

# ABGB

## Taschenkommentar

mit EheG, EPG und EKHG

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

 LexisNexis®

## Die LexisNexis-Gruppe weltweit

Australien	LexisNexis, CHATSWOOD, New South Wales
Benelux	LexisNexis Benelux, AMSTERDAM
China	LexisNexis China, PEKING
Deutschland	LexisNexis Deutschland GmbH, MÜNSTER
Frankreich	LexisNexis SA, PARIS
Großbritannien	LexisNexis Butterworths, a Division of Reed Elsevier (UK) Ltd
Hongkong	LexisNexis Hong Kong, HONGKONG
Indien	LexisNexis Butterworths Wadhwa Nagpur, NEU DELHI
Irland	Butterworths (Ireland) Ltd, DUBLIN
Italien	Giuffrè Editore, MAILAND
Japan	LexisNexis Japan, TOKIO
Kanada	LexisNexis Canada, MARKHAM, Ontario
Korea	LexisNexis, SEOUL
Malaysien	Malayan Law Journal Sdn Bhd, KUALA LUMPUR
Neuseeland	LexisNexis NZ ltd, WELLINGTON
Österreich	LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, WIEN
Polen	Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis Ltd., WARSCHAU
Singapur	LexisNexis Singapore, SINGAPUR
Südafrika	LexisNexis Butterworths, DURBAN
Ungarn	HVG-Orac, BUDAPEST
USA	LexisNexis, DAYTON, Ohio

### 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 978-3-7007-4575-4**

---

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien  
<http://www.lexisnexus.at>  
Wien 2010  
Best.-Nr. 31.73.01

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: Ferdinand Berger & Söhne GesmbH, 3580 Horn, Wiener Straße 80

§ 1322. Das gepfändete Vieh muß auch zurückgestellt werden, wenn der Eigentümer eine andere angemessene Sicherheit leistet.

### Arten des Schadenersatzes

§ 1323. Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; sofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugtuung genannt.

§ 1323 dient der begrifflichen Unterscheidung zwischen der vorrangigen Naturalrestitution und dem Ersatz des rechnerischen Schadens sowie zwischen der Schadloshaltung (positiver Schaden) und dem darüber hinausgehenden entgangenen Gewinn, die zusammengenommen als Interesse bezeichnet werden.

Bei Ersatz des positiven Schaden bezweckt die vorrangig angeordnete Zurückversetzung in den vorigen Stand die Beseitigung des realen Schadens (ZVR 1987/94; ÖJZ 1989/103; JBl 1990, 721) durch Wiederherstellung des gleichwertigen Zustandes wie vor dem schädigenden Ereignis (1 Ob 15/02s; 1 Ob 195/03p). Dies bedeutet bei abhandengekommenen und zerstörten Sachen deren Wiederbeschaffung; bei Beschädigung kommen Ersatzbeschaffung oder Reparatur in Betracht. Das wichtigste Anwendungsfeld ist die Beschädigung oder Zerstörung von Kraftfahrzeugen und Gebäuden.

Seit der bahnbrechenden Untersuchung von *Apathy* und deren Umsetzung durch OGH JBl 1985, 41 wird deutlicher zwischen Wiederherstellung des realen Zustandes (Restitution) und Wertersatz im Sinn der Auffüllung der gerissenen Vermögenslücke (Kompensation) unterschieden: Die Aufwendungen zur Schadensbeseitigung sind nach hM nur nach realer Schadensbeseitigung zu ersetzen, nicht bereits mit Eintritt des schädigenden Ereignisses. Die abschließende Festlegung des geschuldeten Ersatzes ist somit nicht bereits in der logischen Sekunde nach dem schädigenden Ereignis möglich, sondern erst, wenn feststeht, ob und auf welche Weise eine Restitution erfolgt ist oder eine solche unterbleibt.

Restitution und Kompensation sind keine schroffen Gegensätze. Kommt es nur zur Annäherung des ohne das schädigende Ereignis bestehenden Zustands, nennt man das die „Schaffung einer Ersatzlage“. Im Rahmen der Restitution kann das Integritätsinteresse des Geschädigten verschieden stark ausgeprägt sein: Bei Beschädigung seines Kfz bevorzugt der Geschädigte typischerweise die Reparatur; bei Beschädigung eines neuen Fahrzeugs kann der Geschädigte bei erheblicher Beschädigung auf der Lieferung eines Neufahrzeugs bestehen und eine noch so fachgerechte und umfassende Reparatur als unzureichend ablehnen (2 Ob 162/06x: schwere Havarie eines Neuwagens). Bei Teilreparatur verbleibt ein technischer Minderwert; selbst nach umfassender und fachgerechter Reparatur ein merkantiler Minderwert, der das restliche Kompensationsinteresse bildet.

