

## Aufsätze

Prof. Dr. Christian Huber\*

### Status quo beim Restwert – was wäre aber künftig (auch) möglich?

zugleich Besprechung von BGH 27.9.2016, VI ZR 673/15 (in diesem Heft S. 174)

#### I. Die Ausgangslage

Die Entwicklung des im internationalen Vergleich immer noch **sehr großzügigen deutschen Kfz-Sachschadensrechts**<sup>1</sup> der letzten 15 Jahre ist dadurch gekennzeichnet, dass es tendenziell restriktiver wird: Durch das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz hat der Gesetzgeber in § 249 Abs 2 S 2 BGB bei der fiktiven Abrechnung die Umsatzsteuer gekappt. Der BGH<sup>2</sup> hat die ersatzfähigen **Mietwagenkosten** auf einen Bruchteil dessen zusammengestrichen, was vor der „Wende“ ersatzfähig war; zudem hat er bei der fiktiven Abrechnung dem Ersatzpflichtigen, typischerweise einem Kfz-Haftpflichtversicherer, unter bestimmten Voraussetzungen den Verweis auf die **Stundenverrechnungssätze** der Reparatur in einer freien anstelle einer Markenwerkstätte erlaubt.<sup>3</sup> Die nächste Bastion, die aus der Sicht der Haftpflichtversicherer fallen soll, ist die derzeitige Abrechnungspraxis des **Restwertes**. Immerhin geht es dabei um ein Einsparungspotenzial zwischen 400 Mio €<sup>4</sup> und 1 Mrd €<sup>5</sup> pro Jahr. Dafür lohnt es sich, immer wieder einen neuen Anlauf zu nehmen.

Die **gesetzliche Determinierung** im Schadensrecht ist – notwendigerweise – dünn. Der **Ausgestaltung durch die BGH-Rechtsprechung** kommt dementsprechend große Bedeutung zu. Der BGH bemüht sich um eine Balance zwischen folgenden Polen: Wirtschaftlichkeit und Bereicherungsverbot zugunsten des Ersatzpflichtigen, voller Ausgleich, Dispositionsfreiheit sowie Berücksichtigung der besonderen Umstände auf Seite des Geschädigten.<sup>6</sup> Ansatzpunkte für eine restriktivere Ausgestaltung sind die **Benachteiligung** in § 249 Abs 2 S 1 BGB bzw. die **Schadensminderungsobliegenheit** in § 254 Abs 2 BGB. Ob auf den einen oder anderen Begründungsansatz Bezug genommen wird, hat Auswirkungen auf die Beweislastverteilung mit ganz erheblichen Folgen, wie sich bei der Ersatzfähigkeit der Mietwagenkosten gezeigt hat.<sup>7</sup>

Zu betonen ist, dass der BGH stets nur **Einzelfälle** entscheidet, wiewohl ihm durchaus bewusst ist, dass die konkrete Causa mit meist überschaubarem Streitwert enorme Auswirkungen namentlich für die Kfz-Haftpflichtversicherer hat, weil es sich bei der Regulierung von **Kfz-Sachschäden** um ein **Massengeschäft** handelt, worauf 2/3 von deren Aufwendungen entfällt.<sup>8</sup> Die letzten Jahre waren dadurch geprägt, dass die Modalitäten der Sachschadensregulierung mit jeder neuen Entscheidung **eine Nuance facettenreicher und sublimer** geworden sind.<sup>9</sup> Aufgabe der Dogmatik ist es, aus den Ein-

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

1 Dazu *Gas*, Bemerkungen zum Schadenersatzrecht aus der Sicht der Versicherungswirtschaft, *VersR* 1999, 261; *Ch. Huber*, Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, *FS-L. Jaeger* (2014) 309 ff.

2 BGHZ 160, 377 = NZV 2005, 32.

3 BGHZ 183, 21 = NZV 2010, 133.

4 So noch *Lemcke*, *r+s* 2013, 103: In keinem anderen Bereich der Schadensregulierung ist das Einsparungspotenzial so hoch wie im Restwertbereich, mindestens 300 Mio € bis 400 Mio €.

5 Deutlich mutiger *Lemcke*, *r+s* 2016, 267: Fast 1 Mrd. € bei Gesamtaufwendungen von 13,6 Mrd. € für Sach- und Personenschäden in der Kfz-Haftpflichtversicherung.

6 Unübertroffen die konzise Darstellung bei *Greiner*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (VI. Zivilsenat) zum Fahrzeugschaden seit dem 2. Schadenersatzänderungsgesetz, *Homburger Tage* 2005, 7 ff = *zfs* 2006, 63 ff sowie 124 ff.

7 Das Abstellen auf die Erforderlichkeit hat bewirkt, dass die ersatzfähigen Kosten in einer ersten Etappe auf 1/3 gesunken sind, ehe der Streit in der 2. Etappe darum geht, ob davon abermals bloß 1/3 ersatzfähig ist, somit 1/9 der ehemals ersatzfähigen Kosten. Selbst nach ca. 50 BGH-Entscheidungen ist die Bandbreite des Zuspruchs bei den Instanzgerichten beträchtlich. Beeindruckend die Darstellung bei *Scholten*, Ersatz von Mietwagenkosten – (k)ein Ende der Diskussion in Sicht?, *DAR* 2014, 72 ff.

