

Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2020

Redaktion

RA lic. iur. Manfred Dähler

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M., RA
(Vorsitz, Herausgeber)

Dr. phil. Jacqueline Bächli-Biétry

Dr. med. Bruno Liniger

Dipl. Ing. FH Erich Peter

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-179-1

www.dike.ch

Vorwort

Ich freue mich, Ihnen das Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2020 präsentieren zu dürfen. Die Jahrbücher zum Strassenverkehrsrecht enthalten wissenschaftliche Beiträge aus allen Bereichen des Strassenverkehrs. Seit 2003 halten sie die Entwicklungen in diesem komplexen Gebiet fest, setzen sich kritisch damit auseinander und verfolgen einen interdisziplinären Ansatz.

In Zusammenarbeit mit dem «Europa Institut an der Universität Zürich» ist die Redaktion des Jahrbuches zum Strassenverkehrsrecht verantwortlich für die «Zürcher Tagung zum Strassenverkehrsrecht», die jeweils im September durchgeführt wird. Die wissenschaftlichen Beiträge der Referenten werden ebenfalls im Jahrbuch publiziert. Das «Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2020» umfasst 8 Beiträge aus verschiedenen Gebieten des Strassenverkehrsrechts.

Die Redaktion des Jahrbuchs zum Strassenverkehrsrecht wünscht Ihnen eine angenehme Lektüre und freut sich, dass dipl. Phys. Bettina Zahnd, Prof. Dr. iur. Andreas Eicker und dipl. Phys. Jörg Arnold sich bereit erklärt haben, Mitglied der Redaktion zu werden und aus ihrem jeweiligen fachlichen Bereich Inputs zu geben und Erfahrungen zu teilen.

Glarus, im April 2020

Prof. Dr. iur Hardy Landolt LL.M.

Inhaltsverzeichnis

Privatrecht (Haftungs- und Versicherungsrecht)

Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung und Kaskoversicherung

Ein Überblick aus der Versicherungspraxis

IGNACIO MORENO 3

Der Autoschaden – Parallelen und Unterschiede im deutschen und österreichischen Haftpflichtrecht

CHRISTIAN HUBER 29

SVG-Rechtsprechung: Haftpflichtrechtliche Urteile des Jahres 2019

HARDY LANDOLT 47

Strafrecht und Verwaltungsrecht zum SVG

Strassenverkehrsstrafrecht und Bestimmtheitsgebot

GERHARD FIOLKA 99

Kompodium der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strassenverkehrsstrafrecht

ANDREAS EICKER 121

Rechtsprechung kompakt: Administrativmassnahmen

CHRISTOF ZELLER 167

Verkehrsmedizin und Verkehrspsychologie

Alkohol-, Drogen- und Medikamenten-Problematik: Verkehrsmedizinische Auflagen im Wandel

BRUNO LINIGER 195

Qualitätssicherung in der Verkehrspsychologie

LIVIA BÜHLER/RAHEL BIERI 209

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.M.	anderer Meinung
AAK	Atemalkoholkonzentration
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (Österreich)
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zürich)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASTRA	Bundesamt für Strassen
BAK	Blutalkoholkonzentration
BB1	Bundesblatt
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz; SR 812.121)
BezGer	Bezirksgericht
BGB1.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Köln)
BSK SVG	Niggli/Probst/Waldmann (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka

CHF	Schweizer Franken
DAR	Deutsches Autorecht (München)
E.	Erwägung
e.V.	eingetragener Verein (Deutschland)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101)
f./ff.	und folgende/fortfolgende (Seite/n, Randnummer/n etc.)
FN	Fussnote
FS	Festschrift
FSP	Föderation Schweizer Psychologinnen und Psychologen
Gew.-%o	Gewichtspromille (g Alkohol pro kg Körpergewicht)
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
h.L.	herrschende Lehre
HAVE	Haftpflicht und Versicherung (Zürich)
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.S.(v.)	im Sinne (von)
JBl	Juristische Blätter (Wien)
Kap.	Kapitel
Kapo	Kantonspolizei
Kfz	Kraftfahrzeug
lit.	litera
m	Meter
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweisen/Verweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen/Verweisen
MFG	Motorfahrzeuggesetz vom 15. März 1932 (BBl 1930 II 849 ff.; AS 1932 513 ff.); aufgehoben durch das SVG vom 19. Dezember 1958

N	Note, Randnote
Nr.	Nummer, Randnummer
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (München)
OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof der Republik Österreich
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Wien)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
ÖRA	Öffentlich-rechtliche Abteilung (des Bundesgerichts)
Pra / Praxis	Die Praxis (Basel)
Rn.	Randnote
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
SG	Sammelstelle Gerichtsentscheide (1974–2015; aufgenommen in www.swisslex.ch)
SKV	Verordnung vom 28. März 2007 über die Kontrolle des Strassenverkehrs (Strassenverkehrskontrollverordnung; SR 741.013)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SR 741.21)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; SR 312.0)
StrA	Strafrechtliche Abteilung (des Bundesgerichts)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
u.a.	unter anderem/anderen

VfV	Schweizerische Vereinigung für Verkehrspsychologie
vgl.	vergleiche
VRV	Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VSKV-ASTRA	Verordnung des ASTRA vom 22. Mai 2008 zur Strassen- verkehrskontrollverordnung (SR 741.013.1)
VTs	Verordnung vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (SR 741.41)
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungs- vertrag (Versicherungsvertragsgesetz; SR 221.229.1)
VVV	Verkehrsversicherungsverordnung vom 20. November 1959 (SR 741.31)
VZV	Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung; SR 741.51)
wobl	Wohnrechtliche Blätter (Wien)
z.B.	zum Beispiel
Zak	Zivilrecht aktuell (Wien)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
Ziff.	Ziffer
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Wien)
zzgl.	zuzüglich

Der Autoschaden – Parallelen und Unterschiede im deutschen und österreichischen Haftpflichtrecht

CHRISTIAN HUBER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	30
II.	Die zentrale Unterscheidung: Restitution oder Kompensation	32
III.	Zentrale Leitprinzipien	32
	A. Der Geschädigte ist der Herr des Restitutionsgeschehens	32
	B. Der Ersatzpflichtige hat den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist	33
	C. Unterschiedliches Wohlwollen des VI. Senats beim BGH	33
	D. Rolle des Kfz-Sachverständigen	34
IV.	Reparaturkostenabrechnung	34
	A. Deutschland	34
	B. Österreich	37
V.	Merkantiler Minderwert	38
VI.	Totalschadensabrechnung	39
VII.	Pauschalierte Nutzungsentschädigung und Mietwagenkosten	42
	A. Deutschland	43
	B. Österreich	45
VIII.	Resümee	46

* Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht, RWTH Aachen (Deutschland). – Überarbeitete Fassung des an der 8. Zürcher Tagung zum Straßenverkehrsrecht vom 25. September 2019 gehaltenen Referats.

Abstract

Der Ersatz des Sachschadens nach einem Unfall, für den ein Ersatzpflichtiger, sehr häufig ein Kfz-Haftpflichtversicherer, einzustehen hat, spielt im Alltagsleben eine grosse Rolle. Der Autor erläutert in Grundzügen, was die massgeblichen Bemessungsparameter sind und wie sich in Deutschland und Österreich die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat. Das deutsche Kfz-Sachschadensrecht galt als besonders grosszügig; in den letzten Jahrzehnten sind indes zahlreiche Restriktionen vorgenommen worden, ohne dass der in Deutschland engherzig bemessene Personenschaden angemessener ausgeglichen worden ist. Das österreichische Schadenersatzrecht orientiert sich zwar an den deutschen Leitsätzen, folgt diesen aber nicht strikt. Die geringere Judikaturdichte und womöglich auch das unterschiedliche Temperament bringen es mit sich, dass im österreichischen Recht weniger auf starre Grenzen geachtet wird, sondern der Einzelfall eine grössere Rolle spielt.

