

ABGB

Taschenkommentar

mit EheG, EPG, EKHG und KSchG

**herausgegeben von
em. o. Univ.-Prof. Dr. Michael Schwimann**

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

ISBN 978-3-7007-5357-5

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

<http://www.lexisnexus.at>

Wien 2013

Best.-Nr. 31.073.002

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

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Herausgebers, der Autoren oder des Verlags ausgeschlossen ist.

Druckerei: Ringier Print CZ a.s.SS

Fahrlässigkeit (SZ 38/140). Bezüglich des zulässigen Haftungsausschlusses bei Bankauskünften hat der OGH sogar eine Differenzierung zwischen schlichter und krasser grober Fahrlässigkeit vorgenommen (SZ 57/184; SZ 62/107).

Die Beweislast für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit trifft den Geschädigten (4 Ob 104/97s; 2 Ob 27/99f).

Insgesondere 1. bei Verletzungen an dem Körper;

§ 1325. Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftigen entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

Übersicht

	Rz
A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung	1
B. Die einzelnen Schadensposten des Personenschadens bei Verletzung	2–7
C. Kapital oder Rente	8–12
D. Restitution und Kompensation	13–14
E. Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen	15
F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gem § 332 ASVG	16–24
G. Steuern	25
H. Heilungskosten	26–36
I. Vermehrte Bedürfnisse	37–52
J. Erwerbsschaden	53–97
K. Rehabilitation	98–104
L. Schmerzensgeld	105–133
M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden	134–145

A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung

Körperverletzung ist jede **Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit** (gem § 22 auch beim Embryo unter der Voraussetzung einer Lebendgeburt SZ 52/136); eine äußerlich sichtbare Folge ist nicht erforderlich (2 Ob 45/93; 2 Ob 79/00g). Körperverletzung ist auch ein **ärztlicher Eingriff ohne ausreichende Einwilligung** mit der Folge der Haftung, auch wenn der Eingriff lege artis erfolgt ist, sich aber ein bestimmtes Risiko verwirklicht hat (10 Ob 50/07m: Arthroskopie im Knie zu Diagnosezwecken, Durchführung einer Operation, die zu Schmerzen führte; 6 Ob 168/10i: Fortsetzung einer Ohroperation, obwohl der angestrebte Erfolg nicht mehr zu erreichen war; 1 Ob 215/11s: Schiefzehe, anschließende Bildung von Arthrose und Nekrose), ferner Beeinträchtigungen der Haarpracht (OLG Innsbruck ZVR 1997/118: Haarausfall infolge fehlerhafter Haarbehandlung), oder Haarkürzung ohne Einwilligung (SZ 47/147: Schönheitsberaterin mit hüftlangem Haar). Bei **bloß psychischer Beeinträchtigung** liegt Körperverletzung nur bei **massiver Einwirkung in die psychische Sphäre** vor (2 Ob 99/95; 2 Ob 79/00g; 7 Ob 160/09v: sexueller Missbrauch); zumindest ist erforderlich, dass sie behandlungsbedürftig oder wenigstens ärztlich diagnostizierbar und damit **medizinisch fassbar** ist (stRspr, z B 8 Ob 127/02p; 2 Ob 120/02i; 1 Ob 200/03y), insb dann, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass die Folgen von selbst verschwinden oder zu befürchten ist, dass eine dauernde gesundheitliche Störung zurückbleibt (2 Ob 45/93: Trennungserlebnis eines 20 Monate alten Kindes; 7 Ob 160/09v: Reaktion der Familie auf einen sexuellen Missbrauch einer Minderjährigen). Die Rechtsfolgen des § 1325 werden auch dann ausgelöst, wenn sich **negative Folgen erst geraume Zeit nach der Zufügung eines realen Schadens** einstellen, seien es auch solche im Zuge der Schadensverarbeitung (9 Ob 78/99g; ZVR 2000/44: seelische Irritationen aufgrund von Befragungen nach sexuellem Missbrauch des Kindes; ähnlich 7 Ob 160/09v; 4 Ob 200/11g; weiter 1 Ob 200/03y: psychische Störungen infolge eines Raubüberfalls; 2 Ob 163/06v: Schlaflosigkeit und Erschöpfungszustände

erst in der Phase der Betreuung eines schwerstverletzten Kindes). Ein **Feststellungsurteil** hat dabei **keine Bindungswirkung**, dass das haftungsbegründende Verhalten für einen späteren Schaden ursächlich ist (2 Ob 167/10p: Besserung des außen rotierenden Gangbildes im Lauf der Zeit). **Keine Körperverletzung** liegt vor bei bloßem Unbehagen und Unlustgefühlen (2 Ob 99/95; 2 Ob 79/00g) sowie bei Verärgerung und Aufregung (9 Ob 147/00h).

B. Die einzelnen Schadensposten des Personenschadens bei Verletzung

- 2 § 1325 nennt nur **Heilungskosten** und **Erwerbsschaden** sowie das **Schmerzensgeld**; nach § 1325 ebenfalls ersatzfähig sind die **vermehrten Bedürfnisse**. Es handelt sich dabei grundsätzlich um einen **positiven Schaden** (zu Ausnahmen beim Erwerbsschaden unten Rz 53 ff). § 1325 regelt den Haftungsumfang und ist eine Spezialnorm gegenüber den §§ 1323 f. Bei Beeinträchtigung der körperlichen Integrität als absolut geschütztem Rechtsgut besteht grundsätzlich ein **deliktischer Schadenersatzanspruch** unter Einschluss der **Gefährdungshaftung**; § 1325 gilt aber auch bei **vertraglicher Haftung**, bei der eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313a stattfindet.
- 3 **Modernere Haftpflichtgesetze** mit detaillierteren Regelungen sind bei der Auslegung **ergänzend heranzuziehen**, insb das **EKHG** (stRspr, z B ZVR 1982/67; ZVR 1984/322).
- 4 **Heilungskosten** sind der Aufwand zur Verbesserung des Zustands, der bei Betrachtung **ex ante** als **zweckmäßig** zur gänzlichen oder teilweisen Heilung anzusehen ist (ZVR 1984/393; 2 Ob 103/01p; 7 Ob 281/02b; OLG Innsbruck ZVR 2011/223), auch die Kosten einer versuchten Heilung (ZVR 1972/56: Reisekosten). Heilungskosten weisen eine **dynamische Komponente** auf und unterscheiden sich insoweit von den vermehrten Bedürfnissen. Solche sind gegeben, wenn ein nicht mehr veränderbarer Zustand vorliegt und eine Annäherung an den Zustand wie ohne Verletzung bewirkt werden soll. Die Kosten einer Perücke für die Phase des Nachwachsens der Haare sind somit Heilungskosten (OLG Innsbruck ZVR 1997/118); würde die Perücke mangels Nachwachsens der Haare dauerhaft getragen, handelte es sich um vermehrte Bedürfnisse.
- 5 Bei den **vermehrten Bedürfnissen** geht es um die Aufwendungen, die getätigt werden, um dem Geschädigten in seinem **Privatleben** möglichst eine solche Führung zu ermöglichen, als ob er nicht verletzt worden wäre (2 Ob 2031/96g; 7 Ob 281/02b). Es handelt sich um die **Schaffung einer Ersatzlage**. Eine Dauerhaftigkeit der Behinderung ist nicht erforderlich (2 Ob 104/05s). Die vermehrten Bedürfnisse lassen sich gegenüber den in § 1325 aufgezählten Schadenskategorien wie folgt **abgrenzen**: Bei den **Heilungskosten** geht es um eine Verbesserung des Status quo oder zumindest um eine Verhinderung der Verschlimmerung des Leidens (OLG Innsbruck ZVR 2011/223: Reiten und Schwimmen zur Vermeidung der Zunahme der Spastizität). Vermehrte Bedürfnisse entstehen bei Annäherung an den bisherigen Lebenszuschnitt, auch wenn der Gesundheitszustand sich nicht mehr bessert. Ein **Erwerbsschaden** liegt dann vor, wenn durch **Betätigung der Arbeitskraft ein Vermögenswert** geschaffen oder eine **Marktleistung substituiert** wird (bei Haushaltsdienstleistungen, wenn namentlich ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch bei Betätigung seiner Arbeitskraft im Beruf wegen eines dort erzielten höheren Entgelts für die Führung des eigenen Haushalts eine Ersatzkraft beschäftigt). Hingegen decken vermehrte Bedürfnisse die Tätigkeiten ab, die jeder selbst verrichten würde, wenn er gesund ist, bei denen er aber verletzungsbedingt auf fremde Hilfe angewiesen ist. Ist der Geschädigte **infolge der Verletzung auf ein Fahrzeug angewiesen**, sind die Aufwendungen dafür zum Erwerbsschaden zu zählen, wenn er das Fahrzeug für die Ausübung des Berufs benötigt, jedoch zu den vermehrten Bedürfnissen, wenn es für die Freizeitgestaltung eingesetzt wird (2 Ob 2031/96g: Ersatz für die Anschaffung eines Kfz, unabhängig, ob es für berufsbedingte Fahrten benötigt wird). Gegenüber dem **Schmerzensgeld** sind die **vermehrten Bedürfnisse** in der Weise abzugrenzen, dass es bei diesen um einzelne konkrete Aspekte der Annäherung der Lebensführung des Geschädigten an die als Gesunder geht, während das Schmerzensgeld einen Pauschalbetrag für die Bereiche gewährt, in denen das nicht gelingt bzw dem Geschädigten daran nicht gelegen ist.

Der **Erwerbsschaden** iSd § 1325 ist die Fähigkeit, in einer der Ausbildung, den Anlagen und der bisherigen Tätigkeit entsprechenden Stellung den Lebensunterhalt zu verdienen (ZVR 1979/232; 2 Ob 38/02f); zu ergänzen ist die Fähigkeit zur Haushaltsführung für sich und andere. Es kommt dabei nicht auf die medizinisch-physiologische Arbeitsfähigkeit oder die Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinn des Sozialversicherungsrechts an (stRspr, z B ZVR 1979/232; 2 Ob 161/98k; 2 Ob 324/00m). Maßgeblich sind die **Auswirkungen beim jeweils ausgeübten Beruf bzw der jeweiligen Haushaltstätigkeit**. Ein verkrüppelter Finger verhindert bei einem Klavierspieler die bisherige Berufsausübung (ZVR 1979/232), während eine solche Verletzung bei einem Fußballspieler ohne Auswirkung bleibt. Ob die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt ist, ist eine Tatfrage. Ein Erwerbsschaden liegt auch dann vor, wenn zwar die Erwerbsfähigkeit in vollem Umfang wiederhergestellt ist, der nunmehr Gesunde aber keine Arbeit findet (SZ 51/91). Ein zentrales Problem sind die Unsicherheiten der **Erwerbsprognose** (2 Ob 15/07f: Verdienstentgang eines türkischen Saisonarbeiters; die Unwägbarkeit der Verlängerung einer saisonal erteilten Beschäftigungsbewilligung geht zu seinen Lasten). Sowohl die Wirtschaftskrise – ein vorübergehendes Phänomen? – als auch die nicht mehr stets ununterbrochenen Erwerbsbiografien führen zur Zunahme der Prognoseprobleme.

Ersatzfähig sind **frustrierte Aufwendungen** infolge der Verletzung einer Person, wenn es sich um eine zeitlich konkrete Nutzung einer einmalig erworbenen Rechtsposition handelt, nicht aber die allgemeinen, zeitweilig leer laufenden Lebenshaltungskosten. Das gilt dann umso mehr für Abstandszahlungen, wenn solche Gegenleistungen nicht in Anspruch genommen werden (2 Ob 113/09w: 500,- € verletzungsbedingte Stornokosten für eine gebuchte Indienreise); Näheres in § 1393 Rz 8a und b.

