

# Aktuelle Fragen des Sachschadens

## Schluss

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 2005/12

§§ 1299, 1323,  
1332 ABGB;  
§§ 249 dBGB

Ersatz von  
Reparaturkosten;  
Totalschadens-  
abrechnung;  
Billigreparatur

## Inhaltsübersicht:

- E. Abweichen der Reaktion des Geschädigten von der im SV-GA vorgesehenen Reparatur
  - 1. Subjektiv-konkrete Schadensberechnung im deutschen, objektiv-abstrakte Schadensberechnung im österr Schadenersatzrecht – paradoxes Ergebnis in der Rechtswirklichkeit
  - 2. Anforderungen an die Reparaturqualität
  - 3. Billigreparatur, nunmehr häufig im benachbarten Ausland aufgrund der Öffnung der Ostgrenzen
  - 4. Eigenreparatur
- F. Bedeutsamkeit des Zeitpunkts der Abrechnung, vor oder nach Durchführung einer Restitutionsmaßnahme
  - 1. Im österr Recht
  - 2. Im deutschen Recht
- G. Totalschadensabrechnung
  - 1. Der maßgebliche Referenzwert
  - 2. Begrenzung auf den vom SV geschätzten Wert bei Totalschadensabrechnung?
  - 3. Überkompensation durch Zubilligung des fiktiven Wiederbeschaffungswerts
  - 4. Sensibilisierung in Bezug auf die Mehrwertsteuer durch das 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz in Deutschland – § 249 Abs 2 S 2 BGB
  - 5. Streit um den Restwert in Deutschland und Österreich
- H. Straßenverkehrsunfälle mit internationalem Bezug
- I. Resümee

## E. Abweichen der Reaktion des Geschädigten von der im SV-GA 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-SV in seinem GA angenommen hat.

## 1. Subjektiv-konkrete Schadensberechnung im deutschen, objektiv-abstrakte Schadensberechnung im österr Schadenersatzrecht – paradoxes Ergebnis in der Rechtswirklichkeit

Zwischen dem deutschen und österr 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 österr Lehre<sup>124)</sup> die Ansicht, dass im österr 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 österr Rsp, 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 österr Recht eine Verweisung auf die jeweils **tatsächlich** rechnerisch nachweisbare Einbuße. Wie ist das zu erklären? Dieser Frage soll aus dem Blickwinkel des österr Rechts nachgegangen werden:

*Apathy* hat in seiner grundlegenden Monographie<sup>125)</sup> 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.

124) *Kozioł*, Haftpflichtrecht I 2/56 mwN in FN 166.

125) *Aufwendungen zur Schadensbeseitigung* 46 ff.

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 gelegt.<sup>126)</sup> 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 österr Recht dazu, dass der Geschädigte einen Betrag erhielt, der zusammen mit dem Veräußerungserlös des Wracks mehr ausmachte als den Neupreis.<sup>127)</sup> Insoweit fand eine Überkompensation statt, die mit dem Ausgleichsprinzip nicht vereinbar war. Als Reaktion darauf wird in Österreich nunmehr in solchen Fällen bloß die Differenz aus Wiederbeschaffungswert und tatsächlich erzielt Restwert zuerkannt,<sup>128)</sup> ohne näher darauf einzugehen, dass wegen des **Neuwagenkaufs** ein **höherer Restwert** erzielt worden ist.<sup>129)</sup>

In Deutschland werden demgegenüber 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 hat, während der vom Ersatzpflichtigen geleistete Ersatzbetrag nur die Wiederbeschaffungskosten für ein Gebrauchtfahrzeug umfasst.<sup>130)</sup> In dem **höheren Wrackwert** ist ein **versteckter Rabatt** für das **Neufahrzeug** enthalten. Das ist ein Vorteil, den sich der Geschädigte nicht anrechnen lassen muss, weil er den höheren Restwerterlös durch die zusätzliche Investition der Anschaffung eines Neufahrzeugs erzielt. 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 österr 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 SV geschätzten, wobei sich dieser bei Zugrundelegung des Werts, 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, weil bei Inzahlungsgabe ein höherer Restwerterlös als bei Einstellung in eine Restwertbörse zugestanden worden ist, wäre es Sache des Anwalts des Geschädigten, auf diesen Umstand besonders hinzuweisen und eine normative Korrektur der tatsächlichen Zahlungsvorgänge zu urgieren.