I. Einleitung

- 1 Die Relation der Aufwendungen der Kfz-Haftpflichtversicherer zwischen Sachschaden und Personenschaden verhält sich in Deutschland 3:1, in Frankreich jedoch 1:1. Wie ist das erklärbar? An zwei – zugegebenermassen ausgerissenen – Beispielen soll eine Verdeutlichung versucht werden:
- 2 Bei einem von einem Schädiger zu verantwortenden Tod eines Mannes gebührt der Geliebten bzw. Lebensabschnittsbegleiterin in Frankreich – wie in der Schweiz¹ – sogar neben der Ehefrau eine Angehörigengengnugtuung. In Deutschland gibt erst seit kurzem – 22.7.2017, BGBl. I 2421 – nach § 844 Abs. 3 Satz 2 BGB eine Abgeltung für die Trauer der Ehefrau bei Tötung des Ehemanns. Die vorgeschlagenen Beträge sind dabei durchaus moderat.² Selbst wenn es keine Ehefrau gibt, ist für die Geliebte oder Lebensabschnittsbegleiterin nur ausnahmsweise eine Abgeltung des ideellen Schadens nach § 844 Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehen. Für letztere gibt es jedenfalls – anders als im schweizerischen Recht – keinen Unterhaltersatz, weil § 844 Abs. 2 BGB auf das Bestehen einer gesetzlichen Unterhaltspflicht abstellt.
- 3 Der durch eine Kollision von zwei Fahrzeugen entstandene Kratzer an der Stossstange wird in Frankreich nicht als Schaden betrachtet; insoweit verweist

¹ BGE 138 III 157.

² Für deutsche Verhältnisse durchaus grosszügig hingegen die erste Entscheidung dazu LG Tübingen, 3 O 108/18, 17.5.2019, NZV 2019, 626 (CHRISTIAN HUBER): an die Ehefrau 12'000 €, an die vier Kinder jeweils 7'500 € und an den «Lieblingsbruder», der den tödlichen Motorradunfall miterlebt hat, 5'000 €.

man auf die Funktion der Stossstange. In Deutschland kommt in solchen Fällen – jedenfalls unter gewissen Voraussetzungen – eine fiktive Abrechnung auf Basis eines Sachverständigengutachtens nach den Kosten einer Markenwerkstätte in Betracht.

Zwei Zitate in diesem Zusammenhang mögen den unterschiedlichen Stellenwert von Blut und Blech im deutschen Recht verdeutlichen:³ GAS,⁴ *Vorsitzender des Hauptausschusses Schaden des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.*, übte auf dem 37. Deutschen Verkehrsgerichtstag in Goslar 1999 Kritik am grosszügigen Kfz-Schadensrecht in Deutschland und behauptete gar: «Der Deutsche hat ein erotisches Verhältnis zum Fahrzeug». LANDOLT⁵ stellte zutreffend fest, dass nach deutschem – im Unterschied zum schweizerischen – Recht auch die (Ehe-)Frau keine Abgeltung des ideellen Schadens verlangen kann, wenn es aufgrund eines (Strassen-)Verkehrsunfalls zur Impotenz des (Ehe-)Mannes kommt. Sein Urteil: Die Älpler sind eben lustbetonter. Wie zu ergänzen ist, auf dem Feld der Erotik und nicht beim Blech!

Sachlich zusammenfassen kann man das in der Weise, dass im deutschen Recht einem luxuriösen Kfz-Sachschadensrecht – vom Schmerzensgeld (Genugtuung) abgesehen – eine engherzige Abgeltung der Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität im Rahmen des Vermögenspersonenschadens gegenübersteht. In den letzten 20 Jahren haben die Ersatzpflichtigen in Deutschland beim Kfz-Sachschaden erfolgreich auf Gesetzgebung und Rechtsprechung eingewirkt und eine beträchtliche Kostenreduzierung bewirkt, während beim Personenschaden kein Ansatz zu mehr Grosszügigkeit festzustellen ist.

In Österreich erfolgt eine Orientierung am «grossen Bruder» Deutschland, aber manches ist doch deutlich anders. Charakteristisch ist ein Zitat des OGH in einer älteren Entscheidung,⁶ in der er eine pauschalierte Nutzungsentschädigung bei Kfz-Schäden abgelehnt hat. Der OGH führt wörtlich aus: «Mit der deutschen Bundesrepublik hätten wir zwar die Beschaffenheit der Anlassfälle gemeinsam, nicht aber den Stil der Judikatur im Verhältnis zum Gesetz.»

Während in Deutschland beim Kfz-Sachschaden selbst wegen geringer Streitwerte – wegen der enormen Multiplikatorwirkung für die Haftpflichtversicherer – bis zum BGH prozessiert wird, ist solchen Rechtsmitteln an das Höchstgericht in Österreich durch die viel höhere Streitwertgrenze für ein

³ Dazu CHRISTIAN HUBER, Über den Stellenwert von Blut und Blech im deutschen Schadensrecht, in: FS Lothar Jaeger, Köln 2014, 309 ff.

⁴ Bemerkungen zum Schadensersatzrecht aus der Sicht der Versicherungswirtschaft, VersR 1999, 261.

⁵ HARDY LANDOLT, Haftung für Schockschäden von Angehörigen aus rechtsvergleichender Sicht, in: FS Lothar Jaeger, Köln 2014, 355 ff., 362.

⁶ OGH 3.3.1969, 2 Ob 358/67, SZ 42/33.

Rechtsmittel an den OGH ein Riegel vorgeschoben. Zudem erfolgt namentlich im Osten Österreichs, also in Wien und Umgebung, die Regulierung häufig beim Heurigen oder im Kaffeehaus, wo man sich schliesslich amikal einigt, sodass die Gerichte in Österreich keine Möglichkeit haben, ihre Rechtsprechung zu präzisieren oder fortzubilden.

- 8 Wegen der unterschiedlichen Judikaturdichte und wohl auch des anders gelagerten Temperaments gibt es in Deutschland fixe Bezugspunkte, so die Schwellwerte von 100 und 130 % des Wiederbeschaffungswerts bei der Frage der Zulässigkeit der Reparaturkostenabrechnung bzw. das Alter des Fahrzeugs von einem bzw. drei Monaten bei der Neuwagenabrechnung.⁷ In Österreich sind insoweit die Umstände des Einzelfalls massgeblich, was weniger Rechtssicherheit bedeutet und sich tendenziell zu Lasten des Geschädigten auswirkt.

II. Die zentrale Unterscheidung: Restitution oder Kompensation

- 9 In Deutschland wie in Österreich kommt es für den Umfang des Ersatzes in erster Linie darauf an, ob es zur Wiederherstellung des realen Zustands wie ohne Schädigung kommt, oder dem Geschädigten bloss daran gelegen ist, dass seine Vermögenslücke aufgefüllt wird; bei einer solchen Kompensation bleibt der Ersatz dann in vielen Fällen deutlich hinter dem bei der Restitution zurück.