8 *Lemcke*, *r+s* 2013, 103.

9 Ähnlich der Befund bei *Heß*, Totalschaden oder Reparaturfall? – Versuch einer Standortbestimmung der Rechtsprechung des BGH, 3. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2014, 17: Gebäude der Abrechnung des Kfz-Schadens hat Risse bekommen.

zelentscheidungen generelle Leitlinien zu entwickeln, die eine Vorhersehbarkeit der Rechtslage bei Fällen zu ermöglichen, die gegenüber dem entschiedenen zwar nicht identisch, aber immerhin ähnlich sind, mit anderen Worten, die Trennlinien aufzuzeigen, wann ebenso und wann gegenteilig zu verfahren ist.

Der BGH hat in der konkreten Entscheidung<sup>10</sup> seine **bisherige Rechtsprechung bestätigt** und betont, dass er auch in Anbetracht der **technischen und wirtschaftlichen Entwicklung** der letzten Jahre keinen Anlass sehe, von der bisherigen Judikatur abzuweichen. Da das Höchstgericht nicht gerne von seiner bisherigen Judikatur abweicht, ist der Verweis auf eine **inzwischen erfolgte technische Veränderung** mitunter der Aufhänger, aus „diesem Grund“ die Rechtsprechung anzupassen. Eine solche **Veränderung im Faktischen** vermochte der VI. Senat in concreto nicht wahrzunehmen. Vielmehr verweist er darauf, dass der regionale Markt wegen der **zunehmenden allgemeinen Zugänglichkeit von Online-Gebrauchtwagenbörsen** nicht überholt sei.

Der Geschädigte verstoße nicht gegen die Schadensminderungsobliegenheit, wenn er nach Einholung eines Sachverständigengutachtens, das eine korrekte Wertermittlung erkennen lasse, das Wrack zu dem dort ermittelten Wert veräußere, ohne dass er verpflichtet sei, den Ersatzpflichtigen, in concreto den gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherer, vom Vorliegen des Sachverständigengutachtens zu informieren und diesem vor einer Disposition ein Mitbieten zu ermöglichen. Damit würde die gesetzgeberische Grundentscheidung unterlaufen, dass der **Geschädigte der Herr des Restitutionsgeschehens** sei. Gründe, die de lege lata erlaubten, von diesen Grundsätzen bei Verwertung des Wracks abzuweichen, seien nicht erkennbar.<sup>11</sup>

## II. Die widerstreitenden Interessen

Ob der **Haftpflichtversicherer Gelegenheit zum Mitbieten** erhalten soll oder der Geschädigte ohne dessen Einschaltung das Wrack – letztlich auf Kosten des Haftpflichtversicherers – veräußern (aus dessen Sicht **verschleudern**) darf, ist von einer **Interessenabwägung** abhängig.<sup>12</sup> Ehe diese vorgenommen wird, sollen die maßgeblichen Interessen kurz beschrieben werden:

### 1. Interessen des Geschädigten

Dem Geschädigten wurde von einem ersatzpflichtigen Dritten ein Schaden an seinem Kfz zugefügt. Dem Geschädigten ist daran gelegen, diesen Schaden innerhalb **kürzester Zeit** und **ohne unnötige Scherereien** und möglichst **ohne Einmischung von dritter Seite** zu beheben, weil das die Schadensregulierung weiter komplizieren würde. Seine Mühewaltung ist keine schadensrechtlich abgeltungsfähige Aufwendung, weshalb ihm nicht allzu viel abverlangt werden kann. Für den typischen Geschädigten ist ein solcher **Schadensfall ein einmaliges Ereignis**. Er hat keine besonderen Marktkenntnisse. Insbesondere weiß er nichts von der **beträchtlichen Marktpreisung**, dass nämlich bei Veräußerung an den Bestbieter eines Autowracks, der durch Eingabe der Fahrzeugdaten in eine Restwertbörse ermittelt wird, ein Erlös herauspringt, der beim **2- bis 3-fachen** dessen liegt, was bei Veräußerung oder Inzahlunggabe an den lokalen Händler erzielt wird.