Der merkantile Minderwert, von der Rspr bei Kfz-Schäden entwickelt, aber nicht auf diese begrenzt (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 1 Ob 321/99h: minderbewehrte Stahlbetondecke; SZ 60/157: abgelehnt bei einer Buddha-Statue aus dem 19. Jahrhundert, weil es bei antiken Kunstgegenständen unbeschädigte Exemplare nicht gibt) ist positiver Schaden (ZVR 1983/280; ZVR 1987/38; 5 Ob 47/98t), weil der Geschädigte bei Weiterveräußerung gegenüber einem potentiellen Käufer zur Offenlegung verpflichtet und schon deshalb mit einem Preisabschlag rechnen muss.

Der merkantile Minderwert sanktioniert nicht eine bloß gefühlsmäßige Abneigung (so aber ZVR 1977/298), sondern stellt einen von konkreter Veräußerungsabsicht unabhängigen Risikoabschlag wegen der mit jeder Reparatur verbundenen Unwägbarkeiten dar, uzw entgegen einer lit Ansicht gleichgültig, ob die Sache ihrer Art nach typischerweise veräußert wird. Wenig

nachvollziehbar ist schließlich, dass die hM zwar einen merkantilen Minderwert zubilligt, aber keinen Zweithandzuschlag. Sowohl der Umstand, dass eine zusätzliche Person im Typenschein eingetragen ist als auch das Risiko, dass das Gebrauchtfahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe und in der Gewährleistungsfrist nicht nachweisbare, im Zeitpunkt der Übergabe aber schon bestehende Mängel hat, ist mit der Interessenlage beim merkantilen Minderwert durchaus vergleichbar.

- 7 Wegen des Wandels der dogmatischen Fundierung (früher mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung) gebührt der merkantile Minderwert **ausschließlich nach Vollendung der Reparatur**. Seine Höhe ist verkehrt proportional zur **Reparaturqualität**. Je umfassender und fachgerechter die Reparatur, umso geringer der merkantile Minderwert, je notdürftiger die Reparatur, umso höher der merkantile Minderwert (OLG Wien ZVR 1994/10; 7 Ob 2062/96b: verschiedene Formen der Hangsanierung; anders ZVR 1982/194: Reparatur in Afghanistan, merkantiler Minderwert wie bei Reparatur in Österreich).
- 8 Eine Beseitigung des Schadens ist durch den **Schädiger** oder den **Geschädigten** möglich. Im **Regelfall** wird sich der Geschädigte **gegen die Schadensbeseitigung durch den Schädiger** entscheiden. Zu diesem besteht **kein besonderes Vertrauensverhältnis**, hat dieser dem Geschädigten doch einen Schaden zugefügt, etwa seine Sache kaputt gemacht. Für die Wahl der **Schadensbeseitigung durch den Schädiger** können **ausnahmsweise** folgende Umstände sprechen: Dass eine Naturalrestitution ohne Mitwirkung des Schädigers gar nicht möglich ist (SZ 43/124: Geländeversetzung in vorigen Zustand; SZ 49/139: Weiterbelassung der „Dienstwohnung“ bei wirksamer rechtswidriger Entlassung; 9 Ob 138/06v: Korrektur einer treuwidrigen Kapitalerhöhung eines Treuhänders durch Kapitalherabsetzung), oder dass dem Geschädigten Zeit und Mühe der Schadensbehebung abgenommen wird, sei es auch nur die Auswahl und Überwachung der herangezogenen Professionisten (1 Ob 620/94). Während bei Unternehmen dieser Zeitaufwand zumindest ansatzweise für ersatzfähig angesehen wird (prototypisch SZ 40/144: 12%iger Verwaltungskostenzuschlag der ÖBB), versagt die hM zu Unrecht einem Nichtunternehmer jeglichen Ersatz, weil es sich angeblich um einen bloßen Freizeitverlust handle (dazu unten Rz 87).
- 9 Bei **Mitverschulden des Geschädigten** oder **Vorschäden** (1 Ob 15/02s) ist nach der L **Naturalrestitution durch den Schädiger** ausgeschlossen und der Geschädigte auf den Ersatz des Wertinteresses oder der – gekürzten – Aufwendungen zur Schadensbeseitigung beschränkt. Jedenfalls wenn dem Geschädigten die zur Schadensbeseitigung aufgewendete Zeit und Mühe nicht abgegolten werden (Rz 8), muss diesem mE auch die Möglichkeit offenstehen, durch Zahlung seines Schadensanteils dem Schädiger die Mühewaltung der Schadensbeseitigung aufzubürden. Die Regeln zur Bevorschussung bei Schadensbeseitigung durch den Geschädigten (unten Rz 29 f) sind spiegelverkehrt anzuwenden. Das vermeintliche argumentum ad absurdum der L dagegen, dass der Schädiger von zwei Dellen nur eine beseitigen soll, ist damit widerlegt.
- 10 Wählt der Geschädigte die Restitution, wird sein **Integritätsinteresse umfassend berücksichtigt** und der **Ausgleichsgedanke am besten verwirklicht** (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 7 Ob 2062/96b: Setzungsschäden), gleichgültig, ob er eine **Vermögenseinbuße** erleidet, weshalb auch bei **ideellen Schäden** Naturalrestitution verlangt werden kann. Damit entfällt so manches beim Kompensationsinteresse sich ergebende knifflige Bewertungsproblem (1 Ob 15/02s: rechtswidrige Entfernung eines Schutzwaldes; 9 Ob 138/06v: Korrektur einer treuwidrigen Kapitalerhöhung eines Treuhänders durch Kapitalherabsetzung; 10 Ob 11/07a: Rückabwicklung einer Argentinienanleihe nach falscher Anlageberatung).
- 11 § 1323 ist **grundsätzlich auf alle Schadenersatzansprüche anzuwenden**, einschließlich der nachbarrechtlichen Ausgleichsansprüche gem §§ 364 ff (1 Ob 620/94; 1 Ob 15/02s). Für alle gilt das Prinzip, dass **ohne Durchführung einer Reparatur keine – fiktiven – Reparaturkosten** (JbI 1985, 41; ZVR 1987/38; jeweils Kfz-Schäden; 1 Ob 620/94: Hangrutschung; 1 Ob 16/09y: vertraglicher Schadenersatzanspruch) bzw nur solche bis zur Grenze der Wertminderung (6 Ob 88/98d: Schäden des Mieters an der Wand und an den Innenfenstern) zugesprochen werden. Zum Teil wird § 1323 **durch Sonderregelungen überlagert**: Bei vertraglichen **Schadenersatzan-**

