

# Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht

## Band 3 Internationales Straßenverkehrsrecht

Herausgegeben von

**Dr. Michael Buse**

Rechtsanwalt und Avvocato

**Dr. Ansgar Staudinger**

Professor an der Universität Bielefeld



Zitervorschlag:  
MüKoStVR/Bearbeiter Kap./Land R.n.

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66353 6

© 2019 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Druck: Kösel GmbH & Co. KG  
Am Buchweg 1, 87452 Altusried-Krugzell

atz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen  
(Adresse wie Verlag)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

die Einschränkung der Möglichkeit, das eigene Kfz während der Dauer der unfallbedingten Reparatur zu benutzen, deshalb nicht in Betracht,<sup>401</sup> weil diese Gebrauchsmöglichkeit neben dem Substanzwert des Eigentümers keinen selbstständigen Vermögenswert darstellt.<sup>402</sup>

- 244 Die **Abgrenzung der Bearbeitungskosten** (zB entgeltliche Kostenvoranschläge, Schadensdokumentation uä) **von den vorprozessualen Kosten** ist nun durch § 1333 Abs 2 ABGB im Sinne der im Rechtsweg verfolgbaren **Ersatzansprüche** gelöst.
- 245 **ee) Verletzung eines Tieres.** Eine Sonderregel für ein Tier (das iSd § 285a ABGB nicht als Sache gilt, mangels anderslautender Regeln aber wie eine Sache behandelt wird) enthält § 1332a ABGB: Die Kosten der Heilung oder versuchten Heilung können den Zeitwert des Tieres auch um mehr als 10% übersteigen, sind doch solche Kosten zu ersetzen, soweit sie auch ein „verständiger Tierhalter“ in der Lage des Geschädigten aufgewendet hätte. Im Übrigen sind allerdings auf Tiere die sachen- (und nicht die personen-)rechtlichen Vorschriften anzuwenden.<sup>403</sup>
- 246 **Wiederherstellung** (Naturalrestitution) bedeutet somit bei einem Tier die Veranlassung der erforderlichen **Maßnahmen zur erfolgreichen oder versuchten Heilung** des verletzten Tieres auf Kosten des ersatzpflichtigen Schädigers.<sup>404</sup>
- 247 Auch nach dieser Bestimmung sind jedoch die Kosten der Einstellung eines invaliden, nicht heilbaren, zum bisherigen Zweck nicht mehr brauchbaren Tieres („Gnadenbrot“) nicht zu ersetzen.<sup>405</sup>

## II. Sachschaden

- 248 **1. Einleitung. a) Parallelen und Unterschiede.** Das Sachschadensrecht ist dadurch geprägt, dass es im deutschen und österreichischen Privatrecht wenige und zudem weitgehend gleiche oder zumindest ähnliche Normen gibt. Es geht um den Ausgleich der Einbuße im Spannungsverhältnis zwischen Bereicherungsverbot und voll angemessener Entschädigung.<sup>406</sup> Letztendlich entscheidend ist das richterliche Judiz; es handelt sich im Detail weitgehend um Richterrecht.<sup>407</sup> Der OGH hat das in einer älteren Entscheidung,<sup>408</sup> in der anders als in Deutschland eine pauschalierte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kfz abgelehnt wurde, prägnant ausgedrückt: „Mit der BRD haben wir die Beschaffenheit der Anlassfälle gemeinsam, aber nicht den Stil der Judikatur im Verhältnis zum Gesetz.“
- 249 Zutreffen wird, dass die Kfz-Flotte in Österreich weniger hochpreisig ist und der emotionale Stellenwert zum Fahrzeug in Österreich weniger ausgeprägt ist als in Deutschland.<sup>409</sup> Die wirtschaftliche Bedeutung des Kfz-Schadens für die Kfz-Haftpflichtversicherer ist in Österreich ähnlich hoch wie in Deutschland; sie beträgt ca 75 % der Gesamtaufwendungen.<sup>410</sup> Da wie dort ist – schon wegen der Häufigkeit der Schadensfälle – das Kfz-Sachscha-

<sup>401</sup> OGH 3.3.1969 – 2 Ob 358/67, SZ 42/33; OGH 26.2.1975 – 8 Ob 259/74, SZ 48/22; OGH 9.10.1986 – 8 Ob 573/86, SZ 59/165; OGH 23.2.1999 – 1 Ob 331/98b, ZVR 2000/16.

<sup>402</sup> OGH 17.6.1993 – 2 Ob 26/93, ZVR 1994/39.

<sup>403</sup> OGH 18.1.1995 – 7 Ob 36/94, SZ 68/9 mwN; OGH 26.11.1996 – 1 Ob 2351/96h, SZ 69/264 = EvBl 1997/106; OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156 = EvBl 1999/38 = ZVR 1999/38.

<sup>404</sup> OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156 = EvBl 1999/38 = ZVR 1999/38; *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek*, 4. Aufl., § 1332a Rn. 2; *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, ABGB § 1332a Rn. 1.

<sup>405</sup> OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156 = EvBl 1999/38 = ZVR 1999/38; *Danzl* in KBB, ABGB § 1332a Rn. 3; anders *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1332a Rn. 3, der Analogie zum Heilungskostenersatz befürwortet.

<sup>406</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (163).

<sup>407</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (162).

<sup>408</sup> OGH 3.3.1969 – 2 Ob 358/67, SZ 42/33.

<sup>409</sup> Zur Spitzenstellung Deutschlands im europäischen Vergleich beim durchschnittlichen Sachschadensaufwand *Gas VersR* 1999, 261: Man sagt Deutschen ein erotisches Verhältnis zum Kfz nach. Zur möglichen Änderung dieser Einstellung *Eggert FS Danzl*, 2017, 27 (30 ff.).

<sup>410</sup> *Reisinger* ZVR 2008, 49 (50).

densrecht Motor für die Bestimmung des Ausmaßes des Ersatzes bei vom Schädiger zutragende Eigentumsbeeinträchtigungen.<sup>411</sup>

**b) Zielsetzung. aa) Ziel: Erste Einschätzung für deutschen Rechtsanwender.** 250  
Primär geht es um die Darstellung des status quo der Rechtslage; verzichtet wird daher auf die Erörterung juristischer Spitzfindigkeiten und dogmatischer Spiegelfechtereien. Der Fußnotenapparat wird auf ein Minimum beschränkt. Der mit der Beurteilung der österreichischen Rechtslage befasste deutsche Praktiker soll einen ersten Eindruck erhalten, inwieweit sich die Rechtslage mit der im deutschen Recht deckt oder unterschiedlich ist.

**bb) Begrifflichkeiten.** Das österreichische Recht ist geprägt vom Spannungsverhältnis 251  
zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung; gebräuchlich dafür ist der Terminus „gegliederter Schadensbegriff“, wie er sich aus den §§ 1323 f. ABGB ergibt. Danach kann bei leichter Fahrlässigkeit der Schaden nur objektiv-abstrakt, bei grober Fahrlässigkeit jedoch subjektiv-konkret berechnet werden. Der positive Schaden kann bei jedem Grad des Verschuldens verlangt werden, entgangener Gewinn jedoch nur bei mindestens grober Fahrlässigkeit. Die ältere auf *Wilburg*, *F. Bydlinski* und *Koziol* beruhende Lehre hat in der objektiv-abstrakten Schadensberechnung ein „Zaubermittel“ gesehen, um dogmatisch schwierige Fragen im Schadenersatzrecht wie die bei überholender Kausalität oder beim merkantilen Minderwert wie bei Zerschlagen des sprichwörtlichen Gordischen Knotens zu lösen. Die jüngere Rechtsprechung und Lehre hat zu anderen Lösungsansätzen gefunden. Die objektiv-abstrakte Schadensberechnung spielt in der Praxis kaum noch eine Rolle, sie ist als Schimäre ein im Verglühen befindlicher Mythos.<sup>412</sup> Zudem bemüht sich die Rechtsprechung, den Unterschied zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn möglichst gering zu halten,<sup>413</sup> sodass ein mit hohem Beweismaß nachweisbarer entgangener Gewinn als „positiver Schaden“ qualifiziert wird.

**cc) Restitution und Schaffung einer Ersatzlage bzw. Kompensation sowie Wertersatz.** 252  
Bedeutsamer als die Unterscheidung zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung ist die zwischen Restitution und Kompensation bzw Wertersatz. Das Ausmaß der Ersatzleistung ist davon abhängig, ob dem Geschädigten daran gelegen ist, dass der reale Zustand wie ohne schädigendes Ereignis wiederhergestellt wird, dann Restitution, oder er bloß Ersatz der ihm durch die Beeinträchtigung seiner Sache zugefügten Werteinbuße will. Der Wertersatz stellt dabei den Mindestersatz dar und gebührt unabhängig davon, wie der Geschädigte auf das schädigende Ereignis reagiert.<sup>414</sup>

Geht es dem Geschädigten um die Herstellung des realen Zustands, betätigt er also 253  
sein Restitutions- oder Integritätsinteresse, kann er einen darüber hinausgehenden Ersatz verlangen, der von den tatsächlichen Aufwendungen für die Restitution abhängig ist. Die Reparatur einer Sache entspricht im Regelfall in höherem Maß dem Restitutionsinteresse des Geschädigten als die Ersatzbeschaffung<sup>415</sup> und führt typischerweise zu einem höheren Ersatzbetrag.<sup>416</sup> Da eine Restitution in den seltensten Fällen passgenau möglich ist, ist im österreichischen Schadenersatzrecht der Begriff der „Schaffung einer Ersatzlage“ geläufig, womit ausgedrückt wird, dass immerhin eine Annäherung an den Zustand wie ohne schädigendes Ereignis erfolgt.

Der Geschädigte hat ein Wahlrecht zwischen Restitution bzw der Schaffung einer Ersatzlage 254  
und Kompensation; kommt eine Restitution bzw die Schaffung einer Ersatzlage nicht in Betracht oder ist das unverhältnismäßig, was kaum jemals der Fall sein wird, gebührt lediglich Wertersatz, in der Terminologie des § 1323 ABGB die Vergütung des Schätzwert-

<sup>411</sup> Ch. Huber in *BMff* (Hrsg.), 200 Jahre ABGB Tagung Lochau, 329.

<sup>412</sup> Ch. Huber in *BMff* (Hrsg.), 200 Jahre ABGB Tagung Lochau, 329 (331).

<sup>413</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1324 Rn. 4.

<sup>414</sup> Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 15.

<sup>415</sup> *Kriegner* ZVR 2014, 40; *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (29).

<sup>416</sup> Ch. Huber *ÖJZ* 2005, 161 (166), 211 (212).

tes.<sup>417</sup> Aber auch im Rahmen der Restitution kann er zwischen unterschiedlichen Annäherungszuständen im Vergleich zur Lage ohne Schädigung wählen.<sup>418</sup> Häufig verbleibt dann eine restliche Wertminderung, die zusätzlich zu den Aufwendungen zur Naturalrestitution begehrt werden kann. Der Begriff Wertersatz wird bald in der Bedeutung einer Werteinbuße überhaupt verwendet, aber auch für den merkantilen oder technischen Minderwert.

**255 dd) Wahlrecht zwischen Naturalrestitution durch den Schädiger und Geldersatz.** § 1323 ABGB entspricht im Ergebnis den §§ 249 und 251 BGB, somit nicht nur dem zwischen Restitution (§ 249 BGB) und Kompensation (§ 251 BGB), sondern auch dem Wahlrecht, ob der Geschädigte vom Schädiger Naturalrestitution verlangt (§ 249 Abs. 1 BGB) oder die Aufwendungen zur Naturalrestitution, wenn diese der Geschädigte selbst in die Hand nimmt (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB).<sup>419</sup> Jedenfalls Einigkeit besteht darin, dass der Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer, gegen den in der Kfz-Haftpflichtversicherung auch nach österreichischem Recht ein Direktanspruch (*action directe*) nach § 26 KHVG besteht, lediglich auf Geldersatz gerichtet ist. Dahin stehen kann, ob das mit § 49 VersVG begründet werden kann,<sup>420</sup> bezieht sich diese Norm doch allein auf das Deckungsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer.<sup>421</sup>

**256 ee) Keine fiktive Abrechnung nach Sachverständigengutachten im österreichischen Recht.** Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Abrechnung eines (Kfz-)Sachschadens im österreichischen und deutschen Recht liegt darin, dass – jedenfalls nach erfolgter Reparatur – nach österreichischem Recht lediglich die konkret angefallenen Aufwendungen ersatzfähig sind,<sup>422</sup> während es im deutschen Recht nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auf die erforderlichen Kosten ankommt. Im deutschen Recht sind in den letzten 20 Jahren mehrere Ansatzpunkte verfolgt worden, um die mit einer fiktiven Abrechnung mitunter verbundene Überkompensation zu vermeiden, so die Kappung der Umsatzsteuer in § 249 Abs. 2 S. 2 BGB durch das am 1.8.2002 in Kraft getretene 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, eine Begrenzung des Ersatzes auf Stundenverrechnungssätze einer freien Werkstätte,<sup>423</sup> eine „verkappte“ Reparaturkostenabrechnung<sup>424</sup> oder ein Wegfall der Reparaturkostenabrechnung bei Veräußerung des Fahrzeugs innerhalb von 6 Monaten.<sup>425</sup> Im österreichischen Sachschadensrecht bedarf es solcher Korrekturmechanismen nicht, weil nur Ersatz der jeweiligen Aufwendungen gebührt.<sup>426</sup> Bei Vorlage der Rechnung einer Werkstätte ist – anders als bei fiktiver Abrechnung – keine Gefahr gegeben, dass der Geschädigte einen „unbilligen“ Vorteil in die eigene Tasche wirtschaftet oder anders ausgedrückt, der für den über das Kompensationsinteresse hinausgehende sachliche Grund der Betätigung eines besonderen Restitutionsinteresses, nämlich typischerweise das Behalten des vertrauten eigenen Fahrzeugs, in Wahrheit gar nicht gegeben ist. Bezeichnenderweise kommt es bei Vorlage einer Werkstattrechnung – jedenfalls bis zur 100 %-Grenze – auch im deutschen Recht nicht auf die 6-Monats-Frist an.<sup>427</sup>

<sup>417</sup> OGH 9.1.1986 – 8 Ob 82/85, ZVR 1987/38; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 792.

<sup>418</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1323 Rn. 11; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 4.

<sup>419</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 792.

<sup>420</sup> So *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (481).

<sup>421</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 8, 12.

<sup>422</sup> OGH 25.1.1978 – 1 Ob 1, 2/78, SZ 51/7: Reparatur durch die Bundesstraßenverwaltung; OGH 1.12.1981 – 2 Ob 128/81, ZVR 1982/194: Busreparatur in Afghanistan; OGH 15.2.1978 – 8 Ob 19/78, ZVR 1978/321: Kein Anfall von USt bei Reparatur im Ausland; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 797.

<sup>423</sup> BGH 20.10.2009 – VI ZR 53/09, BGHZ 183, 21 = NJW 2010, 606.

<sup>424</sup> BGH 6.3.2007 – VI ZR 120/06, BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674; dazu *Ch. Huber* NJW 2007, 1625.

<sup>425</sup> BGH 23.5.2006 – VI ZR 192/05, BGHZ 168, 43 = NJW 2006, 2179.

<sup>426</sup> *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (534).

<sup>427</sup> BGH 5.12.2006 – VI ZR 77/06, NJW 2007, 588; anders im 130 %-Bereich: BGH 22.4.2008 – VI ZR 237/07, NJW 2008, 2183 mAnm *Kappus*.

Seit der Entscheidung 2 Ob 13/84<sup>428</sup> hat der OGH den Zuspruch fiktiver Reparaturkosten grundsätzlich aufgegeben. Er hat aber seine Terminologie nicht durchgehend geändert. Es findet sich nach wie vor die Ausdrucksweise „fiktive Reparaturkosten sind nur dann nicht zu ersetzen, wenn sie die objektive Wertminderung übersteigen“.<sup>429</sup> *Hinteregger*<sup>430</sup> merkt völlig zu Recht an, dass sich die Rechtsprechung von der Rechtsfigur der fiktiven Reparaturkosten ganz verabschieden sollte.

**2. Von Deutschland abweichende Regulierungsmentalität – (deshalb?) geringere Dichte höchstrichterlicher Entscheidungen.** Die Prozessquote in der Kfz-Haftpflichtversicherung liegt in Österreich bei 1 bis 1,5 %.<sup>431</sup> *Hinteregger*<sup>432</sup> sieht in der geringen Judikaturdichte<sup>433</sup> ungeachtet der Komplexität der schadenersatzrechtlichen Bewertung von Kfz-Schäden<sup>434</sup> eine Belegstelle für die gute Qualität der Schadensabwicklung durch Versicherungswirtschaft und (Tat-)Gerichte. Mitverantwortlich ist freilich auch, dass die Streitwertgrenze für das Einlegen einer Revision an den OGH deutlich höher liegt als in Deutschland. Dass es sich jeweils um vom OGH entschiedene Einzelfälle gehandelt hat, dürfte der Grund gewesen sein, weshalb sich keine starren Prozentsätze<sup>435</sup> herausgebildet haben wie die 100 %<sup>436</sup> - bzw 130 %-Grenze<sup>437</sup> in Deutschland, auch wenn diese für die Rechtssicherheit bei der Regulierung von Massenfällen förderlich wären.<sup>438</sup>

Eine Rolle spielt zudem, dass die Regulierung namentlich in Ostösterreich auch schon einmal beim Heurigen oder im Kaffeehaus erfolgt, wo man schlussendlich – infolge der dort entspannteren Atmosphäre – zu einer außergerichtlichen Regulierung ohne Inanspruchnahme von Gerichten gelangt. Erwähnt sei schließlich, dass ein österreichischer (Kfz-)Haftpflichtversicherer lieber im Einzelfall eine „Kulanzleistung“ erbringt, um nicht ein nachteiliges höchstrichterliches Judiz zu riskieren, das dann zu einer Belastung in 100 oder 1000 Folgefällen führt.<sup>439</sup> Es gilt daher aus der Sicht des Geschädigten: Wer kess auftritt, wird angemessen entschädigt,<sup>440</sup> wobei das naturgemäß nicht auf die Spitze getrieben darf, dürfte doch der OGH beim Kfz-Sachschaden weniger geschädigtenfreundlich sein als der BGH.<sup>441</sup>

Veröffentlicht werden in Österreich im Regelfall nur höchstrichterliche Entscheidungen, solche eines OLG nur ausnahmsweise. Aus diesem Grund muss in der Darstellung fallweise auch auf OGH-Entscheidungen aus den 70-er oder 80-er Jahren zurückgegriffen werden. Wegen der Lückenhaftigkeit der Judikatur haben Literaturmeinungen in Österreich größere Bedeutung als in Deutschland.

