

Festschrift
RUDOLF WELSER

zum 65. Geburtstag

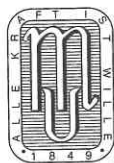
Herausgeber

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak

ao. Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka

Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer

ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Zankl



Wien 2004

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Herausgeber
Univ.-Prof. Dr. *Constanze Fischer-Czermak*
ao. Univ.-Prof. Dr. *Andreas Kletečka*
Univ.-Prof. Dr. *Martin Schauer*
ao. Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Zankl*

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Bildnachweis: Mike Ranz Photograph

ISBN 3-214-14932-6

© 2004 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
eMail: verlag@MANZ.at
World Wide Web: www.MANZ.at
Datenkonvertierung, Satzherstellung und Druck:
MANZ CROSSMEDIA, 1051 Wien

Der merkantile Minderwert beim Kfz-Schaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten?

Christian Huber, Aachen

Übersicht:

- I. Anlass für die Untersuchung
 - A. Einleitung
 - B. Konsens in Österreich – Streit in Deutschland
- II. Begriff
- III. Der merkantile Minderwert in der Defensive
 - A. Belastung der Kfz-Haftpflichtversicherer durch den merkantilen Minderwert im Laufe der Zeit
 - B. Der merkantile Minderwert – ein im Verschwinden begriffener Aberglaube oder ein reales Phänomen?
- IV. Das erfasste Risikopotenzial
 - A. Welche Risiken sollen abgedeckt werden?
 - B. Welche Risiken sind im Laufe der Zeit geringer geworden?
- V. Die Ermittlung des merkantilen Minderwerts – Rechts- oder Tatfrage
- VI. Die Kopernikanische Wende im Schadensrecht – von den Kfz-Sachverständigen (20 Jahre lang) nicht wahrgenommen
 - A. Leitprinzipien der Ermittlung des merkantilen Minderwerts durch den Kfz-Sachverständigen¹⁾
 - B. Zentralthesen der Monographie von *Apathy* und deren Niederschlag in der OGH-Judikatur
- VII. Die Folgerungen zusammengefasst in 10 Thesen
 - A. Der merkantile Minderwert im Spannungsfeld zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung
 - B. Der merkantile Minderwert als Ausprägung des restlichen Kompensationsinteresses
 - C. Merkantiler Minderwert auf der Basis der bestmöglichen Reparatur – auch bei tatsächlich qualitativ und quantitativ zurückbleibender Reparatur
 - D. Merkantiler Minderwert unabhängig von der Durchführung der Reparatur
 - E. Die Ermittlung des merkantilen Minderwerts ex ante – oder ex post
 - F. Abstellen auf den Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens, somit des Unfalls – oder den des Abschlusses der Reparatur
 - G. Verhältnis zum tatsächlichen Verkaufserlös
 - H. Anknüpfung an den Wiederbeschaffungswert – oder den Veräußerungswert
 - I. Merkantiler und technischer Minderwert
 - J. Anforderungen an die Substanziierung des Begehrens
- VIII. Resümee

1) Grundlegend *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 101 ff. Weitere Nachweise unter Punkt VII. A–J.

I. Anlass für die Untersuchung

A. Einleitung

Es gibt mehrere Gründe für eine Beschäftigung mit dem Schadensposten des „merkantilen Minderwertes“:

Vor ca einem *halben Jahrhundert* tauchte die Kategorie des merkantilen Minderwerts beim Kfz-Schaden in Österreich erstmals auf. Der Zusammenhang zwischen der Entwicklung dieser Schadenskategorie und der Ausbreitung des Kfz dürfte kein Zufall sein.²⁾ Nach wie vor kommt der merkantile Minderwert am häufigsten beim Kfz-Schaden vor.³⁾ *Apathy*⁴⁾ verweist darauf, dass in der E vom 24. 2. 1954⁵⁾ das Phänomen erstmals Gegenstand einer OGH-Entscheidung war. Wenig später wurde dann auch der bis heute geläufige Begriff „merkantiler Minderwert“ verwendet.⁶⁾ Als der BGH in seiner Leitentscheidung vom 3. 10. 1961⁷⁾ sich nach gegenteiliger Vorjudikatur darauf festlegte, dass die merkantile Wertminderung unabhängig davon gebühre, ob der Eigentümer das beschädigte Fahrzeug in der Folge veräußere und die erlittene merkantile Wertminderung realisiere, konnte er sich dafür nicht nur auf eine Vorentscheidung aus der Schweiz,⁸⁾ sondern auch eine solche aus Österreich⁹⁾ berufen.

Meinte *M. Hofmann*¹⁰⁾ im Jahr 1970, dass die Erörterung der Probleme des merkantilen Minderwertes einen gewissen Abschluss erfahren habe, finden sich beim Jubilar¹¹⁾ vor ca einem *Vierteljahrhundert* folgende Sätze: „Der merkantile Minderwert ist weiterhin in Diskussion. Von verschiedenen Seiten ist die Behauptung zu hören, die heutigen Reparaturmethoden ließen keinen technischen Minderwert zu, sodass auch der merkantile Minderwert auf einer Voreingenommenheit beruhe, an welcher der Käufermarkt nur deshalb festhalte, weil ihm dafür die Judikatur die Argumente liefere. Der beschädigte Autofahrer erhalte somit statt des Ersatzes des Minderwertes in Wahrheit eine Art Schmerzensgeld für die Verletzung seines liebsten Kindes. Umgekehrt meint aber die Rechtsprechung, die Einschätzung durch den Markt sei ein Faktum.“

- 2) *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert als Problem des Schadenersatzrechts unter Berücksichtigung der österreichischen, französischen und amerikanischen Rechtsordnung, Inaugural-Diss Freiburg-Br (1970) 1; *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung idF der 78. ErgLfg, Rz 761. Die neueste, überaus gründliche Untersuchung von *Eggert*, Merkantiler Minderwert und kaufrechtliche Offenbarungspflicht im Gleichklang? VersR 2004, 280 ff ist nach Abschluss des Manuskripts erschienen und konnte nur noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.
- 3) *Schiemann* in *Lange/Schiemann*, Schadensersatz³ (2003) 268; *Oetker* in *Münch-KommBGB*⁴, § 249 Rz 52; *Mertens* in *Soergel*, BGB¹², § 249 Rz 76.
- 4) Merkantile Wertminderung unter besonderer Berücksichtigung der Bagatellschäden, ZVR 1988, 289.
- 5) OGH SZ 27/52.
- 6) OGH EvBl 1957/39 = ZVR 1957/59.
- 7) BGHZ 35, 396 = NJW 1961, 2253.
- 8) BGH BGE 64 II 137.
- 9) OGH EvBl 1957/415 = ZVR 1958/43.
- 10) Der merkantile Minderwert 1.
- 11) *Welser*, Aktuelle Fragen der zivilrechtlichen Haftung aus Verkehrsunfällen, ZVR-Sonderheft 1978, 30* f.

Wenig später wurde dem merkantilen Minderwert sein allmähliches Verschwinden prophezeit. *Schlund*¹²⁾ meinte 1980, dass die Frage und der Problembereich „merkantiler Minderwert“ so langsam, aber umso sicherer nicht mehr Anlass zu größeren Beiträgen und höchstrichterlichen Entscheidungen sein müsste. In seinem Schlusswort legt er¹³⁾ noch etwas nach und versteigt sich zu der Prognose, dass dieses Phänomen vielleicht auch erst im Zeitalter eines „Pkw der 2000er Jahre“ ganz verschwinden werde.

Nun befinden wir uns in diesem Zeitalter. Für das österreichische Recht ist zu konstatieren, dass *Schlund* zum Teil Recht und zum Teil Unrecht behalten hat. Der merkantile Minderwert war mit Ausnahme der gründlichen Untersuchung von *Apathy*¹⁴⁾ in Österreich in den letzten 25 Jahren nicht mehr Gegenstand einer Untersuchung eines Privatrechters.¹⁵⁾ Er ist anders als die Befundaufnahme des Jubilars im Jahr 1978¹⁶⁾ nicht mehr „aktuell“. Verschwunden ist der merkantile Minderwert hingegen nicht; im Gegenteil, der OGH spricht einen solchen nicht nur bei Kfz,¹⁷⁾ sondern in neuerer Zeit auch bei anderen beschädigten Sachen, namentlich bei Liegenschaften,¹⁸⁾ zu.

B. Konsens in Österreich – Streit in Deutschland

Die Entscheidungen, die der OGH in den letzten 15 Jahren zum merkantilen Minderwert beim Kfz-Schaden gefällt hat, lassen sich nach meinen Recherchen an den Fingern einer Hand¹⁹⁾ abzählen. Auffindbar sind noch wenige weitere von Untergerichten²⁰⁾ bzw solche, bei denen auf die Judikatur des merkantilen Minderwerts bei Kfz-Schäden immerhin verwiesen wird.²¹⁾ Die Juristen betonen, dass an der Ersatzfähigkeit der merkantilen Wertminderung heute kein Zweifel mehr bestehe;²²⁾ und selbst diejenigen, die von der Zuerkennung ohne Realisierung bei einem Verkauf nicht überzeugt sind, billigen diesen Schadensposten aus pragmatischen Gründen.²³⁾ Auch die Kfz-Sachverständigen stimmen in diesen Chor ein, dass sowohl über den Grund als auch die Bemessung Konsens herrsche.²⁴⁾

12) Zur Frage des Ersatzes eines merkantilen Minderwerts bei Lastkraftwagen, *VersR* 1980, 415.

13) *Schlund*, *VersR* 1980, 419.

14) *ZVR* 1988, 289 ff.

15) Auf die zahlreichen Stellungnahmen von Kfz-Sachverständigen wird in der Folge noch zurückzukommen sein.

16) *Welser*, *ZVR-Sonderheft* 1978, 30*.

17) So für das Jahr 1970 noch *M. Hofmann*, *Der merkantile Minderwert* 41.

18) OGH 20. 6. 1996, 6 Ob 2075/96 g; OGH 10. 3. 1998, 5 Ob 47/98 t; *NZ* 1997, 156; *ecolex* 1999, 86; *bbl* 2000/106.

19) OGH *JBl* 1985, 41 (*Apathy*) = *ZVR* 1984/344; *ZVR* 1985/131; *ZVR* 1987/38; *ZVR* 1990/49; *ZVR* 1996/114 = *RdW* 1997, 73.

20) OLG Wien *ZVR* 1993/164; LGZ Wien *ZVR* 1995/116.

21) OGH *SZ* 60/157 (*Antiquität*); *SZ* 60/269 (*Enteignung*); *ZVR* 1995/129 (*Eisenbahntriebwagen*); OGH *NZ* 1997, 156; 20. 6. 1996, 6 Ob 2075/96 g; OGH 10. 3. 1998, 5 Ob 47/98 t; *ecolex* 1999, 86; *bbl* 2000/106 (allesamt Liegenschaftsschäden).

22) *Apathy*, *ZVR* 1988, 289.

23) *Harrer* in *Schwimann*, *ABGB*² VII, § 1323 Rz 21.

24) *Lukas*, *Die Wertminderung aus juristischer Sicht*, *ZVR* 1981, 333.

Ganz anders das Bild in Deutschland: Eggert²⁵⁾ sprach jüngst aus, dass kaum ein anderer Schadensposten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht so problematisch sei wie der merkantile Minderwert. Der ehemalige BGH-Richter von Gerlach²⁶⁾ weist darauf hin, dass im Zuge des Entwurfs zum 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz im Jahr 1998 geplant gewesen sei, den merkantilen Minderwert ganz abzuschaffen, was nicht zuletzt durch die negative Stellungnahme des BGH abgewendet werden konnte.²⁷⁾ In Bezug auf den Umfang berichtet Splitter,²⁸⁾ dass die Sachverständigengutachten im Verhältnis von mehr als 1:6 auseinander klaffen. Es ist somit für das deutsche Recht zu konstatieren: Streit zum Grund und zum Umfang.

Von Gerlach²⁹⁾ räumt in diesem Zusammenhang ein, dass man sich selbst in der Schweiz, die mit der E BGE 64 II 137 Vorbild für den deutschen BGH war, dem Thema nicht annähernd mit der Inbrunst wie in Deutschland widme. Ähnliches gilt für Österreich. Dass dies nichts Neues ist, ergibt sich freilich schon aus der rechtsvergleichenden Dissertation von M. Hofmann³⁰⁾ aus dem Jahr 1970, wenn er feststellt, dass die Fülle von Streitfragen, die für die Behandlung des merkantilen Minderwerts im deutschen Recht so kennzeichnend sind, im österreichischen Recht niemals aufgetaucht sei.

So sehr ansonsten die österreichische Literatur am bunten Treiben auf dem Markt der deutschen Meinungen teilnimmt und aktuelle Entwicklungen aufgreift, gilt für den merkantilen Minderwert anderes. Soweit überhaupt auf die deutsche Rechtslage Bezug genommen wird, sind diese auf dem Stand von Ende der 60er-³¹⁾ bzw 70er-Jahre³²⁾, ohne die neueste Literatur und Judikatur einzubeziehen. Insoweit mag es angebracht sein, auf die aktuelle Diskussion in Deutschland Bezug zu nehmen. Ehe auf Detailprobleme eingegangen werden kann, soll zunächst eine Begriffsklärung vorgenommen werden:

II. Begriff

Selbst wenn der Eigentümer das beschädigte Fahrzeug nach den Regeln der Kunst reparieren lässt, müsste er im Fall einer Veräußerung gleichwohl eine Einbuße hinnehmen im Vergleich zum Verkaufserlös eines solchen Fahrzeugs, das nicht beschädigt und in der Folge repariert worden ist. Unabhängig von der Realisierung dieses Verlustes durch eine nachfolgende tat-

25) Streitpunkt merkantiler Minderwert, VA 2003, 130.

26) Der merkantile Minderwert in der Rechtsprechung des BGH, DAR 2003, 49.

27) Gegen eine Abschaffung des merkantilen Minderwerts, weil ansonsten nicht der volle Ausgleich gegeben wäre, Eggert, VA 2003, 130.

28) Der merkantile Minderwert, DAR 2000, 49 (50).

29) DAR 2003, 55 FN 68.

30) Der merkantile Minderwert 42.

31) Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht F (1997) 10/61 ff.