Das **Schmerzensgeld** ist ein ideeller Schaden, der mit Ausnahme des § 213a ASVG dem Geschädigten ohne Klärung der Frage zusteht, ob ein Rechtsübergang auf den Sozialversicherungsträger nach § 332 ASVG stattgefunden hat. Die Bemessung ist in hohem Maße vom richterlichen Ermessen abhängig. Namentlich bei **schweren und schwersten Verletzungen** hat in den letzten Jahrzehnten eine **Steigerung** stattgefunden, die beträchtlich über der Inflationsrate des Verbraucherpreisindex liegt. In vielen Fällen wird bei der Regulierung des Personenschadens das Schmerzensgeld in seiner Gewichtigkeit überschätzt. Die Abgeltung für Pflegedienstleistungen sowie für die Beeinträchtigung der Haushaltstätigkeit und der beruflichen Erwerbsarbeit machen meist ein Vielfaches aus.

C. Kapital oder Rente

Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution hat der Geschädigte Anspruch auf einen **Kapitalbetrag** oder bei zukünftigem Schadenseintritt uU auf eine **Rente**; Anspruch auf einen Kapitalbetrag besteht für die **Heilungskosten**. Bei den **vermehrten Bedürfnissen** ist grundsätzlich eine Rente geschuldet. Für ein erforderliches Gebrauchsgut sowie dessen Ersetzung in der Zukunft kann aber ein Kapitalbetrag verlangt werden, etwa für einen behindertengerechten Wohnsitz oder ein entsprechendes Fahrzeug. Zu bedenken ist freilich, dass der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Instandhaltung und die Betriebskosten erfasst, sodass für diese künftigen Aufwendungen eine Rente zusteht. Das **Schmerzensgeld** ist im Regelfall in Form eines Kapitalbetrags zu leisten; nur ausnahmsweise wird auf Verlangen des Verletzten eine Rente zuerkannt. Der – künftige – **Erwerbsschaden** kann lediglich in Form einer Rente ersetzt werden (ZVR 1975/198), sofern es sich nicht um ein bestimmtes Projekt handelt (2 Ob 56/95: Kapitalzahlung bei Errichtung eines Eigenheims).

Auch bei einem Rentenanspruch für künftigen Schaden kann der Geschädigte analog § 14 Abs 3 EKHG aus wichtigem Grund eine **Kapitalabfindung wählen** (stRspr, z B SZ 34/27; SZ 40/56; SZ 41/155); den wichtigen Grund hat der Geschädigte zu beweisen (ZVR 1990/121). Die Kapitalabfindung muss freilich dem Schädiger wirtschaftlich zumutbar sein, was bei Einstandspflicht einer Kfz-Haftpflichtversicherung stets der Fall ist (ÖJZ 1973/260). Der Schädiger

soll dadurch nicht stärker und nicht weniger belastet werden als bei einer Rente (ZVR 1989/107). Das Fehlen jüngerer Judikatur ist damit zu erklären, dass über die Voraussetzungen und den Umfang der Kapitalabfindung nicht bis zum Höchstgericht prozessiert wird. Im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung hat die Kapitalabfindung durchaus Bedeutung.

- 10 Häufig können aber der Geschädigte und sein Anwalt die Nachteile einer Kapitalabfindung gegenüber einer Rente nicht zutreffend beurteilen. Der **Abzinsungsfaktor von 5 oder 5,5 %** ist bei der heutigen Verzinsung mündelsicherer Anlagen unter Berücksichtigung der KEST **viel zu hoch**. Je höher der Zinssatz, umso geringer der Kapitalbetrag. Renten müssen indexiert werden. Die Verwendung **aktueller Sterbetafeln** spielt bei lebenslangen Renten eine wichtige Rolle. Schon um den Vorwurf eines anwaltlichen Kunstfehlers zu vermeiden, sollte der Geschädigtenanwalt bei einer Kapitalabfindung einen – unabhängigen – Versicherungsmathematiker beiziehen. Sollte über die Festlegung der Determinanten der Ermittlung des Barwertes keine Einigkeit erzielt werden, ist es für den Geschädigten meist vorzugswürdig, auf die Kapitalabfindung zu verzichten.
- 11 Die **Rentenbemessung** hat nach den Verhältnissen zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zu erfolgen (2 Ob 79/97z). Die Rspr ist in Bezug auf die **Einbeziehung künftiger Umstände** restriktiv: Nur greifbare Anhaltspunkte für eine konkrete alsbaldige Änderung werden berücksichtigt (2 Ob 82/00y; ZVR 2001/2: absehbar, dass die Verletzte ab einem bestimmten Zeitpunkt anstelle einer Halbtags- eine Ganztagsbeschäftigung ausgeübt hätte). Ansonsten wird auf die **Umstandsklausel** bei der Rente verwiesen (2 Ob 79/97z: Verdienstentgangsrente). Bei der Anpassung trifft die Beweislast für eine Erhöhung den Geschädigten (ZVR 1985/11), für eine Herabsetzung den Ersatzpflichtigen (ZVR 1975/168). Die Geltendmachung kann durch Klage (2 Ob 228/04z) oder Oppositionsklage erfolgen (3 Ob 193/00d), soweit es sich um eine nicht vorhersehbare Entwicklung handelt (1 Ob 155/97v: zu einer Rente nach § 1327); auch die Geldwertverdünnung ist zu berücksichtigen (JBl 1985, 551); wegen § 8 Abs 2 EO scheitert die Bindung der Rente an einen Index nicht am **Bestimmtheitserfordernis** (2 Ob 79/97z: keine Bindung einer Erwerbsschadensrente eines in Ungarn beschäftigten Geschädigten an den österreichischen Verbraucherpreisindex, weil Einkommensentwicklung in Ungarn einen ganz anderen Verlauf nehmen kann als in Österreich). Außer bei einem Verstoß gegen Denkgesetze ist die Bemessung der künftigen Rente nicht revisibel (ZVR 1987/113; ZVR 1988/130; 2 Ob 38/02f).
- 12 Die Zurückhaltung der Gerichte bei der **Berücksichtigung künftiger Umstände** bei Bemessung der **Rentenhöhe** wirkt sich typischerweise zulasten des Geschädigten aus: Eine **Anpassung der Rente** kann stets bloß bei **wesentlicher Änderung** vorgenommen werden und dann lediglich für die **Zukunft**, jedenfalls aber wegen § 1480 **nicht für länger als 3 Jahre zurück**. Zwar ist das Ausmaß der künftigen Inflation nicht exakt vorhersehbar; dass es eine absolute Geldwertstabilität gibt, ist aber gewiss die unwahrscheinlichste Entwicklung. Eine **indexgebundene Rente** sollte der **Regelfall** und nicht – wie heute noch üblich – die Ausnahme sein.

D. Restitution und Kompensation

- 13 Auch § 1325 als Spezialregelung zu den §§ 1323 f steht im **Spannungsverhältnis zwischen Restitution und Kompensation**: Der Anspruch auf Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, die Einstellung einer Ersatzkraft im Rahmen vermehrter Bedürfnisse oder des Erwerbsschadens – im Haushalt wie im Beruf – sowie Rehabilitationsmaßnahmen sind Ausprägungen der **Restitution**; folglich sind derartige Aufwendungen nur bei Nachweis ihres Anfalls zu ersetzen. Der – neben der Einstellung einer Ersatzkraft oder vergleichbaren Maßnahmen (unentgeltliches Einspringen Dritter, überobligationsgemäße Anstrengung des Verletzten) verbleibende – Verdienstentgang sowie das Schmerzgeld sind Formen der **Kompensation**, bei der es auf eine **widmungsgemäße Verwendung des Ersatzbetrags** nicht ankommt.
- 14 Da die **körperliche Integrität** ein **Rechtsgut mit besonders hoher Wertigkeit** ist, ist die **Tunlichkeitsschwelle** gegenüber dem Sachschaden zugunsten des Geschädigten hinausgeschoben. Ferner ist eine Bündelung der **Aktivlegitimation** beim unmittelbar Verletzten sinnvoll. Das

Problem stellt sich namentlich dann, wenn Dritte – unentgeltlich, häufig in Erfüllung einer Unterhalts- oder Beistandsverpflichtung – einspringen und für den Zustand sorgen, der schadenersatzrechtlich geschuldet ist (2 Ob 238/07z: Erwerbsschaden eines Gesellschafters einer Personengesellschaft, Bündelung der Aktivlegitimation schon aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll). Die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** kann nur im Rahmen des **Wertersatzes** eine Rolle spielen. Betont wird, dass gerade bei einer Personenverletzung die Objektivierung unbefriedigend sei, weil diese stets von den jeweils konkreten Umständen abhängig sei (2 Ob 231/99f). Der OGH verzichtet in zunehmendem Ausmaß auf diese, weil das Ergebnis durch andere Ansätze überzeugender begründet werden kann.

E. Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen

Die einzelnen Schadenskategorien des § 1325 stehen teilweise zueinander in **Wechselbeziehungen** wie der Inhalt kommunizierender Gefäße: Bei Unterbleiben der **Heilbehandlung** (z B Verzicht auf eine kosmetische Operation) hat das Schmerzensgeld höher auszufallen (2 Ob 82/97s). Wird ein konkreter Bedarf nicht im Rahmen der **vermehrten Bedürfnisse** abgedeckt, erhöht dies das Schmerzensgeld (dazu 2 Ob 10/91: Argumentation gerade gegenläufig, kein Anspruch auf die Errichtung eines Schwimmbades an einen jugendlichen Verletzten mit Unterschenkelamputation wegen der Berücksichtigung dieses Umstands beim Schmerzensgeld). Die Verpflegungsersparnis bei einem Krankenhausaufenthalt kann nicht sowohl bei den Heilungskosten als auch beim Erwerbsschaden abgezogen werden. Bisher dürfte freilich kaum berücksichtigt worden sein, dass die Kosten für ein Fahrzeug oder den Wohnsitz – nicht dessen behindertengerechte Ausstattung – im späteren Leben aus dem Erwerbseinkommen bestritten worden wären, sodass insoweit beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse eine Kürzung angebracht ist. 15

F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gem § 332 ASVG

Gem § 332 ASVG (ähnlich: § 125 B-KUVG, § 178 BSVG, § 190 GSVG) gehen zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses zeitlich, persönlich und sachlich mit **Sozialversicherungsleistungen korrespondierende Schadenersatzansprüche** gegen den Ersatzpflichtigen vom Verletzten auf den **Sozialversicherungsträger** über. Die beim Verletzten verbleibenden Anspruchsteile und die auf den Sozialversicherungsträger übergehenden haben in der Folge ein **getrenntes Schicksal** (insb in verjährungsrechtlicher Hinsicht). Der Anspruchsübergang nach § 332 ASVG erfolgt im Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens beim Verletzten mit der Folge, dass der Verletzte darüber **nicht mehr disponieren** kann. Bei freiwilligen Versicherungsleistungen findet ein Anspruchsübergang jedoch wie nach § 67 VersVG erst mit Leistungserbringung statt (zur Abgrenzung zwischen Pflichtleistungen, freiwilligen Leistungen und nicht rein freiwilligen, somit ermessensgebundenen Leistungen 2 Ob 163/08x). Aus der Sicht des Sozialversicherungsträgers ist der Forderungsübergang im Zeitpunkt des realen Schadens des Verletzten deshalb bedeutsam, damit eine Verfügung des – womöglich unbedarften – Geschädigten zulasten des Sozialversicherungsträgers durch einen Abfindungsvergleich mit dem Ersatzpflichtigen bzw dessen Haftpflichtversicherer ausgeschlossen wird. Schließt der Verletzte mit dem Haftpflichtversicherer einen Vergleich, bei dem eine abschließende Regelung erfolgt und eine Globalsumme ausbezahlt wird, sollte der Geschädigte einen Vorbehalt sowie eine verjährungsrechtliche Absicherung in Bezug auf die Anspruchsteile machen, bei denen bei Vergleichsschluss von einer künftigen Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers ausgegangen wurde, die aber vom Sozialversicherungsträger wegen Einstellung seiner Leistungen tatsächlich nicht erbracht werden. Das ist infolge der demografischen Entwicklung nicht von der Hand zu weisen. Bei einem entsprechenden Vorbehalt kann der Anspruchsteller diese Anspruchsteile vom Ersatzpflichtigen verlangen, der sich den Regress des Sozialversicherungsträgers erspart. Unterlässt der Geschädigtenanwalt einen solchen Vorbehalt, ist das ein anwaltlicher Kunstfehler. 16

