

# Smart Repair beim Kfz-Haftpflichtschaden\*

## Faktische Gleichheit mit Deutschland

### 1. Vorbemerkung

Gerade für einen Auslandsösterreicher ist es eine große Freude und eine hohe Ehre, in der Heimat einen Vortrag halten zu dürfen. Und nach dem 22. 1. 2004 und dem 21. 1. 2008<sup>1</sup> ist es heute sogar das dritte Mal, dass ich vor diesem illustren Forum sprechen darf. Ich danke dem Veranstalter dafür ganz besonders.

### 2. Sachliche Legitimation

Das Rahmenthema des 39. Internationalen Fachseminars in Bad Hofgastein lautet „Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden für Sachverständige und Juristen“, mein Spezialthema „Smart Repair beim Kfz-Haftpflichtschaden. Faktische Gleichheit mit Deutschland“. Dass die Sachverständigen als Erste genannt sind, hat gewiss einen guten Grund; immerhin sind im Publikum aber auch Juristen, also Genossen meiner Zunft. Meine Expertise beschränkt sich auf den rechtlichen, präziser: auf den schadenersatzrechtlichen Bereich. Das Thema hat aber selbstredend mindestens auch, wenn nicht sogar primär eine technische Dimension. Auf letzterem Gebiet muss ich freilich dilettieren bzw mich darauf beschränken, was ich mir angehört bzw angelesen habe. *Relata refero*. Hoffentlich bringen die schadenersatzrechtlichen Fragen auch für die Sachverständigen einen Erkenntnisgewinn.

Das Hauptthema meines Vortrags, nämlich „Smart Repair beim Kfz-Haftpflichtschaden“, hat der Veranstalter vorgegeben. Beim Untertitel hatte ich Mitwirkungsmöglichkeiten. Ich habe mich für „Faktische Gleichheit mit Deutschland“ entschieden, und das aus folgendem Grund: Ich hatte die Ehre, zum Thema „Smart Repair“ auf dem Verkehrsanwaltstag in Berlin im Vorjahr zu referieren.<sup>2</sup> Das dort gehaltene Referat beruhte sowohl in Bezug auf die Einschätzung der technischen Chancen und Risiken als auch der sich daraus ergebenden schadenersatzrechtlichen Folgerungen auf der deutschen Rechtslage. Es wird von der technischen Warte wohl keine Unterschiede dafür geben, ob die Reparaturtechnik der Smart Repair in Deutschland oder Österreich eingesetzt wird. Die zivilrechtlichen Auswirkungen sind aber unterschiedlich, weil die Stellschrauben im Rahmen der Schadensregulierung nicht die gleichen sind.

Ich höre schon den ersten Zwischenruf aus dem Auditorium: Wenn wir schon einen Auslandsösterreicher in Bad

Hofgastein sprechen lassen, möge uns der Vortragende nicht mit deutschem Schadensrecht behelligen, sondern sich dazu äußern, wie die Rechtslage in Österreich ist. Darauf antworte ich: Das würde ich ja gerne; allein das Phänomen der Smart Repair ist nach meiner Wahrnehmung in Österreich noch nicht angekommen – jedenfalls gibt es dazu nach meinem Kenntnisstand keine veröffentlichten Gerichtsentscheidungen bzw Äußerungen in der Literatur. Ich bemühe mich an dieser Stelle um die Referierung des Diskussionsstands in Deutschland, wobei ich bestrebt bin, die unterschiedliche Ausgangsposition im österreichischen Haftpflichtrecht aufzuzeigen und auf abweichende Rechtsfolgen zu verweisen.

### 3. Bedeutsame Unterschiede zwischen dem deutschen und österreichischen Haftpflichtrecht

#### 3.1. Vorbemerkung

In Deutschland gibt es eine reichhaltige Judikatur zum Kfz-Sachschaden, und zwar sowohl der Instanzgerichte als auch des BGH. Das hat vielfältige Gründe: Wegen der stärkeren Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen auf der Seite der Geschädigten und dem andersgearteten Temperament bzw Menschenschlag der Germanen trägt man Streitigkeiten über die Höhe des ersatzfähigen Kfz-Sachschadens dort häufiger vor Gericht aus. Kaffeehäuser und Heurige, wo in (Ost-)Österreich in mitunter amikaler Atmosphäre außergerichtlich reguliert wird, sind dort weniger verbreitet. Das deutsche Rechtsmittelrecht ermöglicht selbst bei ganz geringen Streitwerten die Befassung des Höchstgerichts. Und schließlich bewirkt die große Zahl einschlägiger deutscher Fachzeitschriften,<sup>3</sup> dass auch viele erst- und zweitinstanzliche Entscheidungen veröffentlicht und kommentiert werden. Und mit jeder (BGH-)Entscheidung wird das System sublimier und stärker ausdifferenziert.

#### 3.2. Grenzziehung zwischen Reparaturkosten- und Totalschadensabrechnung

Während nach deutschem Recht der Geschädigte auch dann auf Basis der Reparaturkosten auf Kosten des Ersatzpflichtigen abrechnen darf, wenn die Reparaturkosten mitsamt dem merkantilen Minderwert 130 % des Wieder-

\* Um Fußnoten erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 21. 1. 2016 am 38. Internationalen Fachseminar „Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden“ in Bad Hofgastein gehalten hat.

beschaffungswertes betragen,<sup>4</sup> ist diese Grenze in der OGH-Judikatur weniger stark konturiert. Sie dürfte bei 110 bis 115 % liegen.<sup>5</sup> In der BGH-Rechtsprechung müssen in der Marge zwischen 100 und 130 % konkrete Kosten nachgewiesen werden, typischerweise durch eine Reparaturrechnung, während bei einer Reparatur bis 100 % fiktiv, also unabhängig von der konkreten Durchführung der Reparatur, unter Bezugnahme auf ein Sachverständigengutachten abgerechnet werden kann. In der Marge zwischen 100 und 130 % muss die Reparatur umfassend und fachgerecht sein,<sup>6</sup> in der bis 100 % reicht es, wenn das Fahrzeug nach der Reparatur verkehrssicher ist.<sup>7</sup> Die Reparaturkostenabrechnung hat zur Voraussetzung, dass der Geschädigte das Fahrzeug sechs Monate nach dem Unfall behält, es sei denn, es liegt in der Marge bis 100 % eine konkrete Abrechnung vor.<sup>8</sup>

Diese feinen Abstufungen kennt das österreichische Haftpflichtrecht nicht. Für den Ersatz von Reparaturkosten wird man wohl auch nach österreichischem Recht verlangen, dass das Fahrzeug durch die Reparatur wieder verkehrssicher geworden ist, man also das „Pickerl“ bekäme. Bei bloß optischen Beeinträchtigungen wird bei einem Begehren von Reparaturkosten die Herstellung einer Ersatzlage verlangt. Dass der Geschädigte bei der Reparaturkostenabrechnung einen deutlich höheren Betrag bekommt als bei Verweis auf die Totalschadensabrechnung, gilt auch für das österreichische Recht; nur ist der Ausschlag weniger groß, weil der Integritätszuschlag eben nur 10 bis maximal 15 % und nicht 30 % ausmacht.

### 3.3. Rolle des Kfz-Sachverständigen

Maßgeblich für die Beurteilung, ob der Geschädigte die für ihn günstigere Reparaturkostenabrechnung wählen kann, ist im deutschen Recht ein Kfz-Sachverständigengutachten, das der Geschädigte in Auftrag gibt. Der vom Geschädigten betraute Kfz-Sachverständige darf seinem Gutachten die Stundenverrechnungssätze einer Markenwerkstätte zugrunde legen. Wenn das Fahrzeug scheckheftgepflegt oder nicht älter als drei Jahre ist, gilt das ohne Wenn und Aber. Ansonsten kann der Ersatzpflichtige bei der fiktiven Abrechnung den Geschädigten auf eine freie Werkstätte verweisen, muss aber den Nachweis führen, dass diese das genauso gut kann<sup>9</sup> und eine ist, die nicht nur für den Kfz-Haftpflichtversicherer tätig ist, sondern zu den in Rechnung gestellten Preisen für jedermann auf dem Markt tätig ist.<sup>10</sup> Wenn nach Kalkulation der Kosten einer Markenwerkstätte die Marge der Reparaturkostenabrechnung überschritten ist, kann der Kfz-Sachverständige einen Weg aufzeigen, auf dem eine qualitativ gleichwertige Reparatur auch mit geringeren Kosten möglich ist, sodass die maßgeblichen Schwellenwerte der Reparaturkostenabrechnung nicht überschritten werden.<sup>11</sup> Ist das allerdings nicht möglich, kommt es zu einem Verweis auf die Totalschadensabrechnung, bei der es in Abhängigkeit vom Behalten des Fahrzeugs noch Nuancen bei der Berücksichtigung des Restwertes gibt.<sup>12</sup>