32) Harrer in Schwimann, ABGB² VII, § 1323 Rz 20 mit einem rechtsvergleichenden Hinweis auf die Arbeit von Magnus, Schaden und Ersatz (1987) 74 ff, wo es an der angegebenen Stelle freilich nicht um den merkantilen Minderwert, sondern die Abrechnung auf Neuwagenbasis geht.

sächliche Veräußerung soll der Geschädigte für diesen – potenziellen – Vermögensnachteil entschädigt werden.³³⁾ Denn jeder Kaufinteressent würde beim gleichen Preis ein unfallfreies Fahrzeug einem solchen unfallbeschädigten und reparierten Fahrzeug vorziehen;³⁴⁾ oder anders ausgedrückt, er wäre gegenüber beiden Fahrzeugen erst indifferent, wenn ihm beim unfallbeschädigten reparierten Fahrzeug ein Preisabschlag gewährt würde. Diese Differenz ist der merkantile Minderwert. Es handelt sich dabei um einen positiven Schaden, der bei jedem Grad des Verschuldens ersatzfähig ist.³⁵⁾

Die grundsätzliche Frage, warum in der eigenwirtschaftlichen Sphäre des Eigentümers bei einem Vermögensgut ein solcher Nachteil nach dem Veräußerungswert bemessen wird, wenn der Geschädigte doch gar nicht beabsichtigt, die beschädigte und reparierte Sache zu verkaufen, wie sie M. Hofmann³⁶⁾ aufgeworfen hat, wird in der Praxis seit langem nicht mehr gestellt. Es gibt subtilere Methoden, dem merkantilen Minderwert die Existenzberechtigung zu nehmen.

Der Begriff „merkantiler Minderwert“ oder „merkantile Wertminderung“ ist als neutral anzusehen. Das damit umschriebene Phänomen wird aber auch anders bezeichnet, nämlich ideeller Minderwert,³⁷⁾ technisches Schmerzensgeld³⁸⁾ oder Schmerzensgeld für erlittene Beulen am Auto.³⁹⁾ Diese Umschreibung suggeriert, dass es sich beim merkantilen Minderwert eigentlich um keinen Vermögensschaden, sondern eine ideelle Einbuße handle. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 253 BGB angeordnet, dass Ersatz für ideelle Nachteile nur in den im Gesetz ausdrücklich angeordneten Fällen zu gewähren sei, wozu der Sachschaden gerade nicht zählt. Mit der Verschiebung auf die ideelle Sphäre wäre die Versagung dieses Schadenspostens im deutschen Recht somit ohne weiteren Argumentationsaufwand besiegelt. Auch wenn der österreichischen Rechtsordnung ein solches apodiktisches Verbot des Ersatzes ideellen Schadens fremd ist, so würde eine solche Qualifikation immerhin dazu führen, dass die Bemessung des Umfangs tendenziell geringer ausfällt als bei einem Vermögensschaden.

III. Der merkantile Minderwert in der Defensive

A. Belastung der Kfz-Haftpflichtversicherer durch den merkantilen Minderwert im Laufe der Zeit

Der merkantile Minderwert beim Kfz-Sachschaden ist ein Schadensposten, der nach seiner „Entdeckung“ einen rasanten Aufstieg erfahren hat, ehe

33) *Apathy*, EKHC, § 16 Rz 17. Zur Präzisierung der fiktiven Veräußerung nach dem maßgeblichen Markt eingehend *Eggert*, *VersR* 2004, 280 (284 ff).

34) *Sacher*, Wertminderung, *ZVR* 1981, 328.

35) *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 10/21; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB² VII, § 1323 Rz 22.

36) Der merkantile Minderwert 86 (89).

37) *Schlund*, *VersR* 1980, 415; *Splitter*, *DAR* 2000, 49; *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 790.

38) *Kuch/Sacher*, Wertminderung, *ZVR* 1974, 101 (103 f); *Sacher*, *ZVR* 1981, 327 (328).

39) *Gas*, Bemerkungen zum Schadensersatzrecht aus der Sicht der Versicherungswirtschaft, *VersR* 1999, 261 (262).

er in den letzten Jahren eine rückläufige Tendenz aufweist. An wenigen Zahlen sei das dokumentiert:

*Hajek*⁴⁰⁾ hat für das Jahr 1968 dargelegt, dass der merkantile Minderwert 2,33% des gesamten von den Kfz-Haftpflichtversicherern zu tragenden Sachschadens betragen habe. Nach einer Statistik der Wiener Städtischen macht der Anteil im Jahr 2002 nur noch 0,72% aus. Er ist somit auf ein Drittel geschrumpft. Auch für Deutschland lässt sich eine vergleichbare Entwicklung nachzeichnen. *Deichl*⁴¹⁾ beziffert den Anteil des merkantilen Minderwerts am Gesamtaufwand bei der Kfz-Haftpflichtversicherung im Jahr 1975 mit 1,4%, *Hörl* 1991⁴²⁾ mit 1,3% und 1999⁴³⁾ schließlich mit 1%. In absoluten Zahlen sind das in Deutschland immerhin ca 120 Mio Euro.⁴⁴⁾

Aufschlussreich ist darüber hinaus, dass *Deichl*⁴⁵⁾ offen legt, dass bei 17% der Kfz-Schäden in Deutschland ein merkantiler Minderwert bezahlt wird, während das in Österreich nach Angaben von *Schedl*⁴⁶⁾ bloß bei 2% so ist. Plausibel wäre demgegenüber, dass der österreichische Käufer ähnlich sensibel auf das Risiko von Unfallfahrzeugen reagiert wie der deutsche. Das Auseinanderklaffen wird denn auch kaum in der verschiedenen Mentalität oder dem unterschiedlich ausgeprägten Vertrauen in die zuverlässige Reparatur durch eine Werkstätte begründet liegen. Plausibler ist schon eher, dass in Deutschland der Kfz-Sachverständige, der die Schätzung vornimmt, vom Geschädigten ausgesucht und dessen Vertragspartner ist, während die österreichischen Kfz-Sachverständigen entweder unmittelbar im Sold der Versicherungswirtschaft stehen oder doch als deren Vertragspartner tätig werden.

Instruktiv ist schließlich, um welche Größenordnung es im Einzelfall geht. Meist sind es wenige hundert Euro, die in Rede stehen. Es gibt aber auch Ausreißer nach oben, wie eine spektakuläre neue E des LG Erfurt⁴⁷⁾ belegt: Ein Ferrari F 50, von dem es weltweit lediglich 349 Stück gibt, wurde bei einem Straßenverkehrsunfall erheblich beschädigt. Verlangt wurde neben den für die an 206 Kalendertagen in der Ferrariwerkstatt in Italien durchgeführte Instandsetzung anfallenden Reparaturkosten von 435.000,- DM eine merkantile Wertminderung in Höhe von 250.000,- DM, wobei 65.500,- DM zugesprochen worden sind. Auch wenn die Eurobeträge nur ca die Hälfte der DM-Beträge ausmachen, zeigt dieser ausgerisene Fall, dass es auch bei der merkantilen Wertminderung um nennenswerte Beträge gehen kann.

40) Die Rechtsprechung in Verkehrssachen und die Kraftfahrzeug-Haftpflicht-Versicherung, ZVR 1968, 132 (134).

41) Folgeansprüche beim Sachschaden, VGT 1975, 178 (179).

42) *Hörl*, Hinweise zur Ermittlung der merkantilen Wertminderung bei der Unfallschaden-Regulierung, zfs 1991, 145.

43) *Hörl*, „Minderwert“, zfs 1999, 46; so auch *von Gerlach*, DAR 2003, 49.

44) *Geier*, Neugewichtung bei den Schadensersatzleistungen für Personen- und Sachschäden? VersR 1996, 1457 (1459).

45) VGT 1975, 180.

46) Wertminderung und deren Berechnung, ZVR 1981, 321 (324).

47) NZV 2003, 342.

Besonders hingewiesen sei darauf, dass der merkantile Minderwert auch für den Geschädigten bedeutsam ist, der sein Fahrzeug kaskoversichert hat, weil dieser Schadensposten von der Kaskoversicherung nicht gedeckt ist. Lediglich insoweit besteht eine Parallele zum Schmerzensgeld beim Personenschaden, bei dem ebenfalls keine sachlich kongruente Leistung eines anderen Versicherers gegenübersteht, sodass dieser Schadensposten stets dem Geschädigten selbst verbleibt, weil insofern kein Übergang im Weg einer Legalzession stattfindet.

B. *Der merkantile Minderwert – ein im Verschwinden begriffener Aberglaube oder ein reales Phänomen*

Am merkantilen Minderwert scheiden sich die Geister. Diejenigen, die sich dazu äußern, lassen sich in drei Gruppen einteilen:

1. Die Gegner

Die eine Gruppe plädiert für die gänzliche Abschaffung, jedenfalls beim Kfz-Schaden⁴⁸⁾, oder doch eine ganz massive Einschränkung auf neue Fahrzeuge⁴⁹⁾ und / oder schwere Schäden.⁵⁰⁾ Verwiesen wird namentlich auf die in den letzten Jahren so erheblich verbesserte Schadensdiagnostik sowie die den Herstellungsmethoden angeglichenen Reparaturtechnik.⁵¹⁾ Die Verhältnisse seien mit denen bei der erstmaligen Anerkennung eines merkantilen Minderwertes in den 50er-Jahren überhaupt nicht mehr vergleichbar.⁵²⁾

Die Befürchtungen des Verkehrs in Bezug auf das höhere Risiko eines nach einem Unfall reparierten Fahrzeugs werden in den Bereich des Irrationalen verwiesen.⁵³⁾ Zum Teil wird geleugnet, dass ein potenzieller Käufer bei einem reparierten Unfallfahrzeug überhaupt einen Abschlag vom Kaufpreis gegenüber einem unfallfreien Fahrzeug vornehmen würde.⁵⁴⁾ Wer Gegenteiliges behauptet, wird der Unehrllichkeit geziehen.⁵⁵⁾ Vorsichtiger⁵⁶⁾ wollen immerhin so lange zuwarten, bis sich die gewandelten Verhältnisse in einer veränderten Verkehrsanschauung niederschlagen, wobei direkt proportional zu diesem Prozess der merkantilen Wertminderung zuneh-

48) Schiemann in Lange/Schiemann (Hrsg), Schadensersatz 267; Schiemann in Staudinger, BGB¹³, § 251 Rz 37, eine Berechtigung bei Grundstücksschäden eher anerkennend Rz 94.

49) Geier, VersR 1996, 1459.

50) Heinrichs in Palandt, BGB⁶³, § 251 Rz 15.

51) Schedl, ZVR 1981, 321.

52) Für einen Ausschluss eines höheren Risikos bei einem reparierten Unfallfahrzeug bereits Ende der 50er-Jahre Wedl, Technischer und merkantiler Minderwert bei unfallbeschädigten Kraftfahrzeugen, ÖJZ 1958, 597.

53) Rixecker in Geigel/Schlegelmilch, Der Haftpflichtprozess²⁴ (2004) Kap 3 Rz 63.

54) Schiemann in Staudinger, BGB¹³, § 251 Rz 37; Sanden/Völtz, Sachschadensrecht des Kraftverkehrs⁷ (2000) Rz 122; so mit Einschränkungen auch Heinrichs in Palandt, BGB⁶³, § 251 Rz 15.

55) Schlund, VersR 1980, 416.

56) Schmidt/Faast/Stögerer, Der merkantile Minderwert von Kraftfahrzeugen, ZVR 1991, 135 (139).

mend ihre „juristische Basis“ entzogen werden müsse. *Schmidt/Faast/Stögerer*⁵⁷⁾ haben denn auch einen restriktiveren Trend in der OGH-Rechtsprechung der letzten Jahre festgestellt.⁵⁸⁾

Zum Teil wird eine gegenteilige – irrationale – Verkehrsanschauung schlicht für unbeachtlich angesehen⁵⁹⁾ und die Ausklammerung dieses Nachteils unter Berufung auf eine erforderliche normative Korrektur – wie bei der Rentenneurose – begründet.⁶⁰⁾ Mitunter finden sich durchaus skurrile Argumente, etwa das von *Gas*,⁶¹⁾ dass der merkantile Minderwert mit dem erotischen Verhältnis des Deutschen zu seinem Fahrzeug zusammenhänge, aber mittlerweile ohnehin eine pragmatischere Haltung im Vordringen begriffen sei.

2. Die Tolerierer

Manchen fällt es schwer, der merkantilen Wertminderung eine sachliche Berechtigung beizumessen. *Sacher*⁶²⁾ bringt es auf den Punkt, wenn er ausspricht, dass die merkantile Wertminderung aus technischer Warte unberechtigt sei, der Sachverständige diesen Schadensposten aber nach den Prämissen der Rechtswissenschaft zu ermitteln habe. Die persönliche Ansicht und Einschätzung des Sachverständigen habe dabei zurückzustehen. In welchen Gewissenskonflikt der Sachverständige dabei gerät, wird daraus deutlich, dass *Sacher*⁶³⁾ darüber nachdenkt, ob für die Ermittlung anstelle des technischen Sachverständigen nicht der Psychologe oder Meinungsforscher der geeignetere Fachmann wäre. Das OLG Nürnberg⁶⁴⁾ hat dafür den treffenden Ausdruck „Odium des Unfallwagens“ geprägt.

Soweit von juristischer Seite die merkantile Wertminderung als etwas Irrationales bzw Ausdruck gefühlsmäßiger Abneigung angesehen wird, betonen viele, die diese Einschätzung teilen, dass dies so lange – schadensrechtlich – zu respektieren sei, als die Verkehrsanschauung sich nicht verändere.⁶⁵⁾ Der OGH,⁶⁶⁾ der schon sehr lange den Zuspruch auf dieses Argu-

57) ZVR 1991, 135.

58) Zu restriktiven Tendenzen bei Anpassung der von den Kfz-Sachverständigen seit 1985 verwendeten Formel *Wielke*, Rechnerunterstützte Fahrzeugbewertung und Wertminderungsschätzung, ZVR 1992, 161 (162). So auch für die deutsche Rechtsprechung vor über 25 Jahren *Riedmaier*, Der Kfz-Schaden im Lichte der neueren Rechtsprechung, VersR 1977, 1 (3).

59) *Sanden/Völtz*, Sachschadensrecht des Kraftverkehrs Rz 122.

60) *Neugebauer-Püster* in *Halbgehwachs*, Der merkantile Minderwert¹³ (2003) 29.

61) VersR 1999, 262.

62) ZVR 1981, 328; *ders*, Das Gutachten über Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden (1992) 56.

63) ZVR 1981, 329; *ders*, Gutachten 68.

64) VRS 16, 401.