**3. Rolle des Kfz-Sachverständigen.** Aufgabe des Kfz-Sachverständigen ist es, die für die Schadensregulierung maßgeblichen Werte zu ermitteln, nämlich die Reparaturkosten durch eine Markenwerkstätte sowie gegebenenfalls alternative Reparaturmethoden, den

<sup>428</sup> OGH 10.4.1984 – 2 Ob 13/84, JBl 1985, 41 mAnm *Apathy*.

<sup>429</sup> Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 15; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 803; *Karner ZVR* 2010, 476.

<sup>430</sup> *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (484).

<sup>431</sup> *Karner ZVR* 2010, 476.

<sup>432</sup> *Hinteregger ZVR* 2014, 480.

<sup>433</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161: In den letzten 10 Jahren kaum OGH-Entscheidungen; *ders.* ZVR 2008, 532: Höchststrichterliche Entscheidungen sind so häufig wie die Stecknadel im Heuhaufen.

<sup>434</sup> So auch *Karner ZVR* 2010, 476 (481): Deutlich wird, wie viele Fragen offen, ungeklärt oder doch umstritten sind.

<sup>435</sup> *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 22, 49; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 799.

<sup>436</sup> BGH 29.4.2003 – VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395 = NJW 2003, 2085: Karosseriebaumeister.

<sup>437</sup> BGH 15.2.2005 – VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108.

<sup>438</sup> Aufschlussreich *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (33 ff.), der die Vorzüge einer Einzelfallabwägung erörtert, aber schlussendlich für einen fixen Grenzwert plädiert (37): „Jeder Grenzwert hat seine Schwächen, ... Er hat aber auch Vorteile. Sie überwiegen.“

<sup>439</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (162); so auch *Karner ZVR* 2010, 476: In kritischen Fällen wird eine höchstrichterliche Klärung bewusst vermieden.

<sup>440</sup> *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (533).

<sup>441</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (162).

merkantilen Minderwert, den Wiederbeschaffungswert, den Restwert, allenfalls noch die Zeitdauer für Reparatur und Ersatzbeschaffung. Der Kfz-Sachverständige ist dabei der Wahrheit verpflichtet. Diese ermöglicht freilich einen gewissen Ermessensspielraum.<sup>442</sup> Und nicht nur bei der Gewerkschaft gilt: Dessen Brot ich esse, dessen Lied ich singe.<sup>443</sup> Auch im Privatrecht sind die Loyalitätspflichten gegenüber dem Vertragspartner stärker ausgeprägt als gegenüber einem Dritten, auf dessen Belange der Kfz-Sachverständige auch Rücksicht nehmen muss.<sup>444</sup>

- 262 Um es auf den Punkt zu bringen: Ob der Geschädigte einen „unabhängigen“, zumeist von Autohaus oder Werkstätte vermittelten Kfz-Sachverständigen betraut oder der Kfz-Haftpflichtversicherer einen (von ihm) „abhängigen“, mag dieser bei ihm oder einer Tochtergesellschaft angestellt sein<sup>445</sup> oder nur ständig von ihm „Aufträge“ erhalten, ist der archimedische Punkt im Rahmen der Schadensregulierung.<sup>446</sup> Während sich in Deutschland die Betrauung durch den Geschädigten etabliert hat, hält in Österreich der Kfz-Haftpflichtversicherer das Heft in der Hand und bestellt den Kfz-Sachverständigen als seinen Vertragspartner. Das ermöglicht es dem österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer, Effizienzpotenziale auszuschöpfen, bei denen der deutsche Kfz-Haftpflichtversicherer häufig zu spät kommt,<sup>447</sup> kurzum der österreichische Kfz-Haftpflichtversicherer hat über die Bestellung des Kfz-Sachverständigen durch ihn bessere Möglichkeiten der Gegensteuerung und Geringhaltung des Schadens,<sup>448</sup> so namentlich bei Zugrundelegung hoher Stundenverrechnungssätze einer Markenwerkstätte, um den Geschädigten auf die Totalschadensabrechnung zu verweisen,<sup>449</sup> oder beim Restwert.<sup>450</sup>
- 263 Während im deutschen Schadenersatzrecht der Satz „Der Geschädigte ist der Herr des Restitutionsgeschehens“ als Magna Charta der Schadensregulierung angesehen wird,<sup>451</sup> kann man für das österreichische Haftpflichtrecht überspitzt formulieren, dass sich der Geschädigte am Gängelband des vom Kfz-Haftpflichtversicherers bestellten Kfz-Sachverständigen befindet. Zu betonen ist, dass es sich in Österreich um keine gesetzliche Vorgabe handelt, sondern bloß eine Usance.<sup>452</sup> Wenn ausländische, namentlich deutsche Geschädigte den Schaden unter Zugrundelegung des von ihnen betrauten Kfz-Sachverständigen regulieren, hat der OGH bisher noch nicht entschieden, ob solche Sachverständigen-Kosten ersatzfähig sind bzw das Vertrauen des Geschädigten auf die von diesem ermittelten Werte schützenswert ist, wenn er Dispositionen vornimmt, ohne dem gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherer vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- 264 Abschließend sei jedenfalls darauf hingewiesen, dass das Gutachten eines Kfz-Sachverständigen nach österreichischem Schadenersatzrecht geringere Bedeutung hat als nach deutschem Schadenersatzrecht, weil eine – fiktive – Abrechnung auf Basis der Reparaturkosten nicht nach diesem erfolgt, sondern jeweils die tatsächlich angefallenen Aufwendungen maßgeblich sind. Bedeutsam ist es immerhin insoweit, als der Geschädigte danach beurteilen kann, ob eine Reparatur tunlich, also wirtschaftlich, ist oder nicht und er sich mit der Totalschadensabrechnung begnügen muss.

### III. Substanzschaden

- 265 **1. Vorbemerkung: Begriff, Maßgeblichkeit der örtlichen Verhältnisse und Fälligkeit.** Im Rahmen des (Kfz-)Sachschadens lässt sich eine Unterscheidung treffen zwischen

<sup>442</sup> Kriegner ZVR 2014, 40 (42).

<sup>443</sup> Ch. Huber ZVR 2008, 532 (533).

<sup>444</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (164).

<sup>445</sup> Kriegner ZVR 2014, 40: Hausinterner Sachverständiger.

<sup>446</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (164).

<sup>447</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (220).

<sup>448</sup> Ch. Huber ZVR 2008, 532 (533).

<sup>449</sup> Zu Recht kritisch Kriegner ZVR 2014, 40.

<sup>450</sup> Näheres dazu → Rn. 302 ff.

<sup>451</sup> Steffen NZV 1991, 1 (2 f.).

<sup>452</sup> Kritisch und für eine Betrauung des Kfz-Sachverständigen durch den Geschädigten auch in Österreich Kriegner ZVR 2014, 40 (42).

Substanz- und Nutzungsausfallsschaden. Beim Substanzschaden geht es um die Wiederherstellung der Sache durch Reparatur oder Ersatzbeschaffung; beim Nutzungsausfallsschaden geht es um die Nachteile, die bis zur Wiederherstellung der Substanz entstehen, namentlich in Gestalt der Anmietung einer Ersatzsache (Restitution) oder Ersatz der dadurch entstehenden Einbuße wie Verdienst- oder Gewinnentgang (Kompensation).

Für all diese Schäden, namentlich Reparaturkosten, Wiederbeschaffungswert, merkantiler Minderwert, Restwert sind die örtlichen Verhältnisse maßgeblich, somit der Ort, an dem sich die Sache gewöhnlich befindet.<sup>453</sup> Das wird im Regelfall der (Wohn-)Sitz oder gewöhnliche Aufenthaltsort des Geschädigten sein.<sup>454</sup> Nur im Einzelfall gilt Abweichendes, wenn etwa ein Fahrzeugwrack am Unfallort verwertet wird, weil die Überführungskosten in das Heimatland höher sind als der dort erzielbare höhere Verwertungserlös.<sup>455</sup>

Fälligkeit tritt bei einem Sachschaden frühestens mit der Einforderung eines ziffernmäßigen Schadens durch den Geschädigten ein.<sup>456</sup> Ab dann laufen aber gemäß §§ 1333, 1000 ABGB grundsätzlich die Verzugszinsen in Höhe von 4 %, nicht erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Ersatzpflichtige die Berechtigung des Anspruchs nach ordnungsgemäßer Überprüfung erkennen konnte. Für den deutschen Rechtsanwender sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Begriff „Verzug“ im ABGB eine andere Bedeutung hat als im BGB. Während Verzug nach deutschem Recht stets erst gegeben ist, wenn ein Umstand zu vertreten ist, somit typischerweise Verschulden zu bejahen ist, ist der Begriff Verzug im ABGB objektiv zu verstehen im Sinn von Fälligkeit; von einem solchen „objektiven“ Verzug unterscheidet sich der „subjektive“ Verzug, bei dem auch über 4 % hinausgehende höhere Zinsen begehrt werden können, wenn solche nachgewiesen werden.

**2. Bedeutsamkeit der Abrechnung auf Reparaturkosten- oder Totalschadensbasis.** Im Regelfall ergibt die Reparaturkostenabrechnung einschließlich des merkantilen Minderwerts einen deutlich höheren Ersatzbetrag als die Totalschadensabrechnung aus der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert;<sup>457</sup> mitunter macht das sogar doppelt so viel aus.<sup>458</sup> Erklärt wird das damit, dass die Reparaturkosten vom Alter des Fahrzeugs unabhängig sind, Wiederbeschaffungs- und Restwert aber mit zunehmendem Alter des Fahrzeugs deutlich sinken.<sup>459</sup> Könnte der Geschädigte bei Veräußerung des Wracks nicht aufgewendete Reparaturkosten verlangen, wäre er ungerechtfertigt bereichert.<sup>460</sup> Soweit sich im Einzelfall bei der Totalschadensabrechnung ein höherer Ersatzbetrag ergibt als bei der Reparaturkostenabrechnung, liegt der Verdacht nahe, dass der Sachverständige einen Wert unzutreffend ermittelt hat.<sup>461</sup>

**3. Reparaturkosten. a) Ersatz konkreter Kosten. aa) Reparatur in der Werkstätte des Vertrauens.** Der Geschädigte hat das Recht zur Vornahme der Reparatur in der Werkstätte seines Vertrauens.<sup>462</sup> Er darf die dabei anfallenden Kosten auch dann ersetzt verlangen, wenn sie – maßvoll – über der Schätzung des Kfz-Sachverständigen liegen. Auswirkungen hat das auch auf die Ersatzfähigkeit der Überstellungskosten.<sup>463</sup> Zu ersetzen sind dem Geschädigten die Transportkosten zur Werkstätte seines Vertrauens an seinem

<sup>453</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (219).

<sup>454</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (219).

<sup>455</sup> OGH 28.9.2009 – 2 Ob 249/08v, ZVR 2010/182 mAnm Ch. Huber: Verwertung eines Fahrzeugwracks eines Franzosen in Österreich, wo der Unfall stattgefunden hat.

<sup>456</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 34; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 827; Karner ZVR 2010, 476.

<sup>457</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 793; Kriegner ZVR 2014, 40.

<sup>458</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (165); Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 22.

<sup>459</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 802.

<sup>460</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber.

<sup>461</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (166); Karner ZVR 2010, 476 (479); zurückhaltender Hinteregger ZVR 2014, 480 (484): Dass fiktive Reparaturkosten geringer sind als die Wertminderung, das ist in der Praxis selten.

<sup>462</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 12.

<sup>463</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 55.

Wohnsitz;<sup>464</sup> eine ältere OGH-Entscheidung<sup>465</sup> hat freilich ausgesprochen, dass dann, wenn in der Werkstätte des Vertrauens die Reparaturkosten die am Unfallort um mehr als 10 % überschreiten, ein Verstoß gegen Schadensminderungsobliegenheit gegeben sei. Es ist mE fraglich, ob dieses Judiz in dieser Allgemeinheit heute noch gilt; das würde dazu führen, dass bei jedem Unfall an der Grenze zu Osteuropa (Tschechische Republik, Slowakei, Ungarn, Slowenien) Transportkosten niemals ersatzfähig wären, weil die Reparaturkosten in Osteuropa – auch heute noch – signifikant, jedenfalls mehr als 10 % geringer sind als in Österreich.

270 Bedeutsam wird zudem sein, ob die Reparaturwerkstätte um Unfallort über das einschlägige know how verfügt, was umso weniger anzunehmen ist, je ausgefallener die Automarke ist und je komplizierter die Reparatur ist.<sup>466</sup> Zu bedenken ist zudem, dass vom Geschädigten – im Rahmen seiner Schadensminderungsobliegenheit – erwartet wird, dass er die Reparatur überwacht und gegebenenfalls beschleunigt, was ihm wohl nur an seinem Wohnsitz zumutbar ist. Bedeutsam ist die Werkstätte des Vertrauens für den Geschädigten aber auch dann, wenn diese bereit ist, die Reparatur kostengünstiger als im Sachverständigengutachten ausgewiesen zu erledigen;<sup>467</sup> das ermöglicht es dem Geschädigten, nach der für ihn vorteilhafteren Reparaturkostenbasis abrechnen zu können und sich nicht auf die Totalschadensabrechnung verweisen zu lassen.<sup>468</sup>

271 **bb) Alternative Reparatur oder Reparatur im (osteuropäischen) Ausland sowie Teilreparatur. (1) Restliche Wertminderung.** Auch wenn das emotionale Naheverhältnis der Personen mit Wohnsitz in Österreich zu ihrem Fahrzeug weniger ausgeprägt sein mag als in Deutschland, wird ein typischer Käufer in Österreich bei gebotener Offenbarung durch den Verkäufer, dass das Fahrzeug nach einem Unfallschaden ganz woanders repariert worden ist, etwa in Afghanistan,<sup>469</sup> oder von einem Laien instandgesetzt worden ist,<sup>470</sup> mit einem Abschlag beim Kaufpreis des Fahrzeugs bewerten. Insoweit ist ein Minderwert gegeben.<sup>471</sup> Es bedarf diesbezüglich eines entsprechenden Vorbringens durch den klägerischen Anwalt.<sup>472</sup> Nicht ausreichend wäre ein auf fiktive Reparaturkosten einer Markenwerkstätte gerichtetes Begehren, weil der OGH nach erfolgter Reparatur grundsätzlich nur die tatsächlich angefallenen Kosten für ersatzfähig hält. Zu verweisen ist darauf, dass sich ein Geschädigter in Deutschland – bei der fiktiven Abrechnung! – nicht immer auf die Stundenverrechnungssätze einer – deutschen – freien Werkstätte verweisen lassen muss.<sup>473</sup> Entsprechendes gilt für eine Teilreparatur.<sup>474</sup>

272 **(2) Abwendung der Totalschadensabrechnung.** Eine Reparatur abweichend von den Vorgaben des Kfz-Sachverständigen kommt in Betracht, um eine Totalschadensabrechnung abzuwenden. Dazu gibt es unterschiedliche Ansatzpunkte:<sup>475</sup>

- Verwendung gebrauchter Ersatzteile oder keine Original-, sondern Nachbauersatzteile
- alternative Reparaturmethode – Ausklopfen statt Erneuerung
- Verzicht auf die Beseitigung optischer Defizite

<sup>464</sup> OGH 2.6.1977 – 2 Ob 106/77, ZVR 1977/237; *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 798.

<sup>465</sup> OGH 4.11.1980 – 2 Ob 131/80, ZVR 1981/217.

<sup>466</sup> Zum gestiegenen Risikopotenzial bei einer Reparatur eines Fahrzeugs infolge zunehmender Elektronik *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (31 Fn 24).

<sup>467</sup> *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (482).

<sup>468</sup> Dafür zu Recht *Kriegner* ZVR 2014, 40.

<sup>469</sup> OGH 1.12.1981 – 2 Ob 128/81, ZVR 1982/194: Ausreichend, dass die Betriebssicherheit wiederhergestellt wurde.

<sup>470</sup> OLG Wien 9.4.1992 – 13 R 25/92, ZVR 1993/9; *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 797: Laienhafte Eigenreparaturen sind nach den Grundsätzen der Teilreparatur zu behandeln.

<sup>471</sup> OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101; *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (213); *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (483).

<sup>472</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (214).

<sup>473</sup> BGH 20.10.2009 – VI ZR 53/09, BGHZ 183, 21 = NJW 2010, 606.

<sup>474</sup> *Karner* ZVR 2010, 476 (479).

<sup>475</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (213); ähnlich *Kriegner* SV 2015, 23 (24 ff.).