III. Zentrale Leitprinzipien

- 10 Vier zentrale Leitprinzipien sollen vorweg erörtert werden:

A. Der Geschädigte ist der Herr des Restitutionsgeschehens

- 11 Nach § 249 Abs. 1 BGB kann der Geschädigte vom Schädiger die Wiederherstellung, somit auch die Reparatur des Kfz verlangen; nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB kann er darüber hinaus statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag begehren. Kein Geringerer als der langjährige Vorsitzende

⁷ Zu dieser CHRISTIAN HUBER, Die Abrechnung auf Neuwagenbasis, der Gipfel des Integritätsinteresses – neuer Stellenwert eines moribundus im Rahmen eines Mehrstufenmodells? Betrachtungen am Vorabend der BGH-Entscheidung VI ZR 110/08, in: FS Christoph Egger, Düsseldorf 2008, 115 ff.

des VI. Senats, Dr. ERICH STEFFEN,⁸ eine besonders prägende Richterpersönlichkeit, hat diese Dispositionsfreiheit als die Magna Charta für den Geschädigten im Schadensrecht bezeichnet. In den letzten Jahren hat diese immer mehr Risse erfahren; sie wird zunehmend überlagert durch die – vom BGH gebilligte – Schadenssteuerung durch die Kfz-Haftpflichtversicherer, die dem Geschädigten in manchen Bereichen die Handlungsfreiheit aus der Hand genommen haben.

B. Der Ersatzpflichtige hat den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist

Unter Bezugnahme auf diesen Grundsatz erfolgte eine Betonung der subjektiv-konkreten Schadensberechnung. Diese führte tendenziell zu einer Ausweitung des Ersatzes. Für den Geschädigten ist die Regulierung eines Kfz-Schadens nämlich kein alltäglicher Vorgang. Zudem wird sein Zeitaufwand für nicht ersatzfähig angesehen, weshalb er in engen Grenzen zu halten ist. Zu beobachten ist auch insoweit eine Akzentverlagerung zur Figur des wirtschaftlich vernünftig denkenden Menschen, des homo oeconomicus, was zu einer weiteren Einschränkung des Ersatzes führt. 12

C. Unterschiedliches Wohlwollen des VI. Senats beim BGH

Bei der Regulierung eines Kfz-Schadens nach einem Verkehrsunfall kommt es mitunter dazu, dass der Geschädigte eine bestimmte Marktleistung erstmalig in Anspruch nimmt. Dabei entstehen – sei es aus Unkenntnis oder infolge unterlassener Marktbeobachtung – besonders hohe Kosten bzw. geringe Erlöse. Er verkauft das Wrack zu einem geringeren Preis an einen örtlichen Kfz-Händler als zu dem, der bei Einstellung in eine – auch ihm zugängliche – Wrackbörse erzielbar wäre. Er betraut einen Kfz-Sachverständigen mit der Schätzung der für die Regulierung massgeblichen Werte wie Wiederbeschaffungswert, Reparaturkosten und merkantilen Minderwert und zahlt diesem ein überhöhtes Honorar. Schliesslich mietet er ein Ersatzfahrzeug, wobei sich herausstellt, dass die Anmietung zu deutlich geringeren Kosten möglich gewesen wäre. Letztendlich geht es dabei nicht nur um den Schutz des – unbedarften – Geschädigten, der es nicht besser weiss, sondern auch um die Überwälzbarkeit der von externen Marktteilnehmern bzw. Dienstleistern in Rechnung gestellten, mitunter gegenüber dem Marktniveau überhöhten Preisen oder deutlich 13

⁸ ERICH STEFFEN, Der normative Verkehrsunfallsschaden, NJW 1995, 2057 ff., 2060.

geringeren, deren Erzielung den Haftpflichtversicherern aufgrund ihrer Expertise bzw. Marktmacht möglich wäre.

D. Rolle des Kfz-Sachverständigen

- 14 Das Gutachten des Kfz-Sachverständigen ist der archimedische Punkt bei der Regulierung des Kfz-Sachschadens. Die unterschiedliche Betrauung in Deutschland und Österreich hat weitreichende Auswirkungen. In Deutschland wird der Kfz-Sachverständige vom Geschädigten bestellt, häufig vermittelt von der Fachwerkstätte, die in der Folge mit der Reparatur betraut wird und die dann zu den vom Kfz-Sachverständigen – grosszügig – geschätzten Kosten abrechnen kann. Die Kfz-Sachverständigenkosten sind auf den Ersatzpflichtigen überwälzbar; im Rahmen der Aufwendungen der Kfz-Haftpflichtversicherer für den Kfz-Sachschaden sind diese höher als die Anwaltskosten.
- 15 In Österreich wird der Kfz-Sachverständige aufgrund einer bestehenden Übung vom Haftpflichtversicherer betraut. Die Honorare der österreichischen Kfz-Sachverständigen machen nur einen Bruchteil der deutschen Werte aus. Das Gutachten des vom Kfz-Haftpflichtversicherer betrauten Kfz-Sachverständigen ist ein überaus wirksames Mittel der Schadenssteuerung. Bei der Gewerkschaft gilt das Motto: Wes Brot ich ess, des Lied ich sing. Dieses Prinzip gilt nicht nur bei der Gewerkschaft. Auch der vom Kfz-Haftpflichtversicherer betraute «unabhängige» Kfz-Sachverständige ist sich des Umstands bewusst, von wem er künftig Mandate erhält. Dass dieser Umstand bei seiner Ermessensausübung letztlich eine gewisse Rolle spielen könnte, ist nicht völlig auszuschliessen.

IV. Reparaturkostenabrechnung

A. Deutschland

- 16 Für die Zulässigkeit der Reparaturkostenabrechnung ist massgeblich die Relation von Reparaturkosten (zuzüglich des merkantilen Minderwerts) und Wiederbeschaffungswert unter Ausblendung des Restwerts. Das ist hervorzuheben, weil ein rationaler Geschädigter bei der betriebswirtschaftlichen Vergleichsbetrachtung den Restwert – selbstverständlich – einbeziehen würde. Bei seinem ökonomischen Kalkül vergleicht er, ob und wieviel ihm die Reparatur des beschädigten Fahrzeugs mehr Wert ist als die Wiederbeschaffung eines vergleichbaren Ersatzfahrzeugs, wobei der Restwert dann als Abzugsposten zu Buche schlägt. Der BGH hat den Restwert indes ausgeklammert, weil dieser Wert besonders umstritten ist und der Geschädigte nach der Be-

schädigung des Fahrzeugs rasch Gewissheit haben soll, ob er auf Kosten des Schädigers das Fahrzeug reparieren lassen darf.

Unterschieden wird zwischen der 100- und der 130-%-Schwelle: Ergibt die Schätzung des Kfz-Sachverständigen, dass Reparaturkosten und merkantiler Minderwert zusammen nicht mehr ausmachen als der Wiederbeschaffungswert (100-%-Fall), kann sich der Geschädigte für eine – fiktive – Reparaturkostenabrechnung, also eine solche auf Basis des Sachverständigengutachtens ohne Vorlage einer Reparaturrechnung einer Werkstätte entscheiden, sofern er nachweist, dass die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs gegeben ist.⁹ Bei einer bloss optischen Beeinträchtigung wie einer Delle ist dementsprechend gar keine Reparatur erforderlich; gleichwohl sind die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten zu bezahlen; es erfolgt bloss die Kappung der Umsatzsteuer nach § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB. 17

Bei fiktiver Abrechnung wird freilich verlangt, dass der Geschädigte das Fahrzeug sechs Monate nach der Beschädigung behält,¹⁰ wird ihm die Reparaturkostenabrechnung doch bloss wegen der Respektierung seines besonderen Integritätsinteresses zugestanden, das darin besteht, dass er sein vertrautes Fahrzeug behalten möchte. Veräussert er es indes innerhalb von sechs Monaten, ist ihm daran offenbar nicht gelegen. Der Ersatzpflichtige kann dann verlangen, dass er lediglich auf Basis der Totalschadensabrechnung Ersatz leistet, somit in Höhe der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert. Er kann dann den Differenzbetrag zwischen Reparaturkosten- und Totalschadensabrechnung vom Geschädigten zurückverlangen. Hat der Geschädigte jedoch repariert und die Rechnung einer Werkstätte vorgelegt, kommt es auf die 6-Monats-Frist nicht an.¹¹ 18

Im 130-%-Fall, wenn die Reparaturkosten (samt dem merkantilen Minderwert)¹² zwischen 100 und 130 % des Wiederbeschaffungswertes betragen, ist eine Reparaturkostenabrechnung nur zulässig, wenn die Reparatur umfassend (im Wesentlichen nach den Vorgaben des Kfz-Sachverständigen) und fachgerecht ist, was im Regelfall durch Vorlage einer Werkstattrechnung zu belegen ist.¹³ Ausnahmsweise ist eine Eigenreparatur zulässig, wenn etwa ein Kfz-Mechaniker sein eigenes Fahrzeug nach Feierabend selbst repariert. 19

⁹ So die Karosseriebaumeister-Entscheidung BGH, VI ZR 393/02, 29.4.2003, NJW 2003, 2085.

