *Eggert*, Der Fahrzeugschaden – Abrechnung auf Neukauf-, Reparaturkosten- und Totalschadensbasis, ZAP 1997, Fach 9, 451.

8) Überlegungen zum wirtschaftlichen Totalschaden, ZVR 1991, 359.

sätze des Kfz-Sachschadensrechts anzuwenden sind, so etwa in Bezug auf die fiktiven Reparaturkosten⁹⁾ oder den merkantilen Minderwert,¹⁰⁾ andererseits aber Besonderheiten gelten, so bei der Grenze zwischen zulässiger Reparaturkostenabrechnung und wirtschaftlichem Totalschaden.¹¹⁾

Ich war daher überaus dankbar, dass ich neben der spärlichen Rsp und der – von den systematischen Bearbeitungen¹²⁾ abgesehen – kaum vorhandenen Aufsatzliteratur¹³⁾ mir durch Fachgespräche mit Vertretern der Versicherungswirtschaft einen Eindruck verschaffen konnte, von welchen Leitprinzipien sich die österr Kfz-Haftpflichtversicherer bei der außergerichtlichen Schadensregulierung leiten lassen.¹⁴⁾

Im Gegensatz zu Österreich ist dieses Feld in Deutschland nach wie vor heftig umkämpft. Es gibt eine hohe Zahl veröff 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 Anschauungsmaterial 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 ist,¹⁵⁾ könnte ein Blick von Österreich nach Deutschland somit durchaus anregend sein. Man erfährt, was dort umkämpft ist und wozu die österr Gerichte mangels Causen, die an sie herangetragen werden, keine Gelegenheit haben, Stellung zu nehmen.¹⁶⁾ Möglicherweise können durch den Vergleich mit einer Nachbarrechtsordnung Rationalitätsdefizite des österr Schadensrechts aufgedeckt, aber auch Vorzüge der österr Lösung hervorgehoben werden; schließlich gilt längst nicht mehr der Satz: „Am deutschen Wesen soll die Welt genesen!“¹⁷⁾

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 österr Kfz-Flotte ist nicht so hochpreisig. Das hängt weniger mit dem unterschiedlichen Einkommens- oder Vermögensniveau zusammen, sondern durchaus mit dem Stellenwert, den das Kfz 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 HöchstG gibt es in Deutschland mehr einschlägige Entscheidungen. Dazu kommt, dass die E der UnterG in einer Vielzahl einschlägiger Fachzeitschriften veröffentlicht und kommentiert werden.¹⁸⁾
- 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 Lit in Erscheinung treten.¹⁹⁾ Sowohl der einzelne Geschädigte als auch der Kfz-Haftpflichtversicherer will es selbst bei geringen Streitwerten wissen, was rechtens ist. Die österr Kfz-Haftpflichtversicherer erbringen demgegenüber lie-

ber 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 veröff Entscheidungen entstammen dem Bundesland Nordrhein-Westfalen, nämlich den OLG Hamm, Düsseldorf und Köln, wo es wegen der hohen Bevölkerungsdichte womöglich auch besonders viele „Streithanseln“ gibt. Darüber hinaus dürfte die Bereitschaft zur gerichtlichen Streitaustragung mit dem höheren Verbreitungsgrad von Rechtsschutzversicherungen auf Seite des Geschädigten in Deutschland zusammenhängen.
- Dass die Geschädigten öfter einen Prozess riskieren, dürfte aber auch damit zu tun haben, dass von der Grundtendenz die Rsp in Deutschland geschädigtenfreundlich ist,²⁰⁾ während sie in Österreich stärker darauf bedacht ist, den Interessen des Ersatzpflichtigen, somit typischerweise den Kfz-Haftpflichtversicherern, entgegenzukommen.

Auch wenn in Deutschland seit Beginn der 80er Jahre immer wieder betont wird, dass sich der Wind ge-

9) OGH JBl 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.

10) 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.

11) OGH SZ 68/101; 11. 6. 1996, 7 Ob 2062/96b; bbl 2000/106.

12) Apathy, EKHG (1992); Reischauer in Rummel, ABGB² (1992); Harrer in Schwimann, ABGB² Band 7 (1997); Koziol, Haftpflichtrecht¹³ (1997), II (1984).

13) Die einschlägigen Aufsätze der letzten 20 Jahre lassen sich an den Fingern einer Hand abzählen: Apathy, Merkantile Wertminderung unter besonderer Berücksichtigung der Bagatellschäden, ZVR 1988, 289ff; Messner, 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.

14) Danken darf ich sehr herzlich Herrn Dr. Reisinger und Herrn Dr. Hochleitner von der Wiener Städtischen Versicherung sowie Herrn Dr. Krammer und Herrn Dr. Wieser von der Uniqa.

15) Eggert, ZAP 1997, Fach 9, 451, 452.

16) Nach Auskunft von Hon.-Prof. Dr. Karl-Heinz Danz hat 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.

17) Vgl dazu OGH SZ 42/33, in der die in Deutschland bejahte abstrakte Nutzungsentschädigung abgelehnt wird. Der OGH bemerkt in diesem Zusammenhang, dass sich überdies die Einsicht weitgehend durchgesetzt habe, dass eine bloße Übernahme der Rsp des deutschen BGH nicht zu einer für das österr Zivilrecht tragfähigen Problemlösung führen könne. Mit der BRD haben wir zwar die Beschaffenheit der Anlassfälle gemeinsam, aber nicht den Stil der Judikatur im Verhältnis zum Gesetz. Ähnlich Kerschner, Probleme der Sachmängelhaftung, Oder: Das ABGB ist tot – Es lebe das BGB! JBl 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.

18) 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 (seit 1. 1. 2004 Straßenverkehrsrecht), Mitteilungsblatt der ARGE Verkehrsrecht, Verkehrsrechtssammlung.