65) *Reischauer* in *Rummel*², § 1332 Rz 16; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB² VII, § 1323 Rz 20; *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 16; *Reindl*, Der Ersatz des merkantilen Minderwertes, ZVR-Sonderheft 1978, 70* ff. Aus der deutschen Literatur: *Born* in *Berz/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts idF der 12. ErgLfg 5 B Rz 50; *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 763 g; *Karczewski* in *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵ (2002) Kap 41 Rz 32; *Jordan*, Folgeansprüche beim Sachschaden aus Ver-

ment stützt, betont denn auch in einer noch nicht allzu lange zurückliegenden Entscheidung,⁶⁷⁾ dass ein Wandel der Verkehrsanschauung sich nicht feststellen lasse.⁶⁸⁾

Selbst von denjenigen, die die merkantile Wertminderung als psychologisches Phänomen begreifen, wird zugestanden, dass unfallbeschädigte Fahrzeuge nicht immer fachgerecht repariert werden. Es wird bedauert, dass ein Fahrzeug nach Reparatur des Unfallschadens ohne Untersuchung durch eine Behörde sich wieder im Verkehr tummeln darf. Darüber hinaus wird resignierend zur Kenntnis genommen, dass auch der amtlichen Prüfplakette nur mit Einschränkungen Vertrauen geschenkt werden darf.⁶⁹⁾ Darauf wird zurückzukommen sein.

3. Die Befürworter

Diejenigen, die sich offen zum merkantilen Minderwert bekennen, sind eine handverlesene Schar. Freilich ist die zutreffende Lösung nicht nach der Anzahl der Literaturstimmen, sondern nach der Überzeugungskraft der Argumente zu beurteilen.

Im österreichischen Recht wird seit jeher darauf hingewiesen, dass der innere Grund des merkantilen Minderwertes darin liege, dass das nicht vernachlässigbare Risiko bestehe, dass bei der Reparatur Fehler übersehen worden sind⁷⁰⁾ bzw die Haltbarkeit eine geringere ist als der Originalzustand.⁷¹⁾

In Deutschland hat in jüngerer Zeit der ehemalige BGH-Richter *von Gerlach* in einer beeindruckenden Publikation eine Lanze für den merkantilen Minderwert gebrochen: *Von Gerlach*⁷²⁾ akzeptiert die Legitimitätsprobleme dieser Rechtsfigur.⁷³⁾ Er verweist darauf, dass die innere Überzeugungskraft von der Berechtigung und Notwendigkeit nicht mehr uneingeschränkt vorhanden sei und man das Gefühl nicht loswerde, dass für etwas Ersatz zu leisten sei, was als realer Schaden nicht existiere, sondern nur einer gedanklichen Konstruktion entspreche. Keinesfalls gehe es um den Ersatz eines unbegründeten Gefühlsschadens.⁷⁴⁾

kehrsunfällen, VGT 1975, 201 (210); *Notthoff*, Nebenkosten im Rahmen der Unfallschadensregulierung, *VersR* 1995, 1399 (1402).

66) *ZVR* 1958/29; *SZ* 45/48; *ZVR* 1974/19; *ZVR* 1977/298; *ZVR* 1981/96 (LKW); *ZVR* 1995/129 (Eisenbahntriebwagen); 10. 3. 1998, 5 Ob 47/98 t (Liegenschaftsschaden).

67) *ZVR* 1983/280.

68) So auch *Sacher* in *Fucik* ua (Hrsg), *Handbuch II* (1998) Rz 286; *von Gerlach*, *DAR* 2003, 50.

69) *Sacher*, *ZVR* 1981, 328; *ders*, *Gutachten* 43; vgl in diesem Zusammenhang *OGH SZ* 46/84; *RdW* 1996, 162: Bei einer amtlichen Überprüfung wurden die Verkehrssicherheit beeinträchtigende Mängel nicht festgestellt.

70) *Koziol*, *Haftpflichtrecht I*, 2/75 sowie 10/21; *Waldherr*, *Merkantiler Minderwert und Abzug „neu für alt“*, *ZVR* 1961, 217 (218); *Apathy*, *ZVR* 1988, 289 f; *ders*, *EKHG*, § 16 Rz 17; *Reischauer* in *Rummel*², § 1332 Rz 16; *OGH SZ* 27/52; *EvBl* 1957/39; *EvBl* 1957/415; *SZ* 60/157. Ebenso *BGHZ* 35, 396.

71) *Wedl*, *ÖJZ* 1958, 597.

72) *DAR* 2003, 49.

73) Zu den Bestrebungen der Haftpflichtversicherer zur Zurückdrängung dieses Schadenspostens *Otting*, *Bemerkungen zum merkantilen Minderwert*, *zfs* 1994, 434.

74) *DAR* 2003, 51.

*Stoll*⁷⁵⁾ erörtert das Problem unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung des Geschädigten. Ob diese – ohne Realisierung durch ein Veräußerungsgeschäft – gegeben sei, sei eine Wertungsfrage, wobei er darauf hinweist, dass es gute Gründe gebe, diese Frage zu verneinen.

Nach der Einschätzung von *Gerlachs*⁷⁶⁾ ist der merkantile Minderwert vielmehr Ausdruck eines rational nachvollziehbaren Bündels zusätzlicher Risiken, die ein repariertes Unfallfahrzeug gegenüber einem unfallfreien Fahrzeug aufweist. Unter anderem kritisiert er die Aussage, dass die Reparaturtechnik heute so weit fortgeschritten sei, dass ein Fahrzeug nach einer Reparatur wie im Originalzustand sei, sodass ein merkantiler Minderwert nur auf einem Vorurteil, somit auf etwas Irrationalem, beruhe. Bei dieser Einschätzung sei Zurückhaltung geboten. Das sei allzu optimistisch und scheine mehr dem Idealbild als der Wirklichkeit zu entsprechen.⁷⁷⁾ Als ehemaliger Angehöriger des Haftpflichtsenats wagt er die Prognose der Kontinuität der Senatsrechtsprechung, weil diese theoretisch gut abgesichert sei.⁷⁸⁾

Ganz gegen den – modischen – Trend verweist *Eggert*⁷⁹⁾ darauf, dass der merkantile Minderwert von den Kfz-Sachverständigen tendenziell zu niedrig geschätzt werde.

Welche Einschätzung zutrifft, ist davon abhängig, welche Risiken durch den merkantilen Minderwert abgegolten werden sollen sowie ob bzw. in welchem Ausmaß sich diese im Laufe der Zeit verändert haben.

IV. Das erfasste Risikopotenzial

A. Welche Risiken sollen abgedeckt werden?

Die Grundfrage ist eine relativ simple: Ein potenzieller Käufer steht vor der Alternative, ein unfallfreies Fahrzeug oder ein repariertes Unfallfahrzeug zu erwerben. Er wird sich bei gleichem Preis gewiss für das unfallfreie Fahrzeug entscheiden. Sollte freilich der Verkäufer des Unfallfahrzeugs zu einem Preisnachlass bereit sein, wird irgendwo der Punkt erreicht sein, bei dem der Käufer nicht nur den Kauf des reparierten Unfallfahrzeugs in Erwägung zieht, sondern er indifferent ist, ob er das unfallfreie Fahrzeug zum höheren Preis oder das reparierte Unfallfahrzeug zum geringeren Preis erwirbt. Gerade um diesen Preisabschlag geht es beim merkantilen Minderwert.

Wie viel der Preisabschlag ausmacht, ist davon abhängig, wie hoch die mit dem reparierten Unfallfahrzeug zusätzlich verbundenen Risiken sind.

75) *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht* (1993) 182.

76) *DAR* 2003, 51.

77) So auch die Einschätzung von *Lukas*, *ZVR* 1981, 334. Noch viel deutlicher *Eggert*, *VersR* 2004, 282, der darauf verweist, dass die Gefahr von übersehenen Fehlern bei der Reparatur wegen des hohen Anteils der Elektronik heute viel größer als früher sei. Die gegenteilige Ansicht sei „naive Fortschrittsgläubigkeit gepaart mit Marktkenntnis“.

78) *DAR* 2003, 55.

79) *VA* 2003, 131.

Wie ein potenzieller Käufer diese bewertet, ist eine Tatfrage, zu der der Jurist wenig beitragen kann. Ob das in die Kompetenz des technischen Sachverständigen und/oder des Psychologen fällt, kann dahin gestellt bleiben. Immerhin geht es um die Erfassung der bedeutsamen Risiken:

An erster Stelle stehen die möglicherweise nicht entdeckten Schäden, die durch den Unfall hervorgerufen wurden.⁸⁰⁾ Solche Schäden treten später auf. Es besteht dann die Schwierigkeit des Nachweises der Kausalität zwischen dem Unfall und dem nunmehr auftretenden Defizit.⁸¹⁾ Selbst wenn ein solcher Nachweis gelingt, werden diesbezügliche Schadenersatzansprüche vom Verkäufer nicht immer abgetreten. Wenn hinter dem Schädiger kein Kfz-Haftpflichtversicherer steht, mag die Durchsetzung fraglich sein. Jedenfalls ist das mit Mühe und Ärger verbunden, was sich beim Abschlag vom Kaufpreis auswirkt. Das ist aber bei weitem nicht alles:

Auch bei der so gepriesenen verbesserten Schadensdiagnostik und den verbesserten Reparaturmethoden bleibt ein Unterschied zwischen der Herstellung eines Fahrzeugs in der Fabrik – mitsamt den professionellen Produktkontrollen – und der Reparatur in einer Werkstatt.⁸²⁾ Zu bedenken ist dabei insbesondere, dass nicht jede Reparatur in einer vom Hersteller autorisierten Werkstatt nach dessen Qualitätsvorgaben durchgeführt wird. Und selbst dann ist bloß eine Annäherung an den Qualitätsstandard bei Herstellung im Werk möglich. *Von Gerlach*⁸³⁾ verweist etwa darauf, dass bei Teillackierungen nach einiger Zeit immer Farbunterschiede zu Tage treten. Selbst der Umstand, dass für die Reparatur neue Ersatzteile verwendet werden, muss nicht unbedingt von Vorteil sein,⁸⁴⁾ kommt es doch darauf an, dass die eingesetzten Ersatzteile zum gebrauchten Gefährt passen müssen, was nicht immer gegeben sein wird.

Dazu kommt, dass Reparaturen nicht immer mit der nötigen Sorgfalt durchgeführt werden, ohne dass dies sogleich erkennbar ist.⁸⁵⁾ *Apathy*⁸⁶⁾ wendet gegen die Berücksichtigung von Reparaturdefiziten beim merkantilen Minderwert ein, dass dabei die Gefahr einer – stets verpönten – Doppelliquidation bestehe, weil der Geschädigte einerseits Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen die Werkstatt habe und diesen Nachteil zugleich im Rahmen des merkantilen Minderwerts abgegolten erhalte. Außer-

80) *Waldherr*, ZVR 1961, 217; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, 2/75 sowie 10/21; *Apathy*, EKHG, § 16 Rz 17; *Reischauer* in *Rummel*², § 1332 Rz 16; OGH EvBl 1957/39; EvBl 1957/415; SZ 60/157. So auch für das deutsche Recht: *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 71; *Karczewski* in *Wussow* (Hrsg.), Unfallhaftpflichtrecht Kap 41 Rz 32; *von Gerlach*, DAR 2003, 49 (50, 52) unter Hinweis auf BGHZ 27, 181 (182).

81) *Apathy*, ZVR 1988, 289 (295); *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 130; *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 764; *von Gerlach*, DAR 2003, 52.

82) *Weal*, ÖJZ 1958, 597; *Apathy*, ZVR 1988, 291; *ders.*, EKHG, § 16 Rz 17; *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 71.

83) DAR 2003, 52.

84) So aber *Jordan*, VGT 1975, 204.

85) *Von Gerlach*, DAR 2003, 52.

86) ZVR 1988, 289 (295); ebenso *Kucht/Sacher*, ZVR 1974, 102; *Sacher*, ZVR 1981, 328; *Sacher*, Die Schätzung der Wertminderung, ZVR 1985, 1 (3).

dem habe es der Geschädigte in der Hand, durch Auswahl der Werkstätte dieses Risiko in Grenzen zu halten. Der Schädiger solle nicht dafür einstehen, dass der Geschädigte eine nicht geeignete Werkstätte ausgesucht habe.

Diese Einschätzung trifft freilich nur zum Teil zu. Dass eine ordnungsgemäße Reparatur den Regelfall darstelle, wird für manche Regionen zutreffen, für andere nicht. Wenn die Reparaturqualität aller Werkstätten schlecht ist, kann dem Geschädigten kein Vorwurf gemacht werden. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass es das Verhalten des Schädigers war, dass der Geschädigte überhaupt in diese missliche Lage gekommen ist. Da der Zeitaufwand für die Suche einer geeigneten Werkstätte kein ersatzfähiger Schadensposten ist, wird man diesbezüglich keine übertrieben hohen Anforderungen an den Geschädigten stellen dürfen.

Entscheidend ist schließlich, dass für die Defizite einer mangelhaften Reparatur die gleichen Bedenken gelten wie für die nicht entdeckten Unfallschäden. Sie treten nicht sofort zu Tage. Und wenn sie zu Tage treten, ist der Kausalitätsnachweis nicht immer zu führen. Dazu kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt: Wenn die Werkstätte kein Verschulden trifft, dann besteht die zusätzliche Gefahr, dass selbst bei Nachweis eines Kunstfehlers die Gewährleistungsfrist abgelaufen ist, mag dieses Problem auf Grund der nunmehrigen 2-jährigen Frist gegenüber der früheren 6-monatigen Frist auch entschärft sein.

Voraussetzung ist darüber hinaus, dass ein solcher Anspruch ebenfalls an den potenziellen Käufer abgetreten werden müsste. Selbst bei einer Realisierung eines solchen Anspruchs, der noch von der Zahlungsfähigkeit der Werkstätte abhängig ist, ist das für den Erwerber mit Ärger und Mühe verbunden, was er beim Preisabschlag berücksichtigen wird.

Zusammenfassend wird man diesbezüglich festhalten können, dass bei der Bemessung des merkantilen Minderwertes zwar die offensichtlichen Reparaturdefizite außer Betracht bleiben müssen,⁸⁷⁾ nicht aber solche, die erst nach längerer Zeit erkennbar sind.⁸⁸⁾ Wenn *Sacher*⁸⁹⁾ demgegenüber vorschlägt, dass mögliche Reparaturdefizite im Rahmen der merkantilen Wertminderung ausgeblendet werden müssen, dem Geschädigten aber ein Pauschbetrag für notwendige Interventionen bei der Werkstätte und Versicherung gebühre, so stößt dieser Vorschlag auf dogmatische Schwierigkeiten:

Solche Mühewaltung müsste dann generell als ersatzfähiger Schaden abgegolten werden, was aber gerade abgelehnt wird. Dazu kommt, dass ein potenzieller Käufer die damit verbundene Mühewaltung beim Kaufpreis abziehen würde, sodass insoweit ein passender Ansatzpunkt gegeben ist, solche – sonst als ideelle Nachteile qualifizierten – Molestien hier ausnahmsweise im Rahmen des Vermögensschadens zu berücksichtigen.⁹⁰⁾

87) Ähnlich *Schedl*, ZVR 1981, 321: feststellbare Reparaturdefizite.