**sprüchen** rä ein. Da der er selbst über Professionis ressiert, wei für eine Sch nur für die l Mangelfolge

Das A schädigten, stritten ist, c dieser haftt auf § 49 Ver lediglich da sicherung re und Schädig chende Reg bekannt. In nach einem wertung voi bewirken ka zu tragen u Schadensbe der dem Ge mit der Rep

Die W ersetzen, w esse des Sc Naturalersa

Die H das Wertir stellung de kann stark und den au paraturkost den – unre Geschädigt folgt die Ei buße übers in aller Re Gebäudes geringer al zung zurück

Im R ven Repari 331/98b). abhängig ( ternehmer: sation und Geldersatz nicht eine

**sprüchen** räumt § 933a Abs 2 dem Schuldner vorrangig die Möglichkeit der Mangelbeseitigung ein. Da der Schuldner die Schadensbeseitigung kostengünstiger als der Gläubiger beheben kann, er selbst über entsprechende Ressourcen verfügt oder doch über leichteren Zugang zu versierten Professionisten verfügt, räumt ihm das Gesetz dieses Recht ein. Daran ist der Schuldner idR interessiert, weil seine Belastung dadurch viel geringer ist als bei Überwälzung eines vom Gläubiger für eine Schadensbehebung eingesetzten Dritten und diesem gezahlten Entgelts. Das gilt freilich nur für die Beseitigung des Mangels der vertraglich geschuldeten Leistung selbst, nicht aber für Mangelfolgeschäden.

Das **AHG, OrgHG** und **StEG** kennen lediglich Geldersatz ohne Wahlmöglichkeit des Geschädigten, dass der Ersatzpflichtige sich um die Beseitigung des realen Schadens kümmert. Bestritten ist, ob der Geschädigte die **Naturalrestitution durch den Schädiger** wählen kann, wenn dieser **haftpflichtversichert** ist. Der OGH beschränkt diesfalls den Geschädigten unter Hinweis auf § 49 VersVG auf den Geldersatz (ZVR 1961/313; SZ 45/63). Das ist unzutreffend, weil dieser lediglich das Innenverhältnis zwischen dem Schädiger als Versichertem und seiner Haftpflichtversicherung regelt, was naturgemäß ohne Einfluss auf das Außenverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger bleiben muss. Zudem ist selbst dem KHVG eine dem § 115 Abs 1 dt VVG entsprechende Regelung zur ausschließlichen Geldzahlungsverpflichtung des Haftpflichtversicherers unbekannt. In den letzten Jahren ist eine Gegentendenz mit dem Wunsch der Haftpflichtversicherer nach einem „Schadenmanagement“ zu beobachten, weil der Haftpflichtversicherer etwa die Verwertung von Wracks sowie die Anschaffung und Reparatur von Kraftfahrzeugen häufig effizienter bewirken kann. Dem ist unter Wahrung des Integritätsinteresse des Geschädigten mE Rechnung zu tragen und folglich bei Verwertung des Wracks sowie bei Anschaffung eines Neufahrzeugs die Schadensbehebung dem Haftpflichtversicherer zu überlassen, nicht aber bei einer Reparatur, bei der dem Geschädigten die Möglichkeit erhalten bleiben muss, die Werkstätte seines Vertrauens mit der Reparatur zu betrauen.

Die **Wiederherstellung** ist iS des S 1 dann „**nicht tunlich**“, und folglich der **Schätzwert** zu ersetzen, wenn entweder der Geschädigte die Restitution ablehnt (4 Ob 343/99s) oder das Interesse des Schädigers am Wertersatz unterverhältnismäßig größer ist als das des Geschädigten am Naturalersatz (1 Ob 535/90: vertraglicher Anspruch aus dem Werkvertrag nach alter Rechtslage).