– Reparatur in einer Billigwerkstätte (freien Werkstätte statt Markenwerkstätte)<sup>476</sup> oder im benachbarten osteuropäischen Ausland

Sofern der Geschädigte durch einzelne oder die Kombination mehrerer dieser Wege es schafft, dadurch die Kosten so zu begrenzen, dass die Tunlichkeits- bzw. Verhältnismäßigkeitschwelle nicht überschritten wird, kann der Ersatzpflichtige den Geschädigten nicht auf die den Ersatzpflichtigen weniger belastende Totalschadensabrechnung verweisen. *Krieger*<sup>477</sup> vertritt die Ansicht, dass der vom Kfz-Haftpflichtversicherer bestellte Sachverständige den Geschädigten über diese Möglichkeiten aufklären muss, widrigenfalls er aus einem Vertrag (zwischen Kfz-Haftpflichtversicherer und Sachverständigen) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (des Geschädigten) haftet, wenn der Geschädigte mangels Aufklärung die Totalschadensabrechnung hinnehmen muss. In der Praxis dürfte eine solche Aufklärung kaum vorkommen. Darüber bestehen mE Zweifel, ob den Kfz-Sachverständigen tatsächlich eine solche „Fürsorgepflicht“ trifft, ist es doch dessen primäre Aufgabe, die für die Schadensregulierung bedeutsamen „tatsächlichen“ Werte zu ermitteln. Vielmehr wird es mE Sache des Geschädigtenanwalts sein, den Geschädigten auf die für ihn vorteilhafteren Alternativen hinzuweisen. Das setzt voraus, dass der Geschädigtenanwalt über diese Spielräume Bescheid weiß; da es in Österreich keine Fachanwälte gibt, auch nicht solche für Verkehrsrecht, ist dieses (Detail-)Wissen womöglich nicht bei jedem Anwalt vorhanden.

**b) Vor Durchführung der Reparatur erforderliche Kosten.** Der Geschädigte kann zur Durchführung der Reparatur einen Vorschuss verlangen; bei einem Anspruch, bei dem die Deckung eines solventen Haftpflichtversicherers gegeben ist,<sup>478</sup> ist alternativ die Erklärung zur Befreiung der Werkstattrechnung ausreichend.<sup>479</sup> Er muss freilich eine entsprechende Absicht bekunden;<sup>480</sup> dass er sich die Disposition nach Schadensregulierung vorbehält, ist zu wenig.<sup>481</sup> Der Ersatzpflichtige kann den Nachweis der widmungsgemäßen Verwendung des Vorschusses innerhalb angemessener Frist verlangen;<sup>482</sup> die Verzugsregeln sind insoweit analog anzuwenden.<sup>483</sup> Wenn der Geschädigte das Wrack unrepariert weiterveräußert, kann er nur die Differenz zwischen Wiederbeschaffungs- und Restwert verlangen bzw. muss die Differenz zum erhaltenen höheren Vorschuss zurückzahlen.

Mitunter hat sich die Rechtsprechung<sup>484</sup> für das endgültige Behalten des Ersatzbetrags auch mit der Absicht, die Reparatur durchzuführen, begnügt, was durch Kostenvorschläge, außergerichtliche Schätzgutachten oder Besichtigungsberichte belegt werden mag.<sup>485</sup> Das ist wenig konsequent.<sup>486</sup> Ist die Reparatur aber einmal durchgeführt, können nur noch die tatsächlichen Kosten verlangt werden.<sup>487</sup>

**c) Abzug „neu für alt“ bei Verwendung neuer Ersatzteile.** Werden im Rahmen der Reparatur eines gebrauchten Fahrzeugs neue Ersatzteile eingebaut, kommt ein Abzug neu für alt in Betracht. Eine solche Berücksichtigung setzt eine substantiierte Einrede

<sup>476</sup> Instrukтив *Kriegner* ZVR 2014, 40: Stundensatz eines Mechanikers (in Österreich) zwischen 88 Euro und 223 Euro.

<sup>477</sup> *Kriegner* ZVR 2014, 40 (42).

<sup>478</sup> Wie nach deutschem Recht steht dem Geschädigten nach § 157 VersVG ein Absonderungsrecht bei Insolvenz des Schädigers, der Versicherungsnehmer oder Mitversicherter ist, in Bezug auf dessen Deckungsanspruch gegen seine Haftpflichtversicherung zu. Bei der Kfz-Haftpflichtversicherung ist darüber hinaus wie im deutschen Recht eine *action directe* gemäß § 26 KHVG gegeben.

<sup>479</sup> *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (534).

<sup>480</sup> OGH 17.12.2008 – 2 Ob 116/08k, Zak 2009/184; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 804.

<sup>481</sup> OGH 3.3.1994 – 2 Ob 5/94, ZVR 1995/7; OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101.

<sup>482</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (216).

<sup>483</sup> *Karner* ZVR 2010, 476 (478).

<sup>484</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm *Ch. Huber*; weitere Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 39.

<sup>485</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 795.

<sup>486</sup> *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (534).

<sup>487</sup> OGH 25.1.1978 – 1 Ob 1, 2/78, SZ 51/7; OGH 28.3.1990 – 2 Ob 128/89, VersR 1991, 721 mAnm *Ch. Huber*.

des behauptungs- und beweisbelasteten Schädigers voraus.<sup>488</sup> Zudem muss dadurch ein Vermögensplus beim Geschädigten verbunden sein. Das ist namentlich dann gegeben, wenn Verschleißteile erneuert werden, deren Erneuerung während der noch offenen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer erforderlich geworden wäre. Ansonsten ist auf einen Vermögensvorteil bei Veräußerung des Fahrzeugs am Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer abzustellen, der im Regelfall nicht gegeben sein wird. Insoweit sind die Grundsätze einer aufgedrängten Bereicherung heranzuziehen: Es ist somit auf den konkret anfallenden subjektiven Vorteil beim jeweils Geschädigten abzustellen. Diesbezüglich besteht die Gefahr einer zu mechanischen Betrachtung, wenn etwa darauf verwiesen wird, dass bei Austausch von einem Reifen kein Abzug neu für alt vorzunehmen sei, wohl aber bei Austausch aller vier Reifen.<sup>489</sup>

- 277 **d) Eigenreparatur.** Eine Eigenreparatur anstelle der Betrauung einer Fremdwerkstätte kann unterschiedliche Gründe haben: Denkbar ist, dass die Reparatur eines Spezialfahrzeugs in der eigenen Betriebswerkstätte erfolgt, weil nur dort das erforderliche know how vorhanden ist; die Reparatur von Fahrzeugen zum Angebotsspektrum des unternehmerisch tätigen Geschädigten zählt; der Geschädigte ein Freizeitbastler ist; eine Reparatur durch einen Nachbarn, Bekannten oder Schwarzarbeiter erfolgt, weil der Grund des Anspruchs strittig ist und der Geschädigte nicht weiß, ob er 100 % der Kosten einer Markenwerkstätte ersetzt bekommen wird.
- 278 Während sich im deutschen Recht der Geschädigte grundsätzlich nur dann auf die Selbstkosten verweisen lassen muss, wenn er eine Betriebswerkstätte betreibt,<sup>490</sup> was namentlich bei Verkehrsunternehmen gegeben ist, sind nach österreichischem Recht in allen solchen Fällen bloß die Selbstkosten ersatzfähig.<sup>491</sup> Es wird dabei zwischen einem unternehmerischen und sonstigen Geschädigten unterschieden. Ein Unternehmer kann auch einen marktüblichen Gewinn verlangen,<sup>492</sup> ein Privater oder die öffentliche Verwaltung jedoch nicht; immerhin steht eine Abgeltung für die aufgewendete Zeit zu.<sup>493</sup> Bei den ÖBB (Österreichischen Bundesbahnen) wurde eine Pauschalierung für Ausschreibung, Vergabe, Abrechnung, Prüfung und Übernahme der Reparatur zugesprochen.<sup>494</sup> Bei einer Privatperson wurden für deren Arbeitskräfteeinsatz 25 % des Stundenlohns des Mechanikers einer Werkstätte angesetzt.<sup>495</sup>
- 279 Diese noch dazu ältere Rechtsprechung ist wenig konsistent.<sup>496</sup> Wenn man eine angemessene Eigenkapitalverzinsung berechtigterweise zu den Kosten zählt, ist der Unterschied zum Gewinn homöopathisch gering. Die Pauschalierung<sup>497</sup> darf mE keinesfalls dazu führen, Schadenspositionen für ersatzfähig anzusehen, die es sonst nicht sind; oder aber sie sind generell ersatzfähig, wofür gute Gründe sprechen würden.<sup>498</sup> Den „Pfuscherlohn“ lediglich mit 25 % anzusetzen, ist abwegig.<sup>499</sup> Angemessen wäre mE der Stundenlohn eines Mechanikers einer freien Werkstätte, mag auch diskutabel sein, davon auch die Steuern und Sozialver-

<sup>488</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 808; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 32.

<sup>489</sup> OGH 1.7.1982 – 8 Ob 148/82, ZVR 1983/36; *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (486).

<sup>490</sup> BGH 26.5.1970 – VI ZR 168/68, BGHZ 54, 82 = NJW 1970, 1454.

<sup>491</sup> *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (214 f.).

<sup>492</sup> *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (484); OGH 25.1.1978 – 1 Ob 1, 2/78, SZ 51/7: nicht die Bundesstraßenverwaltung.

<sup>493</sup> OGH 14.3.1995 – 5 Ob 16/95, SZ 68/51: Aufwendungsersatzanspruch eines Mieters.

<sup>494</sup> OGH 10.11.1967 – 2 Ob 292/67, SZ 40/144.

<sup>495</sup> LGZ Wien 28.6.1989 – 42 R 531/89: Reparatur eines Porsches.

<sup>496</sup> AA *Lenneis* AnwBl 2005, 17, der jedes auch noch so widersprüchliche Ergebnis des OGH für sachlich berechtigt hält, so etwa, dass der Geschädigte bei Abschluss der Schadensregulierung vor Durchführung der Reparatur die angemessenen Kosten verlangen kann, danach aber nur die geringeren konkreten Kosten.

<sup>497</sup> Für eine solche, wenn die Ermittlung der Höhe schwierig ist, *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 796.

<sup>498</sup> *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 617 ff.

<sup>499</sup> Zu beachten ist stets, dass der sich aus der Totalschadensabrechnung ergebende Betrag den Mindestbetrag des Ersatzes festlegt.

sicherungsbeiträge in Abzug bringen;<sup>500</sup> hinzuweisen ist freilich darauf, dass beim Personenschaden, etwa bei Pflegeleistungen<sup>501</sup> oder beim Haushaltsführerschaden,<sup>502</sup> der OGH die vollen Marktkosten bei Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen durch Familienangehörige für ersatzfähig ansieht.

**e) Verhältnismäßigkeits- bzw. Tunlichkeitsschwelle.** Während im deutschen Recht 280 der Begriff Unverhältnismäßigkeit nach § 251 Abs. 2 BGB geläufig ist, verwendet § 1323 ABGB den Terminus „Untunlichkeit“. Es geht dabei um eine Grenze, ab der der Geschädigte sein besonderes Integritätsinteresse an der Reparatur der beschädigten Sache nicht mehr auf Kosten des Ersatzpflichtigen betätigen darf, sondern letzterer den Geschädigten auf die für den Ersatzpflichtigen weniger belastende Totalschadensabrechnung verweisen darf.

Maßgeblich ist dabei primär die ökonomische Relation zwischen Reparaturkosten und 281 Wiederbeschaffungswert. Darüber hinaus mag ein besonderes Interesse des Geschädigten an der Reparatur gegeben sein, wenn es sich um ein spezifisches Fahrzeug wie etwa ein Spezialfahrzeug oder einen Oldtimer handelt, der am Markt nicht oder nicht ohne Weiteres zu bekommen ist.<sup>503</sup> Je älter ein Fahrzeug ist, umso eher führt bei einer Beschädigung eine rein mechanische Gegenüberstellung von Reparaturkosten und Wiederbeschaffungswert zu einem Totalschaden, ohne dass der Geschädigte in der Lage ist, auf dem Markt ein vergleichbares Fahrzeug zu finden, sodass er ein hohes Interesse an einer Reparatur hat; und sei es auch an einer notdürftigen.<sup>504</sup>

Wie in Deutschland wird der Restwert bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit 282 bzw. Tunlichkeit ausgeklammert, mögen dagegen auch betriebswirtschaftliche Bedenken bestehen. Wie die deutsche Rechtsprechung wird auch der merkantile Minderwert nicht mit einbezogen, wenn er nicht geltend gemacht wird.<sup>505</sup> Anders als der BGH, wo seit 1991<sup>506</sup> eine 30 %-Grenze gilt, ist der OGH mit der Dekretierung fixer Prozentsätze zurückhaltend.<sup>507</sup> Die Tunlichkeitsgrenze bewegt sich zwischen 10 und 15 %, <sup>508</sup> wobei auch schon 17 % akzeptiert worden sind.<sup>509</sup> Eine höhere Überschreitung wird dann gebilligt, wenn der Zeitwert gering ist<sup>510</sup> oder ein Gebrauchtfahrzeug am Markt nicht erhältlich ist.<sup>511</sup>

Zu betonen ist freilich, dass die Rechtsfolge im Fall des Überschreitens nach neuerer 283 Rechtsprechung, die fiktive Reparaturkosten grundsätzlich ablehnt, weniger dramatisch ist als in Deutschland, wo ein signifikantes Überschreiten der 130 %-Grenze zur Verweisung auf die Totalschadensabrechnung führt,<sup>512</sup> während der Geschädigte nach österreichischem Recht bei Durchführung der Reparatur und Nachweis der angefallenen Aufwendungen lediglich den Überhang verliert, um den die Reparaturkosten untunlich sind, nicht aber auf die Totalschadensabrechnung verwiesen wird, bei der sich der Ersatzpflichtige bis zu

<sup>500</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (215).

<sup>501</sup> OGH 27.10.1983 – 8 Ob 76/83, ZVR 1984/322; Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 46.

<sup>502</sup> OGH 27.2.1986 – 8 Ob 86/85, ZVR 1987/56; OGH 11.1.2001 – 2 Ob 345/00z, EFSlg 97.038; Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 92.

<sup>503</sup> *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (481); zur Bedeutsamkeit des Gebrauchtwagenmarktes für die Verhältnismäßigkeitsgrenze überzeugend *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (32 ff.): Hinweis, dass Fahrzeuge, die älter als 6 Jahre alt sind, nur in begrenzter Stückzahl im gewerblichen Handel vorrätig sind.

<sup>504</sup> *Kriegner* ZVR 2014, 40.

<sup>505</sup> OGH 3.3.1994 – 2 Ob 5/94, ZVR 1995/7; Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (169).

<sup>506</sup> BGH 15.10.1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 = NZV 1992, 66.

<sup>507</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (169).

<sup>508</sup> OGH 21.12.1999 – 4 Ob 343/99s, ÖJZ 2000/104; OGH 23.3.2007 – 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/45; dazu Ch. Huber ZVR 2008, 92; *Fucik/Hartil/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 799; Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (170); *Karner* ZVR 2010, 476; *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (482).

<sup>509</sup> OGH 10.11.1976 – 8 Ob 197/76, ZVR 1977/167: 16 % gebilligt; OGH 27.5.1959 – 2 Ob 49/59, ZVR 1959/173: 17 % toleriert; OGH 21.11.1974 – 2 Ob 268/74, ZVR 1975/163: 17,6 % aber abgelehnt.

<sup>510</sup> OGH 10.11.1976 – 8 Ob 197/76, ZVR 1977/167.

<sup>511</sup> OGH 23.1.1986 – 8 Ob 84/85, ZVR 1987/34.

<sup>512</sup> BGH 15.10.1991 – VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375 = NJW 1992, 305.

50 % des Ersatzbetrags spart.<sup>513</sup> Das Erfordernis der in Deutschland für den Bereich eines bis zu 30 % über den Wiederbeschaffungswert liegenden Reparaturkostenüberhangs verlangten „umfassenden und fachgerechten“ Reparatur<sup>514</sup> ist im österreichischen Recht unbekannt;<sup>515</sup> eine technisch einwandfreie<sup>516</sup> bzw zur Verkehrssicherheit führende Reparatur<sup>517</sup> wird aber auch in Österreich verlangt.<sup>518</sup>

- 284 In Deutschland ist der Begriff der „getrimmten Reparaturkostenabrechnung“ bekannt, bei der der Geschädigte gerade Kosten in dem Ausmaß verlangt, dass die jeweiligen Grenzwerte von 100 % bzw 130 % erreicht werden,<sup>519</sup> wobei im letzteren Fall die Reparatur den Anforderungen „umfassend und fachgerecht“ zu genügen hat. Ansonsten kann auch auf die Beseitigung optischer Defizite verzichtet oder weniger aufwendige Maßnahmen – Ausklopfen eines Kotflügels anstelle von dessen Erneuerung – vorgenommen werden.<sup>520</sup> Im österreichischen Recht ist dieser Spielraum größer, weil das Fahrzeug nach der Reparatur stets nur „verkehrssicher“ sein muss, also selbst dann, wenn die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen, die Reparatur also auch nicht umfassend und fachgerecht sein muss. Prototypisch dafür ist die OGH-Entscheidung 8 Ob 82/85,<sup>521</sup> in der der Zeitwert 100.000 öS betrug und die Reparaturkostenschätzung des Sachverständigen sich auf 130.000 öS belief. Die Reparatur wurde unter Verwendung von Altteilen in Höhe von 101.000 öS durchgeführt, wobei noch ein merkantiler Minderwert von 6.000 öS begehrt wurde. Der OGH hat dem Begehren in vollem Umfang stattgegeben.<sup>522</sup>
- 285 Im deutschen Recht stellt sich das mitunter knifflige Abgrenzungsproblem, ob es dem Geschädigten gelungen ist, unter Marktbedingungen eine Reparatur hinzubekommen, die die maßgeblichen Schwellwerte nicht übersteigt; oder aber der Geschädigte eine an sich unwirtschaftliche Reparatur selbst bezuschusst hat. Der BGH hat sich diesbezüglich in der Entscheidung BGHZ 115, 375<sup>523</sup> präjudiziert, als er bei einem Überhang von 44 % ausgesprochen hat, dass die Reparatur nicht in einen wirtschaftlich vernünftigen und einen wirtschaftlich nicht vernünftigen Teil aufgespalten werden darf, mit der Folge, dass der Geschädigte – trotz Durchführung der Reparatur – auf die Totalschadensabrechnung verwiesen wurde.
- 286 Da der OGH sich nicht in der Weise präjudiziert hat, wird in der Literatur<sup>524</sup> mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass der Geschädigte die Reparatur auch mit eigenen Mitteln bezuschussen darf, ohne auf die Totalschadensabrechnung verwiesen zu werden. Um es auf den Punkt zu bringen: Ob der Geschädigte die Reparatur in einer Billigwerkstätte durchführen lässt und unterhalb der Tunlichkeitsschwelle bleibt oder in einer Markenwerkstätte und den über die Tunlichkeitsschwelle hinausgehenden Teil selbst trägt, macht keinen Unterschied. Verlangt der Geschädigte mehr, als der Tunlichkeit entspricht, verliert der Geschädigte bloß den Überhang, wird aber nicht auf die Totalschadensabrechnung verwiesen.<sup>525</sup>
- 287 Betraut der Geschädigte nach Vorliegen eines Sachverständigengutachtens eine Werkstätte mit der Reparatur und es stellt sich bei dieser heraus, dass die maßgeblichen Schwellwerte, namentlich der von 130 %, überschritten werde, hat im deutschen Recht der Schädiger für sämtliche tatsächlich anfallenden Mehrkosten aufzukommen; er trägt das

<sup>513</sup> Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 22, aA *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 799.