## 2. Anforderungen an die Reparaturqualität

Durch Reparatur des beschädigten Kfz 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 bisher nicht diskutiert wurde, ist das in Deutschland anders. Es gibt dort eine Fülle von E, in denen Gerichte Sachverhalte zu beurteilen hatten, in denen die Reparatur nicht nach den Vorgaben des SV erfolgt ist, der Geschädigte aber gleichwohl über die tatsächlichen Aufwendungen hinaus den sich aus dem SV-GA ergebenden Betrag ersetzt verlangt hat.

Der Grund, warum die Frage der Reparaturqualität in Deutschland 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 SV-GA 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, insb, wenn es sich um eine Selbstreparatur eines Freizeitbastlers handelt.<sup>131)</sup> 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**<sup>132)</sup> ein 3-Stufen-Modell entwickelt, von dem der BGH in der Karosseriebaumeister- E<sup>133)</sup> die zweite Stufe übernommen hat.

- Betragen die Reparaturkosten nicht mehr als **70%** des Wiederbeschaffungswerts, kann der Geschädigte – ohne weiteren Nachweis – **fiktive Reparaturkosten** ersetzt verlangen.<sup>134)</sup>
- In der Marge zwischen **70 und 100%** muss das Fahrzeug soweit wieder instand gesetzt werden, dass es **betriebs- und verkehrssicher** ist.

126) So zuletzt in der DEKRA-Entscheidung BGH NJW 2003, 2086.

127) OGH ZVR 1978/115.

128) OGH JBI 1985, 41 (*Apathy*); JBI 1988, 249; ZVR 1995/7; ZVR 1996/114; OLG Wien ZVR 1994/114; ZVR 1994/126.

129) Für eine Berücksichtigung dieses Umstands freilich OGH ZVR 1960/49; OLG Wien ZVR 1994/127; *Apathy*, ZVR 1981, 257.

130) BGH BGHZ 66, 239; VersR 1978, 235.

131) Dazu *Lemcke*, Urteilsanmerkung, r+s 1992, 234.

132) DAR 2001, 20ff.

133) BGH NJW 2003, 2085.

134) Um eine Nuance anders neuerdings *Wellner* (BGH-Richter des Haftpflichtsenats), Homburger Tage 2003, 7, 11: Abzustellen ist auf den Wiederbeschaffungsaufwand. Das würde freilich bedeuten, dass es für die Frage der fiktiven Abrechnung ohne Durchführung der Reparatur auf den – in Deutschland so umstrittenen – Restwert doch wieder ankäme.

→ In der Marge zwischen 100 und 130% muss es sich um eine **umfassende** und **fachgerechte** Reparatur handeln.

Steht nunmehr fest, dass der im SV-GA ausgewiesene Betrag auch dann verlangt werden kann, wenn nicht alle, insb die optische Schäden nicht beseitigt sind, wenn die im SV-GA 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 zwischen 100 und 130% zu stellen sind. Die OLG legen dabei unterschiedlich strenge Maßstäbe an. Während das OLG Stuttgart<sup>135)</sup> etwa beanstandete, dass eine Lackierung nicht gleichmäßig aufgetragen worden sei – Schwaben sind eben gründlich –, hielt es das OLG Düsseldorf<sup>136)</sup> für tolerabel, wenn nach der Reparatur der Airbag gefehlt hat oder gebrauchte Ersatzteile verwendet worden sind<sup>137)</sup> – Rheinländer sehen das etwas großzügiger.

Aus dieser deutschen Rsp ist für das österr Recht immerhin soviel zu gewinnen, dass bei tatsächlicher Durchführung der Reparatur unterhalb des vom SV 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 österr Recht ist aber zu wenig. Welcher Zuschlag zu den tatsächlichen Aufwendungen in Betracht kommt, ist im Folgenden näher zu klären:

### 3. 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 ausserordentlicher Ausnahmefall, sondern kommt durchaus häufig vor. Möglichkeiten dazu gibt es vielfältiger Natur:

- Reparatur nicht in der nächstgelegenen Markenwerkstätte, sondern in einer kleinen oder freien Werkstatt, 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 ungeschmälernte sich aus dem SV-GA 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 ausge-

sprochen, dass die Verweisung auf die tatsächlichen Kosten lediglich zur Voraussetzung habe, dass die **Betriebssicherheit** des Fahrzeugs wieder hergestellt sei.<sup>138)</sup> Andere E<sup>139)</sup> 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 Werkstatt 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 österr doch nicht ganz mithalten kann.<sup>140)</sup>

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 SV geirrt und den Schaden zu hoch taxiert, ist eine Rückführung auf die tatsächlich angefallenen Kosten nicht zu beanstanden. Liegt der Grund für das Auseinanderfallen der SV-Schätzung und der tatsächlichen Kosten 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 dürfen.<sup>141)</sup> Wenn man im österr 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-Rsp durchaus:

So wurde in der LeitE SZ 51/7 ausgesprochen, dass die Mühewaltung bei der Schadensbeseitigung als **Aufwendung nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag** ersatzfähig sei.<sup>142)</sup> Auch im Recht der Ge-

135) DAR 2003, 176.