- 17 Der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers ist **doppelt begrenzt**, einerseits durch die vom **Sozialversicherungsträger zu erbringenden Leistungen**, andererseits durch den **Schadenersatzanspruch des Verletzten gegen den Schädiger**. Bei nicht vollständiger Deckung des Schadens durch Ersatzanspruch plus Sozialleistung – bei Mitverschulden des Geschädigten oder betraglich beschränkter Haftung, etwa nach dem EKHG – nimmt der OGH ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ein Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers an. Aus dem um das Mitverschulden gekürzten Schadenersatzanspruch kann sich zunächst der regressierende Sozialversicherungsträger befriedigen; erst ein allfälliger Rest bleibt beim Verletzten (SZ 56/173; 2 Ob 178/04x; 10 Ob 34/10p). Das ist in der Lit vereinzelt zu Recht auf Kritik gestoßen, weil die Anspruchsberechtigten für die empfangenen Leistungen Sozialversicherungsbeiträge abführen, wodurch sie sich die Gegenleistung „verdienen“.
- 18 Der Regressanspruch des **Sozialversicherungsträgers** hat jedoch **keine** Sonderstellung, wenn das der **Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Ersatzpflichtigen** oder die **Deckungssumme der Haftpflichtversicherung** nicht ausreicht; dann erfolgt konkursmäßig eine quotenmäßige Befriedigung (SZ 58/78: gleicher Rang zwischen Ansprüchen des Verletzten und der Sozialversicherungsträger). Lediglich ein **gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch** ist bei unzureichender Deckungssumme gem § 336 S 2 ASVG vorrangig zu befriedigen. Der Schadenersatzanspruch geht auch dann auf den Sozialversicherungsträger über, wenn der Kfz-Haftpflichtversicherer im Verhältnis zum Versicherungsnehmer bzw Versicherten leistungsfrei ist und dem Verletzten nur nach § 158c VersVG haftet (ZVR 1976/52).
- 19 Für den Übergang sind bei den **Heilungskosten** die Selbstkosten des Sozialversicherungsträgers bei Behandlung des Verletzten in einer eingegliederten Anstalt maßgeblich (ZVR 1966/66). Als **vermehrte Bedürfnisse** sind beim Pflegegeld die Aufwendungen für Verrichtungen sachlich kongruent, bei denen ein Kranker auf fremde Hilfe angewiesen ist (SZ 44/24) sowie die Haushaltsführung für sich selbst (2 Ob 150/04d; 10 Ob 34/10p). Beim eigenen **Haushaltsführungsaufwand** wird angenommen, dass bei einem 2-Personen-Haushalt die Hälfte der Zeit auf die Haushaltsführung für sich selbst entfällt, mit der Folge, dass nur dieser Anspruchsteil kongruent zum Pflegegeld ist (ZVR 1989/16; 2 Ob 86/95; 2 Ob 150/04d); bei einem 3-Personen-Haushalt ist das dementsprechend bloß ein Drittel (6 Ob 11/10a: selbst dann, wenn das zu betreuende Schulkind am Nachmittag im Hort ist) – es erfolgt somit eine Quotelung nach Kopfteilen; auszuklammern sind diesbezüglich die Arbeiten in Haus und Garten (JBl 1989, 654).
- 20 Beim **Erwerbsschaden** sind jene Sozialleistungen **sachlich kongruent**, die das **Erwerbseinkommen substituieren** sollen wie das Krankengeld (ZVR 1985/39), das Arbeitslosengeld (SZ 43/130), die Versichertenrente (stRspr, z B 2 Ob 51/02t; 1 Ob 165/06f; 2 Ob 226/07) und die Invaliditätspension (stRspr, z B 2 Ob 59/94; 2 Ob 2380/96v; 2 Ob 323/97g). Bejaht wird ein **Regressanspruch** wegen entgehender Trinkgelder (2 Ob 69/04d) sowie bei Einkommen aus Schwarzarbeit (RZ 1976/79; ZVR 1978/293), nicht aber in Bezug auf den Erwerbsschaden einer Hausfrau (ÖJZ 1972/2). In der Lit wird darauf hingewiesen, dass ein Übergang fragwürdig sei, soweit für das vereitelte Erwerbseinkommen keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden. Darauf kommt es aber gerade nicht an, weshalb der – im Gegensatz zu Deutschland – versagte Regress des Sozialversicherungsträgers beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers bedenklich ist und bei diesem zu einer Überkompensation führt.
- 21 Der Regressanspruch besteht auch bei **Bezuschussung der Lohnfortzahlung** des Arbeitgebers durch einen Sozialversicherungsträger nach § 53b ASVG sowie bei der Zuschussung eines Arbeitsplatzes an den Arbeitgeber in Gestalt der **Übernahme der Kosten für einen Arbeitshelfer**, damit dieser den verletzten Arbeitnehmer weiterbeschäftigt (2 Ob 163/08x: Rauchfangkehrergeselle). Ungeachtet der Auszahlung der Sozialleistung an den Arbeitgeber wurde die persönliche Kongruenz zu Recht bejaht.
- 22 Der OGH verneint den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers bei der **Notstandshilfe** (SZ 43/130; ZVR 1976/29; 2 Ob 345/00z), weil der Verletzte darauf **keinen durchsetzbaren**

Anspruch habe; da die Sozialleistung nicht den Schädiger entlasten soll, ist die Anrechnung zu versagen (2 Ob 120/00m; 6 Ob 260/03h). Die Folge ist freilich das merkwürdige Ergebnis, dass der Verletzte Ausgleich seines Schadens während der Phase des Bezugs von Arbeitslosengeld bekommt, während ab dem Bezug der Notstandshilfe eine Überkompensation erfolgt. Es sollte daher auch in diesem Fall ein Regressanspruch bejaht werden. Sachgerecht ist indes ein Anspruchsübergang erst bei Erbringung der Leistung, damit der Anspruchsberechtigte nicht zwischen zwei Stühlen sitzt.

Die **erhöhte Familienbeihilfe** wegen der Kindesverletzung muss sich das verletzte Kind nicht auf den Schadenersatzanspruch wegen erforderlicher Pflegedienstleistungen anrechnen lassen, weil dadurch nicht der Schädiger entlastet werden soll (8 Ob 27/09t). Bei sachlicher Kongruenz sollte der Regress nicht daran scheitern, dass die Familienbeihilfe an die Eltern treuhänderisch ausbezahlt wird. Die Umstellung des vom vorangehenden sozialversicherungspflichtigen Arbeits-einkommen abhängigen Karenzgeldes zu einem davon unabhängigen **Kinderbetreuungsgeld** hat dazu geführt, dass Letzteres – abweichend vom Karenzgeld (2 Ob 17/99k; ebenso Kinderzuschuss bei Invaliditätspension 2 Ob 184/04g) – nicht mehr als Lohnersatzleistung qualifiziert wird und damit eine sachliche Kongruenz zum Erwerbsschaden zu verneinen ist (2 Ob 59/07a).

Das **Schmerzensgeld** ist der Schadensposten, bei dem es nur hinsichtlich der **Integritätsabgeltung** gem § 213a ASVG eine sachlich kongruente Leistung gibt. § 332 Abs 1 S 3 ASVG, wonach Ansprüche auf Schmerzensgeld auf den Sozialversicherungsträger nicht übergehen, ist daher **teleologisch zu reduzieren**. Wenn die Leistungspflicht eines weiteren Schädigers gegeben ist, besteht ein Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers gegenüber diesem in Bezug auf die dem Schmerzensgeld funktional entsprechende Integritätsabgeltung (9 ObA 84/93; 2 Ob 185/99s).

G. Steuern

Löst die Schadenersatzleistung eine **Pflicht zur Zahlung von ESt** aus, ist das bei der Ersatzbemessung zu berücksichtigen (dazu Rz 97). Folglich ist dem Geschädigten die vom Schadenersatzbetrag bezahlte ESt zusätzlich zu ersetzen (2 Ob 68/95; 2 Ob 79/97z; 2 Ob 147/98a), wovon er abermals ESt zu entrichten hat (2 Ob 38/02f; OLG Wien ZVR 2000/32). Die Fälligkeit der Steuer ist nicht Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Bemessung des Ersatzanspruchs (SZ 60/67: Rente nach § 1327; 2 Ob 68/95; 2 Ob 147/98a), schon gar nicht deren Bezahlung (OLG Wien EF 78.537). Lässt sich die künftige Steuerbelastung abschätzen, kann es sinnvoll sein, diese in einem Pauschbetrag zuzusprechen (SZ 60/67). Ansonsten kann der Geschädigte nach der allgemeinen Regel des § 1323 einen Vorschuss verlangen, über dessen widmungsgemäße Verwendung er abrechnen muss. Ungeachtet eines Feststellungsurteils ist die 3-jährige Frist des § 1480 zu beachten (2 Ob 33/09f: Rente auf Pflegeaufwand). Der OGH (2 Ob 210/07g: zu einem Rentenanspruch nach § 1327) meint zutreffend, dass **auch das oberste Zivilgericht keine selbstständige Prüfung der Vorfrage** vornimmt, ob eine Steuerpflicht besteht oder nicht; maßgeblich ist vielmehr die Steuervorschreibung an den Geschädigten durch das Finanzamt. Sind die Parteien unsicher, ob eine bestimmte Schadenersatzleistung der ESt unterliegt, sollte im Urteil oder Vergleich festgehalten werden, dass bei Anfall von ESt – sei es auch nur im Zuge einer Betriebsprüfung – der Schädiger zu deren Ersatz verpflichtet ist, damit dem Geschädigten der ihm gebührende Nettobetrag verbleibt.

H. Heilungskosten

Bei den **Heilungskosten** erfolgt nur in dem von Sozialversicherungsleistungen nicht gedeckten Bereich eine direkte Auseinandersetzung zwischen dem Verletzten und dem Schädiger. Eine **Obliegenheit** des Geschädigten zur **Vornahme eines ärztlichen Eingriffs** besteht nur dann, wenn der Eingriff einfach, gefahrlos und ohne nennenswerte Schmerzen Aussicht auf Erfolg verspricht (ZVR 1983/276). Nicht nur bei Handwerkerleistungen sind Verböserungen möglich; das

gilt für Eingriffe von Ärzten in gleicher Weise. Das spricht für **äußerste Zurückhaltung** bei Annahme eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit.