¹⁰ BGH, VI ZR 192/05, 23.5.2006, NJW 2006, 2179.

¹¹ BGH VI ZR 77/06, 5.12.2006, NJW 2007, 588.

¹² Für dessen Einbeziehung in die Vergleichsrechnung CHRISTIAN HUBER, Der merkantile Minderwert (brutto oder netto) und der Abzug neu für alt – keine Manövriermasse des Kfz-Sachverständigen, Der Kfz-Sachverständige 2006/4, 21 ff.

¹³ BGH, VI ZR 172/04, 15.2.2005, NJW 2005, 1110.

- 20 Jenseits der 130-%-Schwelle wird der Geschädigte auf die Totalschadensabrechnung, somit die Differenz von Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert verwiesen, wobei es ihm freilich untersagt ist, die Reparatur mit eigenen Mitteln zu bezuschussen.¹⁴ Im Extremfall kommt es dadurch zu einem jähen Übergang von 130 % des Wiederbeschaffungswertes auf deutlich unter 100 %, häufig sogar bloss 70 %. Das hat auch der BGH erkannt, der meint, dass nicht «mit ganz spitzem Griffel» gerechnet werden dürfe und auch noch die unterschiedliche Belastung bei Reparatur und Totalschaden bezüglich des Nutzungsausfallsschadens in den Blick zu nehmen sei.¹⁵
- 21 Sosehr die Einbeziehung des Nutzungsausfallsschadens ökonomisch rational ist, führt eine solche freilich zu einer beträchtlichen Verkomplizierung des Abwägungsvorgangs. Ob der durchschnittliche Geschädigte zu einer so differenzierten Vergleichsrechnung in der Lage ist, erscheint fraglich. Zudem muss es irgendwo einen Punkt geben, wo der Rubikon überschritten ist.
- 22 Wenn für die durchgeführte Reparatur keine Werkstattrechnung vorgelegt wird, kommt es seit dem 1.8.2002 zur Kappung der Umsatzsteuer nach § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB. Reparaturen durch Schwarzarbeit oder im Rahmen der Nachbarschaftshilfe sollten weniger attraktiv gemacht werden. Keine Auswirkungen hat die Regelung für Unternehmer, weil diese wegen der Vorsteuerabzugsberechtigung niemals zum Ersatz der Umsatzsteuer berechtigt waren.
- 23 Bei fiktiver Abrechnung hat der BGH eine weitere Kostendämpfung durch Verweis auf die Stundenverrechnungssätze einer freien Werkstatt anstelle einer Markenwerkstätte zugelassen, wenn das Kfz älter als 3 Jahre ist und dem Ersatzpflichtigen der Nachweis gelingt, dass dem Geschädigten eine freie Werkstatt, die die betreffenden Schäden einwandfrei beheben kann, in seinem regionalen Umfeld auch ohne Vermittlung der Haftpflichtversicherung, somit zu Konditionen des Marktes, zugänglich ist.¹⁶
- 24 Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Kfz scheckheftgepflegt ist oder Garantieansprüche bei Reparatur in einer freien Werkstatt gefährdet würden. Letztere Ausnahme ist insofern wenig überzeugend, als sich bei Vorlage einer Werkstattrechnung das Problem nicht stellt; warum in solchen Fällen eine «privilegierte» fiktive Abrechnung in einer Markenwerkstätte zulässig sein soll, ist wenig einleuchtend. Folgerichtig wäre dies nur, wenn man von einem Gleichlauf von konkreter und fiktiver Abrechnung ausgehen würde.

¹⁴ BGH, VI ZR 67/91, 15.10.1991, NJW 1992, 68.

¹⁵ So ERICH STEFFEN, Die Rechtsprechung des BGH zur fiktiven Berechnung des Fahrzeugschadens, NZV 1991, 1 ff., 4.

¹⁶ BGH, VI ZR 53/09, 20.10.2009, NJW 2010, 606.

B. Österreich

Für die Zulässigkeit der Reparaturkostenabrechnung sind im Ausgangspunkt die gleichen Bezugsgrößen wie im deutschen Recht maßgeblich, nämlich die Relation zwischen Reparaturkosten und merkantilem Minderwert einerseits und Wiederbeschaffungswert andererseits. Mangels vergleichbarer Judikaturdichte¹⁷ kennt das österreichische Recht indes keine starre Grenze wie die Marge von 100 oder 130 % im deutschen Recht. Vielmehr wird ein massvoller Überhang geduldet, der sich auf 10–15 % beläuft.¹⁸

Mindestens ebenso bedeutsam ist indes, dass es – seit der bahnbrechenden Monografie von APATHY¹⁹ – keine fiktive Abrechnung gibt.²⁰ Reparaturkosten gebühren nur bei Vorlage einer Rechnung oder zumindest Nachweis einer Reparatur. In einer ganz neuen Entscheidung hat der OGH²¹ das zwar zu einem Sachverhalt zum Werkvertragsrecht ausgesprochen, darin aber zum Ausdruck gebracht, dass er diesen Grundsatz generell für gültig ansieht.²² Die bis dahin zu beobachtende Rechtsprechung, dass für das endgültige Behalten der geforderten Reparaturkosten allein die Behauptung genüge, die Reparatur ernstlich durchführen zu wollen,²³ dürfte damit obsolet sein.

Der Geschädigte kann zwar – unabhängig von seiner eigenen finanziellen Leistungsfähigkeit – einen Vorschuss verlangen; über dessen widmungsgemäße Verwendung muss er freilich abrechnen, widrigenfalls die Differenz zwischen Reparatur- und Totalschadensabrechnung zurückzahlen. Es trifft zwar zu, dass in der Praxis eine Reparaturkostenablöse weit verbreitet ist,²⁴ also eine Zahlung von Reparaturkosten mit Abschlägen; ob diese Praxis angesichts der neuesten OGH-Entscheidung künftig Bestand haben oder doch restriktiver gehandhabt werden wird, bleibt abzuwarten.

¹⁷ Instanzgerichtliche Entscheidungen werden in Österreich – anders als in Deutschland – nur ausnahmsweise veröffentlicht.

¹⁸ Nachweise bei CHRISTIAN HUBER, Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161 ff., 169.

¹⁹ PETER APATHY, Aufwendungen zur Schadensberechnung, Wien 1979, sowie jüngst JOHANN KRIEGNER, Die Schadensabwicklung aus der Perspektive des Geschädigten, ZVR 2019, 471 ff.

²⁰ OGH, 1 Ob 814/81, 10.4.1984, JBl 1985, 41 (APATHY).

²¹ OGH, 1 Ob 105/19a, 29.08.2019, Zak 2019, 575 = demnächst ZVR (CHRISTIAN HUBER).

²² Anders noch OGH, 6 Ob 565/92, 4.2.1993, SZ 66/17.