136) VersR 2002, 629.

137) Näheres zur divergierenden Rsp der OLG bei Ch. Huber, MDR 2003, 1334, 1338.

138) OGH ZVR 1982/194.

139) BerG in OGH 9. 9. 1986, 2 Ob 35/86; OLG Wien ZVR 1994/10.

140) Einen solchen Abschlag schon dann erwägend, wenn das Fahrzeug nicht in einer Marken-, sondern in einer freien Werkstatt repariert worden ist, *Weißner*, Homburger Tage 2003, 7, 14.

141) So namentlich bei der Verwertung des Fahrzeugwracks (dazu BGH NJW 2000, 800) sowie bei der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs (dazu BGH NJW 1996, 1958). Ebenso jüngst *Weißner*, Homburger Tage 2003, 7, 13f.

142) Ob auch ein Gewinn zu ersetzen ist, so OGH SZ 40/144, ist demgegenüber eine Detailfrage, die an dieser Stelle nicht vertieft werden

schäftsführung 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 werden.<sup>143)</sup>

In Fortführung dieser Rsp wären dann nicht nur die Fahrtkosten in Höhe eines km-Geldes von Wien nach Bratislava zu vergüten, sondern auch der damit verbundene **Zeitaufwand** inklusive 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 Werteinbuße<sup>144)</sup> hinausreichen, darüber hinaus aber auch einen Ausgleich dafür, wenn die **Reparaturqualität** dort nicht der der österr 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.

Beim derzeitigen Preisgefälle dürfte dabei immer noch eine beträchtliche Ersparnis gegenüber der Durchführung in einer Wiener Markenwerkstätte für den Ersatzpflichtigen herauskommen. Als **Obergrenze** wäre der Ersatzanspruch grundsätzlich mit dem Betrag zu begrenzen, der bei Durchführung einer Reparatur in Wien anfallen würde.<sup>145)</sup>

In prozessualer Sicht ist darauf zu verweisen, dass der RA 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 RA gibt und das Vorbringen mitunter nur den Graubereich erwischt, aber nicht stets ins Schwarze trifft.<sup>146)</sup>

#### 4. 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 SV-GA ausgewiesenen Werten zurückbleiben, weil der Geschädigte am Baumarkt einkauft und/oder keine Markenersatzteile 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 österr Recht bemessen?

Im **deutschen** Recht ist darauf abzustellen, ob der Geschädigte über eine **Betriebswerkstätte** verfügt oder nicht.<sup>147)</sup> 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 erheb-

lich unter den Kosten einer externen Markenwerkstätte liegen. Alle anderen Geschädigten können auf der Basis eines SV-GA abrechnen,<sup>148)</sup> wobei der SV die Reparaturkosten einer Markenwerkstätte zugrundelegen darf.<sup>149)</sup> 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 Schädigten entlasten. Daraus leitet man ab, dass diesem Geschädigten eine Abrechnung auf Basis des SV-GA, somit der bei Reparatur in einer Markenwerkstätte anfallenden Kosten, zustehe.

Seit 1. 8. 2002 erfolgt gem § 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, insb bei Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes.

Der **ursprüngliche GEntw** sah die Kappung sämtlicher Steuern und Sozialversicherungsbeiträge vor.<sup>150)</sup> 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 Überlegung<sup>151)</sup> konnte aber **politisch nicht durchgesetzt** werden. Zu groß war der – gut organisierte – Widerstand der Kfz-SV, Geschädigtenanwälte und der Autofahrerverbände, wobei auch der Haftpflichtsenat des BGH<sup>152)</sup> 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 hand-

kann. Näheres bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 206 ff.

143) *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 206 ff; *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) 197; *Apathy in Schwimann*, ABGB § 1036 Rz 10; zurückhaltender *Rummel in Rummel*, ABGB § 1036 Rz 4; *Welser in Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II<sup>12</sup> (2001) 365. Ähnlich die Diskussion in Deutschland weitergehend *Erman*<sup>10</sup>/*Ehmann* § 683 Rz 8; zurückhaltender *Palandt*<sup>61</sup>/*Sprau* § 683 Rz 8.