- 27 Die **Ersatzfähigkeit der höheren Gebührenklasse** bejaht der OGH dann, wenn diese **medizinisch geboten** (ZVR 1977/15; 2 Ob 231/99f) oder doch ein **günstigeres Behandlungsergebnis** zu erwarten war (ZVR 1977/15; ZVR 1977/226). Die Konsultierung eines Privatarztes wird gebilligt, wenn zu diesem ein **besonderes Vertrauensverhältnis** besteht (2 Ob 284/01f: Betrauung des langjährigen Hausarztes; Mehrkosten gegenüber dem Ambulatorium der Gebietskrankenkasse). Die Ersatzfähigkeit einer privatärztlichen Behandlung in einer Privatklinik wird namentlich dann bejaht, wenn ihr eine **fehlerhafte Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus vorausgegangen** ist (10 Ob 24/05k: Fehlbehandlung eines Bandscheibenleidens; OLG Innsbruck ZVR 1999/27: Privatarztbehandlung nach unzureichender Behandlung in Universitätsklinik).
- 28 Darüber hinaus werden die Kosten einer gehobenen Gebührenklasse dann ersetzt, wenn diese den **Lebensverhältnissen des Geschädigten** entspricht und der Geschädigte sich das bei **Selbsttragung des Schadens** geleistet hätte (SZ 43/32: begüterter Landwirt; ZVR 1977/226: pensionierter Schuldirektor; 2 Ob 284/01f: Frau eines Anwalts; demgegenüber ZVR 1977/15: 6000,- öS Monatseinkommen, daher 2. Klasse). Das Kriterium der Selbsttragung des Schadens ist für eine abschließende Beurteilung unangebracht, weil es nicht nur einen Unterschied machen kann, sondern auch machen darf, ob eine Überwälzung auf einen Schädiger möglich ist. Bei Selbsttragung nimmt der Geschädigte – mitunter wegen seiner begrenzten Mittel – Notlösungen in Kauf; der Schädiger schuldet aber volle Restitution. Selbst wenn man auf die Verhältnisse des Geschädigten abstellt, wäre maßgeblich, wie der **Verletzte diese Phase des Lebens als Gesunder** verbracht hätte. Bei Anlegung dieses Maßstabs, nämlich der Herstellung einer Ersatzlage, wird man so gut wie jedem Geschädigten die gehobene Pflegeklasse zugestehen müssen, weil kaum jemand – insb in der Nacht – im Privatleben dem Schnarchen oder den Ausdünstungen anderer Menschen ausgesetzt ist, sondern allein oder in der Nähe des von ihm ausgewählten (Ehe-)Partners schläft. Weitere Kriterien für den Zuspruch wie Alter (ZVR 1977/226: Geschädigter über 80 Jahre) oder besonders schweres Verschulden (OLG Linz ZVR 1995/47: einer Frau vorsätzlich zugefügte Schnittwunden) bedarf es dann nicht.
- 29 Bei **Außenseitermethoden** ist grundsätzlich darauf abzustellen, ob es sich um einen **ex ante zweckmäßig gemachten Aufwand** handelt (EF 41.110; ZVR 1984/303; OLG Innsbruck ZVR 1993/151: Akupunktur zur Bekämpfung der psychischen Folgen eines Raubüberfalls; OLG Innsbruck ZVR 2011/223: ungekürzter Zuspruch für Schwimmen und Reiten zur Vermeidung der Zunahme der Spastizität). Soweit der Verletzte ohne Schädigung diese – sportliche – Tätigkeit als Hobby ausgeübt hätte, könnte mE eine Vorteilsausgleichung in Betracht kommen, wofür freilich den Ersatzpflichtigen die Beweislast trifft. Allerdings ist zu beachten, dass namentlich eine kostspielige Tätigkeit wie das Reiten dem Verletzten hier „aufgedrängt“ wird. Die Kosten für eine **Delphintherapie** in Höhe von € 14.000,- – bei einem Gesamtbegehren von € 740.000,- – hat der OGH (3 Ob 283/08a) bei einem infolge eines ärztlichen Kunstfehlers schwerstverletzten Kindes indes unter restriktiveren Bedingungen zuerkannt, weil nachgewiesen worden war, dass die Schulmedizin versagte und die Krankenversicherung solche Kosten übernehme, sofern der Geschädigte die Maßnahme vorfinanziere und diese erfolgreich gewesen sei. In 7 Ob 63/10f hat der OGH den Zuspruch damit begründet, dass auf die Delphintherapie auch nach § 133 Abs 2 ASVG ein Anspruch bestanden habe, was voraussetze, dass der Verletzte zunächst eine billigere herkömmliche Tiertherapie versucht habe. Mag es sich auch um etwas ganz Ausgefallenes handeln: weder kann es auf die Ersatzfähigkeit im Rahmen der Krankenversicherung ankommen noch darauf, dass der Geschädigte in der Lage ist, die Maßnahme vorzufinanzieren. Wie auch sonst muss die **Zweckmäßigkeit ex ante** genügen, um einen Anspruch auf einen Vorschuss zu begründen. Zu bedenken ist, dass Eltern eines schwerstverletzten Kindes eine solche Reise in die USA nicht aus Jux und Tollerei unternehmen, sondern weil sie sich an einen Strohhalm klammern, um dem Kind ein wenig Linderung der Beschwerden zu ermöglichen.

Schadenersatzrechtlich geschuldet sind auch **kosmetische Operationen**, wenn dadurch 30 das Erscheinungsbild des Verletzten wie vor dem schädigenden Ereignis wiederhergestellt wird (stRspr, z B ZVR 1987/45; 2 Ob 46/92; 1 Ob 161/00h). Besonders augenscheinlich ist die Zuerkennung der Kosten für ein Facelifting bei einer an einer psychischen Erkrankung leidenden traugeschädigten 45-jährigen Mutter nach 15 kg Gewichtsabnahme innerhalb eines halben Jahres (2 Ob 7/05a). Der Kostenersatz für kosmetische Operationen setzt deren **tatsächliche Durchführung** voraus (2 Ob 82/97s), wofür ein Vorschuss verlangt werden kann, außer der Geschädigte hat nicht einmal die Absicht zur Durchführung des Eingriffs bescheinigt. Der nicht verbrauchte Teil ist zurückzuzahlen (OLG Linz ZVR 1999/88). Bei allen ärztlichen Eingriffen, die durch die gesetzliche Krankenversicherung nicht zur Gänze gedeckt sind, besteht ein solcher Vorschussanspruch aber nur dann, wenn ein **konkreter Bedarf unmittelbar bevorsteht** und die ernste Absicht besteht, diesen zu decken (5 Ob 123/09p: Gefahr eines späteren Zahnverlustes). Mag ein solcher Bedarf auch in Zukunft mit Sicherheit bestehen, kann der Verletzte dafür zunächst keinen Vorschuss verlangen, sondern muss sich durch Erwirkung eines Feststellungsurteils absichern (1 Ob 48/11g: künftige Zahnrekonstruktion). Soweit hinter dem Schädiger keine – zahlungsfähige – Haftpflichtversicherung steht, hat der Geschädigte mE einen Anspruch auf Sicherstellung, namentlich gegen eine juristische Person.

Pauschaliert der Krankenhausträger seine Kosten, ist das nach – allerdings kritikwürdiger 30a – Ansicht des OGH (2 Ob 231/99f) für die Schadensabrechnung auch dann hinzunehmen, wenn ein nicht sozialversicherter ausländischer Patient für die gleiche Behandlung bloß einen Bruchteil bezahlen müsste. Einerseits muss die Privatautonomie des Krankenhausträgers in Bezug auf den Abrechnungsschlüssel respektiert werden, andererseits bestehen Bedenken, wenn bei einem inländischen sozialversicherten Patienten erheblich höhere Kosten überwälzbar sind als bei einem ausländischen nicht sozialversicherten Patienten, ist doch davon auszugehen, dass dieser wenigstens die – nicht subventionierten – Selbstkosten des Krankenhausträgers bezahlen muss.

Ersatzfähig sind außerdem **behandlungskonnexe Aufwendungen**, wie **Kosten für den 31 Transport** (ZVR 1990/132: Hubschraubertransport; 8 ObA 107/04z: eigene Reisekosten des Verletzten; 1 Ob 161/00h: Kosten zu den Therapiestätten), **Trinkgeld** (ZVR 1973/38: Berücksichtigung der gesellschaftlichen Stellung und des Einkommens des Verletzten) sowie **kleinere Geschenke an das Pflegepersonal** (ZVR 1979/133).

Die **Aktivlegitimation** zur Geltendmachung von Heilungskosten steht nicht nur dem Ver- 32letzten zu, sondern bei einem Kind auch dem **gesetzlichen Unterhaltsschuldner**; dieser kann neben einem Leistungsbegehren ein Feststellungsbegehren gegen den Schädiger auch erheben, wenn der Anspruch des verletzten mj Kindes gegen den Schädiger bereits rechtskräftig festgestellt worden ist (1 Ob 2201/96z).

Wegen der Unterstellung, dass Verwandtenbesuche für den Fortgang des Gesundungspro- 33zesses förderlich sind, sind **Besuchskosten** grundsätzlich ersatzfähig (stRspr, z B 7 Ob 281/02b).

Ersetzt werden nur die Kosten von **Besuchen bestimmter Angehöriger** wie des **Ehepart- 34ners** sowie der **sorge- und beistandspflichtigen nächsten Verwandten**; dazu zählen in erster Linie Eltern und Kinder (2 Ob 2220/96a: Mutter; 7 Ob 281/02b: erwachsener Sohn, wobei der OGH zurückverwiesen hat, um zu klären, ob die Kontaktnahme hier medizinisch förderlich war), aber auch der **Lebensgefährte** (2 Ob 103/01p), **Geschwister**, wenn sie im **gleichen Familienverband** leben (EF 56.995), nicht jedoch Schwiegereltern und Schwiegerkinder (EF 54.250) sowie nicht im gleichen Haushalt lebende Geschwister (EF 36.178) oder gute Bekannte. Auch wenn es beim Trauerschmerzensgeld um den ideellen Schaden der Angehörigen, bei den Heilungskosten jedoch um deren Beitrag zur Gesundung des Verletzten geht, sollten in Bezug auf den Personenkreis die gleichen Kriterien angelegt werden. In Bezug auf die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Personen sollte mE großzügig verfahren werden.

- 35 Die **Ersatzfähigkeit der Besuchskosten** hängt von deren **Zweckmäßigkeit und Angemessenheit** ab (2 Ob 103/01p: in concreto € 7.100,-), die maßgeblich von der **Schwere der Verletzung** bestimmt werden. Telefonkosten sind ersatzfähig, sofern auch Besuchskosten dieser Personen ersatzfähig gewesen wären (2 Ob 103/01p; 7 Ob 281/02b). Bei Fahrten mit dem Auto ist das amtliche km-Geld ersatzfähig (ZVR 1985/102: in concreto 3.656 km), bei wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit auch Mautkosten (2 Ob 103/01p), nicht jedoch der Zeitaufwand während der Besuche (8 Ob 64/05b), wohl aber der Ersatz für **Babysitterkosten** für Kinder, die man nicht mitnehmen kann (2 Ob 103/01p), sowie **unabdingbarer Verdienstentgang** (EF 46.648: Ersatz wegen des erforderlichen unbezahlten Urlaubs). Werden Eltern auf ärztliches Anraten bei Verletzung eines Kindes stationär aufgenommen, sind auch diese Kosten ersatzfähig (OLG Innsbruck ZVR 2001/100).
- 36 Wie bei den Heilungskosten sind **aktiv legitimiert** nicht nur der Verletzte selbst (ZVR 1973/38; SZ 62/116; 2 Ob 2220/96a), sondern auch die jeweiligen Besucher bzw derjenige, der die Kosten getragen hat (ZVR 1980/299: Vater für das mj Kind; EF 36.180: Ehemann für Ehefrau). Auch insoweit erscheint eine **Bündelung der Aktivlegitimation** beim Verletzten wünschenswert. Ansprüche nach § 1358 sowie § 1042 müssen nach Tätigen des entsprechenden Aufwands daneben aber immer möglich sein; bedeutsam könnte das bei Insolvenz des Verletzten sein.