Insoweit unterscheidet sich die österreichische Rechtslage von der deutschen fundamental. Reguliert wird nicht nach dem Gutachten eines vom Geschädigten bestellten Kfz-Sachverständigen, sondern nach dem des Haftpflichtversicherers. Und nicht nur bei der Gewerkschaft gilt das Motto: „Dessen Brot ich esse, dessen Lied ich singe.“ Der eine wie der andere Kfz-Sachverständige hat die maßgeblichen Werte unparteiisch und neutral zu ermitteln. Aber ist die Neutralität womöglich nicht doch ein bisschen davon beeinflusst, wer das Sachverständigenhonorar bezahlt und wer künftige „Aufträge“ erteilt? Insoweit ist zu beachten, dass der österreichische Geschädigte schutzwürdiger ist als der in Deutschland. In einem Punkt besteht aber in Konstellationen an der Grenze zum Totalschaden für einen österreichischen Geschädigten ein höheres Maß an Flexibilität als in Deutschland: Während sich der BGH durch eine ältere Entscheidung darauf festgelegt hat, dass eine Reparatur nur entweder wirtschaftlich vernünftig oder unvernünftig sein kann<sup>13</sup> – und diese Grenze ziemlich genau bei 130 % verläuft<sup>14</sup> –, hat sich der OGH den Weg für alternative Wege – noch – nicht verbaut. Wenn der Geschädigte in einem Totalschadensfall eine Reparatur tatsächlich durchführt und diese über den maßgeblichen Schwellenwert hinaus mit eigenen Mitteln bezuschusst, sprechen meines Erachtens keine Gründe gegen die Ersatzfähigkeit von Reparaturkosten bis zur Grenze der Tunlichkeit in einem solchen Fall.<sup>15</sup> Dies führt zu keinen unangemessenen Ergebnissen, weil die ökonomische Rationalität einer solchen Reparatur umso geringer ist, je höher der Zuschuss des Geschädigten ausfällt. Im Klartext: Irgendwann rechnet sich das auch für den Geschädigten nicht mehr, er wird auf die Reparatur verzichten und kann dann nur auf Totalschadensbasis abrechnen.

### 3.4. Offene oder verkappte fiktive Abrechnung

Im deutschen Recht muss sich der Geschädigte bei der fiktiven Abrechnung, also dem Unterlassen der Reparatur und dem Verweis auf das eingeholte Kfz-Sachverständigengutachten, nach § 249 Abs 2 Satz 2 BGB bloß die Kappung der Umsatzsteuer gefallen lassen. Allenfalls spielen die geringeren Stundenverrechnungssätze einer freien Werkstätte eine Rolle. Ansonsten kann der Geschädigte – vom BGH gebilligt – Reparaturkosten verlangen, ohne zu reparieren. Jedenfalls bis 100 %, dem Regelfall, ist das so.

Im österreichischen Recht wird die fiktive Reparaturkostenabrechnung abgelehnt, weil der Geschädigte zwar vollen Ausgleich erhalten, sich aber nicht bereichern soll. So gut, so einfach und auch klar. Konsequenter umgesetzt wird dieser Grundsatz, wenn der Geschädigte sein Kfz verkauft oder in Zahlung gegeben hat, ehe die Schadensregulierung abgeschlossen ist.<sup>16</sup> Wenn es ihm aber gelingt, die Regulierung rasch abzuschließen oder er nicht darauf angewiesen ist, das Gebrechen zeitnah zu beheben, weil es sich um eine bloß optische Beeinträchtigung handelt, spricht der OGH weiterhin volle Reparaturkosten zu, sofern der Geschädigte nur glaubhaft versichert, dass er die

Reparatur künftig durchführen wird.<sup>17</sup> Wie glaubwürdig das sein muss, erfährt man naturgemäß nicht. Jedenfalls muss sich der Geschädigte nicht an einen Lügendetektor anschließen lassen. Meines Erachtens wäre es insoweit angebracht, dem Anspruchsteller wie bei den Heilungskosten<sup>18</sup> und im Gewährleistungsrecht<sup>19</sup> bloß einen Anspruch auf Vorschuss zuzubilligen, über dessen widmungsgemäße Verwendung dieser abzurechnen hätte. Und bei Unterlassen der widmungsgemäßen Verwendung würde bloß die häufig deutlich geringere Wertminderung des Kfz gemessen an der Einbuße der Veräußerung gebühren.

### 4. Smart Repair – die faktische Seite

Nach Aufzeigen einiger zentraler Unterschiede bei der Kfz-Schadensregulierung zwischen deutschem und österreichischem Haftpflichtrecht wird nun das faktische Phänomen der Smart Repair erläutert.

#### 4.1. Wirtschaftliche Bedeutung

Spektakulär sind im Rahmen der Kfz-Schadensregulierung der Reparaturschaden eines Porsches<sup>20</sup> oder der merkantile Minderwert eines Ferraris<sup>21</sup> mit jeweils beträchtlichen Streitwerten und hohen Gebührenwerten für die mit der Regulierung befassten Kfz-Sachverständigen und Anwälte. In der Lebenswirklichkeit dominieren freilich die Delle beim Opel Corsa sowie der Kratzer beim Fiat Uno. Ob bei solchen Schäden freilich nach Smart Repair oder herkömmlicher Reparaturmethode abgerechnet wird, ist für die Kfz-Haftpflichtversicherer eine Millionenfrage.<sup>22</sup>

#### 4.2. Definition des Begriffs und Einsparungspotenzial

Bei Wikipedia liest man, dass unter Smart Repair „*sanftes Richten*“ zu verstehen sei. Es handle sich um einen „*Sammelbegriff für Reparaturmethoden, die zur Beseitigung von Kleinschäden an Kraftfahrzeugen zum Einsatz kommen.*“ Die Kosten sind dabei wesentlich geringer als bei einer herkömmlichen Reparaturmethode.<sup>23</sup> Nach *Nugel* kommt es in Deutschland mitunter sogar zu einer Kostenersparnis von 70 %.<sup>24</sup> Da die Möglichkeit fiktiver Abrechnung in Österreich weniger weitreichend ist, mag das Einsparungspotenzial geringer sein. Deutsche Kaskoversicherer<sup>25</sup> sehen in ihren Bedingungen für den Fall der Akzeptanz einer Smart Repair einen Verzicht auf den Selbstbehalt vor. Versicherer verteilen – anders als die Caritas Socialis – nicht mildtätige Gaben, sondern maximieren ihren Gewinn. Man kann davon ausgehen, dass bei einer Smart Repair deren Ersparnis den Selbstbehalt, auf den sie verzichten, typischerweise übersteigt. Auch das Geschäftsmodell österreichischer Versicherer ähnelt dem der Schwestergesellschaften in Deutschland. Ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kaskoversicherung in Österreich solche Klauseln aufweisen, ist mir nicht bekannt.

### 4.3. Zentraler Anwendungsbereich in der Haftpflichtversicherung

Nach Angaben von *Hermann*<sup>26</sup> auf dem Deutschen Verkehrsgerichtstag 2015 geht es um folgende Anwendungsfelder: Das Ausbeulen von Metallanbauteilen, die Kunststoffreparatur von Außenteilen, die Spotlackierung sowie die Reparatur von Windschutzscheiben. Keine oder eine untergeordnete Rolle spielen Reparaturen an der Inneneinrichtung des Fahrzeugs, der Polsterung oder der Konsole. Gemeinsam ist der Smart Repair, dass es zu keinem Austausch von Teilen kommt, sondern die Reparatur am Stück (Spot) erfolgt. Die Folge sind geringere Materialkosten: Instandgesetzt wird bloß das betreffende Stück. Man braucht kein (neues) Ersatzteil. Zudem fallen geringere Arbeitszeitkosten an: Es entfällt der Aus- und Einbau. Die Kosten der Lackierung, soweit überhaupt erforderlich, sind jedenfalls geringer. Die Kostenersparnis ist unterschiedlich hoch: Beim Ausbeulen erspart man gegenüber der herkömmlichen Reparaturtechnik zwei Drittel, bei der Kunststoffreparatur ein Drittel, bei der Spotlackierung 40 %<sup>27</sup> und bei der Scheibenreparatur gar sechs Siebtel. Es geht somit um mehr als eine *quantité négligeable*.