144) Diese gebührt in jedem Fall, auch bei geringeren Reparaturkosten, handelt es sich bei der Werteinbuße um das als Mindestersatz geschuldete Kompensationsinteresse.

145) OLG Wien ZVR 1994/10.

146) 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.

147) BGH BGHZ 54, 82. Näheres dazu bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 233 ff.

148) BGH BGHZ 115, 364.

149) So die DEKRA-Entscheidung BGH NJW 2003, 2086. Vorsichtiger freilich jüngst *Wellner*, Homburger Tage 2003, 7, 15, der auf Art und Umfang des Schadens sowie Werkstattausstattung und -erfahrung abstellt.

150) Zur Entstehungsgeschichte *Bollweg/Hellmann*, Das neue Schadensersatzrecht (2002) 24 ff; AnwKomm/*Ch. Huber* vor § 249 Rn 15 ff.

151) *Ch. Huber*, Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, DAR 2000, 20, 24 ff.

152) *G. Müller*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1, 6.

haben sei,<sup>153)</sup> und die weitere Einschränkung der fiktiven Sachschadensabrechnung der Rsp überantwortet.<sup>154)</sup> Wie nicht anders zu erwarten, wird daraus freilich nichts.<sup>155)</sup>

Im österr Recht wird nicht nur der Verkehrsbetrieb mit eigener Betriebswerkstätte, sondern **jeder Geschädigte** auf die **Selbstkosten** verwiesen.<sup>156)</sup> Ein kaufmännisches Unternehmen kann dabei noch einen Gewinnzuschlag verlangen, der einem Nichtkaufmann versagt wird.<sup>157)</sup> Dem Grunde nach ist das durchaus zu billigen, wenn **sämtliche Aufwendungen** des Geschädigten **erfasst und voll angemessen abgegoiten** werden.<sup>158)</sup> Die Rsp läuft freilich Gefahr, über das Ziel hinauszuschießen, indem sie den Geschädigten auch dann auf die geringeren tatsächlichen Kosten verweist, wenn seine Werteinbuße mehr ausmacht.<sup>159)</sup>

Aus dem spärlichen Rsp-Material sei ein Fall<sup>160)</sup> pars pro toto herausgegriffen: Der Eigentümer eines beschädigten Porsche legte selbst Hand an. Wie in zwei LeitE zum deutschen Recht<sup>161)</sup> 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 SV geschätzten Reparaturkosten ausgemacht, von S 23.879,- nämlich S 18.418,-.<sup>162)</sup> 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 S 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-E des BGH<sup>163)</sup> zu einer **Überentschädigung** führt,<sup>164)</sup> so wenig angemessen erscheint der Pfuscherlohn in der österr E. 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 – Pfuscherlohn.<sup>165)</sup>

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 SV-GA stellen. Die **Werteinbuße** auf der Basis der Totalschadensabrechnung stellte für *Apathy*<sup>166)</sup> den **Mindestersatz** dar.<sup>167)</sup> 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

### 1. Im österr Recht

Bereits vor der von *Apathy* ausgelösten Judikaturwende hat der OGH ausgesprochen, dass **vor Durchführung** einer Reparatur deren angemessene Kosten ersatzfähig sind, **nach** ihrer Durchführung aber die – mitunter geringeren – **tatsächlichen**.<sup>168)</sup> Es stellt sich die Frage, wie diese Rsp entstehen konnte, ob sie rational und nach der Ablehnung des Zuspruchs fiktiver 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 könnten.<sup>169)</sup> 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 abge-

153) Dazu *Ch. Huber*, Die Kappung der Mehrwertsteuer bei der fiktiven Schadensabrechnung gemäß § 249 Abs 2 S 2 BGB – eine einfach zu handhabende Regelung? NZV 2004, 105.

154) BTDrs 14/7752, 14. Abgedruckt bei *Boitweg/Hellmann*, Das neue Schadenersatzrecht 339.

155) *Ch. Huber*, MDR 2003, 1205, 1210; so auch die Einschätzung von *Luckey*, Neues Schadenersatzrecht – neue Probleme? PVR 2003, 302, 308.

156) OLG Wien 24. 4. 1986, 15 R 63/86.

157) OGH SZ 51/7; 28. 3. 1995, 4 Ob 1554/95.

158) So auch für das deutsche Recht *Staudinger/Schiemann* § 249 Rn 227.

159) OGH 18. 3. 1999, 8 Ob 318/98t.

160) LGZ Wien 28. 6. 1989, 42 R 531/89.

161) BGHZ 115, 364; NJW 2003, 2086.