Er soll das Wrack bei Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs bei dem ihm **vertrauten örtlichen Gebrauchtwagenhändler** in Zahlung geben können. Um sich gegen das Risiko abzuschützen, nicht wenigstens den **durchschnittlichen Erlös** auf

dem regionalen Markt zu erzielen, ist er nach der BGH-Rechtsprechung<sup>13</sup> gehalten, ein Sachverständigengutachten – auf Kosten des Ersatzpflichtigen – einzuholen. Lässt dieses das Bemühen um eine Wertermittlung nach den Vorgaben der BGH-Rechtsprechung erkennen, darf er im Vertrauen darauf disponieren und das Wrack ohne weitere Kontaktaufnahme mit dem Kfz-Haftpflichtversicherer veräußern. Dem Geschädigten ist nicht abzuverlangen, **Marktforschung** zu betreiben und mit überregionalen spezialisierten Restwertaufkäufern Kontakt aufzunehmen, weil das einerseits mit besonderer Mühe verbunden ist und er weder solche **Verwertungsmodalitäten kennt** noch ihm der **Zugang zu derartigen Restwertbörsen** offen steht. Durch Inzahlunggabe des Wracks ist auch der Betrag geringer, mit dem er bei einem Deckungskauf zur Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs in Vorlage treten muss, ehe er die geschuldete Schadenersatzleistung bekommt.

### 2. Interessen des Haftpflichtversicherers

Mitunter wird betont, dass vom Geschädigten schon deshalb zu verlangen ist, sich **„wirtschaftlich vernünftig“** zu verhalten, weil es nicht angehen könne, dass er durch sein – „rücksichtsloses“ – Verhalten die **Versicherungsgemeinschaft schädigt**,<sup>14</sup> weil höhere Aufwendungen der Kfz-Haftpflichtversicherer sich in höheren Kfz-Haftpflichtversicherungsprämien niederschlagen. Indes, so einfach ist die Welt nicht, in der wir leben. Die **Kfz-Haftpflichtversicherer** sind – völlig legitimerweise – auf **Gewinnmaximierung bedachte Unternehmen**, deren Unternehmensziel so beschrieben werden kann: Anzustreben sind im Wettbewerb **möglichst hohe Prämien bei möglichst geringer Belastung durch Schadenersatzzahlungen**. Haftpflichtversicherer sind somit mehr als bloße Treuhänder ihrer Versicherungsnehmer und schon gar nicht die Caritas socialis. Angesichts der oben beschriebenen drastischen Einsparungen in den letzten 15 Jahren war von einer Senkung der Kfz-Haftpflichtversicherungsprämien in den letzten Jahren nichts zu bemerken; jedenfalls besteht **kein solcher linearer Zusammenhang** zwischen Einsparungen beim Schadensaufwand und der Senkung der Versicherungsprämien. Dessen ungeachtet sind manche, wenn auch nicht alle von deren Interessenvertretern vorgetragene Argumente durchaus beachtenswert.

Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass die Anforderungen an die Schadensminderungspflicht bei den **Mietwagenkosten** sowie bei Verwertung der **Restarbeitskraft** viel weiter gehen würden.<sup>15</sup> Das mag damit zu begründen sein, dass ein Geschädigter auch außerhalb eines Unfalls gelegentlich – im Urlaub – ein Auto anmietet, während der Durchschnittsbürger mit der Inanspruchnahme von Restwertbörsen keine Erfahrungen hat. Zudem sind die Anforderungen bei den **Mietwagenkosten** womöglich **überspannt**, unterstellt doch der BGH einem – durchschnittlichen – Geschädigten, dass er die **Judikatur des VI. Senats kennen** müsse,<sup>16</sup> was **nicht besonders lebensnah** erscheint. Zutreffend ist aber der Verweis auf einen „Sondermarkt“: Bei den **Mietwagenkosten** konnte sich ein **„Mondscheintarif“** entwickeln, weil sich der Geschädigte

10 NZV 2017, 174 Rn 12.

11 Rn 13; aA Lemcke, r+s 2016, 267 zu der vom BGH bestätigten Entscheidung des OLG Hamm: Fraglich, ob ein wirtschaftlich fragwürdiges Ergebnis rechtlich zwingend ist.

12 Zu dieser umfassend *Ch. Huber*, Der Restwert – Ein komplexes Problem im Spannungsverhältnis zwischen Geschädigtem, Kfz-Haftpflichtversicherer und Kfz-Sachverständigem, DAR 2002, 337 ff, 385 ff.

13 BGH NZV 2010, 193.

14 So zuletzt *Lemcke*, r+s 2016, 267.

15 *Lemcke*, r+s 2016, 268.

16 BGH NZV 2006, 139.

bei voller Überwälzbarkeit der Kosten auf den Schädiger um dessen Höhe nicht kümmern musste; ganz von der Hand zu weisen, ist die Parallele zum regionalen Markt bei den Restwerten nicht, wiewohl der vom Sachverständigen ermittelte Durchschnittswert eine Bremse darstellt.<sup>17</sup> Der Fall der Verwertung der **Restarbeitskraft** betrifft einen **Dauerschaden**, der mit der verglichen dazu punktuellen Schadensregulierung nach einem wirtschaftlichen Totalschaden nicht vergleichbar ist.