88) *Lukas*, ZVR 1981, 334; *Reiter*, Berechnungsschema für die Wertminderungsschätzung, ZVR 1983, 70; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, 2/75; *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 71; *Splitter*, DAR 2000, 49.

89) In *Fucik* ua (Hrsg.), Handbuch des Verkehrsunfalls II Rz 287.

90) So auch *Lukas*, ZVR 1981, 334.

Schließlich ist denkbar, dass sämtliche Schäden entdeckt worden sind und die durchgeführte Reparatur auch ordnungsgemäß erbracht worden ist, der dadurch bewirkte Zustand aber bei einer abermaligen Schädigung zu Komplikationen führt, etwa in der Weise, dass die Reparaturkosten dann höher sind oder die Sicherheit der Insassen eine geringere ist. Das ist namentlich gegeben, wenn die Reparatur nicht durch Ersetzen, sondern durch Ausrichten erfolgt.

Während von Gerlach⁹¹⁾ auch dieses Risiko bei der Bemessung des merkantilen Minderwerts berücksichtigen will, vertritt Reindl⁹²⁾ die Gegenmeinung. Er zieht eine Parallele zur Verletzung einer Person, bei der ein solcher Schaden auch erst dann zu einem Schadenersatzanspruch führt, wenn ein solcher Schaden eintritt. Dabei übersieht Reindl freilich, dass die Person als solche nicht der Vermögenssphäre angehört, während das bei einem Kraftfahrzeug sehr wohl der Fall ist. Ein rationaler und aufgeklärter Käufer würde ein solches Risiko in sein Kalkül einbeziehen und bei der Festlegung des Kaufpreises für ein repariertes Unfallfahrzeug einen Abschlag vornehmen.

B. Welche Risiken sind im Laufe der Zeit geringer geworden?

Angesichts des Bündels an Risiken, die mit dem Kauf eines reparierten Unfallfahrzeugs verbunden sind, verlieren die gegen die Zuerkennung eines merkantilen Minderwertes vorgebrachten Argumente viel von ihrer Überzeugungskraft. Worum es me allein gehen kann, das ist eine Überprüfung der Höhe der merkantilen Wertminderung, sofern die veränderten faktischen Verhältnisse für eine geringere Bemessung sprechen.

Hingewiesen sei an dieser Stelle auf den unterschiedlichen Blickwinkel der „Idealisten“, nämlich von technischen Sachverständigen sowie Juristen, die unter dem Eindruck stehen, was unter Optimalbedingungen technisch machbar sein mag,⁹³⁾ einerseits und solchen Juristen, die beobachten, wie der Alltag aussieht, andererseits. Diejenigen, die die Ansicht vertreten, dass der merkantile Minderwert eine überkommene Rechtsfigur sei, wurden unter Punkt III. B. 1. bereits genannt, sodass an dieser Stelle die Einschätzung der „Realisten“ darzustellen ist.

Apathy⁹⁴⁾ weist zu Recht darauf hin, dass nicht alles, was möglich ist, auch immer tunlich ist, zB das Zerlegen des Fahrzeugs. Auf den viel bedeutungsvolleren Umstand macht freilich Sacher⁹⁵⁾ aufmerksam, wenn er aufzeigt, dass in der Praxis häufig Pfuscher am Werk sind, die nicht einmal elementarste Grundsätze der Reparaturtechnik beachten, wobei solche Fehlleistungen auch bei der amtlichen Überprüfung nicht immer aufgedeckt werden.⁹⁶⁾

91) DAR 2003, 52.

92) ZVR-Sonderheft 1978, 76*.

93) Jordan, VGT 1975, 208; Reindl, ZVR-Sonderheft 1978, 75*, bei Letzterem freilich unter Offenlegung, dass es sich dabei um Aussagen von Sachverständigen handle.

94) ZVR 1988, 294.

95) ZVR 1981, 328; ders., Gutachten 43.

96) OGH SZ 46/84; RdW 1996, 162.

Wenn *M. Hofmann*⁹⁷⁾ zu bedenken gibt, dass auch in der Fabrik ein Kraftwagen aus vielen Einzelteilen zusammengesetzt werde, dann werden der Sicherheitsstandard sowie die Endkontrolle dort freilich einen höheren Standard aufweisen als bei einer durchschnittlichen Reparatur. Was sich gegenüber dem Stand vor 20 oder 40 Jahren nicht verändert hat, das sind die Beweisschwierigkeiten⁹⁸⁾ einerseits und die Zuverlässigkeit der Werkstätte⁹⁹⁾ andererseits.

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass die Fortschritte bei der Schadensdiagnostik und der Reparaturtechnik für eine Reduktion des merkantilen Minderwerts sprechen, die sonstigen Risiken aber bestehen geblieben sind, sodass der merkantile Minderwert dem Grunde nach weiterhin berechtigt ist, ohne dass es eines Rückgriffs auf irrationale oder psychologische Begründungen bedarf.

V. Die Ermittlung des merkantilen Minderwerts – Rechts- oder Tatfrage

Auch wenn in diesem Beitrag Detailfragen der richtigen Bemessung des merkantilen Minderwertes ausgeklammert bleiben, bedarf es eines Eingehens, inwieweit es sich bei dessen Ermittlung um eine Tatfrage oder eine Rechtsfrage handelt. Das Ergebnis der Sachverständigen wird von den Gerichten häufig als Schiedsspruch hingenommen.¹⁰⁰⁾ Unter Berufung auf den Satz „iudex non calculat“ zeigen die Gerichte diesbezüglich eine – nicht angebrachte – Zurückhaltung, sich mit den die Bemessung betreffenden Fragen zu beschäftigen.¹⁰¹⁾

Dazu kommt, dass die Diskussion über den merkantilen Minderwert in den letzten 25 Jahren in Österreich – von der überaus gehaltvollen Abhandlung von *Apathy*¹⁰²⁾ aus dem Jahr 1988 abgesehen – ausschließlich von Kfz-Sachverständigen geführt worden ist. Entweder sind sich die Juristen der rechtlichen Dimension des Problems nicht bewusst oder sie sind von den von den Sachverständigen verwendeten Formeln so geblendet, dass sie nicht wahrnehmen, dass diese bloß Ausdruck bestimmter rechtlicher Kategorien sind.

Die Kfz-Sachverständigen sind sich hingegen ihrer – beschränkten – Kompetenz durchaus bewusst. *Sacher*¹⁰³⁾ weist auf die Gefahr hin, dass der Sachverständige durch die Anwendung pseudomathematischer Formeln gewisse Rechtskenntnisse beweist. Er¹⁰⁴⁾ fordert die Juristen zum Eingreifen geradezu auf, wenn er ausspricht, dass Juristen gleichförmige Wertminde-

97) Der merkantile Minderwert 72.

98) *Von Gerlach*, DAR 2003, 52.

99) *Hörl*, zfs 1999, 47.

100) *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 786.

101) *Splitter*, DAR 2000, 49.

102) ZVR 1988, 289 ff.

103) ZVR 1981, 327.

104) ZVR 1985, 2.

rungsgutachten erzwingen können, wenn sie die maßgeblichen Prämissen vorgeben. Die Reichweite der technischen Unterstützung durch die elektronische Datenverarbeitung schätzt er realistisch ein, wenn er ausspricht, dass auch der intelligenteste Computer nur eine Rechen- und Entscheidungshilfe, aber nicht fähig ist, eigene Überlegungen anzustellen und außerhalb des Automatismus liegende selbständige Entscheidungen zu treffen.¹⁰⁵⁾

Präzise juristische Vorgaben sind umso mehr am Platz, als die technischen Sachverständigen von der sachlichen Berechtigung des merkantilen Minderwerts nicht überzeugt sind, sondern diesen nur nach juristischen Vorgaben ermitteln.¹⁰⁶⁾ Dieser fällt dementsprechend aus zwei Gründen bescheiden aus. Wovon man nicht überzeugt ist, das schätzt man gering ein. Und wenn die Vorgaben nebulös sind, wirkt sich diese Unterschätzung noch gravierender aus.

Es ist daher mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Ermittlung des merkantilen Minderwertes um eine Rechtsfrage handelt.¹⁰⁷⁾ Aufgabe des Sachverständigen ist es allein, dem Richter das tatsächliche Substrat zu liefern, um auf dieser Basis den merkantilen Minderwert – unter Zuhilfenahme des § 273 ZPO – zu bemessen. Dass die Praxis dem Sachverständigen häufig einen Freibrief einräumt, steht auf einem anderen Blatt.

VI. Die Kopernikanische Wende im Schadensrecht – von den Kfz-Sachverständigen (20 Jahre lang) nicht wahrgenommen

Die Sachverständigen ermitteln den merkantilen Minderwert wie anno dazumal. Sie haben nicht bemerkt, dass sich im Schadensrecht eine „Kopernikanische Wende“ vollzogen hat. *Sacher*¹⁰⁸⁾ betont noch im Jahr 1992 die Unveränderlichkeit der Schadenersatzjudikatur und kritisiert, dass nach dieser die Summe aus fiktiven Reparaturkosten, fiktiver merkantiler Wertminderung und Wrackerlös mehr ausmachen könne als den Neuwert.¹⁰⁹⁾ Wahr ist aber vielmehr, dass der OGH diese Rechtsprechung mit der E JBl 1985, 41 (*Apathy*) aufgegeben hat.

Den Sachverständigen ist diesbezüglich kein gravierender Schuldvorwurf zu machen, hat doch auch *Harrer*¹¹⁰⁾ im Jahr 1997 (!) diese Änderung übersehen.¹¹¹⁾ Ja selbst der 2. Senat des OGH hat in einer neueren Entscheidung¹¹²⁾ den vom gleichen Senat bewirkten Judikaturwandel ignoriert. Be-trüblicherweise hat die privatrechtliche Dogmatik bis heute nur unzureichend aufgezeigt, dass sich auch bei diesem Schadensposten das Koordina-

105) *Sacher*, ZVR 1981, 330.

106) *Sacher*, Gutachten 91; *ders* in *Fucik* ua (Hrsg), Handbuch II Rz 285.

107) *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 127; *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 785 f, 811 ff.

108) Gutachten 55.

109) *Sacher*, Gutachten 62.

110) In *Schwimann*, ABGB² VII, § 1323 Rz 22.

111) Ebenso beide Untergerichte in der dann zutreffenden OGH-Entscheidung ZVR 1996/114.

112) OGH ZVR 1995/129.

tensystem verändert hat. Dieser Beitrag bemüht sich, das – spät, aber doch – nachzuholen.

In einem ersten Schritt soll die Diskrepanz zwischen der Vorgangsweise der Sachverständigen und der gewandelten Schadensdogmatik aufgezeigt werden, ehe anschließend in 10 Thesen dargestellt wird, welche Folgerungen sich daraus ergeben.

A. *Leitprinzipien der Ermittlung des merkantilen Minderwerts durch den Kfz-Sachverständigen¹¹³⁾*

Die Sachverständigen berufen sich bei der Ermittlung des merkantilen Minderwerts auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung. Zugrunde gelegt wird die bestmögliche Reparatur. Der merkantile Minderwert wird ermittelt unabhängig davon, ob eine Reparatur erfolgt bzw wie diese durchgeführt wird. Die Ermittlung des merkantilen Minderwerts erfolgt ex ante, also unabhängig von einer nachfolgenden Besichtigung des reparierten Fahrzeugs. Abgestellt wird auf den Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens. Ein ganz maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des merkantilen Minderwertes ist der Wiederbeschaffungswert. Der technische Minderwert spielt nur ganz ausnahmsweise eine Rolle.

B. *Zentralthesen der Monographie von Apathy und deren Niederschlag in der OGH-Judikatur*

Bis zur Monographie von Apathy bestand im österreichischen Schadenersatzrecht die Tendenz, jedes schwierige schadensrechtliche Problem unter Berufung auf das Vademekum der objektiv-abstrakten Schadensberechnung zu lösen. Unabhängig davon, wie der Geschädigte auf das schädigende Ereignis reagierte, stets konnte er bis zur Grenze der Tunlichkeit auf Basis fiktiver Reparaturkosten abrechnen. Wurden die fiktiven Reparaturkosten zuerkannt, war die fiktive merkantile Wertminderung eine dem Geschädigten stets willkommene Zugabe. Sedes materiae des Problems war § 1332 ABGB, weil als Naturalrestitution nur der Fall erfasst wurde, dass der Schädiger sich um die Reparatur kümmerte, was bei Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers so gut wie nie der Fall war.

Durch die Monographie von Apathy¹¹⁴⁾ änderte sich diese Sichtweise. Auch die Durchführung der Reparatur durch den Geschädigten wurde als Unterfall der Naturalrestitution bzw der Betätigung des Restitutionsinteresses angesehen. Anknüpfungspunkt war fortan § 1323 ABGB. Ersatzfähig waren auch in einem solchen Fall nur die tatsächlich angefallenen Aufwendungen, nicht mehr aber fiktive Reparaturkosten, die der Sachverständige geschätzt hat und die im Regelfall wesentlich höher lagen. Nicht nur bei Untunlichkeit, sondern bei jedem Verzicht auf die Durchführung der Reparatur – aus welchen Gründen immer – wurde der Geschädigte auf das geringere Wert- oder Kompensationsinteresse verwiesen, somit auf die Abrechnung

113) Grundlegend Kuch/Sacher, ZVR 1974, 101 ff. Weitere Nachweise unter Punkt VII. A–J.

114) Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

auf Totalschadensbasis. Ersatzfähig war dann nur noch die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert. Keinesfalls mehr maßgeblich waren die fiktiven Reparaturkosten samt dem merkantilen Minderwert.¹¹⁵⁾ Diese Thesen blieben nicht bloß ein akademisches Gedankengebäude, sondern haben Auswirkungen in der OGH-Judikatur¹¹⁶⁾ gezeitigt. Nicht zuletzt wegen der Rechtsmittelbeschränkung ist die Judikatur auf diesem Gebiet in den letzten 20 Jahren dürftiger ausgefallen als in der Zeit davor.