162) Die Bruttomaterialkosten des SV-GA in Höhe von S 5.461,- wurden offenbar ohne weiteren Nachweis zuerkannt.

163) BGH NJW 2003, 2086.

164) 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.

165) Näheres zur Bemessung des Arbeitskräfteeinsatzes bei der Eigenreparatur *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 254 ff.

166) ZVR 1981, 257, 260, 261; *ders.*, JBl 1985, 42.

167) 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.

168) 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 Rsp hinweisend *Messiner*, ZVR 1985, 37, 38.

169) So aber OGH SZ 51/7; OLG Wien 24. 4. 1985, 15 R 63/86; krit auch *Harer* in *Schwimmann*, ABGE § 1323 Rz 58. Gegenteilig aber bereits SZ 63/46 = VersR 1991, 721 (*Ch. Huber*).

wiesen wird.<sup>170)</sup> Jedenfalls im Ausmaß der Wertminderung kann es darauf nicht ankommen.

Da ein SV, 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, maW, die **Reparatur** einseitigen **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 Rsp seine Gesamtbelastung uU 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 zusteht.<sup>171)</sup> 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 können.<sup>172)</sup> Während das bei **Kfz-Schäden** mittlerweile auch umgesetzt wird,<sup>173)</sup> verfährt der OGH bei **Liegenschaftsschäden** gegenteilig.<sup>174)</sup> Dort genügt für das endgültige Behalten der fiktiven Reparaturkosten die Feststellung<sup>175)</sup> bzw Behauptung,<sup>176)</sup> dass der Geschädigte die Absicht hat, eine bestimmte Reparaturmaßnahme durchführen zu wollen. Bemüht wird dabei mitunter auch die Parallele zu den **fiktiven Heilungskosten**.<sup>177)</sup>

Soweit für ein bestimmtes Sachproblem für einzelne Anspruchsarten ein **einheitlicher Lösungsansatz** gefunden wird, ist das gewiss begrüßenswert. Im vorliegenden Kontext ist das mE auch möglich. Ob es sich um Heilungskosten für eine malträtierte Person, Reparaturkosten für ein beschädigtes Kfz 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 werden,<sup>178)</sup> über dessen widmungsgemäße Verwendung der Geschädigte gegenüber dem Ersatzpflichtigen abrechnungspflichtig ist.<sup>179)</sup> Die bloße Behauptung, dass die beschädigte Sache noch vorhanden und eine Reparatur noch möglich ist, ist für den endgültigen Anspruch nicht ausreichend.<sup>180)</sup> 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 SV 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 Abschläge vorgenommen werden.

## 2. Im deutschen Recht

Im deutschen Recht ist die Schadensregulierung in vielfacher Weise von den bei der tatsächlichen Durchfüh-

170) So aber OGH 20. 1. 1988, 1 Ob 40/87.

171) Ch. Huber, Urteilsanmerkung, VersR 1991, 723, 724.

172) IdS bereits Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung 225 ff.

173) OGH 29. 3. 1989, 2 Ob 19/89; OGH ZVR 1995/7.

174) OGH SZ 68/101; RdW 1997, 12; 20. 6. 1996, 6 Ob 2075/96g.

175) OGH RdW 1997, 12.

176) OGH SZ 68/101.

177) 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 Gebrauchsentgang sei dies gar nicht der Fall, bei den Reparaturkosten nur bis zur Wertminderung. So sehr 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 österr Rsp seit der LeitE SZ 42/33 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 Nutzungsent-schädigung verlangen, was eine gewiss angemessenere Rechtsfolge darstellt. Dieses Problem kann freilich an dieser Stelle nicht vertieft werden.

178) OGH ZVR 1995/7.

179) Apathy, ZVR 1981, 257, 260f; ders. JBl 1985, 43; LG Feldkirch 30. 6. 1999, 3 R 208/99g.

180) 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.

rung entstehenden Kosten abgekoppelt. Wenn man dem 3-Stufen-Modell von Eggert<sup>181)</sup> folgt, dann ist die Zuerkennung der vom SV 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 darauf 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 kann.<sup>182)</sup> 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 E<sup>183)</sup> darum bemüht, die mit dieser Rsp 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 sollte.<sup>184)</sup> 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 Rsp nicht überzeugt**, sollte diese für das österr 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:

### 1. Der maßgebliche Referenzwert

Ungeachtet des Umstands, dass die Mehrzahl der Gebrauchtwagenkäufe von Privat zu Privat abgewickelt werden,<sup>185)</sup> hat der Kfz-SV nach der Rsp des HöchstG – in Deutschland<sup>186)</sup> wie in Österreich<sup>187)</sup> – den Wiederbeschaffungswert nach dem Kauf bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler mit Werkstattgarantie zu ermitteln. In einer unveröff E<sup>188)</sup> 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.