#### 4.4. Wegen der wesentlich geringeren Kosten eine minderwertige Billigreparatur?

##### 4.4.1. Vorzüge einer von einem Fachmann durchgeführten Smart Repair

Einerseits gibt es sogar Vorzüge der Smart Repair gegenüber einer herkömmlichen Reparaturmethode: Es gibt ein geringeres Problem, den gleichen Farbton zu erwischen. Es unterbleibt ein Eingriff in die Festigkeit des Fahrzeugs. Die Korrosionsbeständigkeit ist höher, weil der Karosserieverbund des Fahrzeugs erhalten bleibt. Und schlussendlich wird die Vernetzung mit der Elektronik des Fahrzeugs nicht beeinträchtigt. Es geht dabei um die Spurhaltesysteme, die Regensensoren sowie die Kamerasysteme.<sup>28</sup>

Nach Aussage von *Hermann*<sup>29</sup> sei die Smart Repair stets gleichwertig, wenn diese von einem Fachmann durchgeführt werde. Dafür gebe es auch Herstellervorgaben nahezu aller Fahrzeughersteller.<sup>30</sup> Auf dem Deutschen Verkehrsgerichtstag in Goslar 2015 wurde indes behauptet, dass das beim Ausbeulen nur für zwei von 40 Herstellern zutrefe. Eine Detailbetrachtung zeitigt zudem ein etwas differenzierteres Bild: Die Freigabe beim Kunststoffschweißen einer Kunststoffreparatur wird von Daihatsu bejaht, von Audi wird das geprüft, jedoch von BMW, Chrysler, Citroën und Mercedes-Benz verneint.<sup>31</sup>

##### 4.4.2. Kritische Beobachtungen eines technischen Laien

Bei der Kunststoffreparatur gibt es erhebliche Divergenzen in Bezug auf das Anwendungsfeld: Mercedes-Benz erlaubt eine solche nur bei der Stoßfängerverkleidung und der Stoßfängerschutzleiste. Während bei Audi eine Smart

Repair nur bei Rissen mit 10 cm Länge möglich ist, liegt die Grenze bei Citroën bei einer Länge von 15 cm.

Bei der Spotlackierung wird gesagt, dass eine solche im unteren Bereich des Fahrzeugs gut möglich sei, im mittleren Bereich in Betracht komme, jedoch im oberen Bereich nur bedingt möglich sei.<sup>32</sup> Wenn die Smart Repair gleichwertig ist, fragt man sich, warum dann Differenzierungen geboten sein sollen. Könnte das damit zusammenhängen, dass die Gleichwertigkeit im Grunde genommen nicht gegeben ist, man aber „Defizite“ bzw. „Unschärfen“ mit bloßem Auge an einer Stelle optisch besser wahrnehmen kann als an einer anderen?

Für das lackschadenfreie Ausbeulen nennt das OLG Karlsruhe<sup>33</sup> folgende Voraussetzungen: Die Lackoberfläche darf nicht vorbeschädigt bzw. stark verwittert sein, es darf kein Vorschaden gegeben sein und an dieser Stelle darf noch keine Reparatur durchgeführt worden sein. Zudem dürfen es maximal drei bis vier Dellen sein. Sind es mehr, dann rechnet sich eine Smart Repair nicht mehr. Erforderlich sind zudem speziell geschultes Personal und besondere Werkzeuge. Nuge<sup>34</sup> räumt ein, dass Markenwerkstätten wenig Erfahrung damit hätten und diese Technik von diesen selten angeboten werden. Ihm ist im Großraum Essen eine einzige Werkstätte bekannt, die über einen mobilen Werkstattwagen mit dieser Spezialausrüstung verfügt. Er verweist allerdings darauf, dass in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ohnehin eine Betrauung eines Lackierfachbetriebs erfolge, sodass die dort vorhandene Ausstattung maßgeblich sei.

Aus der Sicht eines kritischen Beobachters lässt sich zum lackschadenfreien Ausbeulen Folgendes konstatieren: Ob die Lackoberfläche diesen Reparaturweg erlaubt, ist für einen Laien nicht ohne Weiteres erkennbar. Ohne Beziehung eines auf diesem Gebiet versierten Sachverständigen ist für ihn keine Entscheidung möglich. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der Schaden im Moment vermeintlich behoben ist, aber alsbald Folgeschäden eintreten, deren Verursachung durch Unfall und Art der Schadensbehebung später schwierig nachzuweisen sind. Aufgrund des Vorzustands des Fahrzeugs ist dieser Reparaturweg nicht in jedem Fall geeignet. Dazu kommt folgender Umstand: Wenn der Schaden, für den ein Schädiger einstands-pflichtig ist, durch Smart Repair behoben wird, dann ist an dieser Stelle bei einem künftigen Schaden, der vom Geschädigten selbst zu tragen ist, dieser Reparaturweg nicht mehr möglich, sodass der Weg des teureren Austausches vom Geschädigten zu beschreiten ist. Bei herkömmlichem Reparaturweg wäre das anders. Der Nachteil mag marginal gering sein. Ein Nachteil ist das jedoch gewiss. Wenn es bei dieser Methode zu einem geringeren Eingriff in die Fahrzeugs substanz kommt, diese somit vorzugswürdig ist, muss diese Technik dann nicht auch bei fünf oder mehr Dellen angewendet werden? Müsste der Geschädigte die Drückmethode nicht auch verlangen können, selbst wenn diese teurer ist als die herkömmliche Reparatur?

Wenn im Großraum Essen, im Herzen des Ruhrgebiets, diese Technik nur von einer einzigen Markenwerkstätte

angeboten wird, wie ist es dann in weniger dicht besiedelten Gebieten, etwa der Eifel oder der Uckermark, im nördlichen Waldviertel oder im Außerfern? Und wenn in einer deutschen Großstadt wie Essen diese Reparaturtechnik nur von einer einzigen Werkstätte angeboten wird, womöglich ist das eine Billigwerkstätte, die in Sold und Abhängigkeit eines Versicherers steht. Wie wäre das aber mit dem Postulat „Der Geschädigte ist der Herr des Restitutionsgeschehens“ vereinbar? Dieser im deutschen Recht als „Magna Charta“ bezeichnete Grundsatz<sup>35</sup> gilt im Ansatz auch für das österreichische Haftpflichtrecht. Wenn eingewendet wird, dass die Markenwerkstätte das in der Regel ohnehin nicht selbst mache, sondern auslagere, ist dann nicht immerhin zu verlangen, dass die Markenwerkstätte sich darum kümmert? Oder muss der Geschädigte dann die darauf spezialisierte Lackiererei selbst ausfindig machen oder den mit diesem Know-how ausgestatteten Karosseriebetrieb selbst suchen? Einen solchen Spezialbetrieb mag der besonders versierte Geschädigte finden. Das ist aber mit Zeit und Mühe verbunden, die gerade nicht abgegolten werden.

Bei der Windschutzscheibenreparatur kommt eine Smart Repair auf der Fahrerseite bei der Fernsichtzone und beim Wischfeld nicht in Betracht.<sup>36</sup> Man fragt sich: Wenn das gleichwertig ist, warum eigentlich nicht? Womöglich besteht doch eine Gefahr der Sichtbeeinträchtigung für den Fahrer.

### 4.5. Smart Repair – ein neues Phänomen?

Sowohl die Behauptungen mancher Techniker<sup>37</sup> als auch Aussagen einzelner Gerichtsentscheidungen<sup>38</sup> erwecken den Eindruck, dass die Smart Repair nichts Neues sei. Diese Technik gehöre schon seit mehreren Jahren zur Berufsausbildung der Karosseriebauer und Fahrzeuglackierer.<sup>39</sup> Selbst die deutsche Literatur hat sich mit diesem Phänomen indes noch kaum befasst. Abgesehen von einem Beitrag von Wern,<sup>40</sup> der auch auf dem Deutschen Verkehrsgerichtstag 2015 referiert hat, sowie dem Begleitaufsatz zum Deutschen Verkehrsgerichtstag 2015 von Nuge<sup>41</sup> findet sich in den einschlägigen Kommentaren und Handbüchern eine Leermeldung oder die Zitierung mancher dieser Entscheidungen ohne eigene Stellungnahme der Autoren. Auch ich taste daher im Nebel und kann eher die Probleme benennen als eine Lösung anbieten. Mag das Stellen der richtigen Frage auch bereits die halbe Miete sein, so ist es eben doch nur die halbe.