Die **Höhe des zu leistenden Geldbetrags** hängt davon ab, ob es dem Geschädigten bloß um das **Wertinteresse** (die Auffüllung der Vermögenslücke) oder um **Geldersatz zur Wiederherstellung** des realen Zustands geht, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde. Das Ergebnis kann stark differieren (1 Ob 345/98m: Differenz zwischen Wertersatz nach Art 25 Abs 1 CMR und den aufgewendeten Reparaturkosten; 1 Ob 103/08s: Beschädigung der Deckenpaneele, Reparaturkosten € 5.500,-, Wertminderung € 180,-). Diese Unterscheidung wird mitunter durch den – unreflektierten – Stehsatz verdunkelt, dass es den Ersatzpflichtigen nichts angehe, wie der Geschädigte den Ersatzbetrag verwendet (ZVR 1983/36; SZ 63/46; 1 Ob 620/94). Gelegentlich folgt die Einschränkung, dass fiktive Reparaturkosten dann nicht zustehen, wenn sie die Werteinbuße übersteigen (so seit JBl 1985, 41; stRspr: 2 Ob 5/94; 1 Ob 620/94; 7 Ob 2062/96b). Das wird in aller Regel der Fall sein (gegenteilig aber 1 Ob 15/02s: Minderung des Verkehrswertes eines Gebäudes geringer als Sanierungskosten; 2 Ob 158/07k: fiktive Reparaturkosten bei einem Kfz geringer als objektive Wertminderung; beides vermutlich auf Fehler der Sachverständigenschätzung zurückzuführen).

Im Rahmen des **Wertinteresses** kann der geringere Betrag von Wertminderung oder fiktiven Reparaturkosten ohne weiteren Verwendungsnachweis verlangt werden (1 Ob 620/94; 1 Ob 331/98b). Ein **höherer Ersatzanspruch** ist vom **Nachweis widmungsgemäßer Verwendung** abhängig (zur Kritik an der bloßen Absicht unten Rz 36). Auch beim Erwerbsschaden eines Unternehmens stehen Gewinnentgang und Ersatzkraftkosten im Spannungsverhältnis von Kompensation und Restitution. Begehrt der Geschädigte zu Unrecht fiktive Restitutionskosten, ist sein Geldersatzbegehren dennoch bis zur Höhe der Werteinbuße berechtigt, weshalb ein Teilzuspruch, nicht eine gänzliche Abweisung zu erfolgen hat. Um eine unnötige – und sei es auch nur termi-

nologische – Verwirrung zu vermeiden, sollte man auf den **überkommenen Begriff der Dispositionsfreiheit verzichten** und die Bezeichnung „Zuspruch von Reparaturkosten“ nur bei deren tatsächlichem Anfall verwenden.