19) Für Österreich können nach diesem Kriterium nur Steiner und Witt-Döring namhaft gemacht werden.

20) Eggert, ZAP 1997, Fach 9, 451.

dreht habe,²¹⁾ es nicht mehr darum gehe, neue Schadensposten wie den merkantilen Minderwert, die abstrakte Nutzungsentzündung 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 Rsp des BGH zudem Tendenzen erkennbar, die ohnehin schon starke Position des Geschädigten weiter auszubauen.²²⁾

Demgegenüber hat sich in Österreich unter dem Einfluss der Monographie von *Apathy*²³⁾ eine **Kopernikanische Wende** vollzogen. Anliegen dieses Beitrags ist es daher, auszuloten, ob dadurch nicht nur die Beseitigung von – unberechtigten – Überentschädigungen erfolgt, sondern in manchen Bereichen des Guten zu viel geschehen ist, maW, das Pendel von einem Extrem ins andere ausgeschlagen ist und es nun an der Zeit wäre, sich auf die **goldene Mitte** zuzubewegen.

Der Zuspriech fiktiver Reparaturkosten hat dazu geführt, dass der Geschädigte in ausgerissenen Sachverhaltskonstellationen mehr erhielt als den Zeitwert,²⁴⁾ ja sogar mehr als den Neuwert.²⁵⁾ Bereits *Welser*²⁶⁾ hatte 1978 dagegen polemisiert. *Apathy*²⁷⁾ 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. Aufl. seines Haftpflichtrechts²⁸⁾ übernommen hat. Die Gegenschrift von *Messiner*²⁹⁾ konnte den Paradigmawechsel nicht mehr aufhalten. Spätestens mit der Leitentscheidung JBl 1985, 41 (*Apathy*), dass Reparaturkosten nur bis zur Höhe der Wertminderung ersatzfähig sind, hat der OGH auch ohne Befassung eines verstärkten Senats den Turnaround vollzogen.³⁰⁾

Der OGH hat in der Folge³¹⁾ ausgesprochen, dass die Einschränkung des Zuspriechs 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 stützen.³²⁾ Diese Differenzierung ist indes fragwürdig.³³⁾ Gerade im Vertragsrecht verfügt der Schuldner über spezifisches Know-how für die Schadensbeseitigung. Jedenfalls dann, wenn die Einstandspflicht nicht aus der persönlich vorwerfbareren 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*³⁴⁾ 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 § 1323 ABGB als Ansatzpunkt für ein **Schadensmanagement** der Versicherungswirtschaft sein, wie es bei der Kaskoversicherung in Pilotversuchen erprobt wird. Darunter versteht man, dass nicht mehr der Geschädigte Herr des Restitutionsverfahrens 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 demgegenüber 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 eindeutig.³⁵⁾

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 demgegenüber den Gesichtspunkt, dass der Geschädigte jedenfalls nicht zu wenig erhalten soll. →

21) *Grunsky*, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2465.

22) Dazu *Ch. Huber*, Fiktive Kfz-Schadensabrechnung de luxe? – die DEKRA-Entscheidung, MDR 2003, 1205, 1210.

23) Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

24) Nachw bei *Apathy*, Fragen des Ersatzes von Reparaturkosten nach der Beschädigung von Kraftfahrzeugen, ZVR 1981, 257.

25) OGH ZVR 1978/115; OLG Wien ZVR 1994/114.

26) Aktuelle Fragen der zivilrechtlichen Haftung aus Verkehrsunfällen, ZVR 1978, Sonderheft, 30, 31.

27) Aufwendungen zur Schadensbeseitigung; eine Kurzzusammenfassung der wichtigsten Thesen findet sich in *Apathy*, ZVR 1981, 257 ff.

28) Österreichisches Haftpflichtrecht I² (1980) 177 f.

29) ZVR 1985, 37 ff.

30) 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 SV-GA zugelassen, wenn die Reparatur tatsächlich, wenn auch mit geringeren Kosten durchgeführt wird.

31) OGH SZ 66/17.

32) Eine Anspruchskonkurrenz war gegeben in den Sachverhalten der OGH-E JBl 1998, 582: Vermieter muss sich Fehlverhalten eines Bauunternehmers zurechnen lassen, sowie 11. 9. 2003, 6 Ob 246/02 y: Fehlkonstruktion eines Deckels durch einen Werkunternehmer in einem Hangar, wodurch ein Flugzeug beschädigt worden ist.

33) Krit auch *Welser*, Urteilsanmerkung, eolex 1993, 378.

34) ZVR 1981, 257, 259 f.

35) Für eine Deutung iSd § 249 Abs 2 S 1 BGB indes *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rz 6; *ders.*, Erfüllung oder Zurücksetzung in den vorigen Stand, JBl 1995, 749, 754; aA *Koziol*, Haftpflichtrecht I 97.

Früher wurde der Grundsatz der **Dispositionsfreiheit** betont.³⁶⁾ 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 beschreibt.³⁷⁾

Demgegenüber ist es namentlich seit der grundlegenden Arbeit von *Apathy*³⁸⁾ 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 verlangen.³⁹⁾ 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 davon abhängig, ob eine Restitution vorgenommen wird, sondern auch davon, **in welcher Weise** restituiert wird.⁴⁰⁾

Wählt der Geschädigte exakt die Art der Restitution, die im **SV-GA** vorgegeben wird, maW, lässt er das Kfz unter Verwendung von Neuteilen in einer Fachwerkstätte reparieren, bei der schlussendlich der Betrag in Rechnung gestellt wird, der vom SV 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 SV in seinem GA zugrunde gelegt hat.⁴¹⁾
- 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 sind.⁴²⁾ Die optischen Beeinträchtigungen bleiben bestehen.