### 5. Die gegenläufigen Interessen

Im Ausgangspunkt liegt die Abrechnung des Kfz-Schadens auf Basis einer Smart Repair im Interesse des Kfz-Haftpflichtversicherers, ist das Einsparungspotenzial doch beträchtlich. Die Maßstäbe der Zulässigkeit der Verweisung auf eine solche sind freilich bei der Haftpflichtversicherung andere als in der Kaskoversicherung. Geht es in der Haftpflichtversicherung darum, dass der Haftpflichtversicherer seinen Versicherungsnehmer oder dessen Mitversicher-

ten von einer gesetzlichen Schadenersatzpflicht freistellen muss, sodass das Ausmaß der Ersatzpflicht nach den §§ 1323 ff ABGB zu beurteilen ist, kommt es bei der Kaskoversicherung darauf an, was zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer vereinbart worden ist. Das ist zwar eine triviale Selbstverständlichkeit, wird aber nicht immer ausreichend beachtet. Deshalb sind die Anforderungen in der Kaskoversicherung wegen der Maßgeblichkeit der AVB geringer als im Haftpflichtfall.<sup>42</sup>

Ausnahmsweise kann eine Smart Repair auch im Interesse des Geschädigten sein: So ist es, wenn dem Geschädigten am Erhalt der Reparaturkostenabrechnung gelegen ist und er sich nicht auf die Totalschadensabrechnung verweisen lassen möchte. Wird bei herkömmlicher Reparaturmethode die Marge von 110 % bzw 115 % überschritten, ist es möglich, dass bei einer Smart Repair entgegen der Schätzung des Kfz-Sachverständigen des Haftpflichtversicherers die tatsächlichen Kosten unter 110 % bzw 115 % sinken und damit die Durchführung der Reparatur auf Kosten des Ersatzpflichtigen zulässig wird. Auch im österreichischen Recht ist beachtlich, dass es gerade bei einer Smart Repair häufig bloß um optische Beeinträchtigungen und nicht um solche der Verkehrssicherheit geht, sodass gerade in solchen Fällen die fiktive Abrechnung zum Tragen kommt.

Die beiden zentralen Fragenkomplexe können so formuliert werden: Kann der Haftpflichtversicherer seine Ersatzpflicht auf die Kosten bei Smart Repair begrenzen, auch wenn der Geschädigte eine Behebung im Wege einer herkömmlichen Methode bevorzugt? Ist es von Bedeutung, ob der Haftpflichtversicherer vor Betrauung der Werkstätte den Geschädigten über die Möglichkeit einer Smart Repair aufklärt?

Die spiegelverkehrte Frage lautet: Kann der Haftpflichtversicherer den Geschädigten auf die im Sachverständigengutachten benannte herkömmliche Reparaturmethode verweisen, um dem Geschädigten eine seinem Integritätsinteresse stärker entsprechende Schadensbehebung, nämlich Reparatur statt Ersatzbeschaffung bei Anwendung von Smart Repair, aus der Hand zu schlagen, damit es anstelle einer Reparaturkostenabrechnung bei der ihn deutlich weniger belastenden Totalschadensabrechnung bleibt?

Zu beobachten sind indes weitere Interessenkollisionen: Markenwerkstätten und Hersteller sind jedenfalls bei Haftpflichtschäden an einer Smart Repair nicht interessiert. Gegenüber einer herkömmlichen Reparatur ist das mit einem Umsatzrückgang bei Ersatzteilen sowie einem geringeren Umsatz bei Arbeitsstunden verbunden.

Auch der vom Haftpflichtversicherer betraute und von diesem entlohnte Kfz-Sachverständige unterliegt dem Gebot, unabhängig und neutral zu sein. Hat aber die Zielsetzung seines Auftraggebers, bei vollem Ausgleich die Ersatzpflicht nach Möglichkeit zu minimieren, nicht doch ein etwas größeres Gewicht als die Aufklärung des Geschädigten über allfällige Risikopotenziale oder alternative

Reparaturmöglichkeiten, die *per saldo* zu einem höheren Ersatzbetrag führen würden?

### 6. Das Hauptanwendungsfeld: Interesse des Kfz-Haftpflichtversicherers an der Orientierung der Reparaturkosten an einer Smart Repair bei Ermittlung des geschuldeten Ersatzbetrags

#### 6.1. Die zu klärende Vorfrage: Verfügbarkeit der Smart-Repair-Technologie im regionalen Umfeld des Geschädigten

*Norbert Hermann* persönlich kann im Allianz-Zentrum in München immer alles. Womöglich gibt es einen vergleichbaren Wunderwuzzi auch in Wien. Aber selbst eine Pilgerfahrt nach Rom, Jerusalem oder Mekka ist nicht für alle Gläubigen möglich – jedenfalls nicht gleichzeitig. Das gilt erst recht für die Behebung eines Kfz-Schadens im Allianz-Zentrum in München oder an einer vergleichbaren Einrichtung in Wien. Da nicht jede Smart-Repair-Technologie von allen Markenwerkstätten beherrscht wird,<sup>43</sup> sind aus diesem Befund folgende Schlussfolgerungen zu ziehen:

Im Ausgangspunkt hat der Geschädigte das Recht, sein durch einen von einem Dritten zu verantwortenden Unfall beschädigtes Kfz in einer Markenwerkstätte reparieren zu lassen. Wenn eine Markenwerkstätte im regionalen Umfeld eine solche Dienstleistung nicht anbietet, dann ist grundsätzlich auch keine Verweisung darauf möglich. Die Markenwerkstätte muss das nicht höchstpersönlich anbieten, aber doch unter ihrer Verantwortung. Eine Auslagerung auf einen darauf spezialisierten Fachbetrieb ist möglich. Das hat aber dann Auswirkungen auf die ersatzfähigen Verbringungskosten. Diese sind zu ersetzen, was freilich quantitativ von untergeordneter Bedeutung ist.

Es wird vorausgesetzt, dass das Angebot, auf das der Geschädigte verwiesen wird, diesem in seiner Region ohne Weiteres zugänglich sein müsse. Bei Werkstätten mit Know-how zur Durchführung einer Smart Repair dürfte das regional sehr unterschiedlich zu beurteilen sein. Insoweit wird man die Beweislast dem Ersatzpflichtigen aufbürden müssen, dass ein solches Marktangebot bei Markenwerkstätten in der Region des Geschädigten vorhanden ist; das gilt jedenfalls so lange, als es nicht ein flächendeckendes Angebot von Markenwerkstätten mit einem solchem Angebot unter Einhaltung der Herstellerrichtlinien gibt. Das hat der vom Kfz-Haftpflichtversicherer betraute Kfz-Sachverständige zu berücksichtigen.

Ein Verweis auf eine Spezialwerkstätte ist meines Erachtens grundsätzlich unzulässig.<sup>44</sup> Das gilt jedenfalls dann, wenn Garantieansprüche gegenüber dem Hersteller gefährdet wären, wenn anderswo repariert würde.<sup>45</sup> Darüber hinaus ist ein Nachweis zu verlangen, dass ein Know-how des tatsächlich reparierenden bzw namhaft gemachten Betriebs entsprechend den Herstellervorgaben vorhanden ist, so insbesondere in Bezug auf Werkzeug sowie Ausbildung des Personals. Insoweit erfolgt eine Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung zum Verweis auf eine freie

Werkstätte bei den Stundenverrechnungssätzen.<sup>46</sup> Dafür spricht auch die Bezugnahme von *Bergmann*<sup>47</sup> auf den Smart-Repair-Test der ADAC-Fahrzeugtechnik, wonach gerade bei einer Smart Repair das Reparaturergebnis in besonderem Maße von den individuellen Fertigkeiten desjenigen abhängig ist, der die Reparatur durchführt. Ob es solche Erhebungen auch vom ÖAMTC oder ARBÖ in Österreich gibt, weiß ich nicht.

Wie in Deutschland muss sich der Geschädigte nicht auf eine einzige solche Werkstätte verweisen lassen.<sup>48</sup> Es besteht dabei die Gefahr, dass es sich insoweit um eine unzuverlässige Billigwerkstätte im Sold eines Haftpflichtversicherers handelt.<sup>49</sup> Unzulässig ist auch ein Verweis auf mehrere Betriebe, die unterschiedliche Schäden an seinem Kfz beheben, etwa nach dem Motto „Die Fachwerkstätte kümmert sich um ein Gebrechen und ein Fachbetrieb sorgt sich sodann im Wege einer Smart Repair um ein anderes“, wobei im Extremfall dann ein Betrieb mit der Spotlackierung zu betrauen ist, wiederum ein anderer aber die Reparatur der Windschutzscheibe vornimmt. Der Geschädigte wäre in einem solchen Fall auf einer Pilgerreise von einer Werkstätte zur anderen, um die Kosten des Haftpflichtversicherers zu minimieren, dies mit der Pikanterie, dass sein diesbezüglicher Zeitaufwand bei einer Privatperson als nicht ersatzfähige Freizeiteinbuße unentschädigt bleibt.<sup>50</sup> Das kann es nicht sein. Das ist unzumutbar.