<sup>514</sup> BGH 15.2.2005 – VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108.

<sup>515</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (212).

<sup>516</sup> *Kriegner ZVR* 2014, 40.

<sup>517</sup> Ch. Huber ZVR 2008, 532 (535).

<sup>518</sup> *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (482).

<sup>519</sup> *Eggert VA* 2007, 175 zu BGH 10.7.2007 – VI ZR 258/06, NJW 2007, 2917.

<sup>520</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber.

<sup>521</sup> OGH 9.1.1986 – 8 Ob 82/85, ZVR 1987/38.

<sup>522</sup> Zustimmung Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (171).

<sup>523</sup> BGH 15.10.1991 – VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375 = NJW 1992, 305.

<sup>524</sup> Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 51.

<sup>525</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (171); *Kriegner ZVR* 2014, 40 (41); *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1323 Rn. 9.

Prognoserisiko.<sup>526</sup> In der österreichischen Rechtsprechung ist diese Kategorie unbekannt.<sup>527</sup> In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass bei Betrauung einer Reparatur durch den Geschädigten nach Vorliegen eines Sachverständigen-Gutachtens, das einen Wert innerhalb der Tunlichkeitsschwelle ergibt, der Haftpflichtversicherer dann die Mehrkosten tragen soll, wenn das Gutachten von dem von ihm betrauten Sachverständigen erstellt worden ist.<sup>528</sup> Sofern der Geschädigte nach Vorliegen eines Gutachtens, das Reparaturkosten jenseits der Tunlichkeitsgrenze ausweist, eine solche mit alternativen Methoden veranlasst, um darunter zu bleiben, was schlussendlich allerdings nicht gelingt, hat jedoch der Geschädigte das Risiko zu tragen, dass die konkreten Reparaturkosten über die Tunlichkeitsgrenze hinausgehen, sodass er den Überhang nicht auf den Ersatzpflichtigen überwälzen kann.<sup>529</sup>

**f) Abtretbarkeit des Anspruchs.** Der OGH<sup>530</sup> hat bei einem Schaden an einer Liegenschaft auch eine Abtretung des Reparaturkostenanspruchs bejaht.<sup>531</sup> Das ist insofern besonders erwähnenswert, als die Reparatur eine Betätigung des besonderen Integritätsinteresses des Geschädigten darstellt. Wenn dieser aber die beschädigte Sache verkauft und den Reparaturkostenanspruch abtritt, bringt er zum Ausdruck, dass ihm am Erhalt der beschädigten Sache gerade nicht in besonderer Weise gelegen ist. Ist der Geschädigte Verbraucher und der Zessionar Unternehmer, muss sich letzterer die Kappung der USt gefallen lassen, weil sie bei ihm nicht anfällt; ist der Geschädigte Unternehmer und der Zessionar Verbraucher, kann letzterer die USt nicht verlangen, weil es durch die Zession des Schadensersatzanspruchs zu keiner Ausweitung der Belastung des Ersatzpflichtigen kommen darf.<sup>532</sup> 288

**4. Merkantiler Minderwert. a) Durch Naturalrestitution nicht vollständig beseitigter Schaden.** Wie nach deutschem ist auch nach österreichischem Recht beachtlich, dass ein potentieller Käufer bei Erwerb eines auch fachmännisch reparierten Unfallfahrzeugs gegenüber einem Nicht-Unfallfahrzeug beim Kaufpreis einen Abschlag machen würde, weil selbst bei Behebung des Unfallschadens in einer Markenwerkstätte ein Restrisiko besteht, ob alle Unfallfolgen erkannt bzw die festgestellten ordnungsgemäß behoben worden sind.<sup>533</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*<sup>534</sup> verweisen auf das Ergebnis einer kaufpsychologischer Erfahrung, die mE allerdings auch empirisch belegbar wäre. 289

Für die Praxis ist bedeutsam allein, dass der merkantile Minderwert – auch in Österreich – unabhängig davon gebührt, ob der Geschädigte das Fahrzeug nach dem Unfall veräußert oder behält.<sup>535</sup> Der merkantile Minderwert stellt neben der erfolgten Reparatur (Restitution) das restliche dadurch nicht abgegoldene Wertinteresse dar (Kompensation); erst beide Schadensposten zusammen führen zum vollständigen Ausgleich.<sup>536</sup> Eine hier nicht zu vertiefende Frage ist, ob der merkantile Minderwert im österreichischen Recht (nur) mithilfe objektiv-abstrakter oder (auch) subjektiv-konkreter Schadensberechnung zu begründen ist.<sup>537</sup> 290

**b) Nicht mehr so restriktiv wie früher: 3 Jahre, kein Vorschaden, Erstbesitz.** 291 Die frühere restriktive Position, dass ein merkantiler Minderwert nicht gebühre, wenn das Fahrzeug 3 Jahre alt sei oder einen Vorschaden aufweise oder kein Erstbesitz sei, wurde in einer neueren Entscheidung des OLG Innsbruck<sup>538</sup> aufgegeben. Das beschädigte Fahrzeug

<sup>526</sup> BGH 15.10.1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 = NJW 1992, 302.

<sup>527</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (171).

<sup>528</sup> Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 50 f.; *Kriegner ZVR* 2014, 40 (41).

<sup>529</sup> *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (482).

<sup>530</sup> OGH 21.11.1978 – 8 Ob 167/78, SZ 51/163.

<sup>531</sup> Dazu *Apathy ZVR* 1983, 129.

<sup>532</sup> Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 60.

<sup>533</sup> Umfassend dazu Ch. Huber FS Welser, 2004, 303; ders. in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 5; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1323 Rn. 25.

<sup>534</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 817.

<sup>535</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 818.

<sup>536</sup> *Karner ZVR* 2010, 476 (479).

<sup>537</sup> *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (485): Nach beiden Methoden begründbar.

<sup>538</sup> OLG Innsbruck 10.4.2008 – 1 R 50/08z, ZVR 2008/242 mAnm Ch. Huber.

war 5 ½ Jahre alt, hatte einen km-Stand von 70.000, zwei Voreigentümer sowie einen kleineren Vorschaden. Es waren somit gleich mehrere der früheren für sich bestehenden Ausschlusskriterien gegeben.<sup>539</sup> Davor hatte der OGH<sup>540</sup> schon ausgesprochen, dass auch ein erheblicher Vorschaden einen merkantilen Minderwert nicht ausschließe.

- 292 Ob die in Deutschland viel weniger restriktiven Grenzen, nämlich Alter bis zu 12–15 Jahren sowie Fahrleistung bis zu 150.000 km,<sup>541</sup> auch für Österreich gelten, kann nicht abschließend beurteilt werden, weil es keine neueren (OGH-)Entscheidungen dazu gibt.<sup>542</sup> Immerhin ist plausibel, dass sich einerseits das Käuferverhalten da und dort nicht signifikant unterscheidet und andererseits Fahrzeuge heute eine viel längere betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer haben, als das bei Entwicklung dieses Schadenspostens der Fall war.<sup>543</sup> Da in Österreich der merkantile Minderwert vom Kfz-Sachverständigen des Kfz-Haftpflichtversicherers geschätzt wird, besteht die Gefahr, dass dieser die überkommenen Restriktionen zugrunde legt; wobei es dann Aufgabe des Geschädigtenanwalts ist, auf die maßgeblichen Bewertungsparameter hinzuweisen.
- 293 **c) Kein Ersatz bei Bagatellschäden.** Da es um das Risiko unentdeckter bzw nicht korrekt behobener Unfallschäden geht, ist es folgerichtig, dass ein merkantiler Minderwert bei ganz geringfügigen Schäden nicht gebührt.<sup>544</sup>
- 294 **d) Abhängigkeit von Reparaturqualität.** Die Gefahr des Übersehens von Unfallschäden bzw deren nicht korrekter Behebung ist umso größer, wenn die Reparatur nicht in einer Markenwerkstätte erfolgt, sondern durch Freizeitbastler. Der Gegenpol ist eine Reparatur eines Ferrari in der Werkstätte in Maranello unter Produktionsbedingungen während eines Zeitraums von 206 Tagen.<sup>545</sup> Insoweit stellt sich die Rechtslage nach österreichischem Recht anders dar als nach deutschem Recht. Während der Geschädigte nach deutschem Recht im Regelfall fiktive Reparaturkosten verlangen kann, also entschädigt wird nach dem Standard der Reparatur in einer Fachwerkstätte, gebühren nach österreichischem Recht jeweils nur die konkreten Kosten, was dazu führen muss, dass der merkantile Minderwert umso höher ausfallen muss,<sup>546</sup> je geringer die Reparaturqualität bzw deren Zuverlässigkeit ist.<sup>547</sup>
- 295 **e) Örtliche Verhältnisse, wo sich Kfz gewöhnlich befindet.** Maßgeblich sind die örtlichen Verhältnisse, wo sich das Fahrzeug gewöhnlich befindet, somit im Regelfall der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt des Geschädigten. Das hat der OGH<sup>548</sup> zu einem Sachverhalt klargestellt, bei dem ein deutscher PKW durch einen ungarischen Bus einen Streifschaden erlitten hat. Aus der Sicht des letztendlich ersatzpflichtigen ungarischen Ersatzpflichtigen war ein merkantiler Minderwert von in concreto 51.000.- öS bei Reparaturkosten von 91.000.- öS, schwer nachvollziehbar, mag es einen merkantilen Minderwert jeden-

<sup>539</sup> Zustimmend *Karner* ZVR 2010, 476 (480); *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (485).

<sup>540</sup> OGH 20.6.1989 – 2 Ob 73/89, ZVR 1990/49.

<sup>541</sup> BGH 23.11.2004 – VI ZR 357/03, BGHZ 161, 151 = NJW 2005, 277: 16 Jahre alter Mercedes Benz 200 D mit 164.000 km Laufleistung.

<sup>542</sup> Dazu *Ch. Huber* ZVR 2006, 62.

<sup>543</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 54.

<sup>544</sup> OGH 2.9.1982 – 8 Ob 172/82, ZVR 1983/280; *Karner* ZVR 2010, 476 (479); *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (485); ausführlich *Apathy* ZVR 1988, 289; zur unterschiedlichen Höhe für die Annahme eines Bagatellschadens *Sindelar*, *ecolex* 2012, 959 (962): In Deutschland unter 700.- Euro, in Österreich unter Bruttoreparaturkosten von 150 Euro.

<sup>545</sup> So OLG Jena 28.4.2004 – 3 U 221/03, NZV 2004, 476: Gleichwohl Zuspruch eines merkantilen Minderwerts in Höhe von 33.489,62 Euro.

<sup>546</sup> Zur beträchtlichen Höhe eines merkantilen Minderwerts bei einem Oldtimer Mercedes Benz 300 SL Coupé, Baujahr 1956 bei einem Wert von 1,2 Mio Euro von (begehrt) 60.000.- Euro OGH 30.1.2018 – 2 Ob 200/17a, Zak 2018/224: Zurückverweisung zur Korrektur der Abweisung durch das BerG.

<sup>547</sup> *Ch. Huber* FS Welser, 2004, 303 (323 f.); *ders.* ZVR 2008, 532 (535); zustimmend *Karner* ZVR 2010, 476 (479).

<sup>548</sup> OGH 20.11.1997 – 2 Ob 317/97z, SZ 70/240 = ZVR 1998/119; zustimmend *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (485); *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 818.

falls damals in der ungarischen Rechtsordnung entweder gar nicht oder jedenfalls nicht in diesem Ausmaß gegeben haben. Bei Maßgeblichkeit der österreichischen Verhältnisse erhoffte sich der Ersatzpflichtige zumindest eine Reduzierung der Verpflichtung. Der OGH hat freilich ausdrücklich ausgesprochen, dass zwar österreichisches Schadenersatzrecht anzuwenden sei, maßgeblich aber die Verhältnisse am Wohnsitz des Geschädigten, somit in Deutschland seien.

**f) Fälligkeit.** Sieht man im merkantilen Minderwert das restliche Kompensationsinteresse neben dem Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten, ist es allein folgerichtig, dass der Anspruch wegen des merkantilen Minderwerts erst nach Durchführung der Reparatur fällig ist mit der Folge, dass bis dahin auch keine Verzugszinsen gebühren.<sup>549</sup> Es gibt freilich Literaturstimmen,<sup>550</sup> die den merkantilen Minderwert mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung begründen, diesen somit als im Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens als gegeben ansehen. Der OGH hatte bisher keine Gelegenheit, das abschließend zu klären.

### 5. Neuwagenabrechnung – über die Reparaturkosten hinausgehender Ersatz. 297

Im Regelfall zieht der Geschädigte die Reparatur des ihm vertrauten Fahrzeugs einer Ersatzbeschaffung vor. Namentlich bei – fast – neuen Fahrzeugen und einer schweren Havarie,<sup>551</sup> wenn also Teile, die für die Sicherheit, insbesondere Achs- und Rahmenschäden, betroffen sind,<sup>552</sup> oder der Schaden nicht spurlos beseitigt werden kann,<sup>553</sup> ist das indes anders. Bei der Neuwagenabrechnung geht es um das besondere Integritätsinteresse des Geschädigten, nicht um eine Totalschadensabrechnung als Ausprägung der Kompensation.<sup>554</sup> Dem Geschädigten ist daran gelegen, dass er auf Kosten des Schädigers – ohne Abzug neu für alt<sup>555</sup> – ein Neufahrzeug anschaffen kann. Wenn ein solcher Neuwagenkauf getätigt wird, kann der Geschädigte nach österreichischem wie nach deutschem Recht auf Neuwagenbasis abrechnen.<sup>556</sup>

In Deutschland gibt es dafür allerdings strikte Grenzen, nämlich bei erheblicher Beschädigung 1 Monat und 1.000 km sowie bei Sicherheitsbedenken, erheblichen Schönheitsfehlern oder zumindest beweismäßiger Gefährdung der Garantieansprüche gegen den Hersteller 3 Monate und 3.000 km.<sup>557</sup> Nach österreichischem Recht gibt es nur eine Grenze; für die Zulässigkeit wird die erste Grenze (1 Monat, 1.000 km) angenommen, dafür werden aber Schäden der zweiten Grenze, namentlich Sicherheitsbedenken, verlangt. Allerdings sind auch insoweit die Grenzwerte nach österreichischem Recht weniger starr. So hat der OGH<sup>558</sup> auch bei einem Fahrzeug 5 ½ Wochen nach Übergabe und einer Fahrleistung von 813 km eine Neuwagenabrechnung gebilligt. Abgelehnt hat er allerdings in solchen Fällen – zu Recht – eine Reparaturkostenabrechnung, selbst wenn der Wiederbeschaffungswert, der in concreto mit dem Neuwert ident ist, nur maßvoll, in concreto um 9 %, überschritten wird.<sup>559</sup> Dieses Judiz ist zutreffend, weil ein Neufahrzeug das höchstmögliche Integritätsinteresse des Geschädigten darstellt; und bei Anschaffung eines Neufahrzeugs unter Abzug des Restwertes für das Wrack die Belastung des Ersatzpflichtigen deutlich geringer ist als bei einer den Wiederbeschaffungswert übersteigenden Reparatur.

<sup>549</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (216).

<sup>550</sup> Hinteregger ZVR 2014, 480 (485); Karner ZVR 2010, 476 (478).

<sup>551</sup> Zu Grenzfragen Ch. Huber ZVR 2008, 532 (536).

<sup>552</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 799.

<sup>553</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (166).

<sup>554</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (166).

<sup>555</sup> Einen solchen verneinend OGH 3.6.1969 – 2 Ob 97/69, ZVR 1970/35; zustimmend Hinteregger ZVR 2014, 480 (486).

<sup>556</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber: Differenz zwischen Neuwagenpreis und Restwert; Ch. Huber FS Eggert 2008, 113 ff.

<sup>557</sup> Nachweise bei Ch. Huber FS Eggert 2008, 113 (121).

<sup>558</sup> OGH 23.3.2007 – 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/45; dazu Ch. Huber ZVR 2008, 92.

<sup>559</sup> OGH 23.3.2007 – 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/45; dazu Ch. Huber ZVR 2008, 92; zustimmend Karner ZVR 2010, 476 (478).