- 16 Hat der Geschädigte die **Naturalrestitution durch den Schädiger** gewählt, ist er wie bei einer Wahlschuld gemäß § 906 grundsätzlich an das **ausgeübte Wahlrecht gebunden** (4 Ob 343/99s: Begehren auf Naturalherstellung durch den Haftenden, der in der Folge insolvent wird – Beseitigung einer Zaunbeschädigung und Wiederherstellung des Wegniveaus). Bei **Verzug** des Schädigers kann der Geschädigte jedoch gem §§ **917 ff** nach Setzung einer angemessenen Nachfrist anstelle der getroffenen Wahl Geldersatz zur Naturalrestitution verlangen; auch in einem solchen Fall kann er das Restitutionsinteresse begehren, ohne auf den geringeren Wertersatz beschränkt zu sein (gegen eine Mindermeinung in der L).
- 17 Hat der Geschädigte die Schadensbeseitigung durch einen vom Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung **benannten Professionisten** akzeptiert, ist der **Schädiger für zusätzliche Schäden** im Zuge der Schadensbehebung **verantwortlich** (9 Ob 42/08d: nach einem Wasserschaden Folgeschaden an Möbelstücken infolge – übertriebener – Trockenlegung durch die vom Haftpflichtversicherer eingesetzte Sanierungsfirma). Der OGH lässt aber anklingen, dass bei Behebung eines solchen Schadens durch einen vom Geschädigten eingesetzten Handwerker und dadurch hervorgerufenen Folgeschäden der Geschädigte bloß für Auswahl- und Überwachungsver schulden haftet, er sich das Fehlverhalten aber nicht nach § 1313a zurechnen lassen muss. Das ist zutreffend, war es doch der Schädiger, der dafür verantwortlich ist, dass der Geschädigte in eine solche Malaise geraten ist.
- 18 Die von S 1 für die Naturalrestitution (durch den Schädiger oder den Geschädigten) geforderte **Tunlichkeit** setzt ihre **Möglichkeit** voraus: Die Unmöglichkeit erfasst die tatsächliche, die Untunlichkeit die normative Ebene (die Beweislast für die Untunlichkeit trifft den Schädiger: 1 Ob 620/94; 7 Ob 2062/96b; 9 Ob 303/99w). Untunlichkeit wird angenommen, wenn ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch bei Selbsttragung des Schadens auf eine Restitution verzichten würde. Aber auch bei der Beurteilung der **Unmöglichkeit** spielen Wertungsfragen eine Rolle, zB bei der Entscheidung, welcher Zustand – noch – als ein solcher ohne schädigendes Ereignis bzw als akzeptable Ersatzlage anzusehen ist (ZVR 1988/104: Pflanzung von 8–12 m hohen Fichten bei einer Hecke unmöglich – wirklich?; ÖJZ 1989/103: 5 hohe Fichtenhecke, Ersatzpflanzung möglich, aber nur tunlich, wenn nur dadurch Sichtschutz). Aus der Unvertretbarkeit einer Sache oder daraus, dass sie Gegenstand einer Speciesschuld ist, ist keine Unmöglichkeit nach § 1323 S 1 abzuleiten.
- 19 Das Kriterium der **Selbsttragung des Schadens** wird in verschiedenen Nuancen verwendet: Mitunter wird nur darauf verwiesen (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 7 Ob 2062/96b: Setzungsschäden) oder es wird auf den wirtschaftlich denkenden Menschen (1 Ob 103/08s; ÖJZ 1989/103) oder den wertverbundenen, vernünftigen Menschen (ZVR 1979/304) abgestellt. Es erfolgt eine Bezugnahme auf den Verkehrswert, außer bei Sachen mit ausschließlich oder überwiegend immateriellem Wert. § 1332a trifft eine Regelung für ein Tier. Bei anderen Sachen mit überwiegend ideellem Charakter wie etwa einem Sakralbau mit kulturhistorischem Wert ist diese Wertung entsprechend heranzuziehen.
- 20 Der **Maßstab der Selbsttragung des Schadens** ist mit der Gefahr **vorschneller Annahme der Untunlichkeit** verbunden, weil sich der Geschädigte realiter häufig aus Sparsamkeit oder wegen Geldmangels mit **Behelfslösungen** zufrieden geben würde, was § 1323 S 1 gerade nicht verlangt. Prototypisch ist der Verweis der Rspr auf die Selbsttragung des Schadens bei Verletzung eines Haushaltsführers, weil kaum jemand eine bezahlte Ersatzkraft ohne Kostenüberwälzungsmöglichkeit einstellt. Wenn man schon auf das Kriterium der Schadensselbsttragung verweist, muss es unbedingt durch das Kriterium des mit ausreichenden finanziellen Mitteln ausgestatteten homo oeconomicus ergänzt werden. Zusätzlich ist zu fragen, ob er auf die Herstellung des verlangten Zustands unter allen Umständen verzichtet hätte. Untunlichkeit ist jedenfalls dann

gegeben, wo Schädiger n

Nach steigen. Bei oder einer I den des Sc Tunlichkeit 9 Ob 303/9 Untunlichk

Der C zentsätze e prüfung zw 162/06x). I weiß, ob e Schädiger des Ersatz spruch an der betreff

Bei c tioneller Geschädigte Form Restitutio Anschüttu einen erh Maßnahm

Oh Schätzwe Austausch kein Ausstellu einer Ent Austausch dest die Austauschdigendes soweit b 10 Jahre Ertrags-Veräuße

Wo beln (2 Secondl einer er „neu für zu verat bekomr Das Proc – forma aufdrän

gegeben, wenn der Geschädigte eine solche Restitutionsmaßnahme unterlassen hätte und sie vom Schädiger nur deshalb verlangt, weil eine Überwälzung gegeben ist (deep pocket Argument).

Nach einhM dürfen die **Reparaturkosten** den **Wiederbeschaffungswert maßvoll übersteigen**. Bei Kraftfahrzeugen bewegt sich der tolerable Zuschlag auf ca 15 %, bei einem Gebäude oder einer Liegenschaft liegt er darüber (1 Ob 620/94; 4 Ob 343/99s). Zusätzlich ist das **Verschulden des Schädigers** zu beachten (mE fragwürdig): Je gravierender dieses, umso weiter ist die Tunlichkeitsschwelle zugunsten des Geschädigten erhöht (ÖJZ 1989/103: 5 m hohe Fichtenhecke; 9 Ob 303/99w: nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch, bei dem volles Interesse gebührt; keine Untunlichkeit, obwohl Sanierungsaufwand für ein Schloss den Sachwert um 17 % überstieg).

Der OGH **lehnt** für die tolerable Überschreitung der Reparaturkosten nach Rz 21 **fixe Prozentsätze ab** und stellt auf den **Einzelfall** ab. Deshalb erfolgt auch nur ausnahmsweise eine Überprüfung zweitinstanzlicher Entscheidungen durch den OGH (ZVR 1987/38; 9 Ob 303/99w; 2 Ob 162/06x). Das ist eine erhebliche Einschränkung der Rechtssicherheit, weil der Geschädigte nie weiß, ob er bei der von ihm gewünschten Restitutionsmaßnahme mit Kostendeckung durch den Schädiger rechnen darf oder bloß Wertersatz erhält; bei Letzterem erhält er womöglich bloß 50 % des Ersatzes. Deshalb sollte bei einer ex post vom Gericht dekretierten Untunlichkeit der Anspruch an den Geschädigten wenigstens bis zu dem Ausmaß erfolgen, bis zu dem die Tunlichkeit der betreffenden Maßnahme bejaht worden wäre.