### 6.2. Dogmatische Ansatzpunkte zur Bewältigung des Problems

#### 6.2.1. Tunlichkeit (§ 1323 Satz 1 ABGB) oder Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht (§ 1304 ABGB)

Die Kernfrage kann so formuliert werden: Unter welchen Voraussetzungen muss sich der – wirtschaftlich vernünftig denkende – Geschädigte auf eine gegenüber einer herkömmlichen Reparatur mit deutlich geringeren Kosten verbundene Smart Repair verweisen lassen? Ist bei der Tunlichkeit, der Entsprechung zur Erforderlichkeit in § 249 Abs 2 Satz 1 BGB, anzusetzen<sup>51</sup> oder ist an den Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht gemäß § 1304 ABGB anzuknüpfen?<sup>52</sup> Unterschiede in den Rechtsfolgen ergeben sich bei diesen beiden Lösungsansätzen im deutschen Recht bei der Beweislast: Die Erforderlichkeit ist im deutschen Recht vom Geschädigten zu beweisen, der Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vom Ersatzpflichtigen. Nach österreichischem Recht wird der Ersatzpflichtige sowohl die Untunlichkeit als auch den Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht beweisen müssen.

#### 6.2.2. Gleichwertigkeit

Unabhängig davon, welchen Ansatz man wählt, fallen die Würfel bei der Gleichwertigkeit. Es geht dabei sowohl um eine technische als auch wertungsmäßige Frage, somit eine Tat- und Rechtsfrage, also sowohl um eine für Sachverständige als auch eine für Anwälte und Richter. Die

Gleichwertigkeit ist eindeutig zu bejahen, wenn die Smart Repair die schonendere Methode oder bei Abwägung der Vor- und Nachteile zumindest gleichwertig ist.<sup>53</sup> Der Transparenz förderlich ist es, wenn sich der Sachverständige zu Vor- und Nachteilen der beiden Methoden äußert.

Heikel ist hingegen der Fall, dass eine Smart Repair wesentlich billiger, aber nicht völlig ohne Nachteile gegenüber der herkömmlichen Reparaturmethode ist. *Bergmann* verweist auf den Internetauftritt von Porsche („keine oder nur minimal sichtbare Spuren“) oder VW („nahezu spurlos“).<sup>54</sup> Erwägenswert ist meines Erachtens die Tunlichkeit nach § 1323 Satz 2 ABGB, der Entsprechung der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 251 Abs 2 BGB, auch analog für den Fall mehrerer Formen der Naturalrestitution heranzuziehen. Dabei ist zu beachten, dass die Belastung des Schädigers zwischen Reparaturkosten und Totalschadensabrechnung im deutschen Recht im Verhältnis von 3:1<sup>55</sup> ausfallen kann. Das hat der BGH zulasten des Schädigers hingenommen. Begründet wird dies mit dem schutzwürdigen Integritätsinteresse des Geschädigten. Diese Relation könnte ein Bezugspunkt für die Zumutbarkeit der Verweisung auf eine Smart Repair sein. Nach österreichischem Recht wird diese Relation wegen des maßvolleren Integritätszuschlags geringer ausfallen, eher 2,5:1 oder gar nur 2:1.

Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Ein Verweis auf eine Smart Repair ist umso eher angemessen, wenn eine voll angemessene Abgeltung eines damit verbundenen (künftigen) Nachteils erfolgt. Ein solcher liegt etwa darin, dass an dieser Stelle eine spätere Smart Repair nicht (mehr) möglich ist. Denkbar wäre insoweit ein Zuschlag wie beim merkantilen Minderwert. Ob der Geschädigte das zu akzeptieren hat, ist eine Rechts- und keine Sachverständigenfrage. Die von *Hermann*<sup>56</sup> behauptete Maßgeblichkeit des Maßstabs bei Selbsttragung des Schadens ist unzutreffend. Insoweit erfolgt eine Arrogerung der Beantwortung einer Rechtsfrage durch einen technischen Sachverständigen. Wer die Kosten selbst tragen muss, macht – aus welchen Gründen auch immer – Kompromisse, zu denen ein Geschädigter, der den Schaden auf einen Ersatzpflichtigen überwälzen kann, nicht verpflichtet ist. Das Gutachten kann immerhin Auskunft über alternative Reparaturwege sowie deren Vor- und Nachteile geben sowie darüber, wie stark die Kosten sich unterscheiden und wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass durch eine Smart Repair künftig ein Nachteil droht. Die Entscheidung, was verlangt werden kann, liegt aber beim Geschädigten, dessen Anwalt und schlussendlich beim Gericht. An die Aufklärung über diese Umstände durch den Sachverständigen sind nach österreichischem Recht strengere Anforderungen zu stellen, weil das Korrektiv des durch den eigenen Sachverständigen beratenen Geschädigten wegfällt.

#### 6.2.3. Unverhältnismäßigkeit bzw Untunlichkeit der konventionellen Reparatur

Bejaht wurde ein Verweis auf eine Smart Repair bei einer Relation zu einer herkömmlichen Reparatur von 1:5 vom OLG Karlsruhe,<sup>57</sup> bei 1:4 vom LG Duisburg<sup>58</sup> und bei 1:3

vom LG Saarbrücken.<sup>59</sup> Instruktiv ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OLG Hamm,<sup>60</sup> in der es um die Erneuerung des Anstrichs einer Hausfassade entweder durch Vollarbeit oder Teilausbesserung ging: Nicht beachtlich soll sein, was nur dem geübten Auge bei gezielter Blickzuwendung auffällt. Hingewiesen wurde auch auf beifärbende Witterungseinflüsse im Laufe der Zeit. Zugespochen wurden € 1.500,-, weitere € 3.000,- wurden aber unter Hinweis auf § 251 Abs 2 BGB, der Entsprechung zu § 1323 Satz 2 ABGB, abgewiesen. Dazu wurde eine Nebenkostenpauschale von € 250,- zuerkannt, weil es schwierig sein könne, einen verlässlich erscheinenden Handwerker für die Ausbesserung zu finden. Die Relation von 1:3 liegt hier an der Grenze der Unverhältnismäßigkeit, die durch die Zubilligung einer Nebenkostenpauschale mit € 250,- noch zusätzlich abgefedert wurde. Für eine Fassade mag das angängig sein, da die Fassade eine längere betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer hat und für sie geringere ästhetische Standards gelten mögen, für ein Massenphänomen wie den Kfz-Schaden ist die leichte Verfügbarkeit auf dem Markt aber Vorbedingung für den Verweis auf eine solche – mindere – Restitutionsform.

Die Feststellungsklage wegen möglicher künftiger Nachteile bei einer Smart Repair hat das LG Saarbrücken abgewiesen, weil ein künftiger Schaden irgendwie greifbar sein müsste.<sup>61</sup> Die Anforderungen an die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens sind aber im Allgemeinen – im deutschen wie im österreichischen Recht – weniger streng: Ein künftiger Schaden darf bloß nicht ausgeschlossen sein. Mein Plädoyer dazu lautet aber: Ein simpler Sachschaden darf nicht Anlass für ein Drama in mehreren Akten sein.<sup>62</sup> Der Haftpflichtversicherer will den Akt schließen. Vorzugswürdig ist wie beim merkantilen Minderwert eine pauschale Abgeltung für das vorhandene Risiko.

### 6.2.4. Sanktion bei Verstoß gegen Aufklärungspflichten gegenüber dem Geschädigten

#### 6.2.4.1. Die mit der Reparatur betraute Werkstatt

Teilt der Geschädigte der mit der Reparatur betrauten Werkstatt mit, dass es sich um einen Haftpflichtschaden handelt, für den die gegnerische Kfz-Haftpflichtversicherung einstandspflichtig ist, und tritt der Geschädigte wie nicht unüblich zur Begleichung des Werklohns den diesbezüglichen Schadenersatzanspruch zahlungshalber ab, muss der Werkstatt bewusst sein, dass die Reparatur in dem Ausmaß durchzuführen ist, wie sie der Haftpflichtversicherer schlussendlich bezahlen muss. Mag die Werkstatt bei einer herkömmlichen Reparaturmethode auch mehr verdienen, muss sie eine Smart Repair durchführen, wenn diese gegenüber der herkömmlichen Reparaturmethode zumindest gleichwertig ist.