→ Der Geschädigte legt selbst Hand an. Die Ersatzteile hat er für weniger Geld als im **SV-GA** dafür angesetzt am **Baumarkt** besorgt. Durch Betätigung seiner Arbeitskraft kommt es jedenfalls nicht zu einem Geldabfluss.⁴³⁾

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 Hand.⁴⁴⁾ Es stellt sich freilich die Frage, welcher der richtige ist.

C. Unterschiedliche Positionierung der Kfz-SV 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 gewiss Ermessensspielräume. Der Kfz-SV 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 die messbare Einbuße.

Bedeutsam könnte dabei sein, ob der Kfz-SV eher in einem Naheverhältnis zum Geschädigten oder zum Ersatzpflichtigen steht. Die Kfz-SV werden dabei – selbstverständlich – betonen, dass sie nur der Wahrheit verpflichtet sind.⁴⁵⁾ Berichtenswert ist immerhin, dass die Betrauung des Kfz-SV in **Deutschland** typischerweise durch den **Geschädigten** erfolgt, wobei häufig die Werkstätte den Kontakt zwischen dem Geschädigten und dem Kfz-SV herstellt, während in **Österreich** der Kfz-SV vom **Kfz-Haftpflichtversicherer** nominiert wird. Vertragspartner des Kfz-SV ist also in

36) Dazu jüngst *Haug*, Die Rechtsprechung des BGH zur Dispositionsfreiheit, NZV 2003, 545 ff.

37) IdS wohl noch *Messiner*, ZVR 1985, 37, 39.

38) Aufwendungen zur Schadensbeseitigung; so auch *ders.*, ZVR 1981, 257, 261.

39) So auch *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1994) 141 ff.

40) Diese Differenzierung verkennend OLG Wien ZVR 1994/49; *Messiner*, ZVR 1985, 37, 38 FN 8. Insb 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.

41) Insofern spricht man von zeitwertgerechter Reparatur. Vgl dazu *Lemcke* in *van Büren* Anwaltshandbuch Verkehrsrecht Teil 3 Rn 83 mit weiteren Nachweisen in FN 1.

42) Es liegt eine Teilreparatur vor.

43) Es ist eine Selbstreparatur gegeben.

44) Zum Spektrum expansiver und restriktiver Bewertungsansätze *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 64 ff.

45) Instrukтив in diesem Zusammenhang *Sacher*, Das Gutachten über Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden (1992), der sein Buch einleitet mit einem Zitat von Karl Kraus: „Der Sachverständige erstattet sein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen. Leider ist ungeklärt, wie beschränkt das Wissen und wie weit das Gewissen sein darf.“

Deutschland der Geschädigte, in Österreich der Kfz-Haftpflichtversicherer, so der Kfz-SV 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 SV-G überwältigbar sind⁴⁶⁾ bzw unter welchen Voraussetzungen der Kfz-SV vom Kfz-Haftpflichtversicherer zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn der Geschädigte im Vertrauen auf ein erstelltes GA eine Disposition trifft und der Kfz-Haftpflichtversicherer auf dieser Basis Ersatz an den Geschädigten leisten muss.⁴⁷⁾ Vor allem im Zusammenhang mit der Ermittlung des Restwerts sind **Regressprozesse** der Kfz-Haftpflichtversicherer gegen den Kfz-SV an der Tagesordnung.⁴⁸⁾

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

Dem gegenüber hatte sich der OGH in einer jüngeren E⁴⁹⁾ damit zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Werkstatt berechtigt ist, einen Kfz-SV auszusperrern, ihm also den Zutritt zu seiner Werkstatt zu versagen. Während die UnterG 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 SV auf Duldung des Zutritts abwies, entschied der OGH – zu Recht – gegenteilig:

Mit Übernahme eines Reparaturauftrags, bei dem für den Betreiber der Werkstatt erkennbar sei, dass für die Reparaturrechnung ein Versicherer aufzukommen habe, erkläre er **schlüssig** seine **Einwilligung** zur Möglichkeit der Besichtigung durch einen vom Versicherer nominierten SV. Die Aussperrung war erfolgt, weil der Betreiber der Werkstatt meinte, der SV nehme zu geringe Werte an, während der SV 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 Beweisvereitelung 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 SV führen würde.

Nachdem in Deutschland der Kfz-SV – häufig über Vermittlung der Werkstatt – 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-SV, unabhängig, ob er vom Geschädigten oder vom Kfz-Haftpflichtversicherer betraut wird. Gewisse Zweifel könnten indes gegeben sein, wenn der SV beim Versicherer angestellt ist oder das SV-Unternehmen eine Tochterfirma des Kfz-Haftpflichtversicherers ist. Aber selbst wenn das nicht der Fall ist, wird

man nicht umhin kommen, die **Einflussmöglichkeiten** desjenigen auf den SV höher zu veranschlagen, der sein Vertragspartner ist, als desjenigen, der von seinem GA bloß auch betroffen und allenfalls in die vertraglichen Schutzwirkungen einbezogen ist. Es ist daher bei der Auslegung schadensrechtlicher Normen im österr 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

1. 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 entsprechen.⁵⁰⁾ Das ist indes unzutreffend. Im deutschen Recht kommt bei der Reparaturkostenabrechnung mitunter sogar **doppelt** soviel heraus als bei der Totalschadensabrechnung.⁵¹⁾

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 Hamm,⁵²⁾ 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.⁵³⁾ 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** veräu-

46) Dazu *Karczewski* in *Wussow* (Hrsg), *Unfallhaftpflichtrecht*¹⁵ (2002) Kap 41 Rn 4.

47) Dazu *Lemcke* in *van Büren*, *Anwalthandbuch Verkehrsrecht* Teil 3 Rn 298 ff.

48) *Nickel*, *Der Restwertregress*, zfs 1998, 409 ff.