### 2. Begrenzung auf den vom SV geschätzten Wert bei Totalschadensabrechnung?

Bei den Reparaturkosten ist es im deutschen Recht anerkannt, dass der Geschädigte zwischen der Abrechnung auf Basis des SV-GA und der Vorlage der konkreten Reparaturrechnung wählen kann.<sup>189)</sup> Im österr 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 Schätzwerts nach § 1332 ABGB angesehen. Andererseits wird betont, dass auch die Ersatzbeschaffung eine Ausprägung der Naturalrestitution iSd § 1323 ABGB darstellt. Wenn man Letzteres zu Recht bejaht, muss dem Geschädigten auch insoweit ein Recht zu **konkreter Abrechnung** zustehen. Dieses Problem stellte sich in der OGH-E ZVR 1987/94: Der Wiederbeschaffungswert eines LKW in Griechenland wurde vom SV auf S 305.000,- geschätzt, wobei der SV zugestanden hat, dass es in Griechenland keine Gebraucht-LKW 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 S 437.000,- ausgab. Der OGH begrenzte den Anspruch auf S 305.000,-, weil es auf den Ort der Beschädigung ankomme.

Möglicherweise wurde der Schaden einmal mehr zu **mechanisch** ermittelt. Zunächst fragt man sich,

181) DAR 2001, 20 ff.

182) Aus der jüngeren Rsp 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.

183) OLG Düsseldorf VA 2003, 80.

184) Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rn 399 ff.

185) 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. Ähnlich Sacher, Das Gutachten über Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden 50, der für Österreich annimmt, dass 55 bis 60% der Gebrauchtwagenkäufe über Kfz-Händler abgewickelt werden.

186) BGH NJW 1966, 1455; NJW 1982, 1864; Karczewski in Wussow, Unfallhaftpflichtrecht Kap 41 Rz 14; Staudinger/Schiemann § 251 Rz 48.

187) OGH ZVR 1970/35; ZVR 1971/254; ZVR 1978/48; Reischauer in Rummel, ABGB § 1332 Rn 9; aA Harrer in Schwirrmann, ABGB § 1332 Rn 2, der generell auf den geringeren Verkaufswert abstellen will.

188) OGH 15. 5. 1991, 2 Ob 18/91.

189) Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rn 93 ff.

wie der SV zu einem Wiederbeschaffungswert von S 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 bekommen.<sup>190)</sup> Und das gilt nicht nur bei einer Anschaffung durch einen Unternehmer.

### 3. Überkompensation durch Zubilligung des fiktiven Wiederbeschaffungswerts

Sowohl die deutsche<sup>191)</sup> als auch die österr<sup>192)</sup> Rsp 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 Wertmaßstabs umwandeln kann, der ihm ohne schädigendes Ereignis nicht zugute käme. Würde der Geschädigte ohne schädigendes Ereignis das Kfz veräußern, bekäme er lediglich den Händlereinkaufspreis, somit 10–20% weniger als den Wiederbeschaffungswert, den die HöchstG zugrundelegen.

Es wäre deshalb sachgerecht, in einem Fall, in dem der Geschädigte auf **jegliche Restitution** verzichtet, vom geringeren Händlereinkaufspreis auszugehen.<sup>193)</sup> Sofern der Geschädigte aber das total beschädigte Fahrzeug gleichwohl reparieren lässt oder ein Gebrauchtbzw Neufahrzeug anschafft, setzt er eine Restitutionsmaßnahme, sodass es angemessen ist, weiterhin vom Wiederbeschaffungswert auszugehen.

### 4. 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 Schadensrecht<sup>194)</sup> hat Ergebnisse gezeigt, die ungeachtet der unterschiedlichen gesetzgeberischen Regelung auch für das österr Recht bedeutsam sind. Es ist zunächst die deutsche Regelung darzustellen, ehe auf die für das österr Recht maßgeblichen Schlussfolgerungen hinzuweisen ist.

Wenn ein Gebrauchtwagenhändler ein Kfz 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 gem § 25 a 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 Veräußerungswerts. Der Wiederbeschaffungswert von älteren niedrigpreisigen Fahrzeugen 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-Liste<sup>195)</sup> erfolgt.

Berichtenswert ist darüber hinaus, dass sowohl der **Restwert** als auch der **merkantile Minderwert** eines Verbrauchers keine Umsatzsteuer enthalten. Der Bewertung zugrundezulegen 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 **österr 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.