Wenn sich die Kfz-Haftpflichtversicherer damit begnügen, den Geschädigten bloß an den Bestbieter zu verweisen, folgt deren Verhaltensweise dem Motto: **Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass**. Der Geschädigte möge einen möglichst hohen Restwerterlös erzielen, aber der Haftpflichtversicherer möchte damit möglichst wenig zu tun haben. Jegliches Problem würde sich sogleich lösen, wenn der Haftpflichtversicherer den **vollen Wiederbeschaffungswert bezahlen** würde und das **Wrack selbst aufkaufen** und sich sodann um die Verwertung kümmern würde. Diesen Aufwand will sich der Haftpflichtversicherer aber nicht antun. Immerhin will er aber **vor Disposition des Geschädigten gefragt** werden und diesen dann – zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil wegen der dadurch per Saldo geringeren Ersatzpflicht – **zum Bestbieter navigieren**.

Das Dilemma nach der herrschenden BGH-Rechtsprechung liegt darin, dass der Kfz-Haftpflichtversicherer bei der Unterbreitung von Alternativofferten im Regelfall zu spät kommt. Es findet ein – unfairer und auch unwürdiger – Wettlauf wie beim **Hase-Igel-Spiel**<sup>18</sup> statt. Der Haftpflichtversicherer hat zwar – wie der Hase – die höhere Kompetenz; es „gewinnt“ aber trotzdem der Geschädigte, weil dieser eine Disposition trifft, ehe der Haftpflichtversicherer auch nur die **realistische Chance** hatte, davor dem Geschädigten ein **höheres Alternativangebot** zur Kenntnis zu bringen. Dass manche Geschädigtenanwälte von ihrer Vollmacht die Empfangszuständigkeit für solche Restwertangebote ausschließen,<sup>19</sup> passt dazu gut ins Bild.

### 3. Interessen des örtlichen Autohauses

Ob der Geschädigte einen **hohen oder geringen Restwerterlös** erzielt, ist – von Fällen der Kürzung seines Anspruchs wegen Mitverschuldens abgesehen – für diesen **ergebnisneutral**. **Profiteur eines geringen Restwerterlöses** bei Veräußerung oder Inzahlunggabe an das **örtliche Autohaus** ist dieses allein. Das Autohaus kennt gerade so wie der Haftpflichtversicherer die Möglichkeit der Weiterveräußerung des Wracks an einen aus einer Restwertbörse ermittelten Bestbieter unter den überregionalen Restwertaufkäufern und hat auch Zugang zu solchen Restwertbörsen. Es repariert das Wrack nicht selbst, sondern veräußert es in unrepariertem Zustand, was auch der BGH<sup>20</sup> zur Kenntnis nimmt. Ob ein solcher **Aufkäufer seriös** ist oder nicht, ob ein solches **Wrack notdürftig zusammengefrickelt** Deutschlands Straßen oder die des Baltikums womöglich weniger sicher macht, ist nicht sein Herzensanliegen.

Was für ihn zählt, das ist das **Lukrieren einer Handelspanne von 100 %** oder mehr. Früher sprach man von der **schnellen Mark**; für den € gilt heute Entsprechendes. Es mag sein, dass das eine der **wenigen verbliebenen lukrativen Einkunftsquellen für das regionale Autohaus** ist, das es diesem ermöglicht, seine geschrumpften Gewinnmargen ein klein wenig aufzubessern. Allein, es kann **nicht Aufgabe des Haftpflichtrechts** sein, Drittbeteiligte auf Kosten der Ersatzpflichtigen **querzusubventionieren**. Die Interessen der lokalen Autohäu-

ser haben somit im Rahmen der Interessenabwägung außer Betracht zu bleiben.

## III. Überprüfung der vom BGH ins Treffen geführten Argumente

### 1. Der Geschädigte ist der Herr des Restitutionsgeschehens

Beschworen wird der Grundsatz, dass der **Geschädigte der Herr des Restitutionsgeschehens** sei. Würde man die Inzahlunggabe des Wracks zum Gutachtenpreis an das örtliche Autohaus vereiteln, würde das die dem Geschädigten durch § 249 Abs 2 S 1 BGB eröffnete Möglichkeit der **Schadensbehebung in eigener Regie** mit der ihr **immanent subjektbezogenen Schadensbetrachtung** zunichte gemacht.<sup>21</sup> Würde der Geschädigte auf ein **höheres Angebot auf dem Sondermarkt** verwiesen, würde man die ihm nach § 249 Abs 2 S 1 BGB zustehende **Ersetzungsbefugnis unterlaufen**.<sup>22</sup>

Das ist indes nur dann stimmig, wenn man **Ersatzbeschaffung und Veräußerung bzw. Inzahlunggabe des Wracks** als Ausprägung der **Restitution** qualifiziert. Das ist so, wenn man Deckungskauf und Wrackveräußerung als **wirtschaftliche Einheit** betrachtet. Das ist eine mögliche, aber **keinesfalls die einzig denkbare Betrachtungsweise**. Außer Streit steht, dass der Geschädigte entscheiden können muss, ob er das beschädigte Fahrzeug behalten und reparieren lassen will oder es verkaufen und ein Ersatzfahrzeug anschaffen will. Im Fall des **Behaltens** hat der BGH<sup>23</sup> judiziert, dass der Geschädigte im Weg einer **Totalschadensabrechnung de luxe**, die eine **verkappte Reparaturkostenabrechnung** darstellt, nicht auf einen höheren Restwerterlös verwiesen werden darf.<sup>24</sup> Die vom BGH<sup>25</sup> angestellte fürsorgliche Überlegung, dass dem Geschädigten nicht das Risiko aufgebürdet werden dürfe, bei einem späteren Verkauf nicht den vom Kfz-Haftpflichtversicherer unmittelbar nach dem Unfall genannten Preis zu erzielen, ist angesichts dieser Judikatur obsolet.