In den folgenden 10 Thesen ist aufzuzeigen, wie sich dieser Paradigmawechsel auf die Ermittlung des merkantilen Minderwerts auswirkt.

VII. Die Folgerungen zusammengefasst in 10 Thesen

A. Der merkantile Minderwert im Spannungsfeld zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung

Koziol¹¹⁷⁾ weist auch in der neuesten Auflage seines Haftpflichtrechts darauf hin, dass die Begründung der Zuerkennung eines merkantilen Minderwertes bei subjektiv-konkreter Schadensberechnung auf Schwierigkeiten stoße, während sich dieses Problem unter Bezugnahme auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung leicht lösen lasse.¹¹⁸⁾ Auch Apathy¹¹⁹⁾ versteht die merkantile Wertminderung mit der ganz herrschenden Meinung im Sinn einer Minderung des gemeinen Wertes, ein Indiz, dass er die Sprengkraft seiner eigenen Thesen insoweit womöglich nicht ganz überblickt hat. Ein Wesensmerkmal der objektiv-abstrakten Schadensberechnung liegt nämlich darin, dass das Ausmaß des Ersatzes ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Geschädigten ermittelt wird. Darüber hinaus ist für diese aber kennzeichnend, dass die Höhe des Ersatzanspruchs im Zeitpunkt des realen Schadens, allenfalls in der logischen Sekunde danach, feststeht.

Wenn ein merkantiler Minderwert nach dem Gedankenmodell *Apathys*, das sich die Judikatur zu eigen gemacht hat, nur noch dann gebührt, wenn eine Reparatur tatsächlich durchgeführt wird, dann ist dieser Schadensposten gerade davon abhängig, wie der Geschädigte auf das schädigende Ereignis reagiert. Jedenfalls mit der „reinen Lehre“ vom objektiv-abstrakten Schaden lässt sich ein solcher Zuspruch daher nicht begründen.

Demgegenüber ist es ein Wesensmerkmal der subjektiv-konkreten Schadensberechnung, dass das Ausmaß des Ersatzanspruchs von der jeweiligen Reaktion des Geschädigten auf das schädigende Ereignis abhängig ist. Insofern wäre die subjektiv-konkrete Schadensberechnung der passendere Lö-

115) *Apathy*, ZVR 1988, 291 FN 23; auf den Judikaturwandel zutreffend hinweisend *Vrbal Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis (1990) Rz 1125.

116) OGH JBl 1985, 41 (*Apathy*); bestätigt in ZVR 1996/114; NZ 1997, 156. So auch *Apathy*, ZVR 1988, 290 FN 23; *Reischauer* in *Rummel*², § 1332 Rz 16.

117) Haftpflichtrecht I, 2/75, 10/21. So zuvor bereits *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung (1964) 30; *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 46.

118) Für die Begründung der Zuerkennung eines merkantilen Minderwerts mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung auch *Stoll*, Haftungsfolgen 295 FN 252 sowie 420 f.

119) ZVR 1988, 299.

sungsansatz. *Koziol*¹²⁰⁾ macht allerdings darauf aufmerksam, dass bei subjektiv-konkreter Schadensberechnung der Zeithorizont möglichst weit in die Zukunft gerichtet ist. Wenn man so verfährt, dann ließe sich ohne Realisierung des merkantilen Minderwerts durch ein konkretes Veräußerungsgeschäft gar kein Schaden messen.¹²¹⁾

Wird von manchen behauptet, dass der merkantile Minderwert ebenso der Amortisation unterliegt wie das Fahrzeug,¹²²⁾ so wird es zutreffen, dass dieser rascher abnimmt als der Wert des Fahrzeugs selbst.¹²³⁾ Ob ein merkantiler Minderwert 2 oder 3 Jahre nach der Neuzulassung keinesfalls mehr gebührt,¹²⁴⁾ kann an dieser Stelle offen bleiben. Der Blick in die weitere Zukunft führt nach dieser Sichtweise anscheinend dazu, dass sich die Zuerkennung eines merkantilen Minderwertes nicht begründen ließe.

Allerdings hätte diese Betrachtung zur Folge, dass bei der Abnutzung unterliegenden Sachen stets jegliche Werteinbuße zu versagen wäre. Denn bei langfristiger Betrachtung schrumpft der Wert all dieser Sachen ohne und mit Beschädigung samt anschließender Reparatur auf null. Das ist aber auch nicht die Position *Koziols*, gesteht er doch ohne weiteres zu, dass bei einer *technischen* Wertminderung auch bei subjektiv-konkreter Berechnung Ersatz zu leisten sei, weil insoweit eine Beeinträchtigung des Gebrauchswertes gegeben sei.¹²⁵⁾

Es geht somit letztlich allein um die Frage, ob der merkantile Minderwert sich ähnlich wie der technische Minderwert bei subjektiv-konkreter Berechnung als Vermögenseinbuße messen lässt. Das ist durchaus der Fall. Schon *Reindl*¹²⁶⁾ hat zutreffend darauf hingewiesen, dass das Vorliegen einer Vermögenseinbuße nicht von einem finanziellen Abfluss abhängig ist.¹²⁷⁾ *Von Gerlach*¹²⁸⁾ führt aus, dass die eigentliche Begründung des merkantilen Minderwerts darin liege, dass selbst nach vollzogener Reparatur der Geschädigte ein Fahrzeug hat, bei dem eine erhöhte Gefahr künftiger Schäden besteht. Darin liegt der eigentliche Schaden, für den er – durchaus folgerichtig – die Bezeichnung wählt: Minderwert, der seine Ursache in einer potenziell erhöhten Schadensanfälligkeit hat. Dass dieser danach bemessen wird, welchen Preisabschlag ein potenzieller Erwerber bei Erwerb eines Fahrzeugs ansetzen würde, ist nicht mehr als eine Methode der Bewertung dieses Risikos. Folgerichtig ist es daher, auch bei solchen Sachen einen derartigen Minderwert zu bejahen, die der Geschädigte niemals zu veräußern beabsichtigt oder die womöglich auf gar keinem Markt gehandelt werden.¹²⁹⁾

120) *Haftpflichtrecht* I, 10/62.

121) *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I, 2/75; *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert 124.

122) *Wedl*, *ÖJZ* 1958, 598; *Kuch/Sacher*, *ZVR* 1974, 104.

123) *Schedl*, *ZVR* 1981, 321.

124) *Sacher*, Gutachten 61.

125) *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I, 10/60.

126) *ZVR-Sonderheft* 1978, 72*.

127) So auch *Ch. Huber*, *Fragen der Schadensberechnung*² (1994) 40 f, 81 ff.

128) *DAR* 2003, 53.

129) Die Erörterung dieser namentlich im deutschen Recht umstrittenen Frage muss an dieser Stelle unterbleiben. Verwiesen sei auf *OGH ZVR* 1995/129 sowie aus der deut-

B. *Der merkantile Minderwert als Ausprägung des restlichen Kompensationsinteresses*

Spielte im österreichischen Recht bis zum Erscheinen der Monographie von *Apathy* die Unterscheidung zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung die zentrale Rolle, so ist für den Umfang des Ersatzes nunmehr mindestens ebenso bedeutsam, ob der Geschädigte sein Integritäts- bzw Restitutionsinteresse betätigt oder lediglich eine Abrechnung auf Basis des Kompensations- oder Wertinteresses verlangt. Wem daran gelegen ist, dass der reale Zustand, wie er ohne Schädigung bestünde, wiederhergestellt wird, der kann mitunter mehr verlangen als derjenige, dem es bloß um die Auffüllung der gerissenen Vermögenslücke geht. Wie lässt sich der merkantile Minderwert in dieses Schema einfügen?

Restitutions- und Kompensationsinteresse sind nicht zwei einander ausschließende Antipoden, sondern können in unterschiedlicher Ausprägung gegeben sein. Selbst wenn die bestmögliche Reparatur durchgeführt wird, ist damit der Zustand ohne schädigendes Ereignis nicht wiederhergestellt. Es verbleibt das Restrisiko künftiger Schäden, was ein potenzieller Erwerber zum Anlass für einen Abschlag beim Kaufpreis nehmen würde. Da die Restitution nicht vollständig gelingt, verbleibt ein restliches Kompensationsinteresse in Form des merkantilen Minderwerts zurück.¹³⁰⁾

Dieses Zusammenspiel von Restitution und Kompensation ist nicht auf den Fall der Reparatur eines Kfz beschränkt. Ein solches Phänomen lässt sich auch beim Personenschaden beobachten. Wird eine Person verletzt, kann sie im Rahmen des Restitutionsinteresses Heilungskosten verlangen. Soweit die beeinträchtigte Gesundheit nicht in vollem Umfang wiederhergestellt werden kann, steht ein Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse zu, um auf diese Weise wenigstens eine Ersatzlage herzustellen. Soweit auch das nicht möglich ist, oder der Geschädigte davon nicht Gebrauch macht, verbleibt ein restliches Kompensationsinteresse, beim Personenschaden in Form des Schmerzensgeldes.¹³¹⁾

Beim Sachschaden gehört der merkantile Minderwert allerdings der Vermögenssphäre an. Bemessen wird er danach, welche Einbußen der Geschädigte bei einem potenziellen Verkauf erleiden würde. Das ist auch ein durchaus passender Bewertungsansatz. Beim Kompensationsinteresse geht es nämlich um die Zuerkennung eines Mindestersatzes. Und die Einbuße bei einer möglichen Veräußerung stellt bei allen Sachen, die keine Handelswaren sind, in der Tat den Mindestersatz dar.¹³²⁾ Wenig folgerichtig ist allein, dass die Rechtsprechung einen merkantilen Minderwert bei der Reparatur gewährt, einen Zweithandzuschlag bei der Ersatzbeschaffung aber ab-

schen Literatur *Riecker*, Merkantile Wertminderung auch für Fahrzeuge der Bundeswehr? *VersR* 1981, 517; *Frank*, Zum merkantilen Minderwert bei Motorrädern und Sonderfahrzeugen, *MDR* 1985, 720.

130) *Apathy*, *ZVR* 1988, 293; *von Gerlach*, *DAR* 2003, 51.

131) *Ch. Huber*, Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades? *VersR* 1992, 545 (547).

132) In diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 156 ff.

lehnt. Wenn die Reparatur der beschädigten Sache und die Beschaffung einer gebrauchten Ersatzsache im Ausgangspunkt gleichwertige Ausprägungen der Naturalrestitution sind,¹³³⁾ dann leuchtet folgende Differenzierung nicht ein:

Bei Veräußerung des Fahrzeugs nach dessen Reparatur würde der Geschädigte im Ausmaß des merkantilen Minderwerts eine Einbuße erleiden, die ersatzfähig ist. Wenn der Geschädigte das als Ersatz beschaffte Gebrauchtfahrzeug veräußern würde, würde er allein auf Grund des Umstands, dass es sich nicht mehr – wie sein Fahrzeug vor dem Unfall – um einen Erstbesitz, sondern einen Zweitbesitz handelt, gleichfalls einen Abschlag hinnehmen müssen. Warum die eine Einbuße vom Schädiger ersatzfähig sein soll, die andere hingegen nicht,¹³⁴⁾ dafür gibt es mE keinen rationalen Grund. Diese Differenzierung mag daraus erklärbar sein, dass die Reparatur als solche stets als Ausprägung der Naturalrestitution gemäß § 1323 ABGB angesehen worden ist, der Zuspruch des Wiederbeschaffungswerts jedoch als Unterfall der Vergütung des Schätzwertes nach § 1332 ABGB.

Das ist jedoch unzutreffend. Auch die Ersatzbeschaffung stellt eine Anwendung der Naturalrestitution dar. Diese Sichtweise hat dann freilich zur Folge, dass nur der Geschädigte auf Basis der Wiederbeschaffungskosten abrechnen kann, der auch tatsächlich eine Wiederbeschaffung vornimmt. Sollte eine solche unterbleiben, wäre der Wertersatzanspruch konsequenterweise auf Basis des geringeren Veräußerungswertes abzurechnen.¹³⁵⁾ Damit würde sich der Kreis schließen. Nicht nur das bei Vornahme einer Reparatur verbleibende restliche Kompensationsinteresse in Form des merkantilen Minderwertes wäre auf der Basis des Veräußerungswertes zu berechnen, sondern das Wertinteresse generell wäre nach diesem Maßstab zu ermitteln.

Gegen dieses logisch stimmige Konzept sind zwei Gegenargumente denkbar: Der Zeitgeist wendet sich gegen jegliche Ausweitung des Ersatzes, somit auch gegen einen Zweithandzuschlag. Die hier vorgeschlagene Differenzierung würde darüber hinaus zur Folge haben, dass auch bei der Total Schadensabrechnung der Umfang des Ersatzes von der Reaktion des Geschädigten abhängig wäre, worunter die Raschheit der Schadensregulierung leiden könnte. Ob diese pragmatischen Einwände stark genug sind, um die dogmatische Folgerichtigkeit aufzuhalten, bleibt abzuwarten.

C. *Merkantiler Minderwert auf der Basis der bestmöglichen Reparatur – auch bei tatsächlich qualitativ und quantitativ zurückbleibender Reparatur*

Hat man akzeptiert, dass es ein Zusammenspiel von Restitutions- und Kompensationsinteresse gibt, wobei der vom Sachverständigen ermittelte merkantile Minderwert eine Ausprägung des restlichen Kompensationsin-

133) Vgl dazu *Reischauer* in *Rummel*², § 1323 Rz 2, 8.

134) Ablehnend freilich auch die hM in Deutschland BGH NJW 1978, 1373 = VersR 1978, 664; *Schiemann* in *Lange/Schiemann*, Schadensersatz 410; *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs³ (1997) Anh I Rz 19; *Oetker* in *MünchKommBGB*⁴, § 251 Rz 19; *Grüneberg* in *Bamberger/Roth*, § 249 Rz 19.

135) So *Ch. Huber*, Aktuelle Fragen des Sachschadens, *Der Sachverständige* 2004, 13 ff.

teresses bei bestmöglicher Reparatur darstellt,¹³⁶⁾ dann ergibt sich für das österreichische Schadenersatzrecht eine Folgerung von nicht zu unterschätzender Sprengkraft:

Der merkantile Minderwert wird vom Kfz-Sachverständigen nach wie vor auf der Basis der bestmöglichen Reparatur ermittelt. Das ist eine Reparatur in der nächstgelegenen Markenwerkstätte nach den Vorgaben des Herstellers unter Verwendung von Neuteilen.¹³⁷⁾ Wurden früher fiktive Reparaturkosten unabhängig davon, ob bzw wie repariert wurde, zuerkannt,¹³⁸⁾ sodass die einheitliche Bemessung des merkantilen Minderwerts auf dieser Basis folgerichtig war, so erhält der Geschädigte die solchermaßen ermittelten Kosten – seit der Leitentscheidung JBl 1985, 41 (*Apathy*) – aber nur dann, wenn er die Reparatur nach diesen Vorgaben durchführen lässt und Aufwendungen in der vom Sachverständigen geschätzten Höhe nachweisbar sind.