49) OGH EvBl 2004/19 = ZVR 2003/104.

50) 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.

51) *Schiemann*, *Perspektiven des Rechts der Verkehrsunfallschäden*, *NZV* 1996, 1, 5.

52) OLG Hamm NZV 1995, 27 = r+s 1994, 258.

53) So auch *Sacher*, *Das Gutachten über Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden* 60.

ßern 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:⁵⁴⁾

- Der Aufkäufer mit eigener Werkstätte kalkuliert für die von ihm durchzuführende **Reparatur** mit **geringeren Kosten** als diejenigen, die der Kfz-SV in seinem GA 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 bewerten; und die Summe der Werte der Teile macht mitunter mehr aus als der Gesamterlös des Wracks.
- Der Aufkäufer veräußert das Wrack nach **Osteuropa**, 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 Gerichtsentscheidungen⁵⁵⁾ von einem gegenteiligen Ergebnis ausgehen, wäre dem nachzugehen.⁵⁶⁾ Es wäre im Einzelnen zu begründen, worauf dies zurückzuführen ist. In Deutschland verweist in solchen Fällen das OberG mitunter an das UnterG zurück, um die Plausibilität der vom Kfz-SV ermittelten Werte überprüfen zu lassen.⁵⁷⁾ Im Regelfall wird sich nach meinem Dafürhalten herausstellen, dass einer der Werte vom SV falsch ermittelt worden ist.

2. Reparatur und Ersatzbeschaffung als Formen der Naturalrestitution

a) Regel-Ausnahme-Prinzip

Ausgangspunkt ist die Prämisse, dass sowohl die **Reparatur** des beschädigten Kfz als auch die **Beschaffung** einer gleichwertigen Ersatzsache als Formen der **Naturalrestitution** anzusehen sind. Das ist sowohl in Deutschland⁵⁸⁾ als auch in Österreich⁵⁹⁾ hM. Typischerweise wird dem Integritätsinteresse des Geschädigten durch die Reparatur freilich in höherem Maß Rechnung getragen als durch die Ersatzbeschaffung.⁶⁰⁾

Das ist ausnahmsweise dann anders, wenn ein nahezu neuwertiges Fahrzeug erheblich beschädigt wird. In Deutschland wird eine **Abrechnung auf Neuwagenbasis**⁶¹⁾ 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 österr Recht findet sich **keine eigene Kategorie** der „Abrechnung auf Neuwagenbasis“. In der OGH-E 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 1600 km zurückgelegt worden waren, offen gelassen, weil ohnehin der Neupreis zugestanden worden war.

Die deutschen Grenzwerte erscheinen mE plausibel, sodass sie auch für das österr 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 Kfz** zu behalten und nicht auf ein x-beliebiges auf dem Gebrauchtwagenmarkt verwiesen zu werden.⁶²⁾ 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 Einzelfalls 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?

54) Näheres bei Ch. Huber, MDR 2003, 1205, 1208.

55) OLG Wien ZVR 1994/128: Kfz-Schaden; bbl 2002/94: Schaden an einem Gebäude nach Auftreten von Rissen; BGH NJW 2003, 2086: Kfz-Schaden – mit krit. Besprechung von Ch. Huber, MDR 2003, 1205, 1208.

56) Vgl. dazu auch Apathy, Urteilsanmerkung, JBl 1985, 42, der es ebenfalls für die rare Ausnahme hält, dass die fiktiven Reparaturkosten nicht mehr ausmachen als die Werteinbuße bei der Totalschadensabrechnung.

57) BGH NJW 1985, 2469; OLG Nürnberg NZV 1990, 465.

58) BGH NJW 1972, 1800; BGHZ 66, 239, 247; BGHZ 115, 364, 368; BGHZ 115, 375, 378; NJW 1992, 1618, 1619; Steffen, Der normative Verkehrsunfallsschaden, NJW 1995, 2057, 2060; Lipp, Der Ausgleich des Integritätsinteresses im Kfz-Schadensrecht, NZV 1996, 7.

59) Harrer in Schwimann, ABGB § 1323 Rz 4; Reischauer in Rummel, ABGB § 1323 Rz 8.

60) OGH SZ 43/186; JBl 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.

61) Näheres dazu bei Lemcke in van Büren, Anwaltshandbuch Verkehrsrecht Teil 3 Rz 179 ff.

62) Steiner/Witt-Döring, ZVR 1991, 359, 361; Eggert, Entschädigungsgrenzen 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.

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

b) 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 Restwerts 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 Restwerts wird als **Nettomethode** bezeichnet, seine Ausklammerung als **Bruttomethode**. Sowohl die österr.⁶³⁾ als auch die deutsche Judikatur⁶⁴⁾ vertritt die Bruttomethode. Die österr. Lehre⁶⁵⁾ spricht sich dem gegenüber für die Nettomethode aus. Seit der grundlegenden E des BGH aus dem Jahr 1991⁶⁶⁾

hat sich die deutsche Lehre mit dieser Bezugsgröße abgefunden, ohne diese Position anzugreifen.

Die **ökonomische Rationalität** spricht eindeutig für die Nettomethode, was auch der BGH⁶⁷⁾ 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*⁶⁸⁾ auch die **Logik** für die Bruttomethode ins Treffen führen, so ist dem in keiner Weise zu folgen.