Ist die Smart Repair gegenüber der herkömmlichen Reparaturmethode zwar unverhältnismäßig billiger, hat sie aber auch Nachteile, wird sie beim Geschädigten rückfragen müssen. Tut sie das nicht und stellt sie dann die unverhältnismäßig höheren Kosten der herkömmlichen

Methode in Rechnung, muss sie sich nicht nur bei dem zahlungshalber abgetretenen Schadenersatzanspruch gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer, sondern auch beim Werklohnanspruch des Geschädigten, also des Bestellers, den Einwand gefallen lassen, dass sie ihm eine Leistung erbracht hat, die eine aufgedrängte Bereicherung darstellt. Sie muss sich einen Abzug in der Höhe gefallen lassen, um den der Kfz-Haftpflichtversicherer weniger zahlt. Das ist freilich nicht in voller Höhe zwischen der Differenz der Kosten zwischen der herkömmlichen Reparaturmethode und der Smart Repair der Fall; vielmehr ist ein vom Haftpflichtversicherer nach dem Vorbild des merkantilen Minderwertes zu berechnender Zuschlag in Abzug zu bringen, wenn für den Geschädigten Nachteile durch eine Smart Repair verbunden sind, etwa dass bei einer nachfolgenden Reparatur, die der Geschädigte zu bezahlen hat, an dieser Stelle keine Smart Repair mehr möglich ist. Anderes gilt in Bezug auf den Werklohnanspruch, wenn der Geschädigte nach Aufklärung durch die Werkstatt auf der herkömmlichen Reparaturmethode besteht. Im Verhältnis zum Reparaturbetrieb steht das dem Besteller frei; im Verhältnis zum Ersatzpflichtigen wird dieser allerdings Untunlichkeit einwenden können.

#### 6.2.4.2. Die gegnerische Kfz-Haftpflichtversicherung für die von ihr eingesetzten Kfz-Sachverständigen

Erstellt der von der Kfz-Haftpflichtversicherung betraute Kfz-Sachverständige das Gutachten und beschreibt er darin einen Reparaturweg, ist er verpflichtet, bei Annahme einer Smart Repair auf deren zusätzliche Risiken gegenüber einer herkömmlichen Reparaturmethode hinzuweisen. Würde man dem Geschädigten einräumen, in jedem Fall der Smart Repair deren sachliche Berechtigung durch ein auf den Ersatzpflichtigen kostenmäßig überwälzbares Gutachten eines eigenen Sachverständigen überprüfen zu lassen, wäre der Kostenvorteil der Smart Repair im Regelfall aufgezehrt. Die Smart Repair würde zu einem Beschäftigungsprogramm für Kfz-Sachverständige mutieren, was dieser Berufsstand begrüßen mag, wohl aber nicht die Kfz-Haftpflichtversicherer.

Als vernünftige Rechtsfolge kommt meines Erachtens nur in Betracht, mit beweisrechtlichen Sanktionen zu arbeiten. Kommt es nach einer Smart Repair zu einem Folgeschaden, etwa dazu, dass ein vom Geschädigten zu verantwortender realer Schaden nicht mithilfe einer Smart Repair zu beheben ist, dann ist *prima facie* zu vermuten, dass dafür der Kfz-Haftpflichtversicherer des Erstschadens aufzukommen hat. Entsprechendes gilt, wenn die Smart Repair nicht „hält“, weil die Voraussetzungen für diese nicht gegeben waren. Der Kfz-Haftpflichtversicherer wird sich dann nicht darauf berufen können, dass er bloß deliktisch hafte, für den Gehilfen nur nach § 1315 ABGB einzustehen habe und der von ihm eingesetzte Kfz-Sachverständige weder untüchtig war noch er von dessen Gefährlichkeit wusste. Vielmehr wird er sich, da es sich bei der Schadensregulierung um eine Sonderbeziehung handelt, das Verhalten des

von ihm eingesetzten Kfz-Sachverständigen nach § 1313a ABGB zurechnen lassen müssen. Es geht dabei um den Vorwurf, dass gegenüber dem Geschädigten nicht über die Unwägbarkeiten der Smart Repair aufgeklärt wurde bzw für diese Unwägbarkeiten kein Zuschlag festgesetzt wurde. Je präziser benannt wird, in welcher Höhe ein Zuschlag wegen welcher Risiken angesetzt wurde, umso eher können spätere Streitigkeiten vermieden werden und umso eher kann der Kfz-Sachverständige eine eigene Haftung vermeiden.

### 6.3. Zwei Sonderprobleme

#### 6.3.1. *Smart Repair noch nicht State of the Art, sondern Außenseitermethode*

Wern<sup>63</sup> hält im deutschen Recht bei fiktiver Abrechnung einen Verweis auf eine Smart Repair auch bei einer Außenseitermethode für zulässig, bürdet aber dem Ersatzpflichtigen die Beweislast nach § 254 Abs 2 BGB, der Entsprechung zu § 1304 ABGB, auf, dass auch diese zu einer fachgerechten und vollständigen Restitution führt. Insoweit ist meine Position etwas restriktiver: Die Durchführung einer Smart Repair ist in solchen Fällen mit enormen Unwägbarkeiten verbunden. Auch ein Patient müsste sich bei einer Verletzung aus Kostengründen auf eine solche Heilmethode nicht einlassen, abgesehen davon, dass Heilungskosten immer nur konkret abgerechnet werden können. Auch kann ein Sachverständiger nicht verpflichtet werden, auf eine Außenseitermethode zu verweisen, wenn mit dem herkömmlichen Reparaturweg ein angemessenes Ergebnis zu erzielen ist. Auch für ihn gilt im Zweifel das Gebot des sichersten Weges. Schließlich ist der Geschädigte auch kein Versuchskaninchen des Haftpflichtversicherers.

Somit erfolgt eine Verweisung auf eine Smart Repair erst, wenn diese auf dem Markt etabliert ist: Mehrere Markenwerkstätten haben diese im Angebot; möglich ist eine Durchführung nach Herstellervorgaben und/oder kodifizierten Grundsätzen der jeweiligen Zunft (Karosseriebauer, Lackierer). Solange eine Smart Repair eine Außenseitermethode darstellt, würde nach Erfüllung einer diesbezüglichen Aufklärungspflicht des Eigentümers im Falle des Verkaufs des so reparierten Fahrzeugs gegenüber einem potenziellen Käufer dieser einen Abschlag beim Kaufpreis vornehmen. Und auch der Leasinggeber würde bei Rückgabe des Fahrzeugs so verfahren.

#### 6.3.2. *(Kostenlose) Beseitigung von Altschäden durch herkömmliche Reparaturmethode, nicht aber bei Smart Repair*

Wenn im Rahmen einer herkömmlichen Reparatur ein Teil ausgetauscht und durch ein neues ersetzt wird, dann werden dadurch womöglich auch nicht unfallkausale Dellen und Kratzer an diesem Teil beseitigt. Die Naturalrestitution ist insoweit überschießend; aber nicht immer erfolgt dadurch eine Wertsteigerung des Fahrzeugs, sodass ein Abzug „neu für alt“ berechtigt ist. Insoweit besteht aber kein legitimes Interesse des Geschädigten, auf die herkömm-

liche Reparaturmethode zu bestehen. Der Geschädigte hat lediglich einen Anspruch auf die Beseitigung kausaler Schäden. Wenn eine Smart Repair zu einer punktgenaueren Beseitigung des kausalen Unfallschadens führt, ist das vom Geschädigten hinzunehmen. Er kann eine Smart Repair nicht mit der Begründung ablehnen, dass dadurch seine sonstigen Schäden nicht in einem Aufwasch mitbeseitigt werden.

### 7. Der Ausnahmefall: Interesse des Geschädigten an der Berücksichtigung der Kosten für eine Smart Repair bei Ermittlung des erforderlichen Ersatzbetrags

Das maßgebliche Kriterium im österreichischen Recht ist das der Verkehrssicherheit. Verkehrssicher ist ein Kfz, wenn der Eigentümer für das Kfz bei der Zulassungsstelle das „Pickerl“ erhält. Bei optischen Gebrechen wird man darauf abstellen müssen, ob zumindest eine Ersatzlage hergestellt worden ist. Soweit die Haftpflichtversicherer den Geschädigten auf eine Smart Repair verweisen kann, um die eigene Zahllast zu verringern, wäre es geradezu treuwidrig (§ 242 BGB) oder rechtsmissbräuchlich (§ 1295 Abs 2 ABGB), das beim Geschädigten als nicht zulässige Vorgehensweise anzusehen. Nach österreichischem Recht sollte das kein Streitthema sein, hat doch der Geschädigte sogar die Möglichkeit, bei konkreter Durchführung und jedenfalls bei Vorlage einer Rechnung die Reparaturkosten zu bezuschussen, um so einen Verweis auf die Totalschadensabrechnung abzuwenden. Insoweit wird selbst im deutschen Recht eine Parallele zur Verwendung gebrauchter Ersatzteile gezogen: Der Geschädigte muss sich solche nicht aufdrängen lassen, kann sie aber verwenden, um gewisse kritische Schwellenwerte zu unterschreiten.<sup>64</sup> Das muss entsprechend für Außenseitermethoden im Rahmen der Smart Repair gelten.