Häufig machen aber die tatsächlichen Kosten viel weniger aus; und zwar deshalb, weil der Geschädigte sich mit einer geringeren Reparaturqualität zufrieden gibt. Er verwendet gebrauchte Ersatzteile; nimmt keine Ersetzung vor, sondern begnügt sich mit dem Ausklopfen oder Ausrichten; lässt nicht in einer Markenwerkstätte nach den Vorgaben des Herstellers reparieren, sondern in einer freien Werkstätte oder im osteuropäischen Ausland oder vom Pfuscher; oder er legt selbst Hand an. Mitunter verzichtet der Geschädigte auch auf die Behebung der bloß optischen Beeinträchtigungen und beschränkt sich auf die Behebung der funktionalen Defizite. Sollen all diese Umstände für die Bemessung des merkantilen Minderwertes bedeutungslos sein?

Das Argument, dass für die Bemessung des merkantilen Minderwertes kein anderer Standard vorhanden ist,¹³⁹⁾ um etwaige Abweichungen davon zu definieren, kann jedenfalls aus dogmatischer Hinsicht keinesfalls überzeugen. Vielmehr lässt sich folgende Abstufung vornehmen:

Das Ausmaß des Ersatzes bei unterschiedlicher Betätigung des Restitutions- und des Kompensationsinteresses verhält sich fast wie bei kommunizierenden Gefäßen. Ist die Reparaturqualität hoch, fällt der merkantile Minderwert moderat aus. Je geringer die Reparaturqualität,¹⁴⁰⁾ ein umso höheres Kompensationsinteresse ist indes zu veranschlagen,¹⁴¹⁾ wobei die Summe aus Restitution und Kompensation bei optimaler Durchführung der Reparatur am höchsten ist, während sie jeweils geringer ausfällt, je bescheidener die Reparaturqualität ist.¹⁴²⁾ Folgerichtig bildet im Vergleich zu einer optimalen Durchführung der Reparatur das andere Extrem des Spektrums

136) *Lukas*, ZVR 1981, 334; *Sacher*, ZVR 1981, 327 (328); *ders*, Gutachten 42; *Schmidt/Faast/Stögerer*, ZVR 1991, 135.

137) *Hörl*, zfs 1991, 147.

138) *Reindl*, ZVR-Sonderheft 1978, 76*; ZVR 1974/19.

139) *Sacher* in *Fucik* ua (Hrsg), Handbuch II Rz 286.

140) Entsprechendes gilt für ein quantitatives Zurückbleiben in Form einer Teilreparatur.

141) So im Ansatz bereits *Apathy*, ZVR 1988, 294 unter Hinweis auf 8 Ob 172/82. Ebenso OLG Wien ZVR 1994/10.

142) OGH NZ 1997, 156.

die Konstellation, bei der auf jegliche Reparatur verzichtet wird und der Geschädigte auf Basis des Totalschadens abrechnet.¹⁴³⁾

Das ist nicht nur ein akademisches Gedankengebäude, sondern hat auch bereits Niederschlag in OGH-Entscheidungen gefunden: In der OGH-Entscheidung ZVR 1987/38 hat der Sachverständige die Reparaturkosten auf 130.000,- ATS und den dabei verbleibenden merkantilen Minderwert auf 6.000,- ATS geschätzt. Um noch innerhalb der Tunlichkeit zu bleiben, hat der Geschädigte unter Verwendung von Altteilen um 101.000,- ATS repariert. Der Sachverständigen hat den dabei anfallenden Minderwert mit 15.000,- ATS festgesetzt. Dass der Geschädigte diesen nicht gefordert hat, um nicht die Überschreitung der Tunlichkeitsgrenze zu riskieren, steht auf einem anderen Blatt.

Ein eben solches Zusammenspiel ist in der Entscheidung SZ 68/101¹⁴⁴⁾ zu beobachten. Bei einem Schaden an einer Liegenschaft hat der OGH zutreffend ausgesprochen, dass es der Geschädigte in der Hand habe, die Untunlichkeit der Naturalrestitution dadurch abzuwenden, dass er sich anstelle einer umfassenden Reparatur mit einer bloßen Ersatzlage zufrieden gebe, was freilich dazu führe, dass er einen höheren Minderwert begehren könne.

Was dem Geschädigten an der Grenze der Tunlichkeit der Reparatur als Wahlrecht zur Verfügung steht und dort Auswirkungen auf die Höhe des merkantilen Minderwerts hat, ist Ausdruck eines allgemeinen Prinzips. Das hat folgende konkrete Auswirkungen: Der vom Kfz-Sachverständigen derzeit geschätzte merkantile Minderwert geht von einer optimalen Reparatur aus, ohne dass der Geschädigte stets die dieser entsprechenden Kosten ersetzt bekommt. Wählt der Geschädigte eine weniger aufwendige Reparatur, ist die Frage zu stellen, ob im Fall der Veräußerung der Preisabschlag gleich hoch wäre wie im Fall einer Reparatur de luxe oder geringer. Im Regelfall wird der Abschlag beträchtlich höher ausfallen, was zur Folge hat, dass der Geschädigte neben den tatsächlichen Reparaturkosten einen wesentlich höheren merkantilen Minderwert als bisher verlangen können muss. Die Summe aus tatsächlichen Reparaturkosten und dem verbleibenden Kompensationsinteresse wird zwar nicht an die Summe aus optimaler Reparatur und dem dann verbleibenden merkantilen Minderwert heranreichen, sie wird aber deutlich höher liegen als die Summe aus tatsächlichen Reparaturkosten und dem Minderwert, der auf der Basis einer optimalen Reparatur geschätzt worden ist.

Ob man dieses restliche Kompensationsinteresse nach wie vor als merkantilen Minderwert bezeichnet oder dafür eine andere Ausdrucksweise wählt, die sonstigen Nachteile, die über den merkantilen Minderwert bei bestmöglicher Reparatur hinausgehen, unter dem Begriff des technischen Minderwerts zusammenfasst, ist eine terminologische Frage. Worauf es – dem Geschädigten – ankommt, das ist das Ausmaß des ihm zustehenden Ersatzes.

143) OGH eclex 1999, 86.

144) = eclex 1995, 715 = JBI 1995, 785.

Rechtsvergleichend zum deutschen Recht sei darauf hingewiesen, dass die Höhe des merkantilen Minderwertes in Deutschland mit der in Österreich nicht ohne weiteres verglichen werden kann. In Deutschland besteht nämlich nach wie vor die Möglichkeit der Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten. Sofern der Nachweis einer Reparatur verlangt wird, genügt bei Reparaturkosten bis zum Wiederbeschaffungswert eine Reparatur, die zu einem betriebs- und verkehrssicheren Zustand führt,¹⁴⁵⁾ während bei Reparaturkosten bis 130% des Wiederbeschaffungswertes eine umfassende und fachgerechte Reparatur verlangt wird.¹⁴⁶⁾ In jedem dieser Fälle kann der Geschädigte bei Nachweis eines solchen Zustands die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten unabhängig davon verlangen, ob er entsprechende Aufwendungen getätigt hat. Da der Geschädigte Restitutionskosten auf der Basis einer bestmöglichen Reparatur erhält, ist es folgerichtig, dass auch der merkantile Minderwert – moderat – auf dieser Grundlage bemessen wird.

Eine Behelfsreparatur führt somit nicht zu einem Zuschlag beim merkantilen Minderwert.¹⁴⁷⁾ Legt freilich der Sachverständige in seiner Schätzung eine zeitwertgerechte Reparatur zugrunde, also eine Reparatur unter Verwendung gebrauchter Ersatzteile, wird eine entsprechende Erhöhung des merkantilen Minderwerts eingemahnt.¹⁴⁸⁾

D. Merkantiler Minderwert unabhängig von der Durchführung der Reparatur

In der Sachverständigenliteratur¹⁴⁹⁾ findet man durchgehend die Aussage, dass der merkantile Minderwert unabhängig davon gebühre, ob eine Reparatur in Angriff genommen oder durchgeführt werde.¹⁵⁰⁾ Seit der OGH-Entscheidung JBl 1985, 41 (*Apathy*) ist das aber unzutreffend. Führt eine geringer wertige Reparatur dazu, dass neben den tatsächlichen Reparaturkosten der merkantile Minderwert höher zu bemessen ist, so führt eine unterbliebene Reparatur dazu, dass gar keiner gebührt, sondern der Ersatz ausschließlich auf der Basis des Wertersatzes zu ermitteln ist.

E. Die Ermittlung des merkantilen Minderwerts ex ante – oder ex post

Die Sachverständigen ermitteln den merkantilen Minderwert ex ante ohne nachfolgende Besichtigung des Kfz.¹⁵¹⁾ Diese Vorgehensweise ist nach

145) So die Karosseriebaumeister-Entscheidung BGH NJW 2003, 2085. Dazu *Ch. Huber*, Eine bedeutsame Klarstellung im Rahmen der Kfz-Sachschadensabrechnung – die Karosseriebaumeister-Entscheidung des BGH, MDR 2003, 1334 ff.

146) So die Kfz-Mechaniker-Entscheidung BGH BGHZ 115, 364.

147) *Sanden/Völtz*, Sachschadensrecht des Kraftverkehrs Rz 121.

148) *Hörl*, zfs 1999, 46; vgl dazu auch *von Gerlach*, DAR 2003, 52.

149) *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 101 (102); *Sacher*, ZVR 1981, 327 (328); *ders*, Gutachten 42; *ders* in *Fucik* ua (Hrsg), Handbuch II Rz 296 unter Berufung auf SZ 27/52, die älteste Entscheidung zum merkantilen Minderwert; *Schmidt/Faasi/Stögerer*, ZVR 1991, 135.

150) So die ältere OGH-Judikatur: SZ 43/186 = JBl 1971, 364 = ZVR 1971/155; ZVR 1971/125; ZVR 1974/69; ZVR 1974/55; ZVR 1975/79; ZVR 1977/237; ZVR 1978/115; ZVR 1981/95; ZVR 1983/280.

151) *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 102.

den Vorgaben der neueren OGH-Judikatur mE nicht mehr haltbar. Wenn der merkantile Minderwert das restliche Kompensationsinteresse abdeckt, kann dessen Umfang überhaupt erst dann ermittelt werden, wenn bekannt ist, ob und in welchem Umfang sowie welcher Qualität die Reparatur durchgeführt worden ist. Der Schätzvorgang dürfte somit erst nach erfolgter Reparatur vorgenommen werden. Das gilt jedenfalls für den Zuschlag, der über den merkantilen Minderwert bei bestmöglicher Reparatur hinausgeht.

Nicht verschwiegen werden soll, dass dies mit einem zusätzlichen Zeitaufwand verbunden sein wird,¹⁵²⁾ ganz abgesehen davon, dass für die Ermittlung des merkantilen Minderwerts ab sofort kein einheitlicher Bezugspunkt, nämlich der der bestmöglichen Reparatur,¹⁵³⁾ mehr zur Verfügung steht. Nur auf diese Weise lässt sich aber verhindern, dass der Geschädigte weniger erhält als den vollen Ausgleich seiner Einbuße.

F. *Abstellen auf den Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens, somit des Unfalls – oder den des Abschlusses der Reparatur*

Die Sachverständigenliteratur vertritt einhellig die Ansicht, dass die merkantile Minderung nach dem Zeitpunkt des Unfalls zu ermitteln ist¹⁵⁴⁾ und er in diesem Zeitpunkt fällig wird.¹⁵⁵⁾ Nach dem Konzept der objektiv-abstrakten Schadensberechnung war das folgerichtig.¹⁵⁶⁾ Wenn aber ein merkantiler Minderwert bloß bei Durchführung der Reparatur gebührt, erscheint es konsequent, sowohl für die Bemessung als auch die Fälligkeit des merkantilen Minderwertes – und damit den Lauf der Verzugszinsen – auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Reparatur bzw den meist identischen der Ingebrauchnahme des Fahrzeugs abzustellen. Wie die über das Kompensationsinteresse hinausgehenden Reparaturkosten handelt es sich um einen Folgeschaden, der nur insoweit gebührt, als er anfällt. Das ist auch die Position, die überwiegend im deutschen Recht¹⁵⁷⁾ vertreten wird.

Bedeutsam ist diese Unterscheidung dann, wenn sich die Marktverhältnisse zwischen Eintritt des realen Schadens und Abschluss der Repa-

152) Vgl dazu *Deichl*, VGT 1975, 182, der beklagt, dass die Ermittlungskosten häufig mehr ausmachen als der für den merkantilen Minderwert ausbezahlte Betrag.

153) Vgl dazu *Sacher* in *Fucik* ua (Hrsg), Handbuch II Rz 286.

154) *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 104 unter Hinweis auf EvBl 1954/413; SZ 31/89; ZVR 1964/100; *Schedl*, ZVR 1981, 321.

155) *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 102; *Lukas*, ZVR 1981, 334; *Schmidt/Faast/Stögerer*, ZVR 1991, 135 (136); *Sacher*, Gutachten 58.

156) *Waldherr*, ZVR 1961, 218; *F. Bydlinski*, Zur zivilrechtlichen Judikatur in Verkehrssachen, ZVR 1961, 5 (7).

157) *Rixecker* in *Geigel/Schlegelmilch*, Haftpflichtprozess Kap 3 Rz 55; *Heinrichs* in *Palandt*, BGB⁶³, § 251 Rz 12; *Oetker* in *MünchKommBGB*⁴, § 249 Rz 54; *Sanden/Völtz*, Schadensrecht des Kraftverkehrs Rz 139; *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 792; *Splitter*, DAR 2000, 50; BGH NJW 1967, 552; OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 1247; aA auf den Unfallzeitpunkt abstellend *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs Anh I Rz 73; *Schiemann* in *Lange/Schiemann* (Hrsg), Schadensersatz 272; *Himmelreich/Klimke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 808; auf den einen oder anderen Zeitpunkt abstellend *Eggert*, VA 2003, 131; *von Gerlach*, DAR 2003, 49.

ratur verändern.¹⁵⁸⁾ Bemisst man den merkantilen Minderwert marktbezogen, so kann ein während längerer Reparaturzeit erfolgter Modellwechsel den merkantilen Minderwert beeinflussen. Bei einer Liegenschaft sind noch gravierendere Änderungen vorstellbar. Zu denken ist etwa, dass ein Grundstück zwischenzeitig seine Eigenschaft als Bauland einbüßt.