Wenn das deutsche und das österr. HöchstG 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 E Ende der 50er Jahre⁶⁹⁾ ausgesprochen, dass der **Wrackwert** eine viel zu **unbestimmte Größe** sei, um in die Tunlichkeitsbetrachtung einbezogen zu werden. In der Folge wird auf diese Entscheidung verwiesen.⁷⁰⁾ *Apathy*⁷¹⁾ 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 Restwerts 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 Wrackwerts mehr als 20 Jahre später, Anfang der 90er Jahre, vom BGH⁷²⁾ aufgegriffen wurde. Dürfte es in der OGH-E eher eine **pauschale Unmutsäußerung** gewesen sein, so hatte der Ausspruch des BGH einen ganz **konkreten Hintergrund**. Der Streit um die zutreffende Ermittlung des Restwerts ist um diese Zeit infolge der Öffnung der Ostmärkte und des Einsatzes der Restwertbörsen entbrannt.⁷³⁾

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 der Wert zugrunde zu legen 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 hö-

63) 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 208/99 g unter Hinweis auf deutsche Lit und den BGH.

64) BGH BGHZ 115, 364.

65) *Apathy*, ZVR 1981, 257, 259; *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1323 Rz 9; *Koziol, Haftpflichtrecht* I 9/19; *Harrer in Schwimann*, ABGB § 1323 Rz 50; *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 191; ebenso *ders*, MDR 2003, 1334, 1335.

66) BGH BGHZ 115, 364.

67) BGH BGHZ 115, 364, 372.

68) ZVR 1991, 359, 360.

69) ZVR 1959/173 = JBI 1959, 453.

70) *Apathy*, ZVR 1981, 257, 259.

71) ZVR 1981, 257, 259.

72) BGHZ 115, 364.

73) 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.

here Restwerterlöse für das Wrack erzielt werden, wodurch auch er einen höheren Preis zahlen kann. Die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Wrackerlös bei Inzahlunggabe an den lokalen Kfz-Händler und dem Höchstgebot eines spezialisierten Restwertaufkäu- fers macht nicht selten 100% und mehr aus.⁷⁴⁾

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 Restwerterlöses abgekoppelt hat. Er wollte die Wirtschaftlichkeit der Reparatur nicht mit dem Streit um den Restwert belasten.⁷⁵⁾ 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.⁷⁶⁾ Neben diesem pragmatischen Argument führt der BGH in seiner Leitentscheidung⁷⁷⁾ weitere Argumente ins Treffen:

Bei **älteren Kfz** 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 Wiederbeschaf- fungs- und Wrackwert dazu führen würden, dass allzu häufig eine Verweisung auf die Totalschadensabrech- nung erfolgen würde.⁷⁸⁾ Gerade bei solchen älteren Fahrzeugen sei eine Ersatzbeschaffung schwierig. Au- ßerdem sei der Restwert in den **Reparaturkosten** mit- repräsentiert, weil der Restwert umso geringer sei, je höher sich die Reparaturkosten belaufen.⁷⁹⁾

Es ist zu prüfen, ob diese Argumente – für Öster- reich – zutreffen. Das **pragmatische Argument** der Ausklammerung des Restwerts, weil ein erbitterter Streit über dessen Ermittlung besteht, ist ein **Spezifikum des deutschen Rechts**. Dort wird dem Geschä- digten folgende Vorgehensweise ermöglicht: Er kann das Wrack nach Einholung eines vom Geschädigten betrauten – und von der Werkstätte oder vom lokalen Kfz-Händler vermittelten – SV schätzen lassen und zu diesem Preis in Zahlung geben, ohne vorher dem Kfz-Haftpflichtversicherer Gelegenheit zur Stellung- nahme einzuräumen. Der Kfz-Haftpflichtversicherer muss es hinnehmen, vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden. Was ihm bleibt, ist ein Regressanspruch gegen den Kfz-SV, sofern er den Nachweis führen kann, dass der SV den Restwert schuldhaft falsch er- mittelt hat.⁸⁰⁾

Warum ist das in Österreich anders? Es würde ein Verstoß gegen die **Schadensminderungspflicht** ange- nommen, wenn der Geschädigte über das Wrack ver- fügt, ehe er dem Kfz-Haftpflichtversicherer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. So weit kommt es aber im Regelfall gar nicht, weil der vom Kfz-Haftpflichtver- sicherer betraute SV bereits dessen Interessen wahr- nimmt. Streitigkeiten über die zutreffende Höhe des Restwerts, 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 Restwerts, 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 Reparatur- kosten mitrepräsentiert sei und deshalb ausgeklammert bleiben könne, ist unzutreffend. Lediglich im Ausgangs- punkt handelt es sich um eine zutreffende **Tendenz- aussage**, dass der Restwert umso geringer ist, je höher die Reparaturkosten sind. Es wurde freilich bereits dar- gelegt, dass um einen bestimmten Betrag höhere Repa- raturkosten nicht zu einem um diesen Betrag geringe- ren 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 Kfz eine Verweisung auf den Ge- brauchtwagenmarkt nicht ohne weiteres möglich ist und zudem wegen des geringen Wiederbeschaffungswerts schon relativ geringfügige Reparaturbeträge dazu führen, dass der Geschädigte auf die Totalschadensab- rechnung verwiesen wird, ist zutreffend. Es stellt sich al- lerdings 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 Be- lastung des Ersatzpflichtigen. Dem eigentlichen Anlie- gen könnte man spezifischer entsprechen, wenn man in solchen Fällen den jeweiligen Schwellwert höher an- setzen würde.

Diese Argumente vermögen somit die Bruttome- thode für das österr Recht nicht überzeugend zu be- gründen. 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 österr Geschädigte nun häufiger als früher auf die sein Integritätsinteresse weniger berücksichtigende **Er- satzbeschaffung** anstelle der Reparatur verwiesen werden kann. Dagegen könnte sprechen, dass viele Ge- schädigte schon wegen ihres Wohnsitzes nur in Öster- reich reparieren lassen können, sodass das geringere Preisniveau bei Reparaturen sich für sie unmittelbar nicht auswirkt. Und wenn ein solcher Geschädigter re- parieren lässt, ist es für ihn belanglos, wie viel für das Wrack bezahlt wird, weil sein beschädigtes Fahrzeug ja gerade nicht verkauft, sondern repariert werden soll.⁸¹⁾

Dagegen ist freilich ins Treffen zu führen, dass es merkwürdig wäre, aus der Wirtschaftlichkeitsbetrach- tung bestimmte Phänomene auszuklammern. Zum Schutz des Ersatzpflichtigen vor übermäßiger Bean- spruchung hat der Gesetzgeber angeordnet, dass es eine Grenze der Wirtschaftlichkeit bzw Tunlichkeit geben

74) Ch. Huber, DAR 2002, 337, 338.