- 299 Aber selbst bei Reparaturkosten knapp unter dem Wiederbeschaffungswert wird das häufig so sein. In der Literatur wird deshalb gefordert, die Grenzen für die Neuwagenabrechnung auf 3 Monate und 3.000 km<sup>560</sup> bzw sogar 6 Monate und 10.000 km auszudehnen,<sup>561</sup> wenn auch unter Berücksichtigung eines Abzugs neu für alt, der sich freilich daran zu orientieren hätte, wie groß der Vorteil des Geschädigten am Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer sein wird. In solchen Fällen bestehen ausnahmsweise auch keine Bedenken, wenn der Ersatzpflichtige einen Neuwagen im Wege der Naturalrestitution zur Verfügung stellt.<sup>562</sup> Abzustellen ist jedenfalls auf den für den Geschädigten erzielbaren Preis und nicht abstrakt auf den höheren Listenpreis.<sup>563</sup>
- 300 **6. Totalschadensabrechnung. a) Ausgangspunkt: Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert.** Wie im deutschen Recht ist zwischen einem technischen und wirtschaftlichen Totalschaden zu unterscheiden. Ein technischer Totalschaden ist gegeben, wenn eine Reparatur einer beschädigten Sache nicht möglich ist, etwa ein Auto platt gedrückt ist, nachdem der Panzer darüber gefahren oder ein Flugzeug darauf gestürzt ist.<sup>564</sup> In der Praxis bedeutsamer ist der wirtschaftliche Totalschaden. Ist die Reparatur untunlich bzw unwirtschaftlich (dazu → Rn. 280 ff.), muss sich der Geschädigte auf die Totalschadensabrechnung verweisen lassen. Der Geschädigte erhält dann die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert; und zwar unabhängig davon, ob der Geschädigte eine Wiederbeschaffung oder irgend eine sonstige Form der Restitution vornimmt.<sup>565</sup>
- 301 **b) Wiederbeschaffungswert.** Der Wiederbeschaffungswert ist – wie in Deutschland – der bei Erwerb von einem seriösen Gebrauchtwagenhändler nach Inspektion und mit Werkstattgarantie.<sup>566</sup> Zu berücksichtigen ist eine Sonderausstattung sowie Extras.<sup>567</sup> Der Geschädigte muss sich nicht auf einen Erwerb im Internet<sup>568</sup> oder von einer Privatperson verweisen lassen, jedenfalls wenn ein solches Fahrzeug im Gebrauchtwagenhandel erhältlich ist.<sup>569</sup> Maßgeblich sind die Verhältnisse am Wohnsitz des Geschädigten.<sup>570</sup>
- 302 **c) Restwert. aa) Ausgangslage unter Bezugnahme auf die Rechtslage in Deutschland.** Die Auseinandersetzung um die Ermittlung der „richtigen“ Höhe des Restwertes stellt sich in Österreich im Ausgangspunkt in gleicher oder jedenfalls ähnlicher Weise wie in Deutschland, mag die Auseinandersetzung in Österreich auch erst später begonnen haben und mit weniger „Verbissenheit“ geführt werden. *Kriegner*<sup>571</sup> konstatiert das Aufkommen von Internet-Restwert-Börsen in Österreich ab dem Jahr 2005, somit zu einem Zeitpunkt, als der Streit in Deutschland bereits eskaliert ist.<sup>572</sup> Da wie dort haben internetbasierte Wrackbörsen, die Ostöffnung der Märkte nach Fall des Eisernen Vorhangs sowie die Reduzierung der Transportkosten infolge verbesserter Logistik dazu geführt, dass die Angebotspreise für Wracks bis zu dreimal so hoch sind als bei Inzahlunggabe des Wracks beim örtlichen Autohaus durch den Geschädigten bei Ankauf eines (gebrauchten) Ersatzfahrzeugs.<sup>573</sup>

<sup>560</sup> *Karner ZVR* 2010, 476 (478).

<sup>561</sup> *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (537).

<sup>562</sup> *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (537).

<sup>563</sup> OGH 15.5.1991 – 2 Ob 18/91: 3 % Rabatt; OGH 23.7.2007 – 2 Ob 162/06x, *ZVR* 2008/45; dazu *Ch. Huber ZVR* 2008, 92 ff.

<sup>564</sup> *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm*, § 1323 Rn. 44.

<sup>565</sup> OGH 15.5.1991 – 2 Ob 18/91.

<sup>566</sup> *Gerhartl Zak* 2013, 230.

<sup>567</sup> OGH 8.2.1996 – 2 Ob 11/96, *ZVR* 1996/114; *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI*, Rn. 806; *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (482).

<sup>568</sup> *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (535).

<sup>569</sup> So für das deutsche Recht überzeugend *Eggert FS Danzl*, 2017, 27 (32).

<sup>570</sup> OGH 27.4.1977 – 8 Ob 67/77, *ZVR* 1978/48; *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI*, Rn. 799.

<sup>571</sup> *Kriegner wbl* 2007, 365.

<sup>572</sup> Dazu *Ch. Huber DAR* 2002, 337 (385 ff.).

<sup>573</sup> *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm*, § 1323 Rn. 62; *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI*, Rn. 800.

Behauptet wird, dass sich die Reparatur für die lokalen Autohäuser sonst nicht rechnen, 303 haben diese doch ihre Beschäftigten nach deutschem bzw österreichischem Niveau zu entlohnen.<sup>574</sup> Abgesehen davon, dass es darauf nicht ankommt, weil es um den (unmittelbaren) Schaden des Geschädigten und nicht um die Rentabilität von Geschäften mittelbar Betroffener geht, ist das vielfach unzutreffend, weil solche Fahrzeuge häufig nicht im Inland repariert werden, sondern die Autohäuser derartige Fahrzeuge über Internetbörsen ins Ausland „verhöckern“ und aus der Spanne einen Teil ihres – womöglich mitunter durchaus kärglichen – Geschäftsgewinns erzielen; allein, die Subventionierung einer notleidenden Branche kann nicht Aufgabe des Haftpflichtrechts sein!

In Deutschland findet nach der neueren Rechtsprechung ein Hase-und-Igel-Spiel statt, 304 ob es dem Kfz-Haftpflichtversicherer gelingt, vor Disposition des Geschädigten auf dem Silbertablett ein Angebot zu unterbreiten, bei dem er nur noch zugreifen muss, wobei dadurch für ihn keine nennenswerte zusätzliche Mühewaltung bzw weitere Risiken verbunden sein dürfen. Da in Deutschland der Kfz-Sachverständige, im Regelfall über Vermittlung des Autohauses, vom Geschädigten betraut wird, hat der Kfz-Haftpflichtversicherer häufig erst zu einem Zeitpunkt die Möglichkeit, (gegen-)steuernd einzugreifen, wenn der Geschädigte bereits vollendete Tatsachen geschaffen hat, in concreto das Wrack an den lokalen Händler veräußert oder bei Kauf eines Ersatzfahrzeugs in Zahlung gegeben hat. Zu verweisen ist darauf, dass die Verwertung des Wracks zu einem zu geringen Preis für den Geschädigten im Fall des Mitverschuldens zum Bumerang wird, weil dann sein nicht gedeckter Schaden höher ist.<sup>575</sup>

Die Problematik stellt sich in Österreich deshalb anders als in Deutschland, weil in 305 Österreich der Kfz-Sachverständige im Regelfall vom Kfz-Haftpflichtversicherer bestellt wird mit der Folge, dass der Ersatzpflichtige so gut wie immer rechtzeitig gegensteuern kann.<sup>576</sup> Darüber hinaus wird erwogen, ob der Geschädigte nicht gegen die Schadensminderungsobliegenheit verstößt, wenn er über das Wrack verfügt, ohne dem Kfz-Haftpflichtversicherer Gelegenheit zum Mitbieten zu geben,<sup>577</sup> für deren schuldhaften Verstoß allerdings der Ersatzpflichtige beweispflichtig ist.<sup>578</sup>

**bb) Rechtslage in Österreich. (1) Ausgangspunkt.** Die Literatur<sup>579</sup> vertritt ein ähnliches 306 Ergebnis wie in Deutschland, dass nämlich der Geschädigte das Wrack grundsätzlich bei seinem lokalen Händler veräußern oder bei Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs in Zahlung geben darf und sich nur den dabei erzielten Erlös anrechnen lassen muss.<sup>580</sup> Dafür wird ins Treffen geführt, dass der durchschnittliche Geschädigte von der Preisspreizung am Markt keine Kenntnis habe und die Mühewaltung des Geschädigten im Zuge der Schadensregulierung nicht abgegolten werde, weshalb der Geschädigte – zeitlich – nicht besonders, jedenfalls nicht mit Marktforschung belastet werden dürfe.<sup>581</sup>

Die Veräußerung oder Inzahlunggabe vor Ort ist zudem die Vorgangsweise, die für den 307 Geschädigten am einfachsten zu realisieren ist. Schließlich sind damit für den Geschädigten keine besonderen Risiken verbunden. „Verbrämt“ wird diese Wertentscheidung durch die Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung, wonach der Wert einer Sache gemäß § 1332 ABGB nach den durchschnittlichen Verhältnissen an dem Ort zu bemessen sei, wo sich die Sache gewöhnlich befinde; und deshalb sei auf den Durchschnittspreis bei den örtlichen Händlern abzustellen.<sup>582</sup>

<sup>574</sup> *Ofner FS Aicher*, 2012, 515 (518).

<sup>575</sup> *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (536); *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 800.

<sup>576</sup> *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (535).

<sup>577</sup> *Ch. Huber ÖJZ* 2005, 161 (168); eine solche explizit bejahend *Gerhartl Zak* 2013, 230 (232).

<sup>578</sup> *Gerhartl Zak* 2013, 230 (232).

<sup>579</sup> *Ofner FS Aicher*, 2012, 515 (518 f.); *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (487 f.); *Ch. Huber ZVR* 2010, 352 (357); *Gerhartl Zak* 2013, 230 (231).

<sup>580</sup> *Ofner FS Aicher*, 2012, 515 (520).

<sup>581</sup> *Gerhartl Zak* 2013, 230 (231).

<sup>582</sup> *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (487).

- 308 (2) **Silbertablett-Rechtsprechung.** Nicht zuletzt durch meine Publikationen<sup>583</sup> hat sich in Österreich aber die „Silbertablett-Variante“ als Ausnahmefall etabliert,<sup>584</sup> der freilich in der Praxis der Regelfall ist. Sie unterscheidet sich kaum von der BGH-Judikatur, hat aber deshalb viel größere Bedeutung, weil durch die Bestellung des Kfz-Sachverständigen durch den Kfz-Haftpflichtversicherer für den Ersatzpflichtigen viel bessere Möglichkeiten zur rechtzeitigen Gegensteuerung und Geringhaltung des Schadens gegeben sind.
- 309 Der Geschädigte muss ein höheres Angebot des gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherers unter folgenden kumulativen Bedingungen akzeptieren:<sup>585</sup>
- Innerhalb von 1 Woche bis maximal 10 Tagen ab Kenntnis des Haftpflichtversicherers vom Schadensfall Bekanntgabe eines Angebots durch ihn;
  - Bekanntgabe von Name, Anschrift, Telefon- und Faxnummer des aus der Restwertbörse ermittelten Aufkäufers – heutzutage wohl zu ergänzen um dessen Mailanschrift;
  - Annahmefähiges Angebot mit angemessener Überlegungsfrist, nicht bloß *invitatio ad offerendum*;
  - Kostenlose Abholung, Barzahlung, Gewährleistungsausschluss;
  - Klarstellung, dass der Preis bei einem Verbraucher brutto für netto ist;
  - Zusicherung, dass in der Restwertbörse unseriöse Aufkäufer ausgeschlossen worden sind, denen es nur um den Kfz-Brief geht, um damit Diebstähle zu kaschieren.
- 310 Ergänzend wurde gefordert, dass der Kfz-Haftpflichtversicherer sich das Fehlverhalten des Aufkäufers nach § 1313a ABGB zurechnen lassen müsse;<sup>586</sup> und ein Angebot eines solchen vom Geschädigten nur dann zu akzeptieren sei, wenn darauf österreichisches Recht anzuwenden sei und kein ausländischer Gerichtsstand drohe.<sup>587</sup> Bei einem Unfall eines deutschen Geschädigten in Österreich und Verwertung des Wracks durch einen österreichischen Aufkäufer aus einer österreichischen Restwertbörse mag man dann verlangen können, dass der (österreichische) Haftpflichtversicherer die Erklärung abgibt, für sämtliche Komplikationen einzustehen, die durch die Verwertung des Wracks durch Veräußerung an einen aus der Sicht des deutschen Geschädigten ausländischen, nämlich österreichischen Aufkäufer gegenüber der Inzahlunggabe des Wracks an den lokalen Händler im Inland (in Deutschland) entstehen. Zu betonen ist freilich, dass es häufig für den Geschädigten die Variante mit den geringsten Komplikationen ist, das Wrack am Unfallort zu verwerten, mag er dafür auch nicht immer einen Aufkäufer aus einer Wrackbörse ausfindig machen (können).
- 311 Bei Verwertung des Wracks im Ausland hat der OGH<sup>588</sup> ausgesprochen, dass der Geschädigte das Wrack – ohne Rücksprache mit dem Haftpflichtversicherer – vor Ort verwerten dürfe, es sei denn, es hätte unter Berücksichtigung der Transportkosten ins Inland ein deutlich höherer Erlös erzielt werden können; dann läge ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vor. ME wäre aber zu prüfen, ob das für den Geschädigten ohne Weiteres erkennbar war, wird diesem doch gerade keine Marktforschung auferlegt. Und selbst wenn eine solche Erkennbarkeit zu bejahen sein sollte, käme es in Bezug auf den Mindererlös zu einer Schadensteilung.<sup>589</sup>

<sup>583</sup> Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 64; *ders.* ZVR 2008, 532; *ders.* SV 2008, 61; *ders.* ZVR 2010, 352; *ders.* in *BMfJ* (Hrsg.), 200 Jahre ABGB, 329 ff.; *ders.* Anmerkung zu OGH 28.9.2009 – 2 Ob 249/08v, ZVR 2010/182; *ders.* Anmerkung zu OLG Innsbruck 13.12.2010 – 3 R 162/10p, ZVR 2011/183; *ders.* Anmerkung zu OLG Innsbruck 3.11.2010 – 3 R 147/10g, ZVR 2012/9; *ders.* Anmerkung zu OLG Innsbruck 23.10.2007 – 2 R 199/07t, ZVR 2008/126.

<sup>584</sup> OLG Innsbruck 1.3.2010 – 3 R 12/10d, ZVR 2010/179 mAnm Ch. Huber; OLG Innsbruck 3.11.2010 – 3 R 147/10g, ZVR 2012/9 mAnm Ch. Huber; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 800; *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (488): Lösungsansatz von Ch. Huber mit Silbertablett kristallisiert sich als Lösung heraus; *Ofner* FS Aicher, 2012, 515 (527): „Die von Huber vorgeschlagenen und von der neueren Rechtsprechung übernommenen Kriterien ... sind sachgerecht.“

<sup>585</sup> Ch. Huber ZVR 2010, 352.

<sup>586</sup> *Kriegner* wbl 2007, 365 (371 f.).

<sup>587</sup> *Ofner* FS Aicher, 2012, 515 (527 f.).

<sup>588</sup> OGH 28.9.2009 – 2 Ob 249/08v, ZVR 2010/182 mAnm Ch. Huber: Verwertung eines Fahrzeugwracks eines Franzosen in Österreich, wo der Unfall stattgefunden hat.

<sup>589</sup> *Karner* ZVR 2010, 476 (481).

Bei Veräußerung des Wracks zum (geringeren) Angebot des Kfz-Haftpflichtversicherers gegenüber dem vom eigenen Sachverständigen – dem des Geschädigten ermittelten Restwert an den eigenen Geschäftsführer hat das OLG Innsbruck<sup>590</sup> einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit angenommen. Das ist zutreffend. Dieser Sachverhalt ist freilich atypisch. Und Veräußerungen zu einem für den Geschädigten erkennbar unter dem Marktpreis liegenden Entgelt an Personen aus dem beruflichen oder familiären Naheverhältnis zu Lasten des Ersatzpflichtigen haben – auch in Österreich – ein Geschmäckle.

Selbst wenn dem Geschädigten das Recht zur Reparaturkostenabrechnung zustünde, er aber das beschädigte Fahrzeug nicht reparieren lässt, kommt es zur Totalschadensabrechnung und damit zur Bedeutsamkeit des anzurechnenden Restwerts.<sup>591</sup>

**d) Detailfragen.** Im Rahmen der Totalschadensabrechnung ist der – im Regelfall – höhere Wiederbeschaffungswert auch dann anzusetzen, wenn es zu keiner – wie immer gearteten – Ersatzbeschaffung kommt.<sup>592</sup> Sind die fiktiven Reparaturkosten ausnahmsweise geringer als die – objektive – Wertminderung, sind nur die geringeren fiktiven Reparaturkosten ersatzfähig.<sup>593</sup> Das wird in der Praxis selten<sup>594</sup> und im Regelfall auf einen Fehler des Sachverständigen bei der Ermittlung der maßgeblichen Werte zurückzuführen sein.<sup>595</sup> Jedenfalls wenn trotz fachgerechter Reparatur Bedenken gegen die Sicherheit bestehen, ist der Geschädigte berechtigt, sich gegen die Reparatur und für eine Ersatzbeschaffung zu entscheiden, mögen damit auch höhere Kosten verbunden sein.<sup>596</sup>

Wie bei der Reparaturkostenabrechnung steht dem Geschädigten das Recht zu, sich nicht auf die vom Sachverständigen ermittelten Werte verweisen zu lassen, sondern nach den tatsächlichen Kosten abzurechnen.<sup>597</sup> Bei Fehlen eines Marktes für gebrauchte Sachen kommt die Anschaffung einer neuen Sache und der Abzug neu für alt in Betracht.<sup>598</sup> Bedeutsam ist dabei, dass nach den Regeln der aufgedrängten Bereicherung zu prüfen ist, ob beim Geschädigten tatsächlich ein Vermögensvorteil gegeben ist. Je weiter ein solcher Vorteil in der Zukunft liegt, umso geringer ist er zu gewichten,<sup>599</sup> weil eine Abzinsung vorzunehmen, die sich allerdings beim derzeitigen Zinsniveau weniger stark auswirkt als in Zeiten hoher Zinsen; zudem ist eine künftige (nominelle) Wertsteigerung in Ansatz zu bringen. In Betracht kommt die Berechnung des Ersatzes nach den Finanzierungskosten für das Vorziehen einer Ersatzinvestition.<sup>600</sup>

Wie in Deutschland gibt es zwar im Reparaturfall einen merkantilen Minderwert, im Fall der Totalschadensabrechnung selbst im Fall einer (tatsächlichen) Ersatzbeschaffung einer gebrauchten Sache aber keinen Zweithandzuschlag,<sup>601</sup> mag das auch wenig folgerichtig sein, weil ein potentieller Käufer allein aus dem Umstand, dass es sich um keinen Erstbesitz handelt, einen Abschlag beim Kaufpreis vornimmt.