Entscheidet sich der Geschädigte indes für die **Veräußerung des Wracks** und im Regelfall damit einhergehend für die Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs, ist mE zwischen dem beim **Deckungskauf beachtlichen Restitutionsinteresse** und dem bei der **Veräußerung des Wracks weniger weitreichenden Kompensationsinteresse** zu unterscheiden. Gerade bei einem Gebrauchtfahrzeug ist es strikt abzulehnen, dass der Ersatzpflichtige mitentscheidet, **welches Ersatzfahrzeug** der Geschädigte anschafft. Seines mag besonders gepflegt gewesen sein, das auf dem Markt erhältliche und vom Sachverständigen als gleichwertig beschriebene ist es gerade nicht. Mitunter werden Gebrauchtfahrzeuge veräußert, weil sie

17 Zur Skepsis gegenüber der Unabhängigkeit des Kfz-Sachverständigen, der in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis zum lokalen Autohaus stehe, *Lemcke*, r+s 2016, 268.

18 Sollte das nicht bekannt sein, sei diese Metapher erläutert: Ein Hase und ein Igel vereinbaren ein Wettrennen auf einem Feld. Der Hase ist wegen seiner Physiognomie, die ihn für das Laufen besser geeignet macht als den Igel, zuversichtlich, das Rennen zu gewinnen. Letztendlich verliert der Hase aber, weil ihn der Igel überlistet. Wann immer der Hase am Ziel ankommt, wartet dort ein zweiter (gleich aussehender) Igel, der sich zum Sieger gegenüber dem Hasen erklärt, ohne dass der Hase bemerkt, dass er einer Finte auf den Leim gegangen ist.

19 Das in Reaktion auf OLG Düsseldorf BeckRS 2006, 08846.

20 BGH r+s 2009, 215.

21 So schon BGH NZV 1993, 305.

22 In diesem Sinn bereits BGH r+s 2009, 215.

23 BGH NZV 2007, 291; NZV 2007, 565; NZV 2010, 193.

24 Dazu *Ch. Huber*, Eine neue Kategorie – Totalschadensabrechnung de luxe oder verkappte Reparaturkostenabrechnung, *Besprechung von BGH 6.3.2007 (Az. VI ZR 120/06)*, NJW 2007, 1625 ff.

25 BGH r+s 2009, 215.

versteckte Macken haben, die weder der Käufer noch der Händler erkennen kann. Zudem mag so mancher Geschädigter – deshalb – eine durchaus nachvollziehbare Abneigung gegen den Erwerb von Gebrauchtfahrzeugen haben, weshalb er sich nach Totalschaden seines Fahrzeugs für eine Neuananschaffung entscheidet. Insoweit geht es um **Restitution**, nämlich die **Herstellung des realen Zustands**, der ohne schädigendes Ereignis bestanden hätte, was je nach den Präferenzen des Geschädigten unterschiedlich ausfallen kann.

Soweit es um die **Veräußerung des Wracks** geht, gibt es jedoch kein anerkanntes Interesse des Geschädigten, **bei wem** und schlussendlich **wo** sein beschädigtes Fahrzeug landet. Bei einem **Haustier** mag ein ideelles Interesse des Halters bestehen, wo etwa das langjährige Reitpferd das Gnadentrot erhält, wenn es lahmt; bei einem **Fahrzeug** sind **solche Sentimentalitäten** abzulehnen, wird den Deutschen auch ein **erotisches Verhältnis zum eigenen Gefährt** nachgesagt.<sup>26</sup> Hier kann es allein darum gehen, dass mit **wirtschaftlich zumutbarem Aufwand** ein **möglichst hoher Erlös** erzielt wird. Abgesehen davon, dass das **Verhalten bei Selbsttragung des Schadens** nicht stets der Maßstab ist, an dem die Reaktion des Geschädigten bei Überwälzbarkeit auf einen Ersatzpflichtigen zu messen ist,<sup>27</sup> so kommt dem immerhin eine gewisse **Indizwirkung** zu. Bei Selbsttragung würde sich ein **wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch** um eine **bestmögliche Verwertung** bemühen. Hat er – wegen eines Mitverschuldens oder Zurechnung der Betriebsgefahr – einen Teil des Schadens zu tragen, kommt das schon zum Tragen. Dass ein **Sachverständiger** einen solchen Umstand nur bei **ausdrücklichem Hinweis** zu beachten hat, wie der BGH<sup>28</sup> das ausgesprochen hat, ist durchaus kühn, würde doch ein durchschnittlicher Geschädigter bei Betrauung eines Sachverständigen davon ausgehen, dass der Sachverständige als sein Vertragspartner ihn über all die Umstände aufklärt, die zu seinem Gunsten sind.