I. Vermehrte Bedürfnisse

- 37 Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse entsteht bereits mit deren Entstehung (ZVR 1979/226; ZVR 1987/128). Das entspricht den Grundsätzen der Restitution, weshalb der Geschädigte **nicht mit Eigenmitteln in Vorlage** treten muss, sondern unabhängig von seiner Vermögenslage einen Vorschuss verlangen kann, dessen widmungsgemäße Verwendung er freilich in der Folge nachweisen muss. Unterbleibt sie, ist der Vorschuss zurückzuzahlen. Eine fiktive Abrechnung nach der bestmöglichen Restitution ist unzulässig (dazu § 1323 Rz 11). Das Bestehen einer familienrechtlichen Pflicht eines Angehörigen entlastet den Schädiger nicht (2 Ob 83/09h). Die wichtigsten Fälle vermehrter Bedürfnisse sind verletzungsbedingt benötigte **Gebrauchsgüter** sowie deshalb erforderliche **Dienstleistungen**. Im Rahmen der Gebrauchsgüter haben die größte Bedeutung das Fahrzeug und der Wohnsitz. Als vermehrtes Bedürfnis kommt zusätzlich die **Prämienhöhung bei Versicherungsverträgen** als Verletzungsfolge in Betracht.
- 38 Mit der zunehmenden Motorisierung ist es heute selten, dass ein Erwachsener über kein Kfz verfügt. Es geht daher idR lediglich um den **Ersatz einer Sonderausstattung** (2 Ob 2/91: Querschnittgelähmter; 2 Ob 2031/96g: Amputation des linken Beins; 2 Ob 104/05s: schwere Beinverletzung). Die **Kosten für das Fahrzeug** gebühren nur, wenn es ein Kind oder ein Erwachsener, der bisher auf ein eigenes Fahrzeug verzichtet hat, verletzungsbedingt benötigt (stRspr, z B 2 Ob 2031/96g; 2 Ob 253/00w; 8 Ob 127/05t). Voraussetzung ist dabei nicht unbedingt eine Beinverletzung (7 Ob 17/10s: Zuspruch bei einer Schulterblattverletzung nach Einwand des Ersatzpflichtigen, dass solcher Anspruch nur bei Gehbehinderung gebühre). Ein Sonderfall ist die **bisherige Privatnutzung eines Firmenfahrzeuges**, das nach Verletzung nicht mehr zur Verfügung steht (2 Ob 89/06m); in einem solchen Fall gehört lediglich der Mehraufwand, der darin liegt, dass der Geschädigte nun auch für solche Tätigkeiten ein eigenes Fahrzeug haben muss, auf das er im gesunden Zustand nicht angewiesen war, zu den vermehrten Bedürfnissen. Der OGH hat auch den Wegfall der Nutzungsmöglichkeit des Firmenfahrzeugs – zu Unrecht – als vermehrtes Bedürfnis angesehen; insoweit liegt ein Erwerbsschaden vor. Zu Recht hat er eine Kürzung vorgenommen, soweit der Verletzte – wegen der vermehrten Freizeit – zusätzliche Privatfahrten unternimmt.
- 39 Da der Verletzte auf ein zuverlässiges Fahrzeug angewiesen ist, kann er idR **nicht auf ein Gebrauchtfahrzeug verwiesen** werden (2 Ob 2031/96g; 2 Ob 253/00w; aA 2 Ob 253/00w mit dem fragwürdigen Argument, dass der Geschädigte auch selbst bisher stets einen Gebrauchtwagen angeschafft habe); daher sind auch **Garagenkosten** ersatzfähig (2 Ob 50/90). Ist der Einbau einer notwendigen Sonderausstattung in sein Kfz nicht möglich und muss der Geschädigte ein

Neufahrzeug anschaffen, kann er zwar die Anschaffungs- und Einbaukosten der Sonderausstattung in vollem Umfang verlangen, muss sich aber im Übrigen einen Abzug neu für alt gefallen lassen (2 Ob 104/05s). Kann der Verletzte auch ein behindertengerechtes Fahrzeug nicht selbst chauffieren und stehen keine öffentlichen Verkehrsmittel zur Verfügung, kann er für Einkaufsfahrten und solche zum auswärtigen Wochenendhaus den Ersatz von **Taxikosten** verlangen (2 Ob 47/05h). Auch die Kosten für die behindertengerechte Ausstattung eines Motorrads neben einem Kfz sind geschuldet, wenn der Verletzte vor dem Unfall beides benutzt hat. Soweit erforderlich kann ein Verletzter auch eine Begleitperson für Spaziergänge verlangen.

Ersatzfähig sind die Kosten für einen **behinderungsgerechten Wohnungsumbau** (stRspr, 40 z B RZ 1984/12; 1 Ob 161/00h; 7 Ob 281/02b) unter Einschluss eines Aufzugs (EF 54.266) und einer Garage (2 Ob 50/90). Die Errichtungskosten für ein privates Schwimmbad hat der OGH (2 Ob 10/91) – mE zu Unrecht – mit dem Hinweis abgelehnt, dass dies schon durch das Schmerzensgeld abgedeckt sei (dazu oben Rz 15). Eine Versagung käme allenfalls unter Hinweis auf die Untunlichkeit bzw Unwirtschaftlichkeit in Betracht, wobei stets zu bedenken ist, dass das Rechtsgut der körperlichen Integrität einen besonders hohen Rang aufweist (dazu § 1323 Rz 18).

Weitere Arten vermehrter Bedürfnisse sind Gebrauchsgüter, deren Benutzung erst als Ver- 41 letzungsfolge erforderlich wurde, wie eine **Prothese** (ZVR 1979/135; ZVR 1983/281) oder ein **Computer**, um die Kommunikation des Verletzten mit der Umwelt zu ermöglichen (7 Ob 281/02b).

Dabei fallen nicht allein **Anschaffungskosten**, sondern auch Kosten für **Instandhaltung** 42 (2 Ob 2031/96g), **Betriebskosten** (2 Ob 104/05s) sowie solche für die **Reinvestition** an. Insoweit steht neben dem einmaligen – oder wegen der Reinvestition mehrmaligen – Kapitalbetrag eine Rente zu, wobei auch eine ausschließliche Bemessung in Form einer alle diese Umstände berücksichtigenden Rente in Betracht kommt. Der Ersatzpflichtige kann sich von seiner Schadenersatzpflicht dadurch befreien, dass er den **Gebrauch** zur Verfügung stellt, aber selbst Eigentümer der Sache bleibt oder wird, mag dem Verletzten auch die Auswahl des Gebrauchsgutes überlassen bleiben. Im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse ist nur die Deckung eines Bedarfs geschuldet, nicht aber eine **Vermögensmehrung im Weg der Eigentumsübertragung**. Dieser Umstand wirkt sich namentlich dann aus, wenn der Bedarf wegfällt, meist durch Tod des Verletzten, das Gebrauchsgut aber noch einen ins Gewicht fallenden Wert hat. Dieser verbleibt dann dem Ersatzpflichtigen und fällt nicht den Erben zu.

Tätigkeiten im Rahmen vermehrter Bedürfnisse sind solche, die ein **gesunder Mensch** 43 **selbst erledigen** würde wie Aus- und Ankleiden, Körperpflege sowie Selbstversorgung bei Wunden (ZVR 1977/58: Verletzter kann sich wegen einer späteren unfallunabhängigen Erkrankung nicht mehr selbst bandagieren) sowie die Haushaltsführung für sich selbst (2 Ob 86/95).

Für solche **Pflege- und Betreuungstätigkeiten** kann der Verletzte auf Kosten des Schädigers eine **Ersatzkraft** in Anspruch nehmen. Dem steht gleich, wenn er sich **selbst mehr anstrengt** (ZVR 1987/56) oder solche Tätigkeiten von **Angehörigen** verrichten lässt. Nach der Wertung des § 14 Abs 4 EKHG sollen solche freiwilligen und unentgeltlichen Leistungen Dritter den Schädiger nicht entlasten (stRspr, z B 6 Ob 143/98t; 2 Ob 345/00z; 2 Ob 148/01f). Insofern handelt es sich um einen Fall der **Schadensverlagerung** (2 Ob 49/98i; 2 Ob 99/02a).

Vor allem bei **schweren Verletzungen** (24-h-Betreuung) ergibt sich ein **enormer Zeitauf-** 45 **wand** (2 Ob 60/92: Entgelt von 4 Krankenschwestern in Höhe von ca € 3.700,- pro Monat; restriktiver 2 Ob 49/98i; 6 Ob 143/98t: 2 Pflegekräfte in Höhe von € 4.740,-; bei Blindheit immerhin 5 Stunden ein Leben lang 3 Ob 128/11m). Der OGH hält die tatsächlich entstandenen Kosten für ersatzfähig, auch wenn sie im Einzelfall besonders hoch sind (2 Ob 152/99p). Der Geschädigte muss sich nicht auf ein billigeres Pflegeheim verweisen lassen (2 Ob 338/99s). Das ist völlig zutreffend. Wenn der Geschädigte sich für die Reparatur und gegen die Ersatzbeschaffung bei Beschädigung seines Fahrzeugs entscheiden darf, auch wenn der Schädiger dadurch doppelt so

hoch belastet wird (dazu § 1323 Rz 47), muss das wegen des höheren Rangs des Rechtsgutes der körperlichen Integrität erst recht für den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse gelten.