75) Steffen, NJW 1995, 2057, 2060.

76) Im deutschen Recht kommt als zusätzlicher Aspekt hinzu, dass bei einer Verzögerung der Ersatzpflichtige mit zusätzlichen Mietwagen- kosten bzw einer abstrakten Nutzungsentschädigung belastet wird, während im österr Recht wegen des Spalttarifs diese Nachteile aus- schließlich vom Geschädigten getragen werden müssen.

77) BGHZ 115, 364, 371, 373.

78) So auch OGH ZVR 1960/49; ZVR 1977/167; ZVR 1981/95.

79) Von Gerlach, Die Rechtsprechung des BGH zum Verkehrshaftlich- recht, DAR 1992, 201, 203.

80) Ch. Huber, DAR 2002, 338, 339, 393 ff.

81) IdS Gebhardt, Der Restwert bei der Regulierung von Fahrzeugschä- den, NZV 2002, 249, 252.

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 anders gelten.⁸²⁾ Die überwiegende österr Rsp⁸³⁾ verfährt allerdings gegenteilig.⁸⁴⁾ Mag für die Ausklammerung allenfalls ins Treffen geführt werden, dass auch dieser Schadensposten schwierig zu ermitteln sein mag,⁸⁵⁾ so kann es keinesfalls angehen, die Tunlichkeitsfrage allein durch Gegenüberstellung von Reparaturkosten und Wiederbeschaffungswert zu ermitteln, und dann – quasi als Zugabe – den merkantilen Minderwert dazuzuschlagen.⁸⁶⁾ Zum Teil liegt das auch daran, dass dann, wenn die Reparaturkosten sich im Grenzbereich zum Totalschaden bewegen, die Geschädigten auf die Geltendmachung eines merkantilen Minderwerts verzichten.⁸⁷⁾ Gerade in solchen Fällen ist aber kaum denkbar, dass bei Durchführung der Reparatur ein merkantiler Minderwert nicht gegeben ist.

c) **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 österr Rsp nach der Bruttomethode vorgehen, während nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls für das österr 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 *Greger*⁸⁸⁾ – für das deutsche Recht – völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Übergang von der **Netto-** zur **Bruttomethode** über die Herabsetzung 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 österr HöchstG 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 sei.⁸⁹⁾ Die Marge beläuft sich bei Kfz⁹⁰⁾ auf **10%**,⁹¹⁾ äußerstenfalls auf **15%**,⁹²⁾ ausnahmsweise wurden auch 17% toleriert,⁹³⁾ während umgekehrt bei einer Überschreitung um 17,6% eine Reparaturkostenabrechnung auch schon abgelehnt worden ist.⁹⁴⁾

Demgegenüber gilt seit der LeitE BGHZ 115, 364 für das deutsche Recht bei der Beschädigung von Kfz ein Richtwert für den Überhang von **30%**. Das OLG Düsseldorf⁹⁵⁾ hat dies treffend als **automobilspezifisches Integritätsinteresse** bezeichnet. *Steiner/Witt-Döring*⁹⁶⁾ verweisen darauf, dass der BGH dafür gute Gründe gehabt haben wird,⁹⁷⁾ 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.⁹⁸⁾ 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*⁹⁹⁾ damit verteidigt, dass die freie Verwendbarkeit des Schadenersatzbetrags dem Geschädigten die Möglichkeit einräume, anstelle der Reparatur des schadstoffreicheren Altfahrzeugs sich ein schadstoffärmeres neues anzuschaffen.¹⁰⁰⁾ Der Gesichtspunkt der Ökologie im

82) *Apathy*, ZVR 1981, 257, 259; *Reischauer in Rummel*, ABGB 1323 Rz 9. Ebenso für das deutsche Recht *Eggert*, BGH zur Abrechnung fiktiver Reparaturkosten: Konsequenzen für die Praxis VA 2003, 94, 96. Dem vorsichtig zustimmend *Weilner*, Neues Schadensrecht seit dem 1. 8. 2002, Homburger Tage 2003 (2004) 7, 10f.

83) OGH JBl 1988, 249; 29. 3. 1989, 2 Ob 19/89; ZVR 1995/7; LG Feidkirch 30. 6. 1999, 3 R 208/99g.

84) *Steiner/Witt-Döring* (ZVR 1991, 359, 360) verweisen darauf, dass die OGH-Judikatur widersprüchlich sei, die Entscheidung ZVR 1987/38 das offen lasse.

85) *Messner*, ZVR 1985, 37, 39; *Apathy*, ZVR 1988, 289, 291.

86) So aber OGH ZVR 1981/95. Diese E 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 einzubeziehen ist.

87) OGH ZVR 1960/49; ZVR 1977/167.

88) Haftungsrecht des Straßenverkehrsrechts³ (1997) Anh 1 Rz 39.

89) *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 360; *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1323 Rz 9; *Harrer in Schwimann*, ABGB § 1323 Rz 52.

90) Zu den wesentlich höheren Margen bei Liegenschaften: OGH SZ 68/101; 11. 6. 1996, 7 Ob 2062/96b; bbl 2000/106. Die höhere Tunlichkeitsschwelle kann wie folgt begründet werden. Eine Liegenschaft bzw ein darauf befindliches Haus hat eine längere betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer als ein Kfz. 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.