#### IV. Nutzungsausfallsschaden

**1. Begriff.** Unter dem Nutzungsausfallsschaden versteht man den Schaden, der dem Geschädigten vom Eintritt des realen Schadens (Beschädigung oder Zerstörung seiner Sache)

<sup>590</sup> OLG Innsbruck 1.3.2010 – 3 R 12/10d, ZVR 2010/179 mAnm Ch. Huber.

<sup>591</sup> Gerhartl Zak 2013, 230.

<sup>592</sup> OLG Wien 16.9.1997 – 11 R 117/97z, ZVR 1998/83; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 793.

<sup>593</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 803; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1323 Rn. 17.

<sup>594</sup> Hinteregger ZVR 2014, 480 (484).

<sup>595</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 14; Karner ZVR 2010, 476 (479).

<sup>596</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 (zustimmend Ch. Huber); Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 803; Karner ZVR 2010, 476 (478 f.).

<sup>597</sup> OGH 3.7.1986 – 8 Ob 3/86, ZVR 1987/94; Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (217 f.).

<sup>598</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 25 ff.; abgelehnt etwa von OLG Wien 23.1.2009 – 15 R 173/08h, ZVR 2010/59 mAnm Ch. Huber: 20 Jahre alte Ampelschaltanlage.

<sup>599</sup> OLG Wien 21.7.2011 – 13 R 229/10g, ZVR 2012/178 mAnm Ch. Huber: 30 % Abzug bei Beschädigung zur halben Zeit der auf 20 Jahre angelegten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der zerstörten Ampelschaltanlage.

<sup>600</sup> OGH 13.5.2015 – 2 Ob 88/14a, ZVR 2015/174 mAnm Ch. Huber.

<sup>601</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 6.

bis zur Wiederherstellung der Substanz (vollendete Reparatur oder Ersatzbeschaffung) dadurch entsteht, dass er die Sache in dieser Zeit nicht nutzen kann. Für diesen Zeitraum muss der Geschädigte eine funktional entsprechende Sache mieten bzw. auf eine eigene Betriebsreserve zurückgreifen; oder aber ihm steht der Gebrauch nicht zu, was im unternehmerischen Bereich mitunter zu einem Gewinnentgang führt.

- 318 **2. Geringe Bedeutung bei Inlandssachverhalten.** Der Nutzungsausfallsschaden spielt im österreichischen Sachschadensrecht eine geringe Rolle. Eine pauschalierte Nutzungsschädigung, die im deutschen Recht für den Wohnsitz und das Kfz anerkannt ist,<sup>602</sup> wird in Österreich generell abgelehnt.<sup>603</sup> Der Ersatz von Mietwagenkosten bzw von Folgeschäden in Gestalt des Gewinnentgangs ist deshalb kaum jemals strittig, weil sich die allermeisten Geschädigten bei Abschluss der Kfz-Haftpflichtversicherung im Rahmen des Spalttarifs für die Tarifvariante A entschieden haben.<sup>604</sup> Nach § 21 KHVG können Versicherungsnehmer bei Abschluss einer Kfz-Haftpflichtversicherung zwischen den Tarifvarianten A und B entscheiden. Bei der Variante A verzichtet der Versicherungsnehmer für den Fall, dass er Geschädigter bei einem Kfz-Unfall ist, für den ein bei einem österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer versicherter Schädiger einstandspflichtig ist, auf die Geltendmachung von Mietwagenkosten bzw durch den entzogenen Gebrauch entstehenden Gewinnentgang. Dafür erhält er einen 20 %-igen Abzug bei der Kfz-Haftpflichtversicherungsprämie.<sup>605</sup>
- 319 Umgesetzt wird das durch einen Vorausverzicht im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter.<sup>606</sup> Hat der Geschädigte diesen Verzicht gegenüber seinem Kfz-Haftpflichtversicherer nicht abgegeben und sich für die höhere Tarifvariante entschieden, ist der Kfz-Haftpflichtversicherer des Schädigers berechtigt, vom Kfz-Haftpflichtversicherer des Geschädigten Rückersatz zu verlangen, hat dieser doch auch die höhere Prämie erhalten. Bei reinen Inlandssachverhalten ist das ein „geschlossener Kreislauf“, der dazu führt, dass sich sowohl die Kfz-Haftpflichtversicherer als auch die Gerichte nur ganz ausnahmsweise mit der Regulierung von Nutzungsausfallsschäden befassen müssen, wenn etwa Transportunternehmen sich für die Tarifvariante B entschieden haben. Sofern entweder der Geschädigte oder der Schädiger keine Kfz-Haftpflichtversicherung bei einem österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer abgeschlossen hat, so namentlich bei Beteiligung eines ausländischen Kfz, ist der Spalttarif allerdings niemals anzuwenden.
- 320 **3. Mietwagenkosten.** Was den BGH seit der Leitentscheidung,<sup>607</sup> in der er die Beweislastverteilung für die Höhe der ersatzfähigen Mietwagenkosten verändert hat, in über 50 Entscheidungen beschäftigt hat, ohne dass sich klare Konturen abzeichnen,<sup>608</sup> die Praxis zwischen den Tabellen von *Schwacke* und *Fraunhofer* laviert, gibt es zur Frage der ersatzfähigen Mietwagenkosten im österreichischen Recht ausschließlich ältere Judikatur:
- 321 Der Geschädigte muss keine Notlage hinnehmen, sondern hat Anspruch auf ein annähernd gleichwertiges Kfz.<sup>609</sup> Er hat sein Kfz auch in einem nicht vollständig reparierten Zustand zu benutzen, sonst verstößt er gegen die Schadensminderungsobliegenheit.<sup>610</sup> Er muss die Reparatur unverzüglich in Auftrag geben, hinreichend überwachen und auch betreiben.<sup>611</sup> Auch wenn er den Reparaturauftrag so rasch wie möglich erteilen muss, kann er die Schadensbesichtigung des Haftpflichtversicherers abwarten.<sup>612</sup> Ein längeres Zuwarten

<sup>602</sup> Grundlegend BGH (großer Senat) 9.7.1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 mAnm *Rauscher*.

<sup>603</sup> OGH 25.9.1996 – 9 Ob A 2163/96, DRdA 1997, 137; OGH 3.3.1969 – 2 Ob 358/67, SZ 42/33; *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (486); *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 813.

<sup>604</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 68.

<sup>605</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 814: Geltung seit 27.7.1987.

<sup>606</sup> *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (486).

<sup>607</sup> BGH 7.5.1996 – VI ZR 138/95, BGHZ 132, 373 = NJW 1996, 1958.

<sup>608</sup> *Scholten*, DAR 2014, 72.

<sup>609</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 69; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 811.

<sup>610</sup> OGH 13.6.1982 – 2 Ob 121/82, ZVR 1983/275; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 811.

<sup>611</sup> OGH 20.3.1975 – 2 Ob 45/75, ZVR 1976/12.

<sup>612</sup> OGH 8.11.1984 – 8 Ob 67/84, ZVR 1985/114.

wird eingeräumt, wenn der Haftpflichtversicherer eine Vorschuss- oder Ersatzleistung ablehnt; auch dann besteht ein Anspruch auf Mietwagenkosten.<sup>613</sup> Anrechnen lassen muss er sich eine Eigensparnis, die ähnlich wie in Deutschland mit 10 bis 20 % angesetzt wird,<sup>614</sup> und das selbst dann, wenn er sich mit einem billigeren Ersatzfahrzeug zufrieden gibt.<sup>615</sup>

**4. Ersatz von Folgeschäden.** Ist die Tarifvariante A des Spalttarifs nicht anzuwenden und verzichtet der Geschädigte auf die Anmietung eines Fahrzeugs, kommt der Ersatz von Folgeschäden in Betracht. Das sind einerseits die Generalunkosten in Gestalt der frustrierten Aufwendungen für den geschädigten Gegenstand, die ungeachtet seiner Nichtbenutzbarkeit weiterlaufen, so namentlich die Steuern, die Versicherungsprämie sowie die Garagenmiete,<sup>616</sup> nicht aber die bei erstmaliger Anschaffung fällige Normverbrauchsabgabe (NOVA), weil diese bereits Bestandteil des Schätzwertes ist.<sup>617</sup> Ein entgangener Gewinn ist nach dem gegliederten Schadensbegriff an sich nur ab grober Fahrlässigkeit zu ersetzen, es sei denn, er wäre nach dem Beweismaß der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eingetreten; dann ist er als positiver Schaden auch bei leichter Fahrlässigkeit ersatzfähig.<sup>618</sup>

**5. Betriebsreserve- bzw Vorsorgekosten.** Die Rechtsprechung zu den Betriebsreservekosten, die namentlich für Verkehrs- und Transportunternehmen bedeutsam ist,<sup>619</sup> unterscheidet sich nicht von der des deutschen Rechts. Umstritten ist die dogmatische Qualifikation, Auswirkungen für die Höhe des Anspruchs hat das nicht.<sup>620</sup> Die Reservehaltung muss nicht ausschließlich für Ausfälle erfolgen, die von Dritten zu verantworten sind.<sup>621</sup> Der Eigenanteil wirkt sich dann bei Ermittlung des Tagessatzes aus.<sup>622</sup> Wenn darauf verwiesen wird, dass die Grenze der Ersatzfähigkeit bei Anmietung eines Fremdfahrzeugs liegt,<sup>623</sup> mag das durchaus zutreffend sein; das Problem liegt aber im Regelfall darin, dass ein solches am Markt gar nicht oder jedenfalls ständig verfügbar ist, zur Aufrechterhaltung des Fahrbetriebs eines Verkehrsunternehmens aber gerade das gegeben sein muss. Diese Grundsätze werden – wie in Deutschland – nicht angewendet, wenn eine Privatperson auf ein Zweitfahrzeug zurückgreift, wogegen Bedenken bestehen.<sup>624</sup>

## V. Folgeschäden

**1. Umsatzsteuer.** In Bezug auf die Ersatzfähigkeit der USt hat der österreichische Gesetzgeber eine gut gemeinte Regelung geschaffen, nämlich Art XII Z 3 EGUStG. Um den Haftpflichtprozess von umsatzsteuerrechtlichen Problemen zu entlasten, soll zunächst die gesamte USt zugesprochen werden; und erst in einem nachfolgenden – gesonderten – Regressprozess soll dann die USt-rechtliche Frage geklärt werden. Das mag für die Einführungsphase angemessen (gewesen) sein, mittlerweile bringt das aber mehr Komplikationen als Vereinfachungen, weshalb die Norm so restriktiv wie möglich ausgelegt werden sollte.<sup>625</sup> Vor allem ist nicht immer sichergestellt, dass der Geschädigte als Empfänger zur späteren

<sup>613</sup> OGH 17.4.1975 – 2 Ob 10/75, ZVR 1976/75.

<sup>614</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 811; kritisch als viel zu hoch Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 73, weil lediglich die verschleißabhängige Abnutzung des eigenen Fahrzeugs erspart wird.

<sup>615</sup> OGH 3.6.1982 – 8 Ob 128/82, ZVR 1983/189; Hinteregger ZVR 2014, 480 (486).

<sup>616</sup> OGH 17.2.2010 – 2 Ob 113/09w, ZVR 2010/157 mAnm Ch. Huber; OGH 2.2.1978 – 2 Ob 279/77m, ZVR 1978/264; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 816; Hinteregger ZVR 2014, 480 (484).

<sup>617</sup> OLG Wien 16.9.1997 – 11 R 117/97z, ZVR 1998/83; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 824.

<sup>618</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 815.

<sup>619</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 831.

<sup>620</sup> Hinteregger ZVR 2014, 480 (484); Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 832 f.

<sup>621</sup> OGH 23.2.1995 – 2 Ob 10/95, ZVR 1995/129.

<sup>622</sup> OGH 23.2.1995 – 2 Ob 10/95, ZVR 1995/129.

<sup>623</sup> OGH 6.12.2001 – 2 Ob 272/01s, dazu Fötschl ZVR 2003, 220; OGH 27.6.1996 – 2 Ob 54/95, dazu Ch. Huber *ecolex* 1997, 77.

<sup>624</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 81.

<sup>625</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 85.

Rückzahlung der empfangenen USt auch in der Lage ist, was namentlich bei dessen alsbaldiger Insolvenz jedenfalls zu verneinen ist. Abhilfe mag der Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit schaffen. Bei Auslandsunfällen und Vornahme einer dortigen Reparatur bzw Ersatzbeschaffung sollte jedenfalls in EU-Staaten die Abzugsfähigkeit der ausländischen USt bei Einführung der im Ausland reparierten oder angeschafften Sache dazu führen, dass dann ebenfalls USt nach inländischem Recht anfällt. Insofern dürfte die ältere Rechtsprechung, wonach nur die im Ausland anfallende USt ersatzfähig ist,<sup>626</sup> jedenfalls bei Rückholung der beschädigten Sache ins Inland überholt sein. Zu beachten ist schließlich, dass weder der Restwert noch der merkantile Minderwert USt enthält.<sup>627</sup>

**325 2. Finanzierungskosten – ersatzfähig unabhängig von Aufforderung zur Vorschussleistung und Vermögensverhältnissen des Geschädigten.** Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, für Restitutionsmaßnahmen (Reparatur, Ersatzbeschaffung, Mietfahrzeug) eigenes Kapital einzusetzen.<sup>628</sup> Wenn er auch ohne Aufforderung des Ersatzpflichtigen zur Vorschussleistung Eigenkapital einsetzt, kann er den Zinsentgang des dadurch gebundenen Kapitals verlangen.<sup>629</sup> Bei alternativem Einsatz von Fremdkapital sind die Fremdkapitalzinsen und sofern erforderlich sowie tatsächlich angefallen auch eine Kreditvermittlungsg Gebühr zu ersetzen.<sup>630</sup> Der Schädiger kann allerdings den Gegenbeweis führen, dass er bei entsprechender Aufforderung einen Vorschuss geleistet hätte, sodass insoweit keine Finanzierungskosten angefallen wären. Wegen dieses Verstoßes gegen die Schadensminderungsobligenheit sollen dann die Finanzierungskosten nicht gebühren.<sup>631</sup> Allerdings ist mE anzurechnen, was der Ersatzpflichtige sich dadurch erspart hat, wofür freilich der Geschädigte beweispflichtig ist. Wenn der Schädiger auch nach Einbringung der Klage nicht leistet, spricht das allerdings dagegen, dass er auf Aufforderung einen Vorschuss geleistet hätte.<sup>632</sup>

**326 3. Inanspruchnahme der Kaskoversicherung.** Der Geschädigte muss zur Abwendung von Folgeschäden seine Kaskoversicherung in Anspruch nehmen, wenn das leicht und ohne Gefahr irgendwelcher Nachteile möglich ist;<sup>633</sup> sofern ein Bonusverlust, also ein Rückstufungsschaden entsteht, ist das nicht gegeben. Ansonsten ist die Inanspruchnahme einer Kaskoversicherung nur geboten, wenn dadurch Kreditkosten und Spesen vermieden werden.<sup>634</sup> Der Rückstufungsschaden in der Kaskoversicherung ist dann ersatzfähig.<sup>635</sup> Nicht immer wird der Geschädigte ohne Weiteres abschätzen können, ob der – in die Zukunft wirkende – Rückstufungsschaden oder die Finanzierungskosten höher sind, weiß er doch nicht, wann der gegnerische Kfz-Haftpflichtversicherer zahlt. Die Inanspruchnahme der eigenen Kaskoversicherung sollte im Zweifel erst erfolgen, wenn der Ersatzpflichtige auch einen Vorschuss verweigert. In einer älteren Entscheidung<sup>636</sup> hat der OGH bei Beteiligung von ausländischen Fahrzeugen die Inanspruchnahme der Kaskoversicherung auch ohne Zahlungsaufforderung an den gegnerischen Haftpflichtversicherer gebilligt und den daraus resultierenden Verlust des Schadensfreiheitsrabatts als ersatzfähigen Vermögensschaden zuerkannt. Die Begründung war, dass bei Kfz-Schäden, bei denen eine ausländische Kfz-Haftpflichtversicherung (in concreto eine italienische) einstandspflichtig ist, stets mit Scherereien

<sup>626</sup> OGH 28.3.1990 – 2 Ob 128/89, VersR 1991, 721 mAnm Ch. Huber; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 821.

<sup>627</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (218).

<sup>628</sup> OGH 24.3.1998 – 1 Ob 315/97y, SZ 71/56 (verstärkter Senat); OGH 1.9.1983 – 6 Ob 798/82, SZ 56/126; OGH 5.6.1984 – 2 Ob 80/83, ZVR 1985/131; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 40; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 825; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

<sup>629</sup> OGH 24.3.1998 – 1 Ob 315/97y, SZ 71/56 (verstärkter Senat); OGH 1.9.1983 – 6 Ob 798/82, SZ 56/126; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

<sup>630</sup> OGH 1.7.1982 – 8 Ob 148/82, SZ 55/104.

<sup>631</sup> OGH 14.4.1999 – 7 Ob 24/99a, eclex 1999/213; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

<sup>632</sup> OGH 2.9.1987 – 1 Ob 610/87, SZ 60/157; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 826.

<sup>633</sup> OGH 25.5.1977 – 8 Ob 80/77, ZVR 1978/45; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

<sup>634</sup> OGH 4.12.1980 – 8 Ob 206/80, ZVR 1981/216.

<sup>635</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 820.