- 46 Die Ersatzhöhe bemisst sich nach dem Entgelt für eine **professionelle Pflegekraft** (ZVR 1984/322; ZVR 1987/128; ZVR 1988/14; 2 Ob 63/11w: **30,- € pro Stunde**, Entscheidung der 1. Instanz im Jahr 2010), wobei die Rspr nach einem Vorschlag der Lit unter Bezugnahme auf das richterliche Schätzungsermessen nach § 273 ZPO zwischen den **Nettokosten einer Hilfskraft** und den **Bruttokosten einer professionellen Pflegekraft** schwankt (6 Ob 143/98t). Bei Einstellung einer Pflegekraft soll es auf die tatsächlichen Kosten ankommen (2 Ob 152/99p: Ehefrau hatte ihren Mann als angestellten Pfleger beschäftigt; dazu auch unten Rz 50). Für die **Bereitschaftszeiten** gelten die Kosten einer professionellen Pflegekraft nach dem OGH nur dann, wenn der einspringende Angehörige ansonsten die Freizeit außer Haus verbracht hätte (2 Ob 99/02a; 7 Ob 63/10f). Folglich bleiben nächtliche Bereitschaftszeiten unentschädigt und jene während des Tages sind vom Vorbringen abhängig, dass der Angehörige in dieser Phase sich ins Kino oder Theater oder in die Berge begeben hätte (2 Ob 49/98i; 2 Ob 152/99p; 2 Ob 195/02v). In der Lit wurde das als „anwaltschaftliche Kreativitätsprämie“ geißelt.
- 47 Bei **hohem Pflegeaufwand** sucht der OGH mit untauglichen Erwägungen nach **Ansatzpunkten für Kürzungen**. Dass in unserer Wirtschaftsordnung ein Bankdirektor das 100- oder 1000-Fache eines Stahlarbeiters verdient, wird als selbstverständlich hingenommen. Wenn ein Angehöriger Leistungen erbringt im Ausmaß von 4 oder 6 bezahlten Pflegekräften, schwindet sehr rasch der Glaube, dass so etwas möglich sein soll.
- 48 Für eine Eindämmung hohen Pflegeaufwandes ist beim **Zeitungsumfang** auf die erforderlichen Verrichtungen abzustellen und zu prüfen, ob darüber hinaus eine Bereitschaft gegeben sein muss. Wären professionelle Pflegekräfte billiger, ist das beim Stundenlohn (nicht bei der Verrichtungsdauer) zu berücksichtigen. Unzulässig ist, ein nächtliches 4-maliges Umbetten von je 15 Minuten mit 1 Stunde abzugelten. Bei der **Qualifikation** pflegender Angehöriger sollte man freilich großzügig sein und auf das Betreuungsergebnis abstellen.
- 49 Zentrale Bedeutung hat die Ermittlung des **maßgeblichen Stundenlohnes**. Zu ermitteln sind die **Kosten einer Arbeitsstunde**. In Österreich werden mindestens **14 Monatslöhne** gezahlt; ein Arbeitnehmer arbeitet aber maximal **10 Monate**, weil die Summe aus bezahlten Feiertagen, Urlauben sowie sonstiger Arbeitsverhinderung, etwa wegen Krankheit, sich zu mindestens 2 Monaten pro Jahr akkumulieren. Zu bedenken ist, dass beim Arbeitsentgelt grundsätzlich auch die Lohnnebenkosten als Entgeltsbestandteil anerkannt sind (so im Rahmen der Lohnfortzahlung, dazu unten Rz 54). Wenn für den einspringenden Angehörigen die eine oder andere Sozialabgabe zu keinem greifbaren Vermögensvorteil führt, etwa weil er schon eine Altersrente bezieht, deshalb nicht mehr arbeitslos werden kann, eine zusätzliche Krankenversicherung für ihn ohne Nutzen ist, mag ein Abzug angebracht sein, was der subjektiv-konkreten Schadensberechnung entsprechen, freilich die Regulierung verkomplizieren würde (großzügiger allerdings 5 Ob 50/99k; 5 Ob 38/04f; 7 Ob 63/10f: voller Zuspruch **sämtlicher Lohnnebenkosten auch bei Familienangehörigen ohne Wenn und Aber**). In 8 Ob 15/11f hat der OGH in Auseinandersetzung mit Stimmen der Lit nochmals bekräftigt, dass **auch die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung** geschuldet sind. Der Geschädigte solle abstrakt in die Lage versetzt werden, sich jederzeit auf dem freien Markt entsprechende Leistungen zu beschaffen. Bei dieser strikten Position des OGH bietet es sich an, eine solche **Rente an den Index einer entsprechend entlohnenden Person** zu binden. Zu bedenken ist zusätzlich, dass der schwer Verletzte eine Versorgung an 365 Tagen im Jahr benötigt, sodass **Zuschläge für Sonn- und Feiertage** sowie für die Nacht in Ansatz zu bringen sind. In der E 2 Ob 63/11w hat der OGH 30,- € pro Stunde als sehr hohen Stundensatz angesehen, diesen aber gebilligt (bloß Revision des Klägers).
- 50 Das Ausmaß des Ersatzes hängt nicht von der **Anstellung eines Familienangehörigen** ab. Diese ist lediglich ein Indiz, dass das volle Spektrum der durch die Sozialabgaben bewirkten Absicherung konkret benötigt wird, was aber umfänglich den benötigten Ersatz gar nicht abschließend

festlegt, weil wegen der Arbeitnehmerschutzbestimmungen der Pfleger meist nur kürzer arbeiten darf als für die Pflege erforderlich und somit schadenersatzrechtlich geschuldet ist. In solchen Fällen sind die zusätzlich erforderlichen Pflegertätigkeiten angemessen abzugelten. Ist bei Auszahlung einer Ersatzrente an den Verletzten oder von diesem an den betreuenden Angehörigen keine ESt zu entrichten, hat auch der Schädiger keine zu bezahlen; entscheidend ist diesbezüglich die Vorschreibung des Finanzamtes an den Geschädigten (dazu oben Rz 25). Sichergestellt werden sollte im jeweiligen Urteil oder in der entsprechenden außergerichtlichen Vereinbarung, dass diese Kosten zu bezahlen sind, wenn der Angehörige – aus welchen Gründen immer – nicht mehr zur Verfügung steht und der Verletzte dann auf die Inanspruchnahme von Marktleistungen, etwa einer Ersatzkraft oder eines Pflegedienstes, angewiesen ist, wobei dann sowohl Sozialversicherungsbeiträge als auch Steuern anfallen.

Nicht immer ist der Marktwert der Pflegeleistung maßgeblich. Eine Hauptschullehrerin, 51 die ihre Berufstätigkeit unterbricht, um sich der Pflege und Therapie ihres Kindes zu widmen, muss sich nicht mit dem Stundenlohn einer Pflegekraft begnügen, sondern kann die **Opportunitätskosten ihres Einkommensausfalls im Erwerbsleben** verlangen, wenn eine gleichwertige Alternative nicht verfügbar und die Tätigkeit neben dem Beruf nicht zumutbar ist (4 Ob 78/08m: 21 € statt 11–14 € Stundenlohn). Bei der Gleichwertigkeit ist zu beachten, dass es darum geht, dass für Therapieübungen mit dem Kind die Ersatzkraft dann zur Verfügung steht, wenn das Kind dafür aufnahmefähig ist und sie in etwa die Einfühlungsfähigkeit und das Engagement wie die Mutter aufbringt. Bei enorm hohem Erwerbseinkommen wird man dem Angehörigen zubilligen müssen, den Einkommensausfall bis zur Grenze der Tunlichkeit zu verlangen.

Anspruchsberechtigt ist der Verletzte; außerdem wird **denjenigen**, die die **Pflegeleistungen erbringen**, die **Aktivlegitimation** eingeräumt (stRspr, z B ZVR 1982/269; 6 Ob 143/98t; 2 Ob 99/02a). Auch hier ist die Bündelung des Anspruchs in Hand des Verletzten vorzuziehen (dazu oben Rz 14), wobei für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen ein Rückgriffsanspruch nach §§ 1042 oder 1358 in Betracht kommt (RZ 1984/12; ZVR 1987/9). Ist der Unterhaltsverpflichtete zugleich einer von mehreren Schädigern, steht ihm ein Rückgriffsanspruch gegen den weiteren Schädiger zu (2 Ob 2220/96a). 52

J. Erwerbsschaden

Beim **beruflichen Erwerbsschaden** (zur außerberuflichen Erwerbstätigkeit unten Rz 57) 53 ist zwischen dem eines **unselbständig** tätigen Geschädigten (Arbeitnehmer, Beamten) und dem eines geschädigten **Unternehmers** zu unterscheiden. Der unselbständig Erwerbstätige muss wegen der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber sowie der Sozialversicherungsleistungen (Krankengeld, Versehrtenrente oder Invaliditätspension) nur die dadurch nicht gedeckte Schadensspitze direkt beim Schädiger durchsetzen (2 Ob 269/04d: Trinkgelder des Zahlkellners); ansonsten bestehen Regressansprüche der in Vorlage Tretenden.

Seit 1994 steht der **Regressanspruch des Arbeitgebers** gegen den Schädiger für **fortge-** 54 **zahlten Lohn** fest. Es geht um den Ersatz des Schadens des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber nicht aufgrund seiner gesetzlich ihm auferlegten vertraglichen Fürsorgepflicht zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet wäre. Dabei kann der **Schaden des Arbeitgebers** infolge des verletzungsbedingten Unterbleibens der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers **größer oder kleiner** sein. Größer ist der Schaden, wenn etwa durch Säumnis bei Fertigstellung einer Anlage eine Gewinneinbuße entsteht. Ersatzfähig ist aber nur der trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung fortgezahlte Lohn, nicht der darüber hinausgehende Schaden des Arbeitgebers. Der Schaden kann aber auch geringer sein. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer wegen Auftragsflaute ohnehin nicht sinnvoll beschäftigt werden hätte können. Ob im letztgenannten Fall der Ersatz entfällt, ist zweifelhaft. Nach der Rentabilitätshypothese spricht die Vermutung indes dafür, dass ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer wirtschaftlich so einsetzen kann, dass er damit wenigstens die Kosten des ihm gezahlten Entgelts verdient. Weder nach § 3 VerkehrsofferG noch nach § 3 VOEG steht

dem Arbeitgeber ein Regressanspruch gegen den Fachverband der Versicherungsunternehmen bei Fahrerflucht des schädigenden Halters zu, weil diese Gesetze jeweils nur im Härtefall dem unmittelbar Geschädigten einen Anspruch einräumen, nicht aber Regressgläubigern, zu denen neben den Sozialversicherungsträgern auch der Arbeitgeber zählt (2 Ob 6/09k).

- 55 Die **Höhe des überwältzbaren Lohnfortzahlungsschadens** des Unternehmers richtet sich im Ergebnis nach dem **Entgelt für die nicht erbrachte Gegenleistung**, weshalb im Detail zu ermitteln ist, **welche Leistungen im Synallagma** stehen (für 10 Monate Arbeit sind 14 Monatsbezüge zu bezahlen, was zur Erhöhung des Tagessatzes führt). In das Entgelt sind nicht nur die Lohnnebenkosten zur Sozialversicherung einzubeziehen, sondern auch alle fringe benefits wie Rückstellungen zur betrieblichen Altersversorgung, Dienstauto, Dienstwohnung, Diensttelefon udgl (2 Ob 2056/96h). Diese Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn der Arbeitgeber aufgrund des BEinstG verpflichtet ist, seinen verletzten Arbeitnehmer zum gleichen Entgelt weiterzubeschäftigen (2 Ob 303/04d).
- 56 **Zulagen** beeinflussen den Erwerbsschaden nur, soweit sie **nicht Abgeltung eines Mehraufwands**, sondern **echtes Einkommen** sind (ZVR 1978/165; SZ 56/117: Treueprämie öffentlich Bediensteter; ZVR 1987/121: Erschwerniszulage und Tagegeld, Aufwandsentschädigung); die steuerrechtliche Qualifikation ist unmaßgeblich. **Naturalbezüge** wie Dienstwohnung (SZ 41/55; ZVR 1978/165), Dienstauto (ZVR 1982/417) oder subventionierte Mahlzeiten (ZVR 1978/165: freie Station eines Landarbeiters) sind in Geld zu ersetzen. Ersatzfähige, vermögenswerte Gegenleistungen sind ferner der Wegfall eines Jahreswagens eines Automobilherstellers, Rabatte bei Einkäufen sowie ein kostengünstiger Urlaub im vom Arbeitgeber bereitgestellten Quartier. Bei **Überstunden** kommt es darauf an, ob und in welchem Ausmaß sie in Zukunft angefallen wären (5 Ob 52/09x: deutscher Verletzter, bei dem Überstunden durch Entgeltfortzahlung nicht gedeckt waren). Der Erwerbsausfall für **Nebeneinkünfte** ist zu ersetzen, auch wenn diese unregelmäßig angefallen wären. Bei der Rente ist dann ein Durchschnittswert zugrunde zu legen (ZVR 1971/126). Arbeitseinkommen aus Haupt- und Nebentätigkeit sind zusammenzurechnen, weshalb ein Ausfall bei der Nebentätigkeit nur in eingeschränktem Ausmaß begehrt werden kann, wenn aus der Haupttätigkeit nach der Verletzung ein entsprechend höheres Einkommen erzielt wird (2 Ob 227/07g: unfallbedingt bei der Haupttätigkeit – früher Vulkanisierarbeiter, nunmehr EDV-Techniker – höheres Einkommen als früher, aber Nebentätigkeit im elterlichen Betrieb nicht mehr möglich).
- 57 Bei Berechnung des Erwerbsschadens sind jene **Aufwendungen** abzuziehen, die sich der **Verletzte erspart**, weil er keiner beruflichen Erwerbstätigkeit oder einer anderen nachgeht; z B die Ersparnis von Fahrtkosten (2 Ob 226/07k), jedoch nicht nach dem amtlichen km-Geld und ohne Berücksichtigung der Zeitersparnis, die bloß als Freizeit genutzt werden kann, ferner die Differenz zur billigeren häuslichen Verpflegung, schließlich die Kosten, im Beruf adrett gekleidet zu sein. Abgelehnt hat die E 7 Ob 240/09h die Anrechnung von ersparter Nahrung, Kleidung und Wohnung, weil der Schwerstverletzte über die von der gesetzlichen Krankenkasse getragene Sondernahrung ernährt werde, keine oder kaum Kleidung benötige und – gratis – bei den Eltern wohne. Der OGH hat die **versagte Vorteilsausgleichung** damit begründet, dass die jeweiligen Dritten nicht den Schädiger entlasten wollten. Soweit bestimmte Aufwendungen nicht entstehen, trägt dieses Argument indes nicht; bedeutsam ist vielmehr, dass der Schädiger keinen Vorteil aus dem Konsumverzicht ziehen soll, den er dem Verletzten aufgezwungen hat.
- 58 Bei der **Befristung der Rente** berücksichtigt der OGH lediglich den Umstand, dass der Verletzte **über das Regelpensionsalter** (Männer 65, Frauen 60 Jahre) hinaus arbeitet (SZ 44/183). Eine längere Arbeitstätigkeit hat der Geschädigte zu beweisen (stRspr, z B ZVR 1985/11; 2 Ob 38/02f; OLG Innsbruck ZVR 1998/145), eine kürzere der Schädiger. Nur wenn der Verletzte auch nach dem Rentenalter keine Altersversorgung bekommen sollte, steht ihm eine lebenslange Rente zu (SZ 52/77). Diese Beweislastverteilung widerspricht dem Postulat, dass von der **wahrscheinlichsten Entwicklung** auszugehen ist. Gerade **Lehrer** oder **ÖBB-Bedienstete** beziehen ihre Al-