Bei der Wiederherstellung des vorigen Standes kann der Geschädigte zwischen **bloß funktioneller** oder zusätzlich **auch optischer Wiederherstellung** wählen. Der OGH räumt dem Geschädigten zu Recht die Möglichkeit ein, durch eine qualitativ oder quantitativ minderwertige Form bzw den Verzicht auf eine Naturalrestitution de luxe die Abrechnung auf Basis der Restitution zu erhalten (1 Ob 620/94: Hangrutschung einer Fremdenpension, Sanierung durch Anschüttung anstelle der Errichtung einer Stützmauer). Per saldo erhält damit der Geschädigte einen erheblich höheren Ersatzbetrag; freilich setzt das die Durchführung der entsprechenden Maßnahme voraus.

**Ohne Naturalrestitution** (weil nicht gewollt oder weder möglich noch tunlich) ist der **Schätzwert** zu vergüten. Diesen ermittelt der OGH in folgender Subsidiaritätsfolge nach dem Austausch-, Ertrags- oder Herstellungswert ab (1 Ob 54/03b; 1 Ob 143/04t; 2 Ob 176/07g): Kann kein Austauschwert ermittelt werden, kommt der Ertragswert zum Zug, fehlt ein solcher, ist der Herstellungswert maßgeblich. Steuereinbußen wegen zur Unzeit realisierter stiller Reserven bei einer Enteignung sind nicht ersatzfähig (1 Ob 218/08b). Gegen das hierarchische Abstellen auf Austausch-, Ertrags- und Herstellungswert bestehen vornehmlich dann Bedenken, wenn zumindest die Herstellung einer Ersatzlage möglich ist. Kritikwürdig ist zudem, dass der OGH beim Austauschwert auf den **Wiederbeschaffungswert** abstellt, während der Geschädigte ohne schädigendes Ereignis nur den geringeren **Veräußerungswert** hätte lukrieren können, sodass er insoweit bereichert ist (besonders eindrücklich 2 Ob 176/07g: über 100 Jahre altes Gebäude, seit 10 Jahren leer stehende Bauruine). Warum auf den stets mit vielen Unwägbarkeiten behafteten Ertrags- bzw Herstellungswert abzustellen sein soll, ist fragwürdig, ist doch bei jeder Sache ein Veräußerungswert ermittelbar.

Wo ein **Gebrauchtwarenmarkt** fehlt wie bei Gebäuden (4 Ob 98/01t: Almhütte) oder Möbeln (2 Ob 285/01b) bzw dem Geschädigten eine gebrauchte Sache nicht zumutbar ist (so etwa Secondhand-Bazar bei Kleidungsstücken), kommt als **Referenzgröße** lediglich der **Neuwert** einer entsprechenden Sache in Betracht (10 Ob 31/00g; 1 Ob 16/06v), wodurch das Problem „neu für alt“ entsteht (10 Ob 31/00g: Neuerrichtung eines Teils des Hauses nach vom Schädiger zu verantwortenden Teilabbruch). Würde der Geschädigte statt der gebrauchten Sache eine neue bekommen, kann es passieren, dass er insoweit – auch vermögensmäßig – besser gestellt ist. Das Problem ist vergleichbar mit dem der **aufgedrängten Bereicherung**. Es besteht freilich der – formale – Unterschied, dass nicht der Schuldner dem Gläubiger einen – ungebetenen – Vorteil aufdrängt, sondern als Ansatzpunkt für die Berechnung des Ausmaßes des Schadenersatzes der

Wert einer neuen Sache zugrunde gelegt wird. Um bei Ersatz einer gebrauchten Sache durch eine neue eine Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, erfolgt ein **Abzug neu für alt**.