²³ Zuletzt noch OGH, 1 Ob 163/10t, 20.10.2010, wobl 2011/144; weitere Nachweise und Kritik bei CHRISTIAN HUBER, in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), Taschenkommentar ABGB, 4. A., Wien 2017, § 1323 Rn 36.

²⁴ Die neueste OGH-Entscheidung freilich (noch) nicht berücksichtigend GERWICH RIAUTSCHNIG, Kfz-Schadenersatz, ZVR 2019, 363 ff., 366.

V. Merkantiler Minderwert

- 28 Der merkantile Minderwert ist ein Anhängsel zu den Reparaturkosten. Er beträgt zwar nur einen Bruchteil von diesen, ist aber wegen des massenhaften Auftretens gleichwohl nicht vernachlässigbar, ganz abgesehen davon, dass er bei hochpreisigen Fahrzeugen im Einzelfall durchaus nicht nur geringfügig ist.²⁵ Er beruht auf der Skepsis potentieller Käufer gegenüber reparierten Fahrzeugen: Möglicherweise wurden nach einem Unfall schon gar nicht alle Schäden entdeckt und wenn, besteht keine Gewähr, dass alle korrekt repariert wurden. Ob das so ist oder nicht, merkt man allerdings mitunter erst sehr viel später. Dann ist es schwierig, einen Kausalzusammenhang zum Unfallschaden herzustellen und zu beweisen. Zudem besteht die Gefahr, dass dann ohnehin die Gewährleistungsfristen gegenüber dem Verkäufer abgelaufen sind. Jedenfalls muss mit Unannehmlichkeiten und mit nicht abwälzbaren Kosten gerechnet werden.²⁶
- 29 Der merkantile Minderwert ist daher umso höher, je marktgängiger ein Fahrzeug ist. Diesfalls hat ein potentieller Käufer nämlich eine grosse Auswahl am Markt. Seine Verhandlungsposition beim Erwerb eines Unfallwagens in Bezug auf einen Abschlag ist dann stark. Es bestehen Bestrebungen, die Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts bei bestimmten Fahrzeugen auszuschliessen. Die Bewertungsrichtlinien des Verbands der freiberuflichen Fahrzeugsachverständigen der Schweiz²⁷ ziehen die Grenze dergestalt, dass ein solcher nur bei Fahrzeugen, bei denen der Zeitwert mindestens 60 % des Neuwerts beträgt, in Betracht kommt.
- 30 In Deutschland und Österreich werden weniger enge Grenzen gezogen, wobei man darauf hinweist, dass die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von Fahrzeugen in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich zugenommen hat. Dazu kommt, dass namentlich bei hochpreisigen Fahrzeugen eine zunehmende Vernetzung einzelner Teile gegeben ist, was zu einer Erhöhung der Gefahr von

²⁵ Beeindruckend OLG Jena, 3 U 221/03, 28.4.2004, NZV 2004, 476: Beschädigung eines Ferrari F 50, Reparatur in der Werkstatt in Maranello (Italien) während eines Zeitraums von 206 Tagen; anstandslose Bezahlung der Reparaturkosten von ca. 223'000 €; Zuspruch eines merkantilen Minderwerts von zusätzlich 56'000 €; ähnlich OGH, 2 Ob 200/17a, 30.1.2018, Zak 2018, 224: Zurückverweisung durch den OGH, um zu klären, ob bei einem Oldtimer Mercedes Benz 300 SL Coupé, Baujahr 1956, eine merkantile Wertminderung von 60'000 € berechtigt ist.

²⁶ Zum merkantilen Minderwert umfassend CHRISTIAN HUBER, Der merkantile Minderwert beim Kfz-Schaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten, in: FS Rudolf Welser, Wien 2004, 303 ff. Zum merkantilen Minderwert im schweizerischen Recht jüngst BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019; dazu FELLMANN/BURGER, Der merkantile Minderwert bei Grundstücken, HAVE 2019, 260 ff.

²⁷ Letzter Stand indes 2010.

nicht behobenen Schäden führt. Es macht dann einen erheblichen Unterschied, ob die Herstellung eines Fahrzeugs in einer Fabrik oder die Reparatur in einer Werkstatt erfolgt.

Pars pro toto sei auf zwei Entscheidungen verwiesen. Der BGH²⁸ hat bei einem 16 Jahre alten Mercedes Benz 200 D mit 164'000 km Laufleistung einen merkantilen Minderwert erwogen, aber letztlich abgelehnt, weil die Wertsteigerung durch Verwendung neuer Ersatzteile stärker ins Gewicht falle als die Skepsis des Marktes bei einem derart alten Fahrzeug mit geringem Wiederbeschaffungswert. Allerdings hat er darauf hingewiesen, dass die bis dahin weitverbreitete Grenze von 5 Jahren oder 100'000 km nicht mehr zu halten sei, würden doch auch in der Schwacke-Liste Fahrzeuge bis zu einem Alter von 12 Jahren aufgeführt. 31

Auf der gleichen Linie liegt eine Entscheidung des OLG Innsbruck,²⁹ die einen merkantilen Minderwert bejahte bei einem Fahrzeug, das 5½ Jahre alt war, eine Fahrleistung von 70'000 km aufwies und zwei Vorbesitzer sowie einen geringen Vorschaden hatte. Bis dahin hätte jedes einzelne dieser Kriterien zu einer Versagung des merkantilen Minderwerts geführt. 32

VI. Totalschadensabrechnung

Sofern nicht auf der Basis von Reparaturkosten abgerechnet wird, gebührt dem Geschädigten Ersatz in Höhe der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert. Der Wiederbeschaffungswert war bisher (noch) nicht umstritten. Massgeblich ist der Preis bei Erwerb eines Gebrauchtwagens bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler mit Werkstattgarantie, also nicht von einer Privatperson. Der Online-Handel spielte bisher noch keine Rolle, was sich aber schon bald ändern könnte. 33

Wie auch bei sonstigen Waren ist das Preisniveau gegenüber dem stationären Handel geringer, fallen doch Kosten für (beratendes) Personal wie auch eine örtliche Niederlassung weg. Ob wie beim regionalen Händler eine Werkstattgarantie gegeben wird, dürfte eher eine Detailfrage sein. Bedeutsamer ist jedoch, dass es bei Online-Plattformen eher möglich ist, ein dem beschädigten Unfallfahrzeug weitgehend entsprechendes Gebrauchtfahrzeug zu finden.³⁰ 34

Der Restwert ist indes seit Jahrzehnten ein hart umkämpfter Zankapfel zwischen Geschädigten – und den hinter diesen stehenden Kfz-Sachverständigen 35

²⁸ BGH, VI ZR 357/03, 23.11.2004, NJW 2005, 277.

²⁹ OLG Innsbruck, 1 R 50/08z, 10.4.2008, ZVR 2008, 242 (CHRISTIAN HUBER).