G. Verhältnis zum tatsächlichen Verkaufserlös

*Apathy*¹⁵⁹⁾ und *Reischauer*¹⁶⁰⁾ befassen sich mit dem Problem, ob dem Geschädigten eine merkantile Wertminderung auch dann zusteht, wenn er das Fahrzeug veräußert und eine Werteinbuße entweder nicht realisiert wird oder diese höher ist als der merkantile Minderwert. Wäre der merkantile Minderwert ein Ausfluss der objektiv-abstrakten Schadensberechnung, stünde dieser Mindestersatz dem Geschädigten unabhängig davon zu, wie er sich in der Folge verhält.

Der merkantile Minderwert lässt sich jedoch nicht mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung begründen, sodass es auf die tatsächliche Reaktion des Geschädigten sehr wohl ankommt. Die von den beiden Autoren zitierten älteren Entscheidungen¹⁶¹⁾ haben ihre Gültigkeit verloren, als in diesen nicht nur fiktive Reparaturkosten, sondern auch ein fiktiver merkantiler Minderwert zugesprochen worden ist. Nunmehr gebührt ein merkantiler Minderwert jedoch nur mehr, wenn das Fahrzeug vom Geschädigten repariert worden ist. Die früheren Hauptanwendungsfälle, dass ein merkantiler Minderwert auch bei Veräußerung des Wracks begehrt wird, sind somit obsolet.

Das übersieht *Koziol*¹⁶²⁾, der die Begründung der E SZ 31/98 (richtig SZ 31/89) kritisiert. Darin hatte der Geschädigte das Fahrzeug unrepariert bei Ankauf eines Neufahrzeugs in Zahlung gegeben. Ihm wurde soviel angerechnet, dass der Geschädigte aus der Summe aus Restwert und fiktiven Reparaturkosten soviel erhielt wie den Zeitwert. Der OGH sprach damals gleichwohl einen – fiktiven – merkantilen Minderwert unter Berufung auf die Vorteilsausgleichung zu. *Koziol* meint, dass dies nur mithilfe der objektiven Schadensberechnung möglich gewesen sei. Das ist aber unzutreffend. Einerseits würde nach neuerer Rechtsprechung in einer solchen Konstellation wegen der unterlassenen Reparatur gar kein merkantiler Minderwert mehr zuerkannt, andererseits ist nicht einzusehen, warum nicht gestützt auf die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung eine normative Korrektur in der Weise vorgenommen werden hätte dürfen, dass nicht auf die tatsächlichen Zu- und Abflüsse abgestellt wird, sondern auf die Vermögenslage, die beim

158) Die Bedeutsamkeit des jeweiligen Zeitpunkts für die Ermittlung des merkantilen Minderwerts betonend *Hörl*, zfs 1999, 47; *ders.*, Der Kraftfahrzeug-Sachverständige in der Unfallschadenregulierung, zfs 2000, 422 (428).

159) ZVR 1988, 290.

160) In *Rummel*², § 1332 Rz 16.

161) OGH SZ 31/89 = EvBl 1958/346; SZ 43/186.

162) Haftpflichtrecht I, 10/21 FN 77.

Geschädigten bestanden hätte, wenn er sich kein um 5.000,- ATS teureres Neufahrzeug gekauft hätte.¹⁶³⁾

Was erörterungswürdig bleibt, das sind Konstellationen, in denen der Geschädigte sich *nach erfolgter Reparatur* entschließt, das Fahrzeug gleichwohl zu veräußern. Wenn der Geschädigte bei Veräußerung des reparierten Fahrzeugs eine Einbuße erleidet, die über den merkantilen Minderwert hinausgeht, versagt der OGH¹⁶⁴⁾ den über die merkantile Wertminderung hinausgehenden Ersatz,¹⁶⁵⁾ weil dieser stets objektiv zu berechnen sei. *Apathy*¹⁶⁶⁾ führt das zusätzliche Argument ins Treffen, dass es nicht Zweck des Schadenersatzrechts sein könne, dem Geschädigten das Risiko abzunehmen, nicht den gemeinen Wert der verkauften Sache zu erzielen.

Dagegen ist freilich einzuwenden, dass ohne den Unfall der Geschädigte gar nicht in die Lage gekommen wäre, das Fahrzeug zu veräußern, sich somit ein Risiko realisiert hat, das erst der Schädiger heraufbeschworen hat. Dazu kommt, dass der Sachverständige sich bei der Einschätzung der Marktlage auch geirrt haben könnte. Der weiter gehende Verlust beim konkreten Verkauf ist jedenfalls ein Indiz dafür.

Dazu kommt ein weiterer Aspekt. Der Wert eines Fahrzeugs nimmt im Zeitablauf ab, bei manchen Modellen im Jahr der Anschaffung sogar bis zu 45%.¹⁶⁷⁾ In Bezug auf den geringeren Verkaufserlös ist somit zu bedenken, dass dieser nicht nur wegen der Unfallreparatur geringer ausfällt als ohne Unfallbeschädigung und anschließende Reparatur; vielmehr hat das Fahrzeug zwischenzeitig infolge seiner Alterung einen zusätzlichen Wertverlust erlitten. Dieser Nachteil ist vom Geschädigten zu tragen, wenn die spätere Veräußerung auf seinem freien Willensentschluss beruht.¹⁶⁸⁾

Das gilt selbst dann, wenn er das Fahrzeug zwischen Schädigung und Verkauf nicht nutzen konnte. Eine abstrakte Nutzungsentschädigung wird vom OGH¹⁶⁹⁾ abgelehnt, sodass für Nutzungseinbußen Ersatz nur bei Nachweis eines konkreten Schadens begehrt werden kann, zB Gewinnentgang bei einem Taxifahrzeug. Dieser alterungsbedingte Mindererlös ist somit herauszurechnen. Umgekehrt wird der merkantile Minderwert, der zum Zeitpunkt der Beendigung der Reparatur zu ermitteln ist, regelmäßig höher ausfallen als der Mindererlös bei einer späteren Veräußerung, weil der merkantile Minderwert mit jedem Tag geringer wird, ja prozentuell noch mehr abnimmt als der Wertverzehr des Fahrzeugs selbst.

Es gebührt somit neben den Reparaturkosten die Differenz zwischen dem tatsächlichen Veräußerungswert des unfallbeschädigten und reparier-

163) So zutreffend *Reischauer* in *Rummel*², § 1332 Rz 16.

164) ZVR 1977/229; ZVR 1981/96; ZVR 1983/280 (auf die objektive Berechnung des merkantilen Minderwertes hinweisend).

165) So auch *Apathy*, *Aufwendungen zur Schadensbeseitigung* 37; *ders*, *EKHG*, § 16 Rz 17.

166) ZVR 1988, 291.

167) *Sacher*, ZVR 1981, 330; *ders*, ZVR 1985, 4.

168) Etwas anderes gilt möglicherweise dann, wenn der Verkauf des Fahrzeugs infolge des Verzugs des Ersatzpflichtigen mit der Zahlung der Reparaturkosten erfolgt. So der Sachverhalt von OGH SZ 45/48.

169) OGH SZ 42/33.

ten Fahrzeugs und dem Veräußerungserlös, der zu erzielen gewesen wäre, wenn das Fahrzeug nicht beschädigt worden wäre, wobei jeweils die Werte zum Zeitpunkt der Veräußerung maßgeblich sind. In der Entscheidung ZVR 1966/305 wurde hingegen dem Geschädigten ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorgeworfen, weil er sich wegen häufiger Fahrten nach Osteuropa nach der Reparatur des Unfallfahrzeugs für dessen Veräußerung und den Ankauf eines Neufahrzeugs entschieden und die konkrete Einbuße bei Veräußerung des reparierten Fahrzeugs geltend gemacht hat. Der OGH hat ihm vorgehalten, dass bei Reparatur in einer erstklassigen Werkstätte das Risiko künftiger Schäden nicht höher zu veranschlagen sei als bei einem Neufahrzeug. Damit setzt er sich freilich zu seiner eigenen Rechtsprechung in Widerspruch, wird doch der merkantile Minderwert gerade für das Restrisiko gewährt, das bei erstklassiger Reparatur verbleibt. Wenn die jeweiligen Veräußerungswerte zutreffend ermittelt werden, kann es mE niemals einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit darstellen, wenn der Geschädigte diesen Verlust bei einem konkreten Geschäft realisiert, sofern es sich um den nach den Umständen erzielbaren Veräußerungserlös handelt.¹⁷⁰⁾

H. Anknüpfung an den Wiederbeschaffungswert – oder den Veräußerungswert

Beim merkantilen Minderwert geht es um die Ermittlung des Risikos, dass das reparierte unfallbeschädigte Fahrzeug eine höhere Schadensanfälligkeit aufweist als ein nicht unfallbeschädigtes Fahrzeug. Als zentraler Maßstab für die Ermittlung dieser Werteinbuße wird herangezogen, um wie viel der Kaufpreis bei Offenlegung dieses Umstands sinkt. Bei diesem Ausgangspunkt sollte eigentlich unstrittig sein, dass an den Veräußerungswert anzuknüpfen ist.¹⁷¹⁾

Prominente Stimmen aus dem Kreis der Kfz-Sachverständigen¹⁷²⁾ plädieren demgegenüber für eine Anknüpfung an den Wiederbeschaffungswert. Letztlich geht es darum, ob als Anhaltspunkt für die Ermittlung der merkantilen Wertminderung der Händlerverkaufspreis (Eurotax gelb) oder der geringere Händlereinkaufspreis (Eurotax blau) herangezogen wird.

Von einigen Kfz-Sachverständigen werden für die Maßgeblichkeit des Händlereinkaufspreises (Eurotax blau) folgende Argumente vorgebracht:

Der Wiederbeschaffungswert, somit der Händlerverkaufspreis, ist deshalb maßgeblich, weil dem Geschädigten nicht zugemutet werden könne,

170) Darauf abstellend Schiemann in Lange/Schiemann (Hrsg), Schadensersatz 271; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs Anh I Rz 74.

171) So Waldherr, ZVR 1961, 217f; F. Bydlinski, ZVR 1971, 5 (7); Apathy, ZVR 1988, 300; Schmidt/Faast/Stögerer, ZVR 1991, 135. Der von Reindl (ZVR-Sonderheft 1978, 73*) vorgeschlagene Ertragswert hat sich nicht durchgesetzt, insbesondere deshalb, weil er schwer zu ermitteln ist. Ablehnend Apathy, ZVR 1988, 293; Koziol, Haftpflichtrecht I, 10/21 FN 76. Ebenso auf den Veräußerungswert abstellend für das deutsche Recht Rasche, Bemerkungen zum merkantilen Minderwert, zfs 1995, 203. Eggert, VersR 2004, 284.

172) Sacher, ZVR 1985, 1; Schedl, ZVR 1981, 326; Wielke, Der mathematisch exakte Nachvollzug eines Schätzvorgangs, ZVR 1985, 5.

durch persönliche Bemühungen ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug aus Privathand aufzutreiben.¹⁷³⁾ Darum geht es bei der Totalschadensabrechnung, aber nicht beim merkantilen Minderwert. Der Geschädigte hat ein Fahrzeug; der merkantile Minderwert steht ihm auch dann zu, wenn er das Fahrzeug behält, was im Regelfall auch so sein wird.

Argumentiert wird, dass vom Wiederbeschaffungswert deshalb auszugehen sei, weil es bei Abstellen auf den Händlereinkaufswert auf das Verhandlungsgeschick ankommen würde.¹⁷⁴⁾ Dieses Argument ist aus zwei Gründen nicht recht verständlich: Einerseits kann Verhandlungsgeschick sowohl beim Händlereinkaufs- als auch Händlerverkaufspreis eine Rolle spielen. Andererseits soll ein derartiges individuelles Verhalten durch Abstellen auf die Eurotaxwerte gerade ausgeklammert bleiben.

Schließlich wird ins Treffen geführt, dass vom Wiederbeschaffungswert auszugehen sei, um zu vermeiden, dass die Handelsspanne den Wertminderungsbetrag verfälscht.¹⁷⁵⁾ Auch dieses Argument leuchtet nicht unmittelbar ein. Dahinter stecken könnte die aufgestellte Behauptung, dass die Obergrenze der merkantilen Wertminderung ermittelt wird durch die Abwertung eines Fahrzeugs von einem Jahr zum nächsten.¹⁷⁶⁾ Behauptet wird, dass dieses Phänomen durch empirische Untersuchungen abgesichert sei¹⁷⁷⁾ und dem niemand bisher widersprochen habe.¹⁷⁸⁾ Aus juristischer Warte kann dazu nicht Stellung genommen werden, weil es sich um eine Behauptung tatsächlicher Art handelt; auffällig ist immerhin, dass dieser in Österreich als Königsidee gefeierte Bewertungsansatz in keiner einzigen deutschen Publikation als möglicher Anknüpfungspunkt auch nur erwähnt wird.

Möglicherweise kann der Streit um die Handelsspanne dadurch entschärft werden, dass man fragt, welches Veräußerungsgeschäft zugrunde zu legen ist. Ein beträchtlicher Anteil der Gebrauchtwagenverkäufe wird zwischen Privatpersonen abgewickelt. Nach Einschätzung von *Sacher*¹⁷⁹⁾ sind das 40–45%; *Eggert*¹⁸⁰⁾ nimmt für Deutschland sogar 50% an. Wenn die Rede davon ist, dass der unkundige, misstrauische Käufer bei einem reparieren Unfallfahrzeug einen Abschlag in einer gewissen Größenordnung

173) *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 102.

174) *Sacher*, ZVR 1985, 1.

175) *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 104; *Sacher*, ZVR 1981, 328; *ders* in *Fucik* ua (Hrsg.), Handbuch II Rz 294. Mit eben diesem Argument gerade gegenteilig, Abstellen auf den Händlereinkaufspreis (Eurotax blau) und nicht auf den Händlerverkaufspreis (Eurotax gelb) *Schmidt/Faast/Stögerer*, ZVR 1991, 136.

176) *Sacher*, ZVR 1985, 3; *ders*, Gutachten 66 f; *ders* in *Fucik* ua (Hrsg.), Handbuch II Rz 298; *Wielke*, ZVR 1992, 162.

177) *Sacher*, ZVR 1981, 329.

178) *Wielke*, ZVR 1985, 5.

179) Gutachten 50.