### 5. Streit um den Restwert in Deutschland und Österreich

In Deutschland tobt seit mehr als 10 Jahren ein heftiger Streit um die richtige Ermittlung des Restwerts. Der BGH<sup>196)</sup> räumt dem Geschädigten die Möglichkeit ein, nach Einholung eines SchätzGA des von ihm betrauten SV das Wrack beim **örtlichen Kfz-Händler** zu veräußern oder bei Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs in Zahlung zu geben. Der SV hat bei seiner Schätzung von dem dabei erzielbaren **durchschnittlichen Wert** auszu-

190) IdS auch Ch. Huber, Keine Kappung der USt bei Erwerb von Privat nach einem Totalschaden, VA 2004, 9ff.

191) BGH NJW 1966, 1454; NJW 1982, 1864; Staudinger/Schiemann § 251 Rn 50.

192) OGH 15. 5. 1991; 2 Ob 18/91; ebenso OLG Wien ZVR 1998/83.

193) Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung 158 ff; ders, MDR 2003, 1334, 1340; Reischauer in Rummel, ABGB § 1332 Rz 14; so auch für vertragliche Schadenersatzansprüche Weiser, ecollex 1993, 378.

194) Zum Streitstand Pamer, Schadensersatz und Mehrwertsteuer (2003); Ch. Huber, NZV 2004/105.

195) Schwacke-Liste Regel- und Differenzbesteuerung mit Erläuterungen von E. Fuchs und J. Pamer, 1/2003.

196) BGH NJW 1992, 903; NJW 1993, 1849; NJW 2000, 800.

gehen. Da der örtliche Kfz-Händler das Wrack sodann an einen spezialisierten Restwertaufkäufer weiterveräußert 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 Restwertaufkäufer** dafür bietet.

Der gegnerische Haftpflichtversicherer ist demgegenüber daran interessiert, dass der Geschädigte das Wrack direkt an den spezialisierten Restwertaufkäufer veräußert, uzv 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 österr Recht muss sich der Geschädigte nämlich keinen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorwerfen lassen, wenn er nach Einholung des SV-GA über das Wrack verfügt, ohne den gegnerischen Haftpflichtversicherer vom Schadensfall auch nur informiert zu haben.<sup>197)</sup>

Solche Malaisen können im österr Recht nicht entstehen, weil der **SV** des Haftpflichtversicherers den Restwert – unter Berücksichtigung der von manchen Versicherern selbst organisierten Restwertbörsen – ermittelt. Da der SV 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 GerichtsE dazu gibt. Da es bei der Verwertung des Wracks nicht um das Restitutions-, sondern bloß um das Kompensationsinteresse des Geschädigten geht, ist die deutsche Rsp, die dem Geschädigten eine Verwertung des Wracks zubilligt, dessen Erlös der Schadensregulierung zugrundelegen ist, ohne dem Haftpflichtversicherer Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren, verfehlt und sollte insoweit in Österreich nicht übernommen werden.

## H. Straßenverkehrsunfälle mit internationalem Bezug

Kommt es auf österr Hoheitsgebiet zu einem Straßenverkehrsunfall mit internationalem Einschlag, ist nach Art 3 des Haager Straßenverkehrsübereinkommens grundsätzlich österr Recht anzuwenden.<sup>198)</sup> 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 Gebrauchsentsgang** – anders als nach deutschem Recht – keine Nutzungsentschädigung verlangen, weil dieser Nachteil im österr Recht als nicht ersatzfähige ideelle Einbuße qualifiziert wird. Die Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten kommt demgegenüber durchaus in Betracht. Hat aber der Geschädigte als Halter des Fahrzeugs mit einem (österr) 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 Wiederbeschaffungswerts,<sup>199)</sup> der Reparaturkosten<sup>200)</sup> und des merkantilen Minderwerts<sup>201)</sup> hat der OGH zutreffend auf den Ort abgestellt, wo der Geschädigte wegen seines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltsorts die entsprechende Restitution bzw Veräußerung durchführt. Dort wird er eine Wiederbeschaffung tätigen, die Sache reparieren lassen oder im Fall des merkantilen Minderwerts eine potentielle Veräußerung nach Durchführung der Reparatur tätigen. Entgegen der Ansicht von *Kozioł*<sup>202)</sup> und in Übereinstimmung mit dem OGH ist die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung**, die zu einem Abstellen auf die Verhältnisse am Unfallort führen würde, der **verfehlt 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 Geschädigte 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 österr 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 Lit. 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 Blicks über die Grenzen ist wohl auch

197) Zur Rechtslage in Deutschland Ch. Huber, DAR 2002, 337 ff, 385 ff.