³⁰ In diesem Sinn jedenfalls RIAUTSCHNIG (FN 24), ZVR 2019, 365.

und Werkstätten – und Ersatzpflichtigen und den hinter diesen stehenden (Kfz-)Haftpflichtversicherern, die mit den mit der unterschiedlichen Bewertung verbundenen Rechtsfolgen wirtschaftlich belastet sind.³¹

- 36 Bisher war der Geschädigte unangreifbar, wenn er ein Gutachten eines Kfz-Sachverständigen eingeholt und dieser den Restwert nach Einholung von drei Offerten von regionalen Händlern und Bildung des Durchschnitts daraus ermittelt hatte. Wenn der Geschädigte das Wrack beim lokalen Händler beim Erwerb eines Ersatzfahrzeugs zu diesem Preis in Zahlung gab, musste der Kfz-Haftpflichtversicherer diesen Wert bei seiner Abrechnung zugrunde legen, auch wenn er bei Einstellung des Wracks in eine Restwertbörse einen sehr viel höheren, mitunter sogar einen 3-fachen Wert erzielt hätte.
- 37 Die Bemühungen der Kfz-Haftpflichtversicherer, durch ein gezieltes Schadensmanagement gegenzusteuern, sind durchaus verständlich. Diese sind bestrebt, dass massgeblich ist das höchstes Restwertgebot nach Einstellung in eine überregionale Wrackbörse, mögen die Aufkäufer, die das Wrack dort ersteigern, dieses auch in den Osten verkaufen, früher nach Polen, heute ins Baltikum und die Ukraine und noch weiter nach Osten.
- 38 Das Bemühen um Gegensteuer ist vergleichbar einem Hase-und-Igel-Spiel, bei dem – jedenfalls in der Parabel – immer der Igel gewinnt. Nach der BGH-Rechtsprechung besteht nämlich gerade keine Obliegenheit des Geschädigten, vor Inzahlunggabe den Haftpflichtversicherer zu verständigen bzw. diesem Gelegenheit zum Mitbieten zu geben. Bei Zusammenwirken von Geschädigtem, Kfz-Sachverständigen und Autohaus kommt der Haftpflichtversicherer im Regelfall zu spät, gerade wie der Hase beim Wettrennen mit dem Igel, weil Frau Igel als seine Komplizin am anderen Ende der Ackerfurche bereits auf ihn wartet, sodass dem Hasen dessen flinkere Beine wenig nützen.
- 39 Wenn der Geschädigte ausnahmsweise nicht so flott ist, dann hat der Haftpflichtversicherer folgende Vorgehensweise zu beachten: Er muss dem Geschädigten eine Offerte auf dem Silbertablett präsentieren. Für den Geschädigten darf kein zusätzlicher Aufwand entstehen, abgesehen von einem einzigen Telefonat mit dem namhaft gemachten Anbieter. Der vom Haftpflichtversicherer namhaft gemachte Aufkäufer muss das Wrack abholen und bar bezahlen und zudem wie der regionale Händler einen Gewährleistungsausschluss anbieten.
- 40 Wirtschaftlich betrachtet führt die zu tiefe Bepreisung des Restwertes zu einer Subventionierung des Autohauses. Diesem wird der Erwerb eines Wracks zu einem Schnäppchenpreis eröffnet. Die lokalen Autohäuser verweisen darauf,

³¹ Grundlegend CHRISTIAN HUBER, Der Restwert – Ein komplexes Problem im Spannungsverhältnis zwischen Geschädigtem, Kfz-Haftpflichtversicherer und Kfz-Sachverständigem, DAR 2002, 337 ff, 385 ff.

dass sie deshalb nur einen im Vergleich zum überregionalen Restwertaufkäufer geringeren Preis bezahlen könnten, weil sich wegen der hohen Arbeitskraftkosten in Deutschland die Reparatur der Wracks für sie sonst nicht lohnen würde.

Das ist bestenfalls die halbe Wahrheit. Die ganze Wahrheit ist, dass auch die lokalen Autohäuser kaum je reparieren, sondern die Wracks ins Baltikum oder die Ukraine verkaufen und dabei eine beträchtliche Handelsmarge einstreichen. Das ist ein Beitrag für das wirtschaftliche Wohlergehen ihrer Unternehmen, was deshalb bedeutsam sein mag, weil die Margen bei anderen Aktivitäten – Handelsspanne beim Verkauf, Werklohn bei Kfz-Reparaturen – sinken. 41

Der Rückgang des wirtschaftlichen Wohlergehens der Autohäuser mag durchaus zutreffen; die Subventionierung einer in Not geratenen Branche ist aber nicht Aufgabe des Haftpflichtprozesses. Um es auf den Punkt zu bringen: Wegen schrumpfender Gewinne der Autohäuser sollen Haftpflichtversicherer bzw. die Autofahrer mit den von ihnen zu leistenden Versicherungsprämien nicht mehr Ersatz zahlen müssen. Zu betonen ist, dass es für den Geschädigten selbst ein Nullsummenspiel ist, ob ein höherer oder geringerer Restwert erzielt wird. Bei einer Haftung zu 100 % erhält er immer vollen Ausgleich. Bei Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens besteht darüber hinaus ein Interesse des Geschädigten an einem möglichst hohen Restwerterlös, ist doch dann der Schaden insgesamt und folglich auch die Höhe des nicht gedeckten Schadens umso geringer. 42

Diese seit Jahrzehnten feststehende und scheinbar unverrückbar erscheinende Rechtsprechung³² ist durch eine neueste BGH-Entscheidung³³ ins Wanken geraten: Einem geschädigten Gebrauchtwagenhändler hat der BGH vorgeworfen, dass er ein Gutachten eingeholt habe, das seine besondere Expertise nicht ausreichend beachtet habe. Der tragende Grund, das besondere Vertrauen des Geschädigten bei Inzahlunggabe des Wracks bei Erwerb von einem lokalen Gebrauchtwagenhändler zu schützen, trage in einem solchen Fall nicht. Zudem sei nicht einzusehen, dass der Geschädigte die Augen verschliesse vor einer wirtschaftlich effizienteren Vorgangsweise, die diesem bei sonstigen Geschäften durchaus geläufig sei. 43

Das Judiz ist m.E. durchaus zu billigen. Das Abgehen von einer Jahrzehnte währenden Rechtsprechung hätte freilich mit mehr Einfühlsamkeit erfolgen können. Dem Geschädigten vorzuwerfen, dass er ein unrichtiges Gutachten habe erstellen lassen, überzeugt wenig. Selbst dem Gutachter wird man im 44

³² CHRISTIAN HUBER, Status quo beim Restwert – was wäre aber künftig (auch) möglich? – zugleich Besprechung der Entscheidung von BGH 27. 9. 2016 (Az. VI ZR 673/15), NZV 2017, 153.

³³ BGH, VI ZR 358/18, 25.6.2019, ZVR 2019, 219 (CHRISTIAN HUBER).

konkreten Fall keinen Vorwurf machen können, hat dieser doch genau das getan, was nach der Judikatur *lege artis* war, nämlich drei Vergleichsangebote regionaler Händler einzuholen und daraus den Durchschnitt zu bilden. Hätte sich der Haftpflichtversicherer mit dem Kfz-Sachverständigen auseinanderzusetzen gehabt, wäre die strittige Differenz nicht vom Geschädigten, sondern vom Kfz-Sachverständigen und dessen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherer zu tragen gewesen.

- 45 Der BGH betont, dass er grundsätzlich an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalte. Die Frage ist allein, wie weit die Ausnahmen reichen: Kommt es darauf an, dass eine Verwertung bei Inzahlunggabe des Wracks erfolgt? Ist massgeblich, dass der Geschädigte ein Gebrauchtwagenhändler ist oder ist dieses Judiz auf all jene zu erstrecken, denen der Umgang mit Restwertbörsen geläufig ist? Das Internet und die über dieses Medium abgewickelten Geschäfte spielen im Leben aller Menschen eine zunehmend grosse Rolle, sodass insoweit m.E. das letzte Wort noch nicht gesprochen sein dürfte. Die Entscheidung lockert jedenfalls einen Stein in einer bisher als unumstösslich angesehenen Mauer.
- 46 Die österreichische Rechtsprechung musste sich mit solchen Problemen nur auseinandersetzen, wenn deutsche Geschädigte Unfälle in Österreich erlitten hatten und entsprechend den deutschen Gebräuchen vorgegangen waren und einen Kfz-Sachverständigen mit der Schätzung des Restwerts betraut hatten.³⁴ Für solche Fälle hat der OGH die Silbertablett-Rechtsprechung übernommen. Für Inlandsfälle wird das in Österreich geräuschlos zugunsten des Kfz-Haftpflichtversicherers abgewickelt. Indem dieser den Kfz-Sachverständigen bestellt, hat er ausreichend Steuerungsspielraum, um die Höchstwerte aus der Restwertbörse in die Schadensregulierung zu implementieren.