180) *VersR* 2004, 285. Ähnlich, ca 50% reine Privatgeschäfte, schätzt *J. Schneider*, Kfz-Total-schaden und Umsatzsteuer – fiktiver Steuersatz für fiktive Abrechnung? *NZV* 2003, 555 (559). Der Anteil der Privatgeschäfte nimmt dabei umso mehr zu, je älter ein Fahrzeug ist.

made, dann kann eigentlich nur ein privater Käufer, nicht ein Gebrauchtwagenhändler gemeint sein.¹⁸¹⁾

Die bei einem Kauf an eine Privatperson erzielten Preise werden von der Eurotaxliste nicht erfasst. Es ist aber plausibel, dass diese zwischen den Händlereinkaufs- und Verkaufspreisen liegen. Wer an eine Privatperson veräußert, muss häufig mehr Zeit und Mühe investieren. Er würde das nicht tun, wenn er dafür nicht mehr als diesen zusätzlichen Aufwand abgegolten erhielte. Umgekehrt müsste es einem privaten Anbieter möglich sein, den Gebrauchtwagenhändler schon wegen der Kostenvorteile zu unterbieten. Der private Anbieter hat keine Fixkosten eines Betriebes. Außerdem ist das von ihm veräußerte Fahrzeug typischerweise nicht werkstattgeprüft und mit einer Garantie versehen. Ein solcher Anbieter kann – anders als der Gebrauchtwagenhändler – die Gewährleistung ausschließen. Wo sich der bei einem Kaufvertrag zwischen Privatpersonen ergebende Preis zwischen Händlereinkaufspreis und Händlerverkaufspreis einpendelt, ist eine vom Sachverständigen zu beantwortende Tatfrage. Mangels anderer Anhaltspunkte könnte aber die Annahme plausibel sein, vom Mittel aus Händler-einkaufs- und Verkaufspreis auszugehen.

Abschließend soll noch ein Missverständnis ausgeräumt werden, das aus der – unzutreffenden – Anwendung der objektiv-abstrakten Schadensberechnung abgeleitet wird. Bei *Sacher*¹⁸²⁾ findet sich die Erläuterung, dass bei einem Taxi kein merkantiler Minderwert zu gewähren sei. Bei der Bewertung sei nach § 305 ABGB nämlich auf den gewöhnlichen und allgemeinen Markt abzustellen. Und da die allermeisten Menschen keine Taxifahrzeuge erwerben, komme ein merkantiler Minderwert nicht in Betracht. Abgesehen davon, dass die objektiv-abstrakte Schadensberechnung nach der hier vertretenen Ansicht gar nicht der geeignete Ansatzpunkt für die Begründung des merkantilen Minderwertes ist, würde selbst diese nicht zu einem solchen Ergebnis kommen. Bei zutreffender Auslegung des § 305 ABGB kann allein auf den tatsächlich in Betracht kommenden Interessentenkreis abgestellt werden. Dass eine bestimmte Sache für eine Vielzahl oder womöglich sogar die Mehrzahl der Menschen nicht von Interesse ist, kann keinesfalls dazu führen, dass insoweit kein gemeiner Wert und in der Folge kein merkantiler Minderwert ermittelt werden kann.

I. Merkantiler und technischer Minderwert

Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob eine Abgrenzung zwischen merkantilem und technischem Minderwert geboten sei. Ehe auf die

181) So auch *Apathy*, EKHG, § 16 Rz 17; *Sacher*, ZVR 1981, 327; *ders*, Gutachten 49 f unter Hinweis darauf, dass der wertminderungsempfindliche Käufer den Gebrauchtwagenhändler meide und den direkten Kontakt zum Vorbesitzer suche. Bedeutsam ist freilich nicht die Perspektive des Käufers, sondern die des Verkäufers. Maßgeblich ist somit, ob das derjenige Käufer ist, an den der Eigentümer des reparierten Unfallfahrzeugs ein solches verkauft bzw von dem er den höchsten Preis erzielen kann.

182) Gutachten 46; *ders*, in *Fucik* ua (Hrsg), Handbuch II Rz 292.

Unterscheidung einzugehen ist, soll eine möglichst präzise Begriffsklärung versucht werden.

Ein merkantiler Minderwert ist dann zu bejahen, wenn trotz ordnungsgemäßer Reparatur ein erhöhtes Schadensanfälligkeitsrisiko gegeben ist, das nach Abschluss der Reparaturarbeiten mit freiem Auge nicht ersichtlich ist. Dem gegenüber zeichnet sich der technische Minderwert dadurch aus, dass in Bezug auf die Optik und die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs nach der Reparatur erkennbare Defizite zurückbleiben,¹⁸³⁾ etwa die fehlende Geländegängigkeit nach einer Reparatur.¹⁸⁴⁾

Wenn verschiedentlich¹⁸⁵⁾ behauptet wird, dass jede technische Wertminderung zugleich eine merkantile sei, so soll damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass diese sich als Vermögensminus auswirke. Vorzugswürdig erscheint es jedoch, den Begriff merkantile Wertminderung für das soeben beschriebene Phänomen zu reservieren. Offen ist dabei immer noch, ob es beim merkantilen bzw technischen Minderwert auf die bestmögliche Reparatur¹⁸⁶⁾, diejenige, die der Geschädigte bis zur Grenze der Tunlichkeit¹⁸⁷⁾ auf Kosten des Ersatzpflichtigen vornehmen darf, oder die tatsächlich vorgenommene Reparatur ankommt. Terminologische Fragen sind stets pragmatisch zu entscheiden. Da im österreichischen Recht Ersatz nach den tatsächlich angefallenen Reparaturkosten geleistet wird, sollte es auch bei der merkantilen bzw technischen Minderung auf die faktischen Verhältnisse nach der Reparatur ankommen.

Manche Autoren vertreten die Ansicht, dass die Unterscheidung im österreichischen Recht unterbleiben könne.¹⁸⁸⁾ Das zusätzlich vorgetragene Argument, dass die Judikatur nicht unterscheide,¹⁸⁹⁾ wird freilich durch jüngere OGH-Entscheidungen¹⁹⁰⁾ widerlegt. Für die Entbehrlichkeit der Unterscheidung wird zudem ins Treffen geführt, dass die Abgrenzung im Einzelfall schwierig bzw gar nicht möglich¹⁹¹⁾ sei. *Koziol*¹⁹²⁾ tritt demgegenüber für eine saubere Abgrenzung ein, weil lediglich für den technischen Minderwert nach subjektiv-konkreter Schadensberechnung Ersatz zu leisten sei, nicht aber für den merkantilen Minderwert. Nach der hier vertretenen An-

183) *Apathy*, ZVR 1988, 289 FN 3; *Eggert*, VA 2003, 130.

184) So das Beispiel von *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 102.

185) *Lukas*, ZVR 1981, 334; *Himmelreich/Klinke/Bücken*, Kfz-Schadensregulierung Rz 787.

186) So OGH ZVR 1995/129. Ebenso für das deutsche Recht *Hörl*, zfs 1999, 46; *Jordan*, VGT 1975, 201 (203); *Notthoff*, VersR 1995, 1402. Im deutschen Recht ist eine solche Begriffsbildung auch folgerichtig, weil der Geschädigte bei Abrechnung auf Reparaturkostenbasis auch die Kosten der bestmöglichen Reparatur ersetzt bekommt, auch wenn geringere tatsächliche Aufwendungen angefallen sind. So zuletzt die Porschezentrum-DEKRA-Entscheidung BGH NJW 2003, 2086 und dazu *Ch. Huber*, Fiktive Kfz-Schadensabrechnung de luxe? – die DEKRA-Entscheidung, MDR 2003, 1205 ff.

187) *Born* in *Berz/Burmann* Handbuch des Straßenverkehrs I 5 B Rz 49.

188) *Waldherr*, ZVR 1961, 217; *Reindl*, ZVR-Sonderheft 1978, 71*; *Sacher*, Gutachten 57. So auch für das deutsche Recht von *Gerlach*, DAR 2003, 53.

189) *Kuch/Sacher*, ZVR 1974, 102; *Schedl*, ZVR 1981, 321.

190) OGH *ecolex* 1999, 86; *bbl* 2000/106.

191) *Von Gerlach*, DAR 2003, 53.

192) *Haftpflichtrecht* I, 10/60.

sicht ist das aber unzutreffend. Für einen Verzicht auf die Unterscheidung spricht schließlich, dass es sich jeweils um eine Ausprägung des restlichen Kompensationsinteresses handelt¹⁹³⁾ und selbst Fachleute – Anwälte, Gerichte,¹⁹⁴⁾ ja sogar Sachverständige¹⁹⁵⁾ – sich mit der zutreffenden Etikettierung schwer tun.

J. Anforderungen an die Substanziierung des Begehrens

Erfolgt die Reparatur durch den Geschädigten nicht in der vom Sachverständigen vorausgesetzten Qualität und in dem von diesem zugrunde gelegten Umfang, ist der vom Sachverständigen ex ante – auf der Basis der bestmöglichen Reparatur – ermittelte merkantile Minderwert zu gering. Je weiter der Abstand der tatsächlichen zur optimalen Instandsetzung, umso größer ist das dem Geschädigten gebührende restliche Kompensationsinteresse. Ohne Geltendmachung kann es ihm freilich nicht zuerkannt werden. ME sollte aber im Rahmen der Darlegungslast ein großzügiger Maßstab angewendet werden. Ausreichend müsste sein, dass der Geschädigte hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass er neben den Reparaturkosten einen zusätzlichen Wertersatz begehrt, mag er dafür die Begriffe merkantile oder technische Wertminderung oder eine sonstige Umschreibung wählen. Bedeutsamer als die sprachliche Etikettierung ist die Darlegung, weshalb das restliche Kompensationsinteresse in einer bestimmten Größenordnung begehrt wird.¹⁹⁶⁾

Zu streng war der OGH nach diesem Maßstab in der Entscheidung ZVR 1995/129: Der Geschädigte hatte bei einem Triebwagen ein optisches Gebrechen nicht beseitigt, was 240.000,- ATS gekostet hätte. Dieser Anspruch war inzwischen verjährt. Innerhalb der Verjährungsfrist hat er aber den restlichen merkantilen und technischen Minderwert geltend gemacht, wobei er darauf hingewiesen hat, dass dieser deshalb so hoch ausfalle, weil die Reparatur nicht vollständig vorgenommen worden ist.

Womöglich hat der OGH den begehrten merkantilen bzw technischen Minderwert abgewiesen, weil ein einzelner Triebwagen normalerweise nicht verkauft wird.¹⁹⁷⁾ Der OGH hat die Abweisung aber auch darauf ge-

193) *Von Gerlach*, DAR 2003, 53.

194) OGH *ecolex* 1999, 86. Zur doppeldeutigen Verwendung des Begriffs objektive Wertminderung und merkantiler Minderwert vgl OGH ZVR 1982/328.

195) OGH *bbl* 2000/106.

196) Bedeutsam sind insoweit das Ausmaß der Reparatur, die konkrete Durchführung, ob – neue oder gebrauchte – Ersatzteile ausgetauscht oder Ersetzungsarbeiten vorgenommen worden sind, wer die Reparatur ausgeführt hat, eine Markenwerkstätte, eine freie oder der Geschädigte selbst, ob bloß optische Defizite zu beheben waren oder für die Sicherheit maßgebliche Teile betroffen waren udgl, somit allesamt Umstände, die erst nach Durchführung der Reparatur feststehen. Das Fehlen einer Werkstattrechnung kann jedenfalls kein Grund für die Versagung eines restlichen Kompensationsinteresses sein.

197) •Darauf kann es aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht ankommen, worauf nicht näher eingegangen werden kann. Ebenso wenig darauf, dass der OGH bei Kfz die gefühlsmäßige Abneigung des Verkehrs gegen reparierte Unfallfahrzeuge als bekannt

stützt, dass es der Geschädigte verabsäumt habe, die offenen Reparaturkosten innerhalb der Verjährungsfrist geltend zu machen. Dahinter steckt der Gedanke, dass der Geschädigte nicht die verjährungsrechtliche Sanktion dadurch umgehen können soll, dass er den eigentlich geschuldeten Schadensposten in eine andere Kategorie packt.

Was unter verjährungsrechtlichen Gesichtspunkten auf den ersten Blick einleuchten mag, ist schadensrechtlich falsch. Es liegt beim Geschädigten, in welchem Ausmaß er seinen Schadenersatz auf Restitution bzw. Kompensation stützt. Ein je geringeres Gewicht die Restitution hat, umso mehr Abstriche muss er ohnehin beim Umfang machen. Dann aber in einem Aufwachen auch das gesamte auf den restlichen Wertersatz gerichtete Begehren abzuweisen geht zu weit. Angebracht wäre vielmehr der großzügige Maßstab der OGH-Entscheidung bbl 2000/106 gewesen, bei der das Höchstgericht zutreffend darauf hingewiesen hat, dass es sich bei der Verwechslung von merkantiler und technischer Wertminderung um eine unschädliche *falsa demonstratio* durch einen Sachverständigen gehandelt habe.

VIII. Resümee

Von vielen wird der Eindruck erweckt, der merkantile Minderwert sei ein Phantom, das mit der zunehmenden Mündigkeit des Bürgers aussterben werde, weil sich immer mehr die Erkenntnis durchsetzen werde, dass ein ordnungsgemäß repariertes Fahrzeug kein zusätzliches Risiko berge. Darüber hinaus handle es sich um eine Kategorie, die sich an der Schwelle zum immateriellen Schaden befinde. Diese Untersuchung hat sich hingegen um den Nachweis bemüht, dass es sich um ein reales Phänomen handelt, das so lange existiert, wie es die Unzulänglichkeit der Menschen gibt. Auf das unsichere Terrain einer vermeintlichen oder tatsächlichen Verkehrsanschauung kommt es nicht an. Vielmehr ist der merkantile Minderwert im engeren Sinn bloß ein Ausschnitt des durch die tatsächliche Reparatur nicht gedeckten restlichen Kompensationsinteresses. Hat mit der Monographie von *Apathy* das Pendel in der Rechtsprechung mächtig zu Gunsten der Ersatzpflichtigen ausgeschlagen, sollte dieser Beitrag dazu dienen, sich auf die goldene Mitte zuzubewegen. In diesem Sinn war der merkantile Minderwert in der privatrechtlichen Diskussion der letzten 25 Jahre ein vernachlässigter Schadensposten. Er ist aber kein vernachlässigbarer!

voraussetzte, während er diesen Nachweis bei Beschädigung eines Eisenbahntriebwagens hier verlangt hat.