tersversorgung deutlich früher. ME wäre es daher sachgerecht, von den Verhältnissen der **jeweiligen Berufsklasse** auszugehen. Im Ergebnis würde das zu einer Verschiebung der Beweislast zulasten des Geschädigten führen. Zu bedenken ist freilich, dass das Renteneintrittsalter schon wegen des demografischen Wandels in den nächsten Jahren oder zumindest Jahrzehnten steigen wird. Aus diesem Grund wäre es sinnvoll, wenn der Verletzte insoweit einen Vorbehalt macht. Welches sein Renteneintrittsalter dann als Gesunder gewesen wäre, kann bei Kenntnis der dann geltenden Rechtslage besser beurteilt werden. Bei einer Kapitalabfindung bzw der Errechnung eines Barwertes wegen Erschöpfung der Deckungssumme bleibt aber nichts anderes übrig, als diesbezüglich eine Prognose anzustellen.

Bei Ermittlung des Erwerbsschadens ist zu berücksichtigen, dass jeder seine **gesetzliche Altersrente** durch die **während seiner Aktivzeit geleisteten Beiträge** erwirtschaftet. Im Verletzungsfall in dieser Phase sind zwei Arten der Schadenberechnung möglich: Entweder der Geschädigte verlangt laufend die Mittel für eine **freiwillige Altersversicherung**, um eine Lücke bei der späteren Altersrente zu vermeiden (ZVR 1976/207; 2 Ob 38/02f); oder aber der Verletzte verlangt **erst bei Eintritt in den Altersruhestand** den Betrag, um den seine Altersrente wegen seiner verletzungsbedingt geringeren Anwartschaften geringer ausfällt (SZ 52/77). Vorzugswürdig aus der Sicht des Geschädigten ist allein die Schaffung einer Ersatzlage. Das **Insolvenzrisiko** des Schädigers ist geringer, was bei Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers vernachlässigbar sein mag. Der Nachweis der **Dynamisierung der Rente** ist mit Unwägbarkeiten und Nachweisproblemen verbunden. Ausschlaggebend ist aber, dass sich eine unterschiedliche **Absicherung der Angehörigen** ergibt. Stirbt der Verletzte eines natürlichen Todes, haben der Ehegatte bzw die Kinder bei Ansammlung von Anwartschaften durch eine freiwillige (Sozial-)Versicherung Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente; bei Auszahlung erst bei Erreichen der Altersgrenze des Verletzten gehen sie bei dessen vorzeitigem Tod leer aus, weil der Schädiger nur die Verletzung, nicht aber den Tod verursacht hat.

Grundsätzlich ist auch der **Unternehmergewinn positiver Schaden**, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erzielt worden wäre (2 Ob 16/01v; 1 Ob 147/02b; 1 Ob 230/05p), bei besonderen Konstellationen kann dieser ausnahmsweise entgangener Gewinn sein (2 Ob 270/98i; RdW 1999, 19: Aufnahme als Gesellschafter der Arbeitgeber-Gesellschaft; 2 Ob 27/99f; ZVR 2000/17: Übernahme des elterlichen Hofes; 2 Ob 82/00y: Ganztagsverdienst; 2 Ob 191/07p: nicht verkaufte Bilder eines Kunstmalers als Altersvorsorge). Ein entgangener Gewinn und damit eine Ersatzfähigkeit auch bei grober Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn selbst bei einem geringeren Beweismaß – nämlich überwiegender Wahrscheinlichkeit – der Nachweis, dass der Gewinn erzielt worden wäre, als erbracht angesehen wird.

Der **Erwerbsschaden eines Unternehmers** ist entweder der entgangene Betriebsertrag oder es sind die Aufwendungen zur Abwendung einer Umsatzeinbuße. Der Nachweis erfolgt häufig durch die geringeren Einnahmen (ZVR 1985/47: Bäcker; OLG Wien ZVR 2000/51: Koch; 6 Ob 565/92: Gastwirt); bei trotz Verletzung gleichgebliebenem Gewinn ist nachzuweisen, dass der Gewinn ohne Verletzung gestiegen wäre (SZ 41/46: Baustoffgroßhändler).

Mitunter ist bei verletzungsbedingtem Ausfall die **Einstellung einer Ersatzkraft** möglich (2 Ob 191/07p: nicht so bei einem Kunstmaler). Bei tatsächlicher Einstellung hat der Schädiger für die Kosten der Ersatzkraft im Rahmen der **Schaffung einer Ersatzlage** aufzukommen (2 Ob 2053/96t: Einstellung eines Kochs durch Hotelier; 7 Ob 33/98y: Landwirt; 2 Ob 135/03x: Tischlermeister). Das gilt selbst dann, wenn die Kosten der Ersatzkraft **erheblich höher** liegen als der **Gewinnentgang** ohne Einstellung einer Ersatzkraft (2 Ob 22/92: Aushilfskraftentschädigung von € 222.000,- bei einem Landwirt in keiner Relation zum tatsächlichen Verdienstentgang von € 35.000,-; gleichwohl Zuspruch; 2 Ob 22, 23/92: jedenfalls kurzfristig keine Verkleinerung möglich; Aufgabe des Betriebs kann nicht verlangt werden). Das ist namentlich dann berechtigt, wenn es sich um einen **vorübergehenden Gewinnentgang** handelt und der Verletzte ein **aner kennens-**

wertes Restitutionsinteresse an der Fortführung seines Unternehmens hat, wie das namentlich in der Landwirtschaft vorkommt.

- 63 Nach der Rspr kann der Verletzte seinen **Gewinnentgang auch anhand der Kosten einer Ersatzkraft** berechnen (2 Ob 56/95), selbst wenn eine solche nicht eingestellt wurde und auch keine Dritten helfend eingesprungen sind. Dem liegt die zu beweisende Annahme zugrunde, dass ein Unternehmer durch seine Arbeitskraft iZw mindestens so viel verdient wie ein angestellter Arbeitnehmer. Dieser Beweis ist unzulässig, wenn das Unternehmen nicht mehr fortgeführt wird (2 Ob 54/94: Einschränkung eines landwirtschaftlichen Betriebs auf die Selbstversorgung; ebenso 7 Ob 33/98y: Landwirt, obiter dictum). Denkbar ist ein zusätzlicher Schaden des Unternehmers, dass dieser durch die verletzungsbedingte Veräußerung seines Unternehmens zur Unzeit eine Einbuße erleidet.
- 64 Der Einstellung einer Ersatzkraft entspricht es, wenn der **Verletzte sich selbst überobligationsgemäß anstrengt**, z B durch Verzicht auf Urlaub, Tätigkeiten außerhalb der normalen Arbeitszeit (ZVR 1984/177: das als Rettungsaufwand zu vergüten); oder **Mitarbeiter** unentgeltlich Überstunden leisten und dadurch einen Umsatzrückgang verhindern (ZVR 1985/47); oder **Nachbarn** unentgeltlich helfen (ZVR 1987/56); oder **Kinder** der verletzten Landwirtin ihre Mit Hilfe intensivieren (ZVR 1989/30). All das soll nicht den Schädiger entlasten (ZVR 1987/56; 2 Ob 54/94), weshalb der Geschädigte die **Bruttokosten einer fiktiven Ersatzkraft** ersetzt verlangen kann.
- 65 Der Verletzte kann wählen zwischen dem **Gewinnentgang** und den **Kosten einer Ersatzkraft** (2 Ob 54/94; 7 Ob 33/98y; OLG Wien ZVR 2000/51), nicht jedoch beides kumulieren. Es kommt aber doch eine **partielle Kombination** in Betracht. Die eingestellte Ersatzkraft muss sich einarbeiten und ist mit den Verhältnissen nicht so vertraut wie der verletzte Unternehmer. Kommt es trotz Einstellung einer Ersatzkraft zu einer Gewinneinbuße, ist diese neben den Ersatzkraftkosten auszugleichen (SZ 41/46: Baustoffgroßhändler; 2 Ob 156/06i: Inhaber einer Gaststätte; OLG Wien ZVR 2000/51: Koch). Durch die Einstellung einer Ersatzkraft wird eine Ersatzlage geschaffen; der **restliche Gewinnentgang** ist das **verbleibende Kompensationsinteresse**. Das Risiko der Untauglichkeit der Ersatzkraft hat der Schädiger zu tragen. Es besteht insoweit eine Parallele zur Kfz-Reparatur (§ 1323 Rz 50). Eine Obliegenheit des Unternehmers zur Einstellung einer Ersatzkraft ist nur mit äußerster Zurückhaltung anzunehmen. Das gilt vor allem bei Tätigkeiten, die von der jeweiligen Unternehmerpersönlichkeit abhängig sind, wie das namentlich bei freiberuflicher Tätigkeit oder auch bei einer Gastwirtschaft der Fall ist.
- 66 Während der OGH einem **Unternehmer eine lebenslange Rente** gewährt (ZVR 1989/30: selbständige Landwirtin) und lediglich einen Gegenbeweis des Schädigers zugelassen hat (ZVR 1962/60), plädiert die L für eine Grenze von 65 Jahren für Männer und 60 bei Frauen und begründet das damit, dass ein Unternehmer das leicht entkräften könne. ME ist auf die wahrscheinlichste Entwicklung der jeweiligen Berufsgruppe abzustellen. Jedenfalls hat ein gestaffelter Altersabschlag zu erfolgen, weil die Kräfte jenseits der 60 bzw 65 erfahrungsgemäß mit steigendem Alter nachlassen.
- 67 Ein verletzter **geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft** kann jedenfalls seine **Einbuße am Gewinnentgang** fordern (4 Ob 2396/96y; 7 Ob 33/98y; 2 Ob 156/06i; bis dahin stRspr). Bei vereinbarter Tätigkeitsvergütung sind die Regeln über die Lohnfortzahlung anzuwenden, sodass die trotz Verletzung gezahlte Vergütung ersatzfähig ist. Bisweilen wird ein über die Gewinneinbuße hinausgehender Ersatz mit der Begründung vorgeschlagen, dass den verletzten Gesellschafter eine gesellschaftsrechtliche Anpassungspflicht treffe, er sich wegen seiner Verletzung mit einer geringeren Gewinnbeteiligung zufriedengeben oder für die Kosten einer Ersatzkraft sorgen müsse. Das Gesellschaftsrecht kennt solche Pflichten in der Tat, allerdings erst nach sehr langer Dauer. In der vereinzelt E GesRZ 1985, 138, hat der OGH die vollen Kosten einer Ersatzkraft bei einer Ehegatten-Gesellschaft unter Berufung auf die objektiv-abstrakte

Schadensberechnung auch dann zugesprochen, wenn der nicht verletzte Ehegatte einen Gewinnentgang der Gesellschaft durch Mehranstrengungen abgewendet hat.