## 2. Voller Ausgleich des Geschädigten, aber keine Bereicherung

Eines der zentralen Prinzipien, von denen sich der BGH bei der Festsetzung des ersatzfähigen (Sach-)Schadens leiten lässt, ist das **Bereicherungsverbot**. Der Geschädigte soll **vollen Ausgleich** erhalten, aber **am Schadensfall nicht verdienen**. Stellt er das Wrack selbst ins Internet und erzielt er einen höheren als den vom Sachverständigen geschätzten Durchschnittserlös des regionalen Marktes, muss er sich den **konkret erzielten höheren Erlös in vollem Umfang anrechnen** lassen, selbst wenn damit **Mühen und Scherereien** verbunden waren, nämlich dass er mehrmals sich an seine Arbeitsstelle begeben und dort Verhandlungen mit dem Käufer führen musste.<sup>29</sup> Unter dem Gesichtspunkt, dass solche Mühehaltung im Schadensrecht keine ersatzfähige Aufwendung ist, ist dieses **Judiz folgerichtig**. Einen Anreiz für den Geschädigten, sich um einen möglichst hohen Erlös zu bemühen, stellt das indes nicht dar, wenn der „Übererlös“ **nicht einmal partiell in die eigene Tasche gesparrt** wird, sondern **ausschließlich dem Ersatzpflichtigen zugute kommt**.

Ein **rational handelnder Geschädigter** wird auf der Basis dieser Judikatur den für ihn **bequemeren Weg** beschreiten und das Wrack nach Einholung eines Sachverständigengutachtens bei dem ihm vertrauten Gebrauchtwagenhändler in Zahlung geben. Das ist jedenfalls mit **weniger Scherereien** verbunden. Dazu kommt ein weiterer Umstand: Kaum jemand erwirbt ein Fahrzeug zum **Listenpreis** bzw. zu dem Preis, zu dem der Händler das Fahrzeug (zunächst) anbietet. Nicht nur auf dem **Bazar im Orient**, auch in deutschen

**Landen** ist es durchaus üblich, um einen Abzug zu feilschen. Kann der Käufer dem regionalen Händler ein Wrack zu einem Preis anbieten, das der Händler **im Handumdrehen mit einer Handelsspanne um 100 % oder mehr weiterverkaufen** kann, wird er womöglich in höherem Maß geneigt sein, beim Ankaufspreis im Rahmen des Deckungskaufs für das Ersatzfahrzeug mit sich reden zu lassen. Der gemessen an den **wahren Marktverhältnissen** deutlich zu **niedrige Preis** bei Inzahlunggabe des Wracks führt daher jedenfalls im wirtschaftlichen Ergebnis durchaus zu einer **Bereicherung des Geschädigten**.<sup>30</sup> Nur fällt das bei der vom BGH **angestellten mechanischen Vergleichsbetrachtung** nicht auf, weil der Wiederbeschaffungswert – abgesehen vom nachzuweisenden Anfall von Umsatzsteuer – jedenfalls verlangt werden kann, unabhängig davon, ob der Geschädigte überhaupt ein Ersatzfahrzeug anschafft bzw. wieviel er dafür aufwendet.

## 3. Schlussfolgerung

Die bisherige Rechtsprechung zum Restwert lässt sich nicht mit dem **Restitutionsprinzip** begründen, weil es bei der Verwertung des Wracks nicht um Restitution, sondern um **Kompensation** geht. Wertungsmäßig ist zwischen der Reparatur in der vertrauten Vertragswerkstätte zu unterscheiden von der Veräußerung des Wracks an das vertraute Autohaus. Jedenfalls im prototypischen Fall führt die Inzahlunggabe des Wracks beim regionalen Gebrauchtwagenhändler bei wirtschaftlich umfassender Betrachtung zu einer **Bereicherung des Geschädigten**, weil er dem lokalen Gebrauchtwagenhändler ein Geschäft mit einer Handelsspanne von 100 % oder mehr ermöglicht, was diesen – jedenfalls auf entsprechendes Betreiben des Käufers – dazu veranlassen wird, beim Deckungskauf eine Spur entgegenkommender zu sein als ohne Anbot eines solchen Schnäppchens. Es stellt sich die Frage, welche Konsequenzen aus diesem Befund zu ziehen sind.