- 26 Für die Errechnung der **Abzugshöhe** geht der OGH von den **Neuerichtungskosten** (anders noch SZ 51/37: Spezialfahrzeug) aus und ermittelt den Buchwert, indem er von der geschätzten Gesamtnutzungsdauer unter Berücksichtigung der Arbeitsleistungen (SZ 54/65: Installationsarbeiten bei Hochspannungsleitung) die **bisherige Nutzungsdauer** abzieht (JBI 1987, 325: Restlebensdauer der alten Brücke 48 Jahre, der neuen 80 Jahre, 60 % der angemessenen Neubaukosten; 4 Ob 98/01t: Neuerrichtung einer Almhütte, Restlebensdauer 15 Jahre bei angenommenen 100 Jahren). In einer neueren E (2 Ob 234/05h: Ziegelgewölbekeller; Restnutzungsdauer des neuen 300 Jahre, Restnutzungsdauer der zerstörten Sache 100 Jahre) hat er einen Abzug neu für alt zu Recht versagt, was den Eindruck erweckt, dass bei ausreichend langer Restnutzungsdauer ein Abzug neu für alt unterbleiben könne.
- 27 Dieses **Ergebnis** lässt sich **wirtschaftswissenschaftlich begründen**, wenn man eine **Abzinsung künftiger Nutzungsvorteile** vornimmt. Danach würde ein Nutzungsvorteil umso weniger ins Gewicht fallen, je weiter er in der Zukunft liegt (fragwürdig deshalb JBI 1987, 325: Brücke; 10 Ob 31/00g: bei Neuerrichtung eines Teils eines Hauses Wertsteigerung abzuziehen) und je höher der zugrunde gelegte Zinssatz ist. Darüber hinaus sollte dieser Ansatz nach der hier vertretenen Ansicht nur dann gewählt werden, wenn der Geschädigte eine Restitution vornimmt, nicht aber dann, wenn er bloß Wertersatz verlangt, weil dem Geschädigten an der beschädigten Sache nur insofern gelegen ist, als sie einen Vermögenswert verkörpert und er auch ohne schädigendes Ereignis bloß den typischerweise geringeren Veräußerungswert erzielt hätte.
- 28 Ein **Abzug neu für alt unterbleibt**, wenn der Geschädigte durch eine neue Sache keinen Vermögensvorteil hat (SZ 56/54: Zahnbrücke; 3 Ob 1560/91: Erdkabel der Telekom; 10 Ob 31/00g: teilweise Neuerrichtung eines Teils des 13 Jahre alten Hauses wegen nicht lege artis erfolgter Bohrungen; allenfalls Abzug neu für alt). Freilich wird man prüfen müssen, ob tatsächlich kein Vorteil gegeben ist. Das OLG Wien (ZVR 2010/59) hat angenommen, dass der Austausch einer 20 Jahre alten Ampelanlage durch eine neue, dem heutigen Stand entsprechende, abgesehen von der Ersparnis von Wartungsarbeiten ohne Abzug neu für alt möglich ist. Das ist fragwürdig, weil einerseits die alte im – osteuropäischen – Ausland noch verwertbar gewesen wäre, andererseits zwar eine 20 Jahre alte nicht mehr am Markt vorhanden sein wird, wohl aber eine, die nicht dem allerneuesten Stand der Technik entspricht.
- 29 Bei **Reparatur einer beschädigten Sache mit Neuteilen** kommt ein **Abzug neu für alt grundsätzlich nicht** in Betracht, ausnahmsweise aber doch, wenn es zu einer Wertsteigerung der Gesamtsache kommt (SZ 55/104; 2 Ob 285/01b jeweils Kfz-Schaden, hier verneint; 2 Ob 285/01b: bei Einbau unselbständiger Teile in eine unbewegliche Sache, hier eingebautes Wohnzimmer, Wohnzimmerdecke, Heizkörperverbauung). Das gilt entsprechend bei späterem schadensunabhängigen Austausch von Verschleißteilen (SZ 55/104: Anschaffung neuer Reifen demnächst) bzw Instandsetzungsinvestitionen (SZ 55/28: Fundierungsarbeiten durch Ramppfähle; 1 Ob 15/02s: Verlust der Stütze durch Beseitigung von Schutt und Lehm) oder bei Aufwendungen für Inspektionen (ZVR 1987/101: Kontrollmaßnahmen bei einem Flugzeug). Wie beim Vorziehen eines Hausverputzes (SZ 56/126: hier um 10 Jahre) liegt der Schaden nicht im Aufwand, sondern lediglich im früheren Anfall. In der Literatur ist umstritten, ob der Geschädigte ein Darlehen aufnehmen muss und dafür die Zinsen verlangen kann oder der Schädiger ein zinsloses Darlehen zu leisten hat. Letzteres ist die angemessenere Lösung.
- 30 Diese Ansätze entsprechen lupenrein dem Ausgleichsprinzip. Es bleibt freilich zu bedenken, dass ein **Sachschaden relativ rasch**, jedenfalls durch einen **Kapitalbetrag** reguliert werden sollte. Die dargestellten Literaturmeinungen führen jedoch dazu, dass eine wenig praktikable jahrzehntelange Dauerrechtsbeziehung zwischen Geschädigtem und Schädiger entsteht. Auch in diesem Zusammenhang ist der Gedanke hilfreich, dass bei Ermittlung eines Barwertes Lasten oder Nutzen umso geringer zu veranschlagen sind, je weiter sie in der Zukunft liegen, weil schon die Abzinsung dafür sorgen wird, dass nur marginal geringe Werte in der Gegenwart verbleiben.