198) Dazu und allfälligen Ausnahmen *Kozioł*, Haftpflichtrecht I 19/47 ff.

199) OGH IPRE 1, 66.

200) OGH ZVR 1978/321: In Griechenland bloß 8 und nicht 18% Mehrwertsteuer.

201) OGH ZVR 1998/119: Für die Ermittlung des merkantilen Minderwerts kommt es auf die Verhältnisse am Wohnsitz des Geschädigten in Deutschland an. Ob zur Ermittlung des merkantilen Minderwerts unbedingt ein deutscher Kfz-SV herangezogen werden muss, ist freilich eine mE davon zu unterscheidende Frage.

202) Haftpflichtrecht I 10/26.

aufgrund des *genius loci* angezeigt, findet doch die Taugung 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-SV als ihre Vertragspartner tätig und nicht vom Geschädigten bestraft werden. Die österr Haftpflichtversicherer sind

deshalb in der Lage, manche Effizienzpotenziale auszuschöpfen, was den deutschen Haftpflichtversicherern aufgrund der weniger versicherungsfreundlichen Rsp und der anderen Einbindung der SV verwehrt ist. Zu bedenken ist freilich stets, von wem immer der SV sein Mandat sowie sein Honorar erhält, er hat als unabhängiges und nur der Wahrheit verpflichtetes Organ die Interessen beider Parteien angemessen zu berücksichtigen!

→ In Kürze

Totalschaden sollte restriktiver angenommen, bei seiner Betrachtung allerdings Wrackwert und Wertminderung berücksichtigt werden. Als Wrackwert ist idR der geschätzte, nicht der tatsächlich erzielte, anzunehmen. Neben tatsächlich aufgewendeten Reparaturkosten ist der Ersatz von Nebenkosten zuzubilligen, die die schadensmindernden Bemühungen abgelten (und nicht nur zu Gunsten des Schädigers wirken lassen) sollten. Differenzierungen danach, ob die Reparatur schon durchgeführt wurde oder nicht, sind tunlichst zu vermeiden. Ein fiktiver Wiederbeschaffungswert indes ist – als Überkompensation – abzulehnen, wenn das Kfz ohne jede Restitutionsmaßnahme veräußert wird.

→ 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 Schadensberechnung<sup>2</sup> (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 Schadenersatz, *ZVR* 2002, 38.

Literatur:

*Messiner*, Die Reparaturkosten – Schadenablässe, *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<sup>2</sup>*, Manz (1995)

MANZ Bestellservice:

Tel.: (01) 531 61-100, Fax: (01) 531 61-455, E-Mail: [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)  
Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)

# Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

73. Jahrgang – Nr 47–55

Helmut Gamerith, Gerhard Hager, Erich Kodek

EvBl 2005/47

§ 879 Abs 3 ABGB

OGH 18. 8. 2004,  
4 Ob 112/04f

(OLG Wien

2 R 211/03 v;

HG Wien

18 Cg 35/02j) =

ÖJZ-LSK

2005/30

→ Gröbliche Benachteiligung durch eine Klausel

§ 879 Abs 3 ABGB

Die Klausel „Laden Sie Ihr Konto rechtzeitig innerhalb der Gültigkeitsdauer (ein Jahr plus drei Mona-

Sachverhalt:

Die Bekl betreibt als Telekommunikationsanbieter sowohl Festnetztelefonie als auch ein Mobiltelefonnetz; sie bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an. Sie tritt laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) Verträge ab.

Die von der Bekl verwendeten AGB enthalten folgende Klausel:

„Laden Sie Ihr Konto rechtzeitig innerhalb der Gültigkeitsdauer (ein Jahr plus 3 Monate) auf, sonst ver-

te) auf, sonst verlieren Sie Ihre Rufnummer und das restliche Guthaben!“ ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

lieren Sie Ihre Rufnummer und das restliche Guthaben!“

Der Kl beehrte unter Berufung auf seine Aktivlegitimation gem § 29 KSchG, die Bekl zur Unterlassung der eingangs erwähnten Verfallsklausel oder der Verwendung sinngleicher Klauseln sowie des Berufens auf die genannte Klausel zu verurteilen. Darüber hinaus beantragte er die Ermächtigung zur UVeröff in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teils der „Neuen Kronen-Zeitung“. Die beanstandete Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Im darin angeordneten Verfall des Guthabens eines Kunden, sofern das Konto