## IV. Auswirkungen bei Gewichtung der beachtlichen Interessen von Geschädigtem und Ersatzpflichtigem

Ausgangspunkt der Betrachtung ist der Umstand, dass der **typische Geschädigte** von der **Marktspreizung keine Kenntnis** hat, er **keinen Anreiz** hat, sich um einen höheren Restwertaerlös zu bemühen, weil davon **ausschließlich der Ersatzpflichtige profitiert** und die Schadensregulierung für ihn mit **möglichst geringer Mühe** verbunden sein soll, auch deshalb, weil er diese nicht abgegolten bekommt. Folgerichtig darf von ihm **keine Marktforschung** verlangt werden. Selbst wenn im Interesse des Ersatzpflichtigen ein höherer Verwertungserlös für das Wrack erzielt werden soll, ist darauf zu achten, dass die **Rechtsposition des Geschädigten** möglichst der entspricht wie bei **Inzahlunggabe des Wracks an den örtlichen Gebrauchtwagenhändler** im Zuge eines Deckungskaufs.

Der BGH<sup>31</sup> hat ausgesprochen, dass der Geschädigte bei Inzahlunggabe des Wracks an den örtlichen Gebrauchtwagenhändler nach Einholung eines Sachverständigengutachtens, das eine korrekte Wertermittlung erkennen lasse, zu

26 Gas, VersR 1999, 261.

27 Bei Selbsttragung des Schadens macht insbesondere der finanziell minderbemittelte Geschädigte mitunter Kompromisse; bei Überwälzung auf einen Dritten kann jedoch völlig zu Recht ohne solche Einschränkungen voller Ausgleich der erlittenen Einbuße verlangt werden.

28 BGH r+s 2009, 215.

29 BGH NZV 2005, 140.

30 So auch die Einschätzung von Lemcke, r+s 2016, 267.

31 BGH NZV 1992, 147; NZV 2005, 140; r+s 2009, 215.

dem dort ermittelten Durchschnittswert, er sich **grundsätzlich nicht auf ein höheres Angebot** verweisen lassen müsse, das nur auf einem Sondermarkt erzielbar sei, etwa durch Einschaltung spezialisierter Restwertaufkäufer über das Internet. **Besondere Umstände** können dem Geschädigten indes Veranlassung geben, günstigere Verwertungsmöglichkeiten wahrzunehmen und im Rahmen des **Zumutbaren** andere sich bietende Verwertungsmöglichkeiten zu ergreifen. Das stehe freilich zur **Beweislast des Schädigers**, die in **engen Grenzen** zu halten sind, weil das darf nicht dazu führen dürfe, dass dem Geschädigten bei der Schadensbehebung die vom Schädiger bzw. Versicherer **gewünschten Verwertungsmodalitäten aufgezwungen** werden.<sup>32</sup>

Bejaht wurde das bei **Präsentation eines höheren Offers auf dem Silbertablett vor Disposition des Geschädigten**. Auch dann müsse es sich aber um eine **erheblich günstigere Verwertungsmöglichkeit** handeln, die vom Geschädigten **ohne Weiteres** wahrzunehmen sei und die diesem **auch zumutbar** sei. Entlarvt man die Veräußerung des Wracks bloß als Ausprägung des **Kompensationsinteresses**, sind die **Skrupel bei Aufdrängung** einer dem Geschädigten nicht genehmen Verwertungsmodalität durch **Veräußerung an einen ihm namhaft gemachten überregionalen Restwertaufkäufer** freilich nicht mehr so groß. Es stellt sich die Frage, ob im Rahmen der zumutbaren Ausnahmen nicht noch weitere Konstellationen denkbar sind. Das ist mE durchaus zu bejahen:

Wenn der Haftpflichtversicherer dem **Geschädigten vor dessen Disposition** mitteilt, dass er ihm den **vollen Wiederbeschaffungswert** bezahle **Zug um Zug** gegen **Abtretung des Erlöses** aus der Veräußerung des Wracks an einen vom Haftpflichtversicherer namhaft zu machenden Käufer, sind gegenüber der Inzahlunggabe des Wracks an den örtlichen Gebrauchtwagenhändler keine – nennenswerten – Nachteile für den Geschädigten erkennbar.<sup>33</sup> Wann der Aufkäufer kommt, ob er bei der Barzahlung Blüten und nicht Geldscheine übergibt, zählt dann nicht mehr zur Risikosphäre des Geschädigten. Da auch der **Schädiger**, sei es der Lenker oder der Halter, also der Versicherungsnehmer bzw. Mitversicherte zur Schadensmeldung gegenüber dem Haftpflichtversicherer „verpflichtet“ ist, hat es der Haftpflichtversicherer in der Hand, jedenfalls von seinem Vertragspartner im **engsten zeitlichen Naheverhältnis vom Unfallschaden informiert** zu werden. Dieser Vorschlag konkretisiert die in der besprochenen BGH-Entscheidung<sup>34</sup> gegebene Empfehlung, dass es der Schädigerseite unbenommen bleibe, im Rahmen einer möglichst frühzeitigen Kontaktaufnahme etwa durch wirtschaftliche Anreize darauf hinzuwirken, dass der Geschädigte die Verwertung des Wracks freiwillig in die Hände des Haftpflichtversicherers lege oder zu versuchen, auch ohne Mitwirkung des Geschädigten rechtzeitig eine günstigere Verwertungsmöglichkeit zu unterbreiten.