Wern<sup>65</sup> sieht das Hauptanwendungsgebiet bei älteren Fahrzeugen, bei denen ein relativ geringer Schaden schon dazu führt, dass die Grenze des Totalschadens erreicht wird. Noch viel bedeutsamer ist aber meines Erachtens folgende Fallgruppe: Ein Fahrzeug wird an unterschiedlichen Stellen beschädigt, zB an der vorderen und hinteren Seitentür. Die vordere Seitentür muss ausgetauscht werden, weil sie schwer beschädigt worden ist; bei der hinteren kommt aber eine Smart Repair in Betracht. Ob der zusätzliche Schaden an der hinteren Seitentür so oder anders beseitigt wird, davon hängt womöglich das Überschreiten der 110 %- oder 115 %-Schwelle ab. Beliebige andere Konstellationen sind vorstellbar.

### 8. Resümee

Bei einer Audienz beim Vorsitzenden Richter des Haftpflichtsenats des deutschen BGH im Jänner 1990 als ganz junger Wissenschaftler habe ich vom Urvater des deutschen Schadensrechts *Erich Steffen* die Botschaft vernommen: „*Ihr Menschen aus der Wissenschaft wisst über so manches Problem, das auf die Gerichte zukommt,*

durchaus Bescheid. Ihr Wissenschaftler wartet dann ab, bis der BGH entschieden hat; und dann muss sich die Judikatur Kritik gefallen lassen: „So ganz sicher nicht, vielmehr wäre dieser oder jener Weg zu beschreiten gewesen.“ Die Rechtsprechung befindet sich demgegenüber in der weniger komfortablen Situation, innerhalb einer gewissen Zeitspanne entscheiden zu müssen. Zu diesem Zeitpunkt wäre es für die Judikatur jedenfalls ganz praktisch, auf den einen oder anderen Lösungsvorschlag zurückzugreifen, bei dem die Wissenschaft vor- und nicht bloß nachgedacht hat. Ob das Höchstgericht dann so entscheidet, ist wiederum eine ganz andere Frage.“

Es ist gewiss eine Sternstunde, dass bei diesem Vortrag das österreichische Pendant zum Urvater *Erich Steffen* anwesend ist, nämlich Hon.-Prof. Dr. *Karl-Heinz Danzl*, der Senatspräsident des 2. Senats, der für Verkehrsunfallsachen zuständig ist. Und diese Richterpersönlichkeit recherchiert bei neuen Problemen mit enormer Akkuratess auch die Rechtslage zum deutschen Recht. Dieser Vortrag ist ein Versuch, die im deutschen Recht entwickelten Lösungsansätze für das österreichische Recht zu adaptieren. Hoffentlich ist dieses Bemühen eine brauchbare Hilfe zu dem Zeitpunkt, zu dem sich der OGH oder auch ein Instanzgericht, ein Sachverständiger, ein Anwalt oder auch ein Haftpflichtversicherer mit einschlägigen Fragen befassen muss.

### Anmerkungen:

- <sup>1</sup> *Ch. Huber*, Aktuelle Fragen des Sachschadens, SV 2004, 13 = ÖJZ 2005, 161 und 211; *derselbe*, Totalschadensabrechnung – die Ermittlung des Restwerts aus rechtlicher Sicht, SV 2008/2, 61.
- <sup>2</sup> *Ch. Huber*, Smart Repair, zfs 2015, 424.
- <sup>3</sup> VersR, NZV, r+s, DAR, zfs, SVR, VRR, NJW-Spezial (Verkehrsrecht), Verkehrsrecht aktuell, juris PraxisReport Verkehrsrecht.
- <sup>4</sup> BGH 15. 10. 1991, VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 = NJW 1992, 302.
- <sup>5</sup> Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup> (2015) § 1323 Rz 15.
- <sup>6</sup> BGH 15. 2. 2005, VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108 = NZV 2005, 243 = r+s 2005, 172; 15. 2. 2005, VI ZR 172/04, BGHZ 162, 170 = NJW 2005, 1110 = NZV 2005, 245 = r+s 2005, 174.
- <sup>7</sup> BGH 29. 4. 2003, VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395 = NJW 2003, 2085.
- <sup>8</sup> So die Ausgangsentscheidung BGH 23. 5. 2006, VI ZR 192/05, BGHZ 168, 43 = NJW 2006, 2179 = NZV 2006, 459 = r+s 2006, 343.
- <sup>9</sup> BGH 20. 10. 2009, VI ZR 53/09, BGHZ 183, 21 = NJW 2010, 606.
- <sup>10</sup> Eine Tätigkeit für den Haftpflichtversicherer als Kaskoversicherer ist dabei unschädlich; so BGH 28. 4. 2015, VI ZR 267/14, NJW 2015, 2110 = ZVR 2015/224 (kritisch *Ch. Huber*).
- <sup>11</sup> BGH 14. 12. 2010, VI ZR 231/09, NJW 2011, 669.
- <sup>12</sup> BGH 6. 3. 2007, VI ZR 120/06, BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674; dazu *Ch. Huber*, Eine neue Kategorie – Totalschadensabrechnung de luxe oder verkappte Reparaturkostenabrechnung, NJW 2007, 1625.
- <sup>13</sup> BGH 15. 10. 1991, VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375 = NJW 1992, 305.
- <sup>14</sup> Dazu *Steffen*, Die Rechtsprechung des BGH zur fiktiven Berechnung des Fahrzeugschadens, NZV 1991, 1 (4): „Mit ‚ganz spitzem Griffel‘ rechnen wir nicht.“
- <sup>15</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup>, § 1323 Rz 51.
- <sup>16</sup> Grundlegend OGH 10. 4. 1984, 2 Ob 13/84, JBI 1985, 41 (*Apathy*).

- <sup>17</sup> Nachweise der Rechtsprechung und Kritik bei *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup>, § 1323 Rz 36.
- <sup>18</sup> OGH 23. 10. 1997, 2 Ob 82/97s; dazu *Ch. Huber*, Abkehr von der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten, ZVR 1998, 74.
- <sup>19</sup> OGH 9. 4. 2015, 2 Ob 173/14a.
- <sup>20</sup> BGH 29. 4. 2003, VI ZR 398/02, BGHZ 155, 1 = NJW 2003, 2086.
- <sup>21</sup> OLG Jena 28. 4. 2004, 3 U 221/03, NZV 2004, 476.
- <sup>22</sup> *Wern*, Alternative Reparaturmethoden bei Schäden an Kraftfahrzeugen und ihre systematische Einordnung in das Schadensersatzrecht, in *Deutscher Verkehrsgerichtstag*, 53. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2015 (2015) 273 (282).
- <sup>23</sup> Siehe [https://de.wikipedia.org/wiki/Smart\\_Repair](https://de.wikipedia.org/wiki/Smart_Repair) (Stand: 5. 10. 2014; Abruf: 4. 4. 2016).
- <sup>24</sup> *Nugel*, Smart Repair zur Schadensbeseitigung, NZV 2015, 12.
- <sup>25</sup> Zur Annäherung der fiktiven Abrechnung in der Kaskoversicherung an die Grundsätze im Haftpflichtrecht in Bezug auf die Stundenverrechnungssätze vgl BGH 11. 11. 2015, IV ZR 426/14, NJW 2016, 314 = NZV 2016, 27 = zfs 2016, 29.
- <sup>26</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, in *Deutscher Verkehrsgerichtstag*, 53. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2015 (2015) 261.
- <sup>27</sup> Dazu LG Wuppertal 18. 12. 2014, 9 S 134/14, jurisPR-VerkR 5/2015 Anm 2 (*Nugel*): Knapp ein Drittel günstiger.
- <sup>28</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 272.
- <sup>29</sup> Siehe Anmerkung 28.
- <sup>30</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 261.
- <sup>31</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 265.
- <sup>32</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 268.
- <sup>33</sup> OLG Karlsruhe 21. 8. 2003, 19 U 57/03, NJW 2003, 3208.
- <sup>34</sup> *Nugel*, NZV 2015, 13.
- <sup>35</sup> *Steffen*, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057 (2059).
- <sup>36</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 271.
- <sup>37</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 261.
- <sup>38</sup> OLG Karlsruhe 21. 8. 2003, 19 U 57/03: Lackschadenfreie Ausbeultechnik bei Parkbeulen seit Mitte der 90er-Jahre eingesetzt und im Vordringen befindlich; LG Saarbrücken 24. 9. 2010, 13 S 216/09, NJW-RR 2011, 249 = NZV 2011, 350 = zfs 2011, 85 (*Diehl*) = jurisPR-VerkR 22/1010 Anm 2 (*Wenker*): Spezialwerkstätten seit dem Jahr 1997 darauf spezialisiert.
- <sup>39</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 272.
- <sup>40</sup> *Wern*, Smart Repair – Probleme des Schadenersatzrechts bei neuen Reparaturmethoden, jM 2014, 184.
- <sup>41</sup> *Nugel*, NZV 2015, 12 ff.
- <sup>42</sup> Dazu LG Dortmund 30. 6. 2013, 2 S 36/10, SP 2012, 83 (zur Vollkaskoversicherung): Im Sinne von § 13 Abs 5 AKB wiederhergestellt, auch wenn die Herstellerrichtlinien für die Reparatur nicht befolgt worden sind.
- <sup>43</sup> *Nugel*, NZV 2015, 14: Glasschadentechnik von nahezu allen beherrscht; das lackschadenfreie Ausbeulen „nicht ohne Weiteres“, wobei aber das Lackieren ohnehin von Markenwerkstätten auf Spezialbetriebe ausgelagert wird.
- <sup>44</sup> So aber LG Saarbrücken 24. 9. 2010, 13 S 216/09.
- <sup>45</sup> So auch die Empfehlung des Deutschen Verkehrsgerichtstages 2015. Das wurde aber verneint in LG Wuppertal 18. 12. 2014, 9 S 134/14: Nicht zu befürchten bei Kleinschäden.
- <sup>46</sup> So auch LG Wuppertal 18. 12. 2014, 9 S 134/14: Spot-Repair-Methode in einer VW-Vertragswerkstatt ist eine nach Herstellervorgaben entsprechende Reparaturmethode.
- <sup>47</sup> *Bergmann*, Benachteiligung des Geschädigten durch alternative Reparaturmethoden, in *Deutscher Verkehrsgerichtstag*, 53. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2015 (2015) 249 (252).
- <sup>48</sup> Dazu OLG Karlsruhe 21. 8. 2003, 19 U 57/03: Verweis des Geschädigten auf eine Smart Repair, weil mehrere Firmen im Einzugsbereich des Geschädigten zu einer solchen Smart Repair in der Lage sind; ähnlich LG Wuppertal 18. 12. 2014, 9 S 134/14: Jedenfalls