91) So die Aussage der Vertreter der Wiener Städtischen und der Uniq.

92) 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.

93) OGH ZVR 1959/173 = JBl 1959, 435.

94) OGH ZVR 1975/163.

95) OLG Düsseldorf NZV 1996, 279 = VersR 1996, 904.

96) ZVR 1991, 359, 361.

97) Gegenteilig freilich *Schiemann*, NZV 1996, 1, 5f: Bei Durchführung einer Reparatur, die mehr ausmacht als der Wiederbeschaffungswert, liege keine Betätigung des Integritätsinteresses, sondern schlicht Rechthaberei vor.

98) *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 61.

99) Systembruch zu Lasten des Geschädigten – Zur geplanten Einschränkung der fiktiven Schadensabrechnung, DAR 1998, 180, 183.

100) Krit dazu *AnwKomm/Ch. Huber* § 249 Rn 10.

Rahmen der Tunlichkeitsschwelle 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 Umweltschutzes begründen lässt.

d) Einheitlicher Richtwert versus Einzelfallgerechtigkeit

Einhellig vertreten wird, dass es starre Prozentsätze nicht gebe, sondern es vielmehr auf den **Einzelfall** ankomme.¹⁰¹⁾ Wenig ergiebig sind dabei von vornherein Leerformeln wie die von *Steiner/Witt-Döring*,¹⁰²⁾ 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 zuvor.¹⁰³⁾ Maßgeblich ist vielmehr, welche Umstände des Einzelfalls bedeutsam sein können.

Genannt wird das **Verschulden** des Ersatzpflichtigen.¹⁰⁴⁾ Wenn aber wie im Regelfall ein Haftpflichtversicherer für den Schaden aufzukommen hat, ist das nicht besonders überzeugend. Eine höhere Überschreitung des Zeitwerts wird darüber hinaus dann befürwortet, wenn der **Zeitwert gering** ist¹⁰⁵⁾ oder ein entsprechendes Gebrauchtfahrzeug am **Markt nicht erhältlich** ist,¹⁰⁶⁾ weil das beschädigte entweder ganz neu ist oder es sich um einen Oldtimer handelt.¹⁰⁷⁾ *Steiner/Witt-Döring*¹⁰⁸⁾ 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 mE wünschenswert, wenn der Richter seine Lust nach der jeweils differenzierten Beurteilung des Einzelfalls etwas bändigen und der **außergerichtlichen Regulierungspraxis einen festen Prozentsatz** an die Hand geben könnte.¹⁰⁹⁾ 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 Rsp das Fahrzeug in einer Werkstätte 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 **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 **Einzelfalls** möglich ist, hängt davon ab, welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen, dass der maßgebliche Schwellwert überschritten wird. Von einem Unterschreiten des Schwellwerts sollte aus Gründen der Rechtssicherheit mE hingegen überhaupt abgesehen werden.

e) Überschreitung des Schwellwerts im SV-GA – notwendigerweise Abrechnung auf Totalschadensbasis?

Im deutschen Recht hat der BGH in einer LeitE im Jahr 1991¹¹⁰⁾ ausgesprochen, dass bei beträchtlicher Überschreitung des Schwellwerts 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 SV-Schätzung ex ante unter Zugrundelegung einer Luxusreparatur mit dem Risiko der Verweisung auf die Totalschadensabrechnung ist auch im deutschen Recht auf Kritik gestoßen. *Eggert*,¹¹¹⁾ Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf und die prägende Richterpersönlichkeit auf dem Gebiet des Kfz-Sachschadens, hat einen **flexibleren Ansatz** vorgeschlagen.¹¹²⁾ Soweit der Kfz-SV dem Geschädigten einen kostengünstigeren Weg aufzeigt, etwa die Behebung des Gebrechens durch eine alternative Reparaturmethode und/oder die Verwendung gebrauchter Ersatzteile, soll eine Abrechnung auf Basis der **tatsächlichen Reparaturkosten** möglich sein, wenn diese unter dem Schwellwert bleiben.

Der SV muss nach einer so erfolgten Reparatur freilich eine Besichtigung vornehmen und eine Bescheinigung ausstellen, dass die Reparatur auch nach diesen

101) *Apathy*, ZVR 1981, 257, 258; *ders.*, EKHG (1992) § 16 Rn 11; *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1323 Rz 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*, Hornburger Tage 1991, 7, 14 = NZV 1991, 1; *Greger*, NZV 1994, 11f.

102) ZVR 1991, 359.

103) Zur begrenzten Bedeutsamkeit solcher Allerweltsformeln *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 64ff.

104) *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 Tunlichkeitsschwelle ist nicht zu eng anzusehen, wenn das gesamte subjektive Interesse zu ersetzen ist.

105) *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 361 unter Hinweis auf OGH ZVR 1977/167.

106) OGH ZVR 1987/34.

107) *Steiner/Witt-Döring*, ZVR 1991, 359, 361.

108) ZVR 1991, 359, 361.

109) *Ch. Huber*, MDR 2003, 1205.

110) BGHZ 115, 375.

111) DAR 2001, 20, 26f.

112) Krit dazu freilich *Lemcke*, Abrechnung des Fahrzeugschadens nach § 249 Abs 2nF, r+s 2002, 265, 269.