Ab Kenntnis des Unfallschadens liegt es am Kfz-Haftpflichtversicherer, an den Geschädigten **ganz zeitnah** mit einem hier beschriebenen Ansinnen heranzutreten, wobei offen zu legen wäre, dass dies **nur in dem Fall bedeutsam** sei, dass sich der Geschädigte aus freien Stücken gegen die Reparatur des beschädigten Fahrzeugs und **für die Veräußerung des Wracks** entscheide. Der guten Ordnung halber sollte offen gelegt werden, dass der Haftpflichtversicherer für **alle Folgeschäden** aufkommen werde, die aus einer verzögerten Schadensregulierung resultieren. Aus Transparenzgründen sollte auf die **enormen Preisunterschiede bei Veräußerung des Wracks** hingewiesen werden. Sollte sich ein derart aufgeklär-

ter Geschädigter dann über das „Anbot“ des Haftpflichtversicherers hinwegsetzen und auf der Veräußerung zu dem vom Sachverständigen ermittelten Durchschnittswert des regionalen Marktes an das ihm vertraute Autohaus bestehen, kann mit guten Gründen ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit angenommen werden. Im Fall der Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens oder einer mitwirkenden Betriebsgefahr schneidet sich der Geschädigte damit auch ins eigene Fleisch.

Der **bisher anerkannte Ausnahmefall** würde insoweit um eine **klitzekleine, in vielen Fällen aber streitentscheidende Nuance** erweitert. Im konkreten Fall war der Hinweis des Haftpflichtversicherers, dass die **Schadensunterlagen momentan geprüft** würden, nach der hier vertretenen Ansicht nicht ausreichend, sodass die **BGH-Entscheidung zutreffend** ist. Insofern liegt es künftig bei den – hoffentlich kundigen – Haftpflichtversicherern, sich auf diese hier vorgeschlagene neue Vorgabe einzustellen und danach zu handeln. Es wäre zudem ein Beitrag zu einer rascheren Schadensregulierung – häufig ist der Anspruch dem Grunde nach, wie auch in der zu besprechenden BGH-Entscheidung, unstrittig.

Einzuräumen ist, dass ein **besonders „kundiger“ Geschädigter** den **Haftpflichtversicherer** weiterhin „**austricksen**“ kann, indem er die Schadensmeldung erst vornimmt, nachdem er bereits vollendete Tatsachen geschaffen, ein Gutachten eingeholt und im Vertrauen darauf das Wrack veräußert hat<sup>35</sup> oder dieses sogar unmittelbar nach dem Unfall an das Autohaus zu dem vom Sachverständigen zu ermittelnden Durchschnittspreis veräußert. Dann kommt auch ein Informationsschreiben des Haftpflichtversicherers, das dieser zeitnah zum Unfall an den Geschädigten richtet, zu spät. Dagegen würde dann in der Tat lediglich Abhilfe schaffen, dass man vom Geschädigten verlangt, das Schadensgutachten dem Haftpflichtversicherer, der dieses immerhin bezahlt, vorzulegen bzw. **vor jeglicher Disposition die Stellungnahme des Haftpflichtversicherers abzuwarten**. Aber auch dann wird man vom Haftpflichtversicherer wiederum eine unverzügliche Reaktion darauf verlangen müssen. Nicht der Geschädigte muss eine angemessene Frist setzen, sondern der Haftpflichtversicherer muss dann von sich aus tätig werden.

Auf dem **Boden der bisherigen ständigen BGH-Judikatur** wird man eine Veräußerung des Wracks ohne Konsultierung des Haftpflichtversicherers dem Geschädigten schwerlich als **schuldhaften Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit** vorwerfen können, weil er sich gerade so verhält, wie er das nach der BGH-Judikatur darf. Womöglich führen **speziell gelagerte Einzelfälle** dazu, dass dem BGH Gelegenheit gegeben wird, sukzessive den **Manövrierspielraum des Haftpflichtversicherers zu erweitern**, ohne die **schützenswerten Interessen des Geschädigten zu beeinträchtigen**. Die **Zeche** würden in einer wachsenden Zahl von Fällen die **lokalen Autohäuser** zahlen, denen Schnäppchengeschäfte entgehen; aber deren Interessen dürfen im Rahmen des Schadenersatzanspruchs zwischen Geschädigtem und Ersatzpflichtigem gerade keine Rolle spielen. ■

32 BGH NZV 1992, 147; NZV 2000, 162; NZV 2010, 446.

33 Für die Unbeachtlichkeit des Hinweises, dass der Haftpflichtversicherer in der Lage sei, ein erheblich höheres Restwertgebot zu erzielen, vor Disposition des Geschädigten OLG Düsseldorf BeckRS 2004, 11419; aA LG Gera SP 2004, 195; LG Erfurt NZV 2007, 361; Zusendung eines solchen Informationsschreiben des Haftpflichtversicherers an den Geschädigten am Unfalltag bzw. 2 Tage später.

34 NZV 2017, 174 Rn 12.

35 So die Beobachtung von Lemcke, r+s 2016, 268.