bei zwei konkret benannten Fachwerkstätten Smart Repair möglich, auch wenn das keine VW-Vertragwerkstätten sind; vgl aber *Nugel*, NZV 2015, 13: Im Großraum Essen gibt es nur eine solche Werkstätte.

- <sup>49</sup> So aber in LG Saarbrücken 24. 9. 2010, 13 S 216/09: Verweis auf einen 2,5 km entfernte Spezialbetrieb.
- <sup>50</sup> Kritisch *Ch. Huber* in *Schwimmann*, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup>, § 1323 Rz 86.
- <sup>51</sup> Dafür *Wern*, Alternative Reparaturmethoden, 293.
- <sup>52</sup> So *Wern*, jM 2014, 184 ff; *Nugel*, NZV 2015, 12 ff; LG Saarbrücken 24. 9. 2010, 13 S 216/09.
- <sup>53</sup> In diesem Sinn OLG Karlsruhe 21. 8. 2003, 19 U 57/03: Fehlerträchtigkeit bei der neuen Reparaturmethode nicht erhöht, beide Methoden in ihrem Wiederherstellungserfolg gleichwertig.
- <sup>54</sup> *Bergmann*, Benachteiligung, 251.
- <sup>55</sup> Der Geschädigte kann bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswertes Reparaturkosten verlangen. Entscheidet er sich für die Ersatzbeschaffung, muss er sich auf den Wiederbeschaffungswert den Restwert anrechnen lassen, der mitunter gerade einmal 40 % ausmacht, insbesondere bei In-Zahlung-Gabe des Wracks beim örtlichen Händler. Bei Verwertung durch eine Restwertbörse liegt er deutlich darüber.
- <sup>56</sup> *Hermann*, Alternative Reparaturtechniken, 272.
- <sup>57</sup> OLG Karlsruhe 21. 8. 2003, 19 U 57/03.
- <sup>58</sup> LG Duisburg 22. 8. 2007, 11 S 68/06, DAR 2008, 346.

<sup>59</sup> LG Saarbrücken 24. 9. 2010, 13 S 216/09, NJW-RR 2011, 249.

<sup>60</sup> OLG Hamm 17. 3. 1994, 27 U 227/93, NJW-RR 1995, 17.

<sup>61</sup> LG Saarbrücken 24. 9. 2010, 13 S 216/09.

<sup>62</sup> *Ch. Huber* Anmerkung zu BGH 17. 10. 2006, VI ZR 249/05, JZ 2007, 639.

<sup>63</sup> *Wern*, Alternative Reparaturmethoden, 293.

<sup>64</sup> Eine solche Vorgehensweise billigend LG Stuttgart 18. 7. 2012, 5 S 230/11, VA 2012, 145: Namentlich bei einem 14 Jahre alten Fahrzeug mit einer Laufleistung von über 200.000 km; Gebrauchteile müssen aber unbeschädigt und in gutem Erhaltungszustand sein; ebenso LG Düsseldorf 18. 6. 2014, 23 S 208/13, BeckRS 2014, 20374: Aufgrund des hohen Alters nicht höchste Qualitätsstandards zu fordern; geringfügige optische Mängel führen nicht zur Versagung der Kriterien „vollständig und fachgerecht“.

<sup>65</sup> *Wern*, jM 2014, 185.

### Korrespondenz:

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht

RWTH Aachen

Templergraben 55, D-52056 Aachen

E-Mail: [huber@privatrecht.rwth-aachen.de](mailto:huber@privatrecht.rwth-aachen.de)

### Empfehlung der Kapitalisierungszinssätze für Liegenschaftsbewertungen

Bezugnehmend auf die in den Heften SV 1995/3, 3, berichtigt in SV 1997/2, 21, SV 1999/2, 56, SV 2000/2, 49, SV 2002/1, 25, SV 2003/1, 14, SV 2004/2, 78, SV 2005/3, 170, SV 2006/2, 95, SV 2007/2, 108, SV 2008/2, 73, SV 2009/1, 20, SV 2010/1, 53, SV 2011/3, 172, SV 2012/3, 137, SV 2013/3, 138, SV 2014/2, 115 und SV 2015/2, 108 veröffentlichten Empfehlungen wird nach Rücksprache mit den Landesverbänden mitgeteilt, dass folgende abgeänderte Kapitalisierungszinssätze empfohlen werden. Änderungen erfolgten in der Liegenschaftsart „Wohnliegenschaft“, Lage „hochwertig“ sowie in den „Land- und forstwirtschaftlichen Liegenschaften“, Lage „sehr gut bis gut“.

### Ergänzende Empfehlung des Hauptverbandes der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs zum Kapitalisierungszinsfuß:

Für den Bereich LAND- und FORSTWIRTSCHAFTLICHER Liegenschaften wird zur Ermittlung des Ertragswertes gemäß § 5 Abs 4 LBG seitens des mit dieser Frage befassten Ausschusses ein KAPITALISIERUNGSZINSSATZ von 1,5 % bis 4,0 % empfohlen.

### Zusammenfassende EMPFEHLUNG:

LIEGENSCHAFTSART	LAGE			
	hochwertig	sehr gut	gut	mäßig
Wohnliegenschaft	1,0 – 3,0 %	2,0 – 4,0 %	3,0 – 5,0 %	3,5 – 5,5 %
Büroliegenschaft	3,0 – 5,5 %	4,0 – 6,0 %	4,5 – 6,5 %	5,0 – 7,0 %
Geschäftliegenschaft	4,0 – 6,0 %	4,5 – 6,5 %	5,0 – 7,0 %	5,5 – 7,5 %
Einkaufszentrum, Supermarkt	4,5 – 7,5 %	5,0 – 8,0 %	5,5 – 8,5 %	6,0 – 9,0 %
Gewerblich genutzte Liegenschaft	5,5 – 8,5 %	6,0 – 9,0 %	6,5 – 9,5 %	7,0 – 10,0 %
Industriliegenschaft	5,5 – 9,5 %	6,0 – 10,0 %	6,5 – 10,5 %	7,0 – 11,0 %
Land- und forstwirtschaftliche Liegenschaften	1,5 % bis 4,0 %			

### HINWEIS:

Führt in Einzelfällen (zB bei Wertermittlungen in Hochpreisregionen) die Anwendung von in den empfohlenen Bandbreiten liegenden Kapitalisierungszinssätzen zu keinen marktkonformen Ergebnissen, ist die dadurch verursachte Anwendung abweichender Prozentsätze nachvollziehbar zu begründen.