Vorgaben erfolgt ist. Das ist durchaus ein **Beschäftigungsprogramm** für den Kfz-SV, 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:¹¹³⁾ Wenn der Geschädigte repariert, kann er bis zum **Schwellwert Ersatz** verlangen unter der Voraussetzung, dass er eine **fachgerechte und ordnungsgemäße** Reparatur nachweist.¹¹⁴⁾ Je stärker die finanzielle Eigenbelastung bei der Reparatur gegenüber der Ersatzbeschaffung ausfällt, umso geringer wird der Anreiz zur Reparatur für den Geschädigten, weil er jeglichen über den Schwellwert hinausgehenden Betrag aus eigenen Mitteln zuschießen muss. Dieser Weg hat den Vorzug, dass der SV 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 Schwellwert.¹¹⁵⁾

Für das **österreichische Recht** ist ein solcher Weg¹¹⁶⁾ umso mehr **geboten**, als der Kfz-SV 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 SV 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 Einzelfalls abhängig zu machen, so insb 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 Totalschadensabrechnung 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 er-

folgt, die im richterlichen Ermessen liegen. Ein solcher Fall ist mE hier gegeben.

f) 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 SV **ex ante geschätzten Werte** entscheiden. Welche Rechtsfolgen ergeben sich aber, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Werkstätte für die durchgeführte Reparatur mehr in Rechnung stellt, als der SV ursprünglich geschätzt hat? Bedeutsam ist dies insb 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**. Den Gesprächspartnern aus der Versicherungswirtschaft war weder der Begriff noch das Phänomen bekannt. Immerhin wird das Problem in zwei OGH-E gestreift:

In der E ZVR 1960/49 wird darauf hingewiesen, dass keine Werkstätte 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 SV-Schätzung des Haftpflichtversicherers in Bezug auf die Reparaturkosten um S 3.000,- unter dem Zeitwert von S 15.000,-. Als die tatsächlichen Reparaturkosten diesen dann um S 2.415,- oder ca 16% überstiegen, hat der OGH die Untunlichkeit unter Hinweis auf VorE,¹¹⁷⁾ 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.

Demgegenüber 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 SV oder der Werkstätte verursacht worden sein.¹¹⁸⁾ Dies gilt

113) Ch. Huber, Das neue Schadenersatzrecht § 1 Rn 148 ff.

114) Nach der Karosseriebaumeister-E des BGH NJW 2003, 2085 wäre Überlegenswert, bei einer bloß die Betriebs- und Verkehrssicherheit herstellenden Reparatur den Ersatzumfang auf den Wiederbeschaffungswert zu begrenzen.

115) IdS OGH ZVR 1987/38: Ein Geschädigter lässt bei einem Zeitwert von S 100.000,- und einer Reparaturkostenschätzung durch den SV in Höhe von S 130.000,- das Fahrzeug unter Verwendung von Altteilen um S 101.000,- reparieren und verlangt dazu noch einen merkantilen Minderwert von S 6.000,-, insgesamt somit S 107.000,-. Der OGH gab dem Begehren in vollem Umfang statt.

116) Dafür auch Reischauer in Rummel, ABGB § 1323 Rz 9.

117) OGH ZVR 1976/76 und 106.

118) BGH BGHZ 63, 182, 185; Staudinger¹¹⁸⁾/Schiemann § 249 Rn 219, 229 f; § 251 Rn 26; Karczewski in Wussow, Unfallhaftpflichtrecht Kap 41 Rn 24.

sogar dann, wenn die Werkstatt dem Geschädigten in betrügerischer Absicht Beträge für nicht durchgeführte Reparaturarbeiten in Rechnung gestellt hat.¹¹⁹⁾

Der Geschädigte ist zwar verpflichtet, dem Ersatzpflichtigen allfällige Ersatzansprüche abzutreten.¹²⁰⁾ 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 SV 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 SV bzw der Werkstatt nach den Regeln der Erfüllungshilfenhaftung des § 278 BGB – in Österreich entspricht dem § 1313 a ABGB – zuzurechnen.¹²¹⁾

Es stellt sich die Frage, ob diese Wertung auch für das österr 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 Interessenlage gleich ist und auch im österr Recht ein Recht des Geschädigten zur Vornahme der Reparatur in Eigenregie anerkannt wird,

wäre es folgerichtig, auch im österr 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 entscheidet.¹²²⁾ 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 österr 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 Tunlichkeitsschwelle den Wiederbeschaffungswert¹²³⁾ maximal überschreiten dürfen.

119) OLG Hamm NZV 1995, 442.

120) Hinzuweisen ist darauf, dass es solche nicht stets geben wird, wenn es an einem Verschulden fehlt, bzw diese nicht immer durchsetzbar sind. Zu denken ist an den Fall der Insolvenz der Werkstatt oder des SV.

121) BGH BGHZ 63, 182, 185.

122) Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rn 149.

123) Nach der hier vertretenen Ansicht sollte freilich auf die Wiederbeschaffungskosten, somit die Differenz zwischen Wiederbeschaffungs- und Wrackwert, abgestellt werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Huber lehrt Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der RWTH Aachen.

Vom selben Autor erschienen:

Fragen der Schadensberechnung² (1995); Ausfall künftiger Nutzung, *ecolex* 1993, 516; Abkehr von der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten, *ZVR* 1998, 74; Betriebsreservekosten – Einordnung in das Schadenersatzrecht, *ecolex*, 1997, 77; Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters, *ZVR* 2000, 290; Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen, *ZVR* 2000, 218; Künftige Änderungen im deutschen und europäischen Schadensersatz, *ZVR* 2002, 38.

Literatur:

Messiner, Die Reparaturkosten – Schadensablöse, *ZVR* 1985, 37; Schmidt/Faast/Stögerer, Der merkantile Minderwert von Kraftfahrzeugen, *ZVR* 1991, 135; Steiner/Witt-Döring, Überlegungen zum wirtschaftlichen Totalschaden, *ZVR* 1991, 359; Apathy, *EKHG* (1992).

→ Literatur-Tipp



Christian Huber, *Fragen der Schadensberechnung*², Manz (1995)

MANZ Bestellservice:
Tel.: (01) 531 61-100, Fax: (01) 531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at