Bec  
ist diese  
der Liegt  
seine Ver  
Sachvers  
dem ges

Vol  
sondern:  
(stRspr, :  
ierung is

Für  
**Streitve**  
ändert al  
gen Setz  
anderer l  
führung  
kosten (:  
ein unpr

Da  
bildet ei  
Der Ges  
geholte  
rung, in  
repariere  
ungsfri  
1979/30  
Haftpflic

De  
(SZ 54/  
für eine

Se  
stritten,  
aber die  
**vollstän**  
paraturk  
vieler 2  
feststeh  
Schader  
303/99v  
Heilung  
Beweisl  
5/94; ä

Zu  
**nem K:**  
gebührt  
ohne W  
gebühre  
nicht in

D  
die Sch

Bedeutet die Zerstörung des Gebäudes zugleich eine Wertsteigerung der Liegenschaft, 31  
 ist diese im Wege der **Vorteilsausgleichung** zu berücksichtigen (2 Ob 176/07g: höherer Wert  
 der Liegenschaft im Ausmaß der Abbruchkosten nach Brand; Regress des Feuerversicherers, der  
 seine Versicherungsleistung nach dem Buchwert des Gebäudes zu erbringen hatte). Der von der  
 Sachversicherung nach dem Versicherungsvertrag zu ersetzende Schaden ist nicht – immer – mit  
 dem gesetzlich geschuldeten bürgerlichrechtlichen Schaden deckungsgleich.

**Vorteilsausgleichung** wie Abzug neu für alt sind **nicht amtswegig** zu berücksichtigen, 32  
 sondern nur auf Vorbringen des Ersatzpflichtigen, den auch die Behauptungs- und Beweislast trifft  
 (stRspr, zB 9 Ob 415/97p; 2 Ob 234/05h; 3 Ob 77/09h). Die bloße Einwendung ohne Substanzi-  
 erung ist zu wenig (2 Ob 159/98s).

Für die Ermittlung des **Ersatzumfanges** ist nach § 193 ZPO der **Schluss der mündlichen** 33  
**Streitverhandlung** maßgeblich (2 Ob 82/97s: Heilungskosten; 4 Ob 2088/96: Reparatur). Daran  
 ändert auch die objektiv-abstrakte Schadensberechnung nichts (JBI 1990, 718: Schädigung we-  
 gen Setzungsarbeiten; später herausgekommen, dass schon ursprünglich höherer Schaden wegen  
 anderer Einwirkungen vorhanden war). Einige ältere Entscheidungen, denen zufolge nach Durch-  
 führung der Reparatur der tatsächliche Aufwand zu ersetzen ist, davor aber die fiktiven Reparatur-  
 kosten (SZ 51/7; ZVR 1982/194; OLG Wien ZVR 1993/9), sind abzulehnen, weil ein Anreiz für  
 ein unproduktives Zuwarten geschaffen wird und zudem eine Überkompensation gegeben ist.

Das grundlose Zögern des Geschädigten, die Werkstatt **mit der Reparatur** zu betrauen, 34  
 bildet einen **Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit gem § 1304** (ZVR 1984/281).  
 Der Geschädigte darf für seine weiteren Dispositionen aber das von einem Sachverständigen ein-  
 geholte Gutachten abwarten (ZVR 1977/229). Er benötigt ein solches häufig zur Beweissiche-  
 rung, in aller Regel aber als Entscheidungshilfe, ob und auf welche Art er das Unfallfahrzeug  
 reparieren oder ein Ersatzfahrzeug anschaffen soll. Dafür wird ihm eine angemessene Überle-  
 gungsfrist eingeräumt (ZVR 1975/165: 10 Tage; ZVR 1977/229; ZVR 1984/281: 1 Woche; ZVR  
 1979/305: 14 Tage). Grundsätzlich ist ein Zuwarten des Geschädigten bis zur Genehmigung des  
 Haftpflichtversicherers nicht gerechtfertigt (zu Ausnahmen: ZVR 1977/229).

Der Schadenersatzanspruch wird erst mit **Zugang eines ziffernmäßigen Begehrens** fällig 35  
 (SZ 54/119), weil der Ersatzpflichtige erst dann weiß, was und wie viel er schuldet; das gilt auch  
 für einen Vorschuss (ZVR 1977/304).

Seit der grundlegenden Untersuchung von *Apathy* (ihr folgend OGH JBI 1985, 41) ist unbe- 36  
 stritten, dass **ohne Durchführung einer Reparatur bloß die geringere Wertminderung**, nicht  
 aber die höheren Reparaturkosten gebühren. So einig man sich darüber im Grundsatz ist, so un-  
 vollständig wird dieser **im Detail umgesetzt**. Die stRspr gibt sich für den Zuspruch fiktiver Re-  
 paraturkosten in kritikwürdiger Weise mit der Reparaturabsicht des Geschädigten zufrieden (statt  
 vieler 2 Ob 5/94; 2 Ob 116/08k) und versagt den Reparaturkostenzuspruch lediglich dann, wenn  
 feststeht, dass die Reparatur unterbleibt (3 Ob 225/98d; 1 Ob 103/08s; 1 Ob 16/09y: vertraglicher  
 Schadenersatzanspruch) oder der Geschädigte selbst sie offenlässt (2 Ob 5/94 Kfz-Schaden; 9 Ob  
 303/99w: Schloss; 2 Ob 82/97s: dann nicht einmal Zuspruch eines Vorschusses im Rahmen der  
 Heilungskosten). Dies steht überdies im Widerspruch zur Judikatur, dass den Geschädigten die  
 Beweislast für die über die objektive Wertminderung hinausgehenden Reparaturkosten trifft (2 Ob  
 5/94; ähnlich 2 Ob 11/96: fiktive Kosten mit