<sup>636</sup> OGH 21.5.1987 – 8 Ob 33/87, JBl 1987, 723.

und zeitlichen Verzögerungen zu rechnen sei. Zu bedenken ist, dass seit Umsetzung der KH-Richtlinien der Geschädigte nunmehr einen inländischen Ansprechpartner hat, sodass fraglich ist, ob die damals eingenommene Position für solche Schadensfälle heute noch gültig ist.<sup>637</sup>

**4. Ersatzfähigkeit von Sachverständigenkosten.** Im Regelfall stellt sich dieses Problem im österreichischen Recht nicht, weil der Kfz-Haftpflichtversicherer den Sachverständigen bestellt und ihn dann auch entlohnt.<sup>638</sup> Soweit die Einschaltung eines Sachverständigen durch den Geschädigten erfolgt, weil das namentlich für die Bezifferung der Schadenshöhe erforderlich ist, gebührt Ersatz aus dem Titel des Schadenersatzes und nicht als vorprozessuale Kosten;<sup>639</sup> dieser Anspruch ist nach § 1333 Abs. 2 ABGB im Rechtsweg zu verfolgen.<sup>640</sup>

## VI. (Bewegliche) Sachen unter Eigentumsvorbehalt sowie Leasingsachen

**1. Eigentumsvorbehalt. a) Interessenlage.** Bei Beschädigung oder Zerstörung einer unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sache sind sowohl der Vorbehaltsverkäufer als auch der Vorbehaltskäufer geschädigt. Ohne Beeinträchtigung der Sachsubstanz hätte der Vorbehaltsverkäufer die intakte Sache als Sicherung für die noch offene Kaufpreisforderung. Der Vorbehaltskäufer hätte die Sache nutzen können und nach Zahlung der letzten Kaufpreisrate Anspruch auf das Eigentum. Als werdender Eigentümer genießt er wie ein Ersitzungsbesitzer nach § 372 ABGB Schutz, der auch die Berechtigung zur Geltendmachung von Schadenersatz mit einschließt.<sup>641</sup> Außer Streit steht, dass aus dem Umstand, dass sowohl der Vorbehaltsverkäufer als auch der Vorbehaltskäufer unmittelbar Geschädigte sind, nicht dazu führen darf, dass der Ersatzpflichtige mehr als einmal zahlen muss.<sup>642</sup>

Nach Zahlung der letzten Rate ist allein der Vorbehaltskäufer, der dann Eigentümer ist, anspruchsberechtigt; nach berechtigtem Rücktritt des Verkäufers vom Vertrag, namentlich nach Zahlungsverzug des Käufers, ist allein der Vorbehaltsverkäufer anspruchsberechtigt. Probleme bereitet die Rechtslage von der Übergabe der Vorbehaltssache bis zur vollständigen Abzahlung des Kaufpreises. Durch die Schadenersatzleistung soll möglichst die Rechtslage zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer hergestellt werden wie ohne schädigendes Ereignis. Namentlich im Fall der Insolvenz des jeweils anderen Vertragspartners soll die Rechtslage des Gläubigers – des Verkäufers in Bezug auf die Kaufpreisforderung bzw. des Käufers auf Übertragung des Eigentums – nicht verschlechtert werden.<sup>643</sup> Zu bedenken ist dabei, dass es keine dingliche Surrogation gibt, also eine dingliche Sicherung, wie sie in Bezug auf die Sache bestand, in Bezug auf die Geldforderung oder einen empfangenen Geldbetrag nicht gegeben ist. Zugleich ist das Interesse des Ersatzpflichtigen zu schützen, an den richtigen Schadenersatzgläubiger zu leisten.

**b) Aktivlegitimation.** Der OGH<sup>644</sup> hat mittlerweile anerkannt, dass beide, Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer, unmittelbar geschädigt sind. Eine neuere überzeugende Literaturansicht<sup>645</sup> vertritt die Meinung, dass es sich um eine Gesamthandforderung<sup>646</sup> han-

<sup>637</sup> Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 43.

<sup>638</sup> Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (165).

<sup>639</sup> *Kriegner* ZVR 2014, 40 (42).

<sup>640</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 830.

<sup>641</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 177.

<sup>642</sup> *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB § 1063 Rn. 92; *Thoss* JBl 2003, 277 (280 f.).

<sup>643</sup> *Thoss* JBl 2003, 277 (288 f.).

<sup>644</sup> OGH 19.4.1979 – 7 Ob 768/78, SZ 52/63 = ÖJZ 1979/219; OGH 22.11.1978 – 1 Ob 33/78, SZ 51/164 = ÖJZ 1979/86.

<sup>645</sup> *Thoss* JBl 2003, 277; *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 178.

<sup>646</sup> Diese unterscheidet sich von einer Gesamthandforderung bei der durch die Leistung an einen Gesamtgläubiger schuldbeitragende Wirkung auch in Bezug auf die Forderung des anderen Gesamtgläubigers eintritt. Diese Lösung wäre am schuldnerfreundlichsten, belastet aber Vorbehaltsverkäufer bzw. Vorbehaltskäufer mit einem zusätzlichen Insolvenzrisiko, so zutreffend *Thoss* JBl 2003, 277 (289).

delt, der Ersatzpflichtige jedenfalls in Bezug auf den Substanzschaden nur an beide gemeinsam schuldbeitragend leisten kann.<sup>647</sup> Sofern für ihn nicht erkennbar ist, dass der Inhaber der Sache nicht der (Voll-)Eigentümer ist, greift die Gutgläubensschutznorm des § 367 ABGB ein, nämlich der Fall des Vertrauensmannes. Wenn ein Gutgläubenserwerb in Bezug auf den Eigentumserwerb – im deutschen Recht gemäß § 932 BGB, kein Ausschlussgrund nach § 935 BGB – von dem möglich ist, dem der Eigentümer die Sache freiwillig übergeben hat, muss ein solches Vertrauen auch in Bezug auf die Rechtswirksamkeit der Schadenersatzzahlung schutzwürdig sein.<sup>648</sup>

- 331 **c) Schutz des gutgläubigen Ersatzpflichtigen.** Geschützt wird insoweit lediglich der gutgläubige Zahlende, wobei man vom Ersatzpflichtigen keine Nachfrageobliegenheit in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse verlangen können. Wenn er freilich vom Eigentumsvorbehalt Kenntnis hat bzw er diesbezüglich nicht gutgläubig war, ist die Zahlung an den Vorbehaltsverkäufer oder den Vorbehaltskäufer nicht schuldbeitragend. Davon wird man insoweit eine Ausnahme machen müssen, als die beschädigte Sache bereits fachgerecht repariert oder durch eine andere ersetzt wurde und im Regelfall der Käufer – ausnahmsweise der Verkäufer – mit den Kosten in Vorlage getreten ist. Dann ist dadurch sowohl dem Restitutionsinteresse des Vorbehaltskäufers als auch dem Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers ausreichend Rechnung getragen, sodass die Erstattung der Kosten an den, der sie vorläufig getragen hat, den Vorbehaltskäufer bzw Vorbehaltsverkäufer, schuldbeitragende Wirkung haben muss. Entsprechendes gilt für die Freistellung von der Verbindlichkeit zur Leistung des Werklohns durch Direktzahlung des Ersatzpflichtigen an die Werkstätte für die Reparatur oder den Verkäufer für die Anschaffung einer Ersatzsache. Schon der Anspruch auf den merkantilen Minderwert unterliegt wiederum der Gesamthandbindung, weil insoweit jedenfalls das Interesse des werdenden Eigentümers schutzwürdig ist, aber auch das Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers betroffen sein kann.
- 332 **d) Nutzungsausfallsschaden.** Bezüglich des Nutzungsausfallsschaden, etwa der Mietwagenkosten, eines Verdienstentgangs oder der frustrierten Aufwendungen, ist der Vorbehaltskäufer als anspruchsberechtigt anzusehen,<sup>649</sup> weil das ein Schadensposten ist, der sich auf das – legitime – Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers nicht auswirkt.<sup>650</sup>
- 333 **e) Praxistipp für Geschädigte und Ersatzpflichtigen.** Der Praxis ist folgender Ratsschlag zu geben, um sich nicht in dogmatischen Spitzfindigkeiten zu verheddern: Durch Abtretung der jeweiligen Ansprüche sollte auf Seite des Geschädigten ein Anspruchsteller begründet werden. Sofern das nicht der Fall ist, sollte der Ersatzpflichtige sich nicht dem Risiko aussetzen, an einen nicht berechtigten Schadenersatzgläubiger zu leisten mit der Folge, jedenfalls die Mühe der Rückforderung, im schlimmsten Fall aber beim Rückforderungsanspruch das Insolvenzrisiko des nicht berechtigten Gläubigers zu tragen; anzuraten ist vielmehr eine gerichtliche Hinterlegung nach § 1425 ABGB mit der Folge, dass es dann Angelegenheit von Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer ist, darüber zu streiten, wem zu welchem Zeitpunkt ein Betrag in welcher Höhe zusteht. Eine Zahlung an einen Schadenersatzgläubiger kann allerdings dann ohne Risiko erfolgen, wenn der Ersatzpflichtige gutgläubig meinen durfte, der Vorbehaltskäufer sei Eigentümer, oder dieser nachweist, dass er eine Naturalrestitution durch Reparatur oder Ersatzbeschaffung bewirkt habe.
- 334 **2. Leasing. a) Rechtsnatur des Vertrags zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer.** Leasing ist ein im ABGB nicht geregelter Vertragstypus, der eine Mittelstellung zwischen Miete und Kauf einnimmt und häufig in allgemeinen Geschäftsbedingungen die

<sup>647</sup> AA Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB § 1063 Rn. 92, der eine Teilforderung annimmt, je nach dem – pro Zahlung abnehmendem – Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers. Das hat eine permanente Klagsänderung bei prozessualer Streitaustragung zur Folge, was *Thoss* JBl 2003, 277 (285, 288) zu Recht als wenig praktikabel ansieht.

<sup>648</sup> *Thoss* JBl 2003, 277 (284); *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 182.

<sup>649</sup> *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB § 1063 Rn. 92.

<sup>650</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 181.

Nachteile von Kauf und Miete auf den Leasingnehmer überwälzt, wobei es eine besondere Vielfalt der Ausgestaltung von Leasingverträgen gibt. Charakteristisch ist eine Gebrauchsüberlassung für einen bestimmten Zeitraum. Die Überwälzung der Gefahr auf den Leasingnehmer erfolgt wie beim Kaufvertrag: Der Leasingnehmer muss im Rahmen der Preisgefahr die Leasingraten zahlen, auch wenn die Sache nach Übergabe aufgrund eines Zufalls unbenutzbar wird oder zufällig untergeht; mitunter hat der Leasinggeber in solchen Fällen sogar das Recht, die offenen Leasingraten – unter Berücksichtigung einer Abzinsung – als Kapitalbetrag zu fordern. Er ist aber häufig auch mit der Sachgefahr belastet: So muss der Leasingnehmer die Sache wiederherstellen. Abgedeckt werden diese Pflichten durch eine Kaskoversicherung, deren Prämie der Leasingnehmer zu begleichen hat. Es verbleibt dabei ein Selbstbehalt, den der Leasingnehmer zu tragen hat. Zum Teil finden sich im Leasingvertrag Regelungen über die Modalitäten der Reparatur und der Ersatzbeschaffung; ausnahmsweise auch solche zur Aktivlegitimation gegenüber einem Schädiger, wenn dieser für die Beschädigung oder Zerstörung der Sache einstandspflichtig ist. Eine Parallele zum Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist insoweit gegeben, als der Leasinggeber während der Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer Eigentümer bleibt. Im Unterschied zum Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt soll der Leasingnehmer nur ausnahmsweise nach Ablauf der Laufzeit Eigentum erwerben können, so wenn ihm im Leasingvertrag eine Kaufoption eingeräumt worden ist.

**b) Zwei zentrale Fragen.** Wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt stellt sich beim Leasingvertrag die zentrale Frage, ob nur der Leasinggeber, der Eigentümer ist, unmittelbar Geschädigter ist, oder auch – in welchem Umfang? – der Leasingnehmer. Von der Beantwortung dieser Vorfrage ist abhängig, welche (Folge-)Schäden über die Wiederherstellung der Substanz der Leasingsache hinaus ersatzfähig sind. 335

Die demgegenüber sekundäre weitere Frage ist, wer von den beiden Vertragspartnern, Leasinggeber oder Leasingnehmer, gegenüber dem Schädiger aktivlegitimiert ist. Auch insoweit stellt sich wie beim Eigentumsvorbehalt die Frage des Schutzes des Ersatzpflichtigen, der gutgläubig davon ausgeht, dass der Leasingnehmer, der einen Schadenersatzanspruch ihm gegenüber erhebt, der Eigentümer ist, sodass er mit schuldbefreiender Wirkung an diesen leisten kann. Eingegangen werden soll im hier interessierenden Zusammenhang lediglich auf das Verhältnis des Ersatzpflichtigen zu den – potentiellen – Schadenersatzgläubigern, nicht aber auf die Auswirkungen auf den Leasingvertrag zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer. 336

**c) Lösungsansätze.** Außer Streit steht, dass im Ausgangspunkt der Leasinggeber als Eigentümer – jedenfalls auch – unmittelbar Geschädigter ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt dort der Vorbehaltskäufer hier der Leasingnehmer unmittelbar Geschädigter ist. Dafür werden zwei unterschiedliche Lösungsansätze bemüht: 337

In (Teilen) der Literatur<sup>651</sup> wird eine analoge Anwendung des § 372 ABGB befürwortet; der Leasingnehmer sei Rechtsbesitzer wie der Vorbehaltskäufer oder Mieter und daher schadenersatzberechtigt. Das führt zu einer Anspruchsberechtigung für den Substanzschaden sowie die beim Leasingnehmer eintretenden Folgeschäden wie Mietwagenkosten und Verdienstentgang. 338

Der OGH<sup>652</sup> hat bisher offen gelassen, ob er sich diesem Lösungsansatz anschließt. Er hat in den kritischen Fällen vielmehr auf die Figur der Schadensverlagerung verwiesen: Wenn ein Schaden an sich beim primär Geschädigten eintritt, aufgrund einer Gefahrtragungsnorm dieser aber auf einen Dritten überwälzt wird, soll das nicht den Schädiger entlasten. Aus den wenigen höchstrichterlichen Entscheidungen lässt sich freilich nicht mit letzter Sicherheit ableiten, welchen Referenzfall der OGH zugrunde legt: Vergleicht er den 339

<sup>651</sup> Apathy FS Danzl, 2017, 17 (21); Iro, RdW 1992, 330; Fischer-Czermak *ecolex* 1992, 766.

<sup>652</sup> OGH 16.12.1992 – 2 Ob 533/92, *ecolex* 1993, 379 mAnm *Brell*; OGH 17.6.1993 – 2 Ob 26/93, JBl 1994, 121 = ZVR 1994/39; OGH 24.5.1995 – 2 Ob 33/95, JBl 1996, 114 mAnm *Lukas*.

konkreten Leasingvertrag mit der Konstellation, dass der Leasinggeber als Eigentümer der Sache gar keinen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat, dann sind der Substanzschaden und die Mietwagenkosten ersatzfähig. Oder misst er den Leasingvertrag am Gefahrtragungsmodell des nächstverwandten Mietvertrags. Das hätte zur Konsequenz, dass auch die vom Leasingnehmer – wegen der Gefahrüberwälzungsnorm im Leasingvertrag – weiter zu zahlenden Leasingraten ersatzfähig wären, weil das bei Unbenutzbarkeit der Mietsache entgehende Nutzungsentgelt, wie sich das aus der dispositiven Regelung des § 1096 ABGB ergibt, ein ersatzfähiger Folgeschaden des Leasinggebers wäre. Der Umstand, dass dieser Schaden wegen der Gefahrüberwälzungsnorm im Leasingvertrag sich beim Leasinggeber nicht niederschlägt, dürfte konsequenterweise nicht zu einer Entlastung des Schädigers führen.

- 340 Schlussendlich wird erwogen, auch für das Außenverhältnis zum Ersatzpflichtigen für maßgeblich anzusehen, welche Regelungen der Leasingvertrag im Detail vorsieht.<sup>653</sup>
- 341 Die Hypertrophie dieser Lösungsansätze in Kombination mit der spärlichen höchstgerichtlichen Judikatur führt dazu, dass so manche Detailfrage bis heute ungelöst ist.
- 342 **d) Substanzschaden. aa) Reparaturkosten.** In der Entscheidung JBl 1996, 114<sup>654</sup> (*Lukas*) hat der OGH den Anspruch auf Reparaturkostenersatz dem Leasingnehmer zuerkannt und das mit der Rechtsfigur der Schadensverlagerung begründet. Die Leasingbedingungen haben vorgesehen, dass abgesehen vom Selbstbehalt, eine Regulierung über die Kaskoversicherung erfolgen solle, wenn der Ersatzpflichtige nicht leistet. Davon abweichend hat der Leasingnehmer in Abstimmung mit dem Leasinggeber die Reparatur der Sache veranlasst – und auch bezahlt, worauf er dann Ersatz vom Schädiger verlangte. *Lukas*<sup>655</sup> wendet gegen die Bezugnahme auf die Schadensverlagerung ein, dass im Zeitpunkt der Schädigung eine Pflicht des Leasingnehmers gegeben hätte sein müssen, was aber nicht zutraf. Ein Anspruch des Leasingnehmers lasse sich aber unter Bezug auf den Bereicherungsanspruch des § 1042 ABGB begründen: Der Leasingnehmer hat einen Aufwand getätigt, den ein Dritter (der Schädiger) tätigen hätte müssen und kann deshalb Rückersatz verlangen. Das ist freilich eine – allein für Wissenschaftler – bedeutsame Konstruktionsfrage.
- 343 *Fischer-Czermak*<sup>656</sup> hält diese Entscheidung für aussagekräftig in den Fällen, in denen der Leasingnehmer den Schaden – im Verhältnis zum Leasinggeber – selbst zu tragen habe, wobei es im Wesentlichen um den durch die Kaskoversicherung nicht gedeckten Selbstbehalt gehe. ME greift das insoweit zu kurz, als bisher in diesem Kontext noch nicht darauf hingewiesen wurde, dass die Zulässigkeit der Reparaturkostenabrechnung im Rahmen der Kaskoversicherung wesentlich restriktiver ist als im Haftpflichtfall, wird doch für die Tunlichkeitsschwelle nicht beim Wiederbeschaffungswert, sondern der Differenz von Wiederbeschaffungs- und Restwert angeknüpft.<sup>657</sup> Dazu kommt, dass die Inanspruchnahme der Kaskoversicherung dazu führt, dass diese den Vertrag kündigen kann, jedenfalls aber typischerweise ein Bonusverlust eintritt und es zu einem Rückstufungsschaden kommt. ME wäre nicht einsichtig, dass das Bestehen einer Kaskoversicherung auf das Außenverhältnis derart durchschlägt, dass nur in eingeschränktem Maß Reparaturkosten vom Schädiger verlangt werden können; außerdem steht der Kaskoversicherung noch § 67 VersVG (Entsprechung zu § 86d VVG) ein im Weg der Legalzession auf sie übergehender Schadensersatzanspruch des Leasingnehmers zu. Zudem kann die Überwälzung von Folgeschäden aus der Inanspruchnahme einer Kaskoversicherung auf den Schädiger nicht davon abhängen, ob

<sup>653</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1323 R.n. 20, 24; *dies.* ZVR 2014, 480 (483). Zu einem solchen Detail *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (25): Wegen des Sicherungsinteresses des Leasinggebers als Eigentümer muss beim Totalschaden vom Ersatzpflichtigen der Wiederbeschaffungswert bis zur Höhe der noch offenen Ansprüche gegen den Leasingnehmer ersetzt werden.