VII. Pauschalierte Nutzungsentschädigung und Mietwagenkosten

- 47 Wird ein Fahrzeug beschädigt oder zerstört, gelingt die Wiederherstellung des Zustands wie ohne schädigendes Ereignis nicht im Handumdrehen: Das Fahrzeug muss von einem Kfz-Sachverständigen besichtigt werden. Nach Vorlie-

³⁴ OGH, 2 Ob 18/13f, 14.3.2013, ZVR 2013, 126 (CHRISTIAN HUBER); OLG Wien, 11 R 118/11w, 29.8.2011, ZVR 2013, 161 (CHRISTIAN HUBER); DERS., Totalschadensabrechnung – Die Ermittlung des Restwerts aus rechtlicher Sicht, *Der Sachverständige* 2008, 61; DERS., Die richtige Ermittlung des Fahrzeugrestwertes – Eine weitere Präzisierung durch das OLG Innsbruck (zugleich Besprechung von OLG Innsbruck, 3 R 12/10d), 1.3.2010, ZVR, 2010, 352 ff.

gen des Gutachtens muss der Geschädigte abwägen, ob er sich für eine Ersatzbeschaffung – Neu- oder Gebrauchtfahrzeug – oder eine Reparatur – notdürftig oder de luxe – entscheidet. Das eine wie das andere dauert:

Das passende Fahrzeug ist nicht sogleich gefunden – oder es bestehen Lieferfristen; die Reparatur dauert vor allem dann, wenn Ersatzteile aus dem Ausland beschafft werden müssen. Der Geschädigte hatte ein Fahrzeug in aller Regel deshalb, um einen konkreten Bedarf zu decken. Es stellt sich die Frage, wie der Ausfall dieses Bedarfs, wenn das beschädigte oder zerstörte Fahrzeug nicht genutzt werden kann, schadenersatzrechtlich zu entschädigen ist. Wiederum ist zu entscheiden zwischen der Hinnahme dieses Zustands und dem Fall der Restitution durch Anmietung eines Ersatzfahrzeugs. 48

A. Deutschland

Seit der Entscheidung des Grossen Senats³⁵ steht fest, dass eine pauschalierte Nutzungsentschädigung gebührt bei Sachen, die für die eigenwirtschaftliche Lebensführung von zentraler Bedeutung sind; im Wesentlichen sind das der Wohnsitz und das Fahrzeug; in letzter Zeit wurde das auch beim Internetanschluss bejaht.³⁶ Abgestellt wird auf die Angewiesenheit des jeweils Geschädigten, die verneint wird, wenn dieser im Krankenhaus liegt und das Fahrzeug ohnehin nicht hätte nutzen können oder auf ein Zweitfahrzeug zurückgreifen kann. Begrenzt ist der Anspruch auf die Privatsphäre, weil insoweit ein konkreter Vermögensschaden ohne Anmietung eines Fahrzeugs typischerweise schwer nachweisbar ist. In der unternehmerischen Sphäre gebührt eine pauschalierte Nutzungsentschädigung ausnahmsweise dann, wenn der Geschädigte ein vergleichbares Problem mit der Bezifferung des Ausfallschadens hat.³⁷ 49

Seit langem bestand ein Unbehagen in der Rechtsprechung des BGH, dass bei Unfällen über den Unfallersatztarif für die Anmietung von Fahrzeugen Mietentgelte verlangt wurden, die deutlich über den Preisen lagen, die bei Anmietung eines Fahrzeugs losgelöst von einem fremdverschuldeten Unfall bezahlt wurden. Nur ausnahmsweise gelang es dem Ersatzpflichtigen, dem Geschädigten einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht nach § 254 50

³⁵ BGH, GSZ 1/86, 9.7.1986, BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50 (RAUSCHER).

³⁶ BGH, III ZR 98/12, 24.1.2013, ZVR 2013, 114 (CHRISTIAN HUBER).

³⁷ BGH, VI ZR 241/06, 4. 12. 2007, NJW 2008, 913, dazu CHRISTIAN HUBER, Pauschalierte Nutzungsentschädigung bei Überlassung eines Kfz zum Freundschaftspreis?, NJW 2008, 1785 ff.

Abs. 2 BGB nachzuweisen.³⁸ Die Autovermieter dürften mit ihrem Unfallersatztarif allerdings «überzogen» haben, indem sie diesen immer weiter nach oben geschraubt haben.

- 51 Die Rechtsprechungswende erfolgte 2004,³⁹ als der BGH an der Beweislastschraube drehte. Er setzte nicht mehr am Verstoss der Schadensminderungspflicht an, für die der Ersatzpflichtige beweisbelastet war, sondern an der Erforderlichkeit, die der Geschädigte zu beweisen hatte. Die wirtschaftlichen Auswirkungen waren enorm: In einer ersten Etappe war nur noch ein Drittel von dem überwälzbar, was bis dahin ersatzfähig war; in der nunmehrigen Etappe geht es darum, ob von dem einen Drittel abermals nur noch ein Drittel überwälzbar ist, somit ein Neuntel ersatzfähig ist, je nachdem, ob man auf die Tabellenwerke von *Fraunhofer* oder *Schwacke* Bezug nimmt.
- 52 Kein Unternehmen ist wirtschaftlich überlebensfähig, wenn der Umsatz innerhalb kürzester Zeit auf ca. 33 % oder gar nur 11 % zusammenschmilzt. Die Folge war, dass viele – womöglich sogar alle – solchen Anbieter vom Markt verschwunden sind. Mangels Überwälzbarkeit der Kosten wird ein umfassender Service wie früher daher am Markt nicht mehr angeboten. Das mag hinzunehmen sein. Viel fragwürdiger ist indes, dass es selbst innerhalb desselben Gerichts enorme Unterschiede gibt, ob bezogen auf das ursprüngliche Entschädigungsniveau immerhin noch ein Drittel oder gar nur noch ein Neuntel ersatzfähig ist.⁴⁰
- 53 Nachdenklich stimmt, dass nach über 50 BGH-Entscheidungen zur Höhe der ersatzfähigen Mietwagenkosten nach der Rechtsprechungswende noch immer keine Rechtssicherheit eingekehrt ist. Es drängt sich der Vergleich zum Zauberlehrling auf, wo es heisst: «Die ich rief, die Geister, werd ich nun nicht los.» Zu konstatieren ist jedenfalls ein Beschäftigungsprogramm für die Anwälte für Verkehrsrecht und die Tatgerichte.⁴¹

³⁸ Zur älteren Rechtsprechung BGH, VI ZR 138/95, 7.5.1996, NZV 1996, 357, sowie ROLAND RIXECKER, Die Markterkundungsobliegenheiten bei der Kraftfahrzeugersatzmiete, NZV 1991, 369 ff.

³⁹ BGH, VI ZR 151/03, 12.10.2004, NJW 2005, 51.

⁴⁰ So der Befund von HANS-JOSEPH SCHOLTEN, Ersatz von Mietwagenkosten – (k)ein Ende der Diskussion in Sicht?, DAR 2014, 72 ff. SCHOLTEN ist Vorsitzender Richter eines Spezialsenats am OLG Düsseldorf, in dessen Sprengel wegen des hohen Verkehrsaufkommens besonders viele Verkehrsunfälle passieren.