Nunmehr hat der OGH den vollen **Ersatzkraftkostenersatz** ohne Bezugnahme auf die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** gewährt (2 Ob 238/07z). Die E vermittelt den Eindruck, als ginge es nur um die Zuweisung der Aktivlegitimation an den Verletzten bei einer Vielzahl unentgeltlich einspringender Dritter (dazu oben Rz 52). 68

Bei Berechnung der Schadenshöhe ist zu unterscheiden: Bei Gewinnbeteiligung eines geschäftsführenden Gesellschafters trotz seines **verletzungsbedingten Ausfalls** handelt es sich um eine Schadensverlagerung auf die Gesellschaft bzw die Mitgesellschafter, soweit die Gewinnbeteiligung eine Abgeltung seines – vereitelten – Arbeitskrachteinsatzes darstellt. Hingegen stellt der Teil der Gewinnbeteiligung, der **Gegenleistung für die Kapitalbereitstellung** ist, regelmäßig keinen ersatzfähigen Schaden dar, weil insoweit keine verletzungsbedingte Beeinträchtigung vorliegt. Soweit darüber hinaus der Vermögenswert der Gesellschaft beeinträchtigt wird, kann **nur der verletzte Gesellschafter** die Vermögensminderung seines Kapitalanteils geltend machen; die Wertminderung der Kapitalanteile der übrigen Gesellschafter stellt hingegen einen bloß mittelbaren Schaden dar. 69

Bei einer **Kapitalgesellschaft** erhält der Geschäftsführer stets einen **Geschäftsführerbezug**, sodass im Verletzungsfall die Regeln über die **Lohnfortzahlung** heranzuziehen sind. Betreibt ein Einzelunternehmer eine Ein-Mann-GmbH, stellt er weder eine Ersatzkraft ein noch erfolgt die Abwendung einer Gewinneinbuße durch eigene überpflichtgemäße Anstrengungen oder das Einspringen Dritter, ist der Gewinnentgang schwer nachzuweisen; der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Ein-Mann-GmbH kann demgegenüber auf das fortgezahlte Entgelt verweisen. 70

Nach Ansicht des OGH kann der Schädiger nicht einwenden, dass der **Geschäftsführerbezug im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gesellschaft unangemessen** sei, sodass den Gesellschafter-Geschäftsführer eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Herabsetzung treffe (4 Ob 299/98v). Die Lit wendet dagegen zu Recht ein, dass die Gesellschaft derart überhöhte Bezüge auf Dauer nicht leisten hätte können. Jedenfalls ist mE eine **normative Kontrolle** angezeigt, insb wenn Gesellschafter und Geschäftsführer die gleiche Person sind, weil dann ein **In-sich-Geschäft** vorliegt, bei dem stets die Gefahr von Dispositionen zulasten Dritter besteht. Die Anerkennung eines solchen Geschäftsführerbezugs als **steuerlich abzugsfähige Betriebsausgabe** könnte ein **Ansatzpunkt für eine marktkonforme Gestaltung** sein. 71

Bei einer **Personengesellschaft** ist es wegen der unbeschränkten Haftung für die Gläubiger gleichgültig, ob den Schadenersatzanspruch der verletzte Gesellschafter oder bei einer Tätigkeitsvergütung die Gesellschaft erhebt. Bei einer **Kapitalgesellschaft** ist der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, weshalb bei Fortzahlung eines Geschäftsführerbezugs bloß die Gesellschaft für den Ersatzanspruch aktiv legitimiert sein sollte. 72

Bei **Mithilfe von Familienangehörigen ohne ausdrückliche vertragliche Regelung** (ZVR 1975/99 Bauernsohn; SZ 41/58: Altbauer; JBl 1987, 575: in Gastwirtschaft mithelfender Beamter) steht dem Verletzten der Ersatz des Erwerbsschadens auch dann zu, wenn er keine Gegenleistung erhalten hat, weil die **aktivierte Arbeitskraft einen Vermögenswert** hat und es keinen Unterschied macht, ob der Verletzte im gesunden Zustand für seinen Arbeitskrachteinsatz ein Entgelt genommen und das dem Leistungsempfänger geschenkt hätte oder von vorneherein darauf verzichtet hat (ZVR 1982/188). Die Bemessung des Erwerbsschadens sollte davon abhängen, ob der Verletzte eine Tätigkeit in abhängiger oder eigenverantwortlicher Stellung wahrgenommen hat. Entsprechendes gilt für einen Ordensangehörigen (SZ 48/119: Klostergärtner der Pallottiner). 73

Bei einem **Dauerschaden** hat der Verletzte mitunter **zunächst keinen konkreten Verdienstentfall**, weil er sich besonders anstrengt. Dadurch verbraucht er sich – womöglich – rascher mit der Folge, dass sein Arbeitsplatz – im Konkurrenzkampf mit gesunden Arbeitnehmern – stärker gefährdet ist und er diesen später verliert oder eine Einkommensminderung erleidet. Wenn sich 74

das **Risiko realisiert**, kann er **nicht beweisen**, dass Ursache die lange zurückliegende Unfallverletzung ist. In einem solchen Härtefall spricht der OGH eine **abstrakte Rente** zu.

- 75 Bei einem Dauerschaden muss sowohl die Ausgleichsfunktion als auch die Sicherungsfunktion verwirklicht sein (2 Ob 9/00p; 2 Ob 133/02a). Unter **Ausgleichsfunktion** versteht man, dass sich der Verletzte – im Vergleich zu seinem Zustand als Gesunder – für die bisherige Tätigkeit mehr anstrengen muss und die Gefahr besteht, dass er sich rascher erschöpft. Unter **Sicherungsfunktion** versteht man, dass eine Einkommensminderung zu erwarten ist oder doch wahrscheinlich sein muss (2 Ob 9/00p; 2 Ob 133/02a; 2 Ob 194/06b). Für eine Gefährdung des Arbeitsplatzes hat der Arbeitnehmer die Wahrscheinlichkeit des Verlustes nachzuweisen. Die bloße Möglichkeit künftiger Einkommensverluste genügt nicht (ZVR 1984/325). Selbst bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit um 70 % wurde bei einem „geschützten Arbeitsplatz“ keine Gefährdung angenommen (ZVR 1989/133); als nicht gefährdet wurde auch der Arbeitsplatz eines älteren Facharbeiters bewertet, der seine Hände nur eingeschränkt einsetzen konnte und dem eine Gehaltserhöhung im Gegensatz zu seinen Kollegen verweigert wurde (2 Ob 9/93). ME hätte die Versagung der abstrakten Rente in diesem Fall damit begründet werden müssen, dass ein konkreter Verdienstentgang durch die Versagung der Teilhabe an der Lohnanhebung bereits gegeben war.
- 76 Auch ein **Arbeitsloser** kann eine abstrakte Rente begehren, wenn er bei Zutreffen aller anderen Tatbestandselemente bei der Suche nach einer Stelle benachteiligt ist (2 Ob 234/08p: Referenzgröße für die Mehranstrengung ist die des Verletzten gegenüber gesunden Mitbewerbern im neuen Beruf als Bilanzbuchhalter, nicht in Bezug auf den früheren Beruf als Bauarbeiter). Auch der Arbeitsplatz eines **Unternehmers** kann gefährdet sein, kommt es doch bei diesem in besonderer Weise darauf an, dass sein Arbeitskräfteeinsatz zu einem wirtschaftlichen Erfolg führt, sodass die Gefahr von Einkommenseinbußen hier in besonderer Weise gegeben ist (2 Ob 176/09k: Vermögensberater).
- 77 Die abstrakte Rente setzt voraus, dass **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung kein konkreter Schaden** eingetreten ist. Während es bei der abstrakten Rente eines Unternehmers nicht um Einbußen während des Heilungsverlaufs geht (2 Ob 176/09k), erleidet ein Arbeitnehmer in dieser Phase häufig keine Einbuße, weil sein Erwerbsschaden im Wege der Lohnfortzahlung auf den Arbeitgeber verlagert wird.
- 78 Ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eine konkrete Vermögenseinbuße als Erwerbsschaden eingetreten, kann keine abstrakte Rente begehrt werden. Der Geschädigte hat **kein Wahlrecht zwischen abstrakter Rente und konkretem Verdienstentgang** (ZVR 1985/11). Auch die Kumulierung beider Methoden ist ausgeschlossen (ZVR 1990/121). Ist kein konkreter Erwerbsschaden eingetreten, steht dem Verletzten ab dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Verfahren 1. Instanz, nicht schon für den Zeitraum ab der Verletzung (ZVR 1974/223; ÖJZ 1982/2) bis zum Ruhestand (ZVR 1967/216) eine abstrakte Rente zu. Ein **später eintretender konkreter Erwerbsschaden** ist damit **ausgeschlossen** (stRspr, z B SZ 47/20; ZVR 1976/293; ZVR 1990/121). Ausgenommen sind aber mE nicht vorhersehbare Verschlechterungen des Gesundheitszustands, für die auch beim Schmerzensgeld eine Nachklage zulässig wäre (dazu unten Rz 130). Alternativ kann der Verletzte eine Feststellungsklage erheben und bei Realisierung des Risikos den dann eintretenden konkreten Schaden verlangen; ein Feststellungsurteil hindert den Zuspruch einer abstrakten Rente nicht, weil sich ein solches nicht allein auf den Erwerbsschaden bezieht (ZVR 1983/84; 2 Ob 9/00p).
- 79 Nach der **Pieglerschen Formel** steht dem Geschädigten bei der abstrakten Rente Ersatz im Ausmaß der **Hälfte der prozentualen Erwerbsminderung** zu (JBl 1966, 567; RZ 1982, 33). Eine Indexbindung wird versagt (OLG Innsbruck ZVR 1984/48), was von der L kritisiert wird. Da aber die abstrakte Rente eine frei gegriffene Billigkeitsentschädigung ist, die zum konkreten Risiko in keinem rationalen Verhältnis steht, mag die Indexbindung mE zwar plausibel sein, ist aber keinesfalls zwingend.