<sup>654</sup> OGH 24.5.1995 – 2 Ob 33/95, JBl 1996, 114 mAnm *Lukas*.

<sup>655</sup> JBl 1996, 115.

<sup>656</sup> *Fischer-Czermak* ZVR 1997, 38 (42).

<sup>657</sup> *Ofner* FS Aicher, 2012, 515: Totalschaden in der Kaskoversicherung, wenn die Reparaturkosten 10 % höher als die Differenz von Wiederbeschaffungswert und Restwert sind.

ein Leasingvertrag besteht oder nicht. Wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist vorzugsweise, in Bezug auf die Reparaturkosten eine Gesamthandforderung von Leasinggeber und Leasingnehmer anzunehmen.<sup>658</sup> Soweit der Leasinggeber oder der Leasingnehmer die Reparaturkosten aber bereits getragen hat, steht diesem allein ein Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen gegen den Schädiger zu.<sup>659</sup>

**bb) Merkantiler Minderwert.** Das LGZ Wien<sup>660</sup> hat einen merkantilen Minderwert des Leasingnehmers abgelehnt, weil der Leasingnehmer als Bestandnehmer zur Veräußerung der Sache nicht berechtigt ist, sodass anspruchsberechtigt ausschließlich der Leasinggeber ist. *Fischer-Czermak*<sup>661</sup> ergänzt freilich zutreffend, dass eine Schadensverlagerung gegeben sei, wenn der Leasingnehmer dem Leasinggeber diesen Schaden ersetzen muss. *Ch. Huber*<sup>662</sup> hält allein schon den Umstand für beachtlich, dass sich in der Folge das Risiko nicht entdeckter oder behobener Schäden realisieren könne und der Leasingnehmer gleichwohl die ungekürzten Leasingraten weiter entrichten müsse, sodass sich wirtschaftlich der Schaden beim Leasingnehmer niederschlage, was jedenfalls auch für dessen Anspruchsberechtigung spreche. *Fischer-Czermak*<sup>663</sup> bejaht eine Anspruchsberechtigung beider, wenn der Leasingnehmer eine Kaufoption habe,<sup>664</sup> der Leasinggeber sei aber nur anspruchsberechtigt, wenn der Wert der Sache sonst geringer als die noch ausstehenden Leasingraten sei. Das mag eine bis ins letzte Detail ausgewogene Lösung darstellen; mE ist es dem ersatzpflichtigen Dritten aber nicht zumutbar, sich mit solchen Details des Leasingvertrags auseinanderzusetzen. Es ist wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt von einer Gesamthandforderung auszugehen, deren Aufteilung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer zu erfolgen hat.

**cc) Totalschaden.** Im Sachverhalt der Entscheidung OGH JBl 1994, 121<sup>665</sup> verlangte der Leasingnehmer nach Zerstörung der Leasing Sache durch einen Schädiger von diesem die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert und den an den Leasinggeber wegen der Vertragsauflösung gezahlten abgezinsten restlichen Leasingraten. Das Begehren wurde abgewiesen, die Anwendbarkeit des § 372 ABGB offengelassen. Der Schaden sei nicht kausal, weil sich das schon früher durch den Vertragsschluss begründete Risiko verwirklicht habe. Kausal sei nur die Pflicht zur sofortigen Zahlung des restlichen Entgelts, soweit er über die Abzinsung hinausgehe; ein solcher Schaden sei aber nicht geltend gemacht worden. Es gebühre auch kein Ersatz frustrierter Aufwendungen und entgangener Sachnutzung, weil die bloße Gebrauchsmöglichkeit neben dem Substanzwert keinen selbständigen Vermögenswert darstelle.<sup>666</sup> Damit anerkennt der OGH aber implizit einen Schaden, der aus der besonderen Ausgestaltung des Leasingvertrags resultiert; eine Zuerkennung auch in dem vom OGH gebilligten Ausmaß lässt sich aber nur begründen, wenn man einen Schutz des Leasingnehmers nach § 372 ABGB (Rechtsbesitzer) annimmt. Darüber hinaus wird beim Totalschaden eine Gesamthandgläubigerschaft zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer angenommen.<sup>667</sup>

**e) Nutzungsausfallschaden beim Leasing. aa) Mietwagenkosten und Verdienstentgang.** Seit der Entscheidung SZ 65/83<sup>668</sup> sieht der OGH vom Leasingnehmer aufgewendete Mietwagenkosten für ersatzfähig an und begründet das mit dem Gedanken der Schadensverlagerung: Wenn eine Sache beschädigt werde, stellen aufgewendete Mietwagen-

<sup>658</sup> *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (22).

<sup>659</sup> *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (23); Bei Tragung der Aufwendungen durch den Leasingnehmer.

<sup>660</sup> LGZ Wien 24.8.1994 – 40 R. 402/94, ZVR 1995, 116.

<sup>661</sup> *Fischer-Czermak*, ZVR 1997, 38 (42).

<sup>662</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 67.

<sup>663</sup> *Fischer-Czermak* ZVR 1997, 38 (42).

<sup>664</sup> Für eine alleinige Anspruchsberechtigung des Leasingnehmers in einem solchen Fall *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (483).

<sup>665</sup> OGH 17.6.1993 – 2 Ob 26/93, JBl 1994, 121 = ZVR 1994/39.

<sup>666</sup> Zustimmung *Fischer-Czermak*, ZVR 1997, 38 (42).

<sup>667</sup> *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (23); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1332 Rn. 22.

<sup>668</sup> OGH 27.5.1992 – 2 Ob 17/92, SZ 65/83 = ZVR 1992/154; dazu *Iro RdW* 1992, 330; *Fischer-Czermak* *ecolex* 1992, 766; *Konwitschka* JAP 1992/1993, 116; *Ch. Huber* *VersR* 1993, 1329.

kosten einen Folgeschaden dar, der typischerweise den Eigentümer treffe, weshalb sie auch dann ersatzfähig seien, wenn sie beim Leasingnehmer anfallen. Diese Entscheidung ist auf weitgehende Zustimmung in der Literatur<sup>669</sup> gestoßen; uneinheitlich ist lediglich die Einschätzung der Begründung. *Fischer-Czermak*<sup>670</sup> wendet ein, dass fraglich sei, ob der Leasinggeber ohne Regelung im Leasingvertrag Mietwagenkosten aufgewendet hätte, was zu verneinen sei. Auch sei nach dem Mietvertrag keine Pflicht zur Bereitstellung einer Mietsache gegeben, weshalb die Begründung unzutreffend sei: Wenn dem Leasinggeber keine Kosten entstanden wären, sei kein Fall der Schadensverlagerung gegeben. Begründen lasse sich das Ergebnis jedoch, wenn man dem Leasingnehmer einen petitorischen Schutz nach § 372 ABGB (Rechtsbesitzer) einräume, was jedenfalls bei einer Kaufoption zu bejahen sei.<sup>671</sup> Im konkreten Kontext kommt es mE darauf an, was man als Referenzverhältnis heranzieht, um einen Fall der Schadensverlagerung zu identifizieren. Der OGH klammert jeglichen Vertrag aus und begnügt sich damit, dass Aufwendungen zur Aufrechterhaltung des Nutzungspotenzials typischerweise beim Eigentümer sich niederschlagen. ME ist auch die Sicht möglich, dass derjenige als unmittelbar geschädigt anzusehen ist, auf den infolge der Gefahrtragungsregeln das Risiko des Nutzungsausfalls verlagert wurde.

- 347 Auch in diesem Fall muss mE der Dritte davor bewahrt werden, sich mit Details des Leasingvertrags zu beschäftigen, ob der Leasingnehmer eine Kaufoption hat oder nicht. Wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist vom Sicherheitsinteresse des Leasinggebers nicht der Nutzungsausfallsschaden betroffen, sodass insoweit der Leasingnehmer allein als aktivlegitimiert anzusehen ist. Das gilt im unternehmerischen Bereich nicht nur für aufgewendete Mietwagenkosten zur Abwendung eines Verdienstentgangs, sondern auch für einen ohne Anmietung eines Mietfahrzeugs eintretenden Gewinnentgang.<sup>672</sup>
- 348 **bb) Ersatzfähigkeit der Leasingraten.** Der OGH hat in zwei älteren Entscheidungen<sup>673</sup> die Ersatzfähigkeit der während der Reparatur gezahlten Leasingraten abgelehnt, weil der Leasingnehmer nur mittelbar Geschädigter und daher anders zu behandeln sei als ein Vorbehaltskäufer, der ein absolutes Anwartschaftsrecht habe. *Apathy*<sup>674</sup> hat das insoweit kritisiert, als jeder Bestandnehmer petitorischen Schutz analog § 372 ABGB habe; der Ersatz sei allerdings eingeschränkt auf einen Teil der Leasingrate, nämlich der Versicherung und den Finanzierungskosten, im Klartext den Zinsen; daneben sei nicht auch noch der Kaufpreisanteil ersatzfähig. Umstritten ist, ob durch die neuere Entscheidung,<sup>675</sup> in der dem Leasingnehmer Mietwagenkosten zugesprochen werden, dieses Judiz überholt und ein solcher Schaden zu bejahen ist.
- 349 *Fischer-Czermak*<sup>676</sup> verneint das, weil die Zahlung der Leasingraten nicht verursacht worden sei. Das trifft zu; allerdings kommt es darauf mE nicht an. Die Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers bei drittverschuldeter Verletzung des Arbeitnehmers ist ebenfalls nicht verursacht; trotzdem besteht kein Zweifel daran, dass der Arbeitgeber sich wegen des verlagerten Schadens regressieren kann.<sup>677</sup> Hält man – im gegebenen Zusammenhang – die Gefahrtragungsregel des Mietvertrags für maßgeblich,<sup>678</sup> kommt man zu einem gegenteiligen Ergebnis: Der Vermieter, der bei Unbrauchbarkeit der Mietsache gemäß § 1096 Abs 1

<sup>669</sup> Iro RdW 1992, 330; *Fischer-Czermak* *ecolex* 1992, 766; *Ch. Huber* *VersR* 1993, 1329 (1330 f.); einschränkend freilich *Konwitschka* *JAP* 1992/1993, 116 (118); Begrenzt auf die Leasingraten während der Stehzeit.

<sup>670</sup> *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (40 f.).

<sup>671</sup> *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (41).

<sup>672</sup> *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (41) mit dem Hinweis, dass das nur mit einem eigenen Anspruch des Leasingnehmers aus § 372 ABGB zu begründen sei unter Verweis auf die nur mittelbar einschlägige Entscheidung OGH 16.12.1992 – 2 Ob 533/92, *ecolex* 1993, 379 mAnm *Brell*, in der der OGH den begehrten Ersatzbetrag wiederum unter Berufung auf die Schadensverlagerung zuerkannt hat.

<sup>673</sup> OGH 21.12.1983 – 8 Ob 78/83, *JBl* 1985, 231 mAnm *Apathy*; OGH 12.6.1979 – 2 Ob 193/78, *SZ* 52/93.

<sup>674</sup> *Apathy* *JBl* 1985, 233.

<sup>675</sup> OGH 27.5.1992 – 2 Ob 17/92, *SZ* 65/83 = *ZVR* 1992/154.

<sup>676</sup> *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (39).

<sup>677</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung in Österreich *Ch. Huber* *FS* *Dittrich*, 2000, 411.

<sup>678</sup> So *Ch. Huber* *VersR* 1993, 1329 (1330 f.).

§ 2 ABGB vom Mieter kein Entgelt verlangen kann, könnte den Entfall des Mietentgelts als positiven (Folge-)Schaden vom Schädiger ersetzt verlangen. Dass beim Leasingvertrag – im Innenverhältnis – eine abweichende Gefahrtragungsregel vereinbart wird, also der Leasingnehmer die Leasingraten gleichwohl entrichten muss, kann aber ebenso wenig zu einer Entlastung des Schädigers führen wie im Fall der Verletzung eines Arbeitnehmers und der Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers in Durchbrechung des Synallagmaprinzips „Ohne Arbeit kein Lohn“. <sup>679</sup> Eine höchstrichterliche Entscheidung dazu steht freilich aus. Als ersatzfähig werden immerhin die Generalunkosten angesehen, somit die in der Leasingrate steckenden Versicherungskosten <sup>680</sup> sowie die frustrierte Kfz-Steuer <sup>681</sup> und darüber hinaus die Garagierungskosten.

**f) Praxistipp für Geschädigte und Ersatzpflichtigen.** Die oben beim Eigentumsvorbehalt beschriebenen Grundsätze gelten auch beim Leasing. Komplikationen lassen sich vermeiden, wenn durch Abtretung von Ansprüchen bewirkt wird, dass sie nur von einem Gläubiger geltend gemacht werden. Der Ersatzpflichtige sollte nach Möglichkeit davor bewahrt werden, sich mit Details des Leasingvertrags beschäftigen und das Risiko tragen zu müssen, an den falschen Gläubiger zu leisten. Im Zweifel ist ihm anzuraten, den Ersatzbetrag nach § 1425 ABGB zu hinterlegen. Wenn er gutgläubig annehmen durfte, dass der Leasingnehmer, der den Anspruch erhebt, der Eigentümer sei, sprechen gute Gründe dafür, auch in diesem Fall die Gutglaubensregel des § 367 ABGB zugunsten des Ersatzpflichtigen anzuwenden. Wer konkrete Kosten aufgewendet hat, sei es für Reparatur, Ersatzbeschaffung oder auch Abschleppkosten, <sup>682</sup> kann diese allein geltend machen.

## VII. Beschädigung besonderer Sachen

**1. Tier (§ 1332a ABGB).** Die Entsprechung zu § 251 Abs 2 S. 2 BGB ist im österreichischen Recht § 1332a ABGB. Die Heilungskosten eines Tieres sollen nicht – wie beim Kfz – mit der wirtschaftlichen Elle gemessen werden. Auch wenn diese den Zeitwert des Tieres um mehr als 10 % übersteigen, sind sie ersatzfähig. <sup>683</sup> Abgestellt wird auf den verständigen Eigentümer in der Lage des Geschädigten. Es wird damit dem Umstand Rechnung getragen, dass Tiere nicht nur Sachen, sondern auch Lebewesen sind und der Eigentümer – mitunter – eine besondere emotionale Nahebeziehung hat, namentlich zu einem Haustier. Nicht ersatzfähig ist jedoch das Gnadenbrot eines invaliden, nicht mehr heilbaren und zum bisherigen Zweck nicht mehr brauchbaren Tieres. <sup>684</sup>

**2. Liegenschaften und Gebäude.** Wegen ihrer besonderen Bedeutung <sup>685</sup> wird bei Schäden an Liegenschaften und Gebäuden ebenfalls eine hinausgeschobene Tunlichkeitschwelle bei den Reparaturkosten angenommen. <sup>686</sup> Darüber hinaus soll bei Liegenschaftsschäden die Absicht der Durchführung einer Restitutionsmaßnahme genügen, <sup>687</sup> was allerdings fragwürdig ist.

<sup>679</sup> AA Fischer-Czermak ZVR 1997, 38 (40).

<sup>680</sup> Fischer-Czermak ZVR 1997, 38 (40).

<sup>681</sup> OLG Wien 9.11.1992 – 14 R 155/92, ZVR 1993/98; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 74.

<sup>682</sup> Apathy FS Danzl, 2017, 17 (25).

<sup>683</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 838. Weitergehend Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1332a Rn. 2 unter Verweis auf LG Krems 8.11.2012 – 1 R 127/12 z, Zak 2013/65: Bei einem 2,5 Jahre alten Familienhund dürfen die Heilungskosten den Wert des Hundes (Euro 950) um das Fünffache überschreiten.

<sup>684</sup> OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156, ÖJZ 1999, 38.

<sup>685</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1323 Rn. 10: Knappe, nicht vermehrbare Wirtschaftsgüter.

<sup>686</sup> OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101: 270.000 öS Sanierungskosten und verbleibende Wertminderung gegenüber 131.000.- öS an objektiver Wertminderung des Grundstücks; vgl aber OGH 1.3.2017 – 5 Ob 23/17v, ecolex 2017/338 mAnm Mrvoševic: Grenze aber überschritten, wenn bei Hangrutschung Kosten bei 3-fachem des Liegenschaftswertes liegen. Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (162); weitere Nachweise bei Ch. Huber in Schwimann/Neumayr TaKomm § 1323 Rn. 21.

<sup>687</sup> OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101; kritisch Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (216).