⁴¹ Dass der Dieselskandal derzeit ähnliche Auswirkungen zeitigt, sei hier deshalb erwähnt, um zu verdeutlichen, in welchem Ausmass in Deutschland Justizressourcen wegen Befindlichkeiten beim Blech gebunden werden. Als bald wird die Welle dieses «Tsunamis» auch den BGH erreichen, sofern nicht ein umfassender Vergleich geschlossen wird.

Der BGH engt in der neuesten Entscheidung⁴² den Handlungsspielraum des Geschädigten weiter ein. Bisher galt der Grundsatz, dass der Geschädigte der Herr des Restitutionsgeschehens sei. Danach war es tabu, dass der Geschädigte auf Tarife verwiesen werden darf, die ihm selbst am Markt nicht zugänglich sind, sondern nur einem (Haftpflicht-)Versicherer aufgrund seiner besonderen Marktmacht als Nachfrager einer Vielzahl von Leistungen. Damit wird jetzt gebrochen. 54

Dem Kfz-Haftpflichtversicherer gelang es, den Geschädigten auf besonders günstige Tarife von drei am Markt etablierten Mietwagenunternehmen hinzuweisen. Diese Tarife waren nur dem Kfz-Haftpflichtversicherer zugänglich. Der Geschädigte hatte sich darüber hinweggesetzt und ein Kfz bei einem Anbieter angemietet, wo es ca. ein Drittel teurer war. Der BGH wies die Differenz ab. Er sprach aus, dass der Geschädigte zwar grundsätzlich Herr des Restitutionsgeschehens sei, dieser Grundsatz aber nicht uneingeschränkt gelte. Bei Anmietung müsse er sich ein Hineinregieren durch den Kfz-Haftpflichtversicherer gefallen lassen. Anders wäre das bei Reparatur des Fahrzeugs, da es insoweit um die Einwirkung auf das verletzte Rechtsgut gehe. 55

B. Österreich

Der OGH⁴³ lehnt eine abstrakte Nutzungsentschädigung auch bei Beschädigung eines Kfz – m.E. zu Unrecht – ab. Ersatzfähig sind allein die frustrierten Aufwendungen, somit der während der Zeit des Nutzungsausfalls anteilige Ersatz für Kasko- und Kfz-Haftpflichtversicherungsprämie, Garage und Kfz-Steuer sowie Mautvignette für die österreichischen Autobahnen, nicht aber für die Abschreibung. 56

Mietwagenkosten sind ersatzfähig; im Gegensatz zu Deutschland hat der Streit über deren Höhe das Höchstgericht in den letzten 40 Jahren nicht beschäftigt. Ursache ist der gespaltene Haftpflichttarif bei Unfällen ohne Auslandsbezug.⁴⁴ Bei einer Kfz-Haftpflichtversicherung besteht für den Versicherungsnehmer folgende Wahlmöglichkeit: Wenn der Geschädigte bei Beschädigung seines Kfz bei einem Unfall gegenüber einem österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer auf den Nutzungsausfallschaden verzichtet, wird ihm von der eigenen Kfz-Haftpflichtversicherung ein 20%iger Prämiennachlass gewährt. Fast alle wählen diese Variante, weil ihnen der Spatz in der Hand lieber ist als die Taube auf dem Dach. 57

⁴² BGH, VI ZR 141/18, 12.2.2019, NJW 2019, 2538.

⁴³ So bereits OGH, 2 Ob 358/67, 3.3.1969, SZ 42/33.

⁴⁴ Näheres bei CHRISTIAN HUBER, Der Kfz-Sachschaden nach österreichischem Recht, DAR 2012, 502 ff., 505.

VIII. Resümee

- 58 In Deutschland ist die Position der Ersatzpflichtigen beim Kfz-Sachschaden namentlich in den letzten beiden Jahrzehnten tendenziell stärker geworden. Das Postulat der wirtschaftlichen Vernunft unter Einschluss der Ausschöpfung von Effizienzpotenzialen wird stärker akzentuiert als die subjektive Befindlichkeit des Geschädigten, der zuvor womöglich noch nie mit einem fremdverschuldeten Unfall zu tun hatte, der bei Inanspruchnahme diverser Dienstleistungen daher im Einzelfall unerfahren ist und dessen Zeitaufwand dafür zudem nicht ersatzfähig ist. Der BGH zeigt sich gegenüber der Schadenssteuerung durch den Haftpflichtversicherer aufgeschlossener als früher.
- 59 Gegenüber den an der Schadensregulierung beteiligten Dienstleistern zeigt er unterschiedliches Wohlwollen: Kfz-Sachverständige und Autohäuser werden (noch) grosszügig behandelt, Autovermieter werden hingegen hart angefasst. Von der Warte der Schadensdogmatik ist eine solche sektorale Differenzierung nur begrenzt nachvollziehbar. Das Argument des BGH, dass der Geschädigte nicht nur nach einem fremdverschuldeten Unfall, sondern auch sonst ein Kfz im Internet mietet, vermag insofern zu überzeugen, als es für den jeweiligen Geschädigten zutrifft; folgerichtig wäre es freilich, diesen Umstand auch bei der Veräusserung des Wracks zu beachten, die heute auch im privaten Bereich über Online-Restwertbörsen erfolgt. Die neueste Entscheidung⁴⁵ setzt einen ersten Schritt in diese Richtung. Sosehr die Regulierung eines Kfz-Schadens kein ganz neues Phänomen ist, sind doch unterschiedliche Sichtweisen im Laufe der Zeit zu beobachten.
- 60 Im österreichischen Recht hat der Blechschaden einen geringeren Stellenwert als im deutschen Recht. Der österreichische OGH orientiert sich am deutschen BGH, aber ohne dessen Leitlinien 1:1 zu übernehmen. Wie der gespaltene Haftpflichttarif zeigt, lassen sich manche schadensrechtliche Probleme intelligenter über das Privatversicherungsrecht lösen.
- 61 Zur Schweiz mag es da und dort Parallelen geben, aber auch Unterschiede. Eine mögliche Quintessenz könnte lauten: Das eine oder andere könnten wir übernehmen. Oder aber: Das lassen wir lieber bleiben, weil wir das besser und überzeugender gelöst haben.

⁴⁵ BGH, VI ZR 358/18, 25.6.2019, ZVR 2019, 219 (CHRISTIAN HUBER).

Die Jahrbücher zum Strassenverkehrsrecht (JSVG) enthalten wissenschaftliche Beiträge aus allen Bereichen des Strassenverkehrs. Seit 2003 halten sie die Entwicklungen in diesem komplexen Gebiet fest, setzen sich kritisch damit auseinander und verfolgen einen interdisziplinären Ansatz.

Das «Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2020» umfasst 8 Beiträge aus den folgenden Gebieten:

- Privatrecht (Haftungs- und Versicherungsrecht)
- Straf- und Verwaltungsrecht zum SVG
- Verkehrsmedizin und Verkehrspsychologie

In Zusammenarbeit mit dem «Europa Institut an der Universität Zürich» (EIZ) ist die Redaktion des JSVG verantwortlich für die «Zürcher Tagung zum Strassenverkehrsrecht», die jeweils im September durchgeführt wird. Die wissenschaftlichen Beiträge der Referenten werden im Jahrbuch publiziert.

Zur Zielgruppe der JSVG gehören die Verkehrspolizeien, Strassenverkehrs- und Strafbehörden, Gerichte, Versicherungen, Anwaltschaft, Verkehrsmediziner und -psychologen, Unfallanalytiker und Institutionen der Unfallprävention.

Das Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht und die Zürcher Tagung zum Strassenverkehrsrecht sind Produkt der Zusammenarbeit von

DIKE 

Leitung und Redaktion des Jahrbuchs
zum Strassenverkehrsrecht


EuropaInstitut
AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

ISBN 978-3-03891-179-1



9 783038 911791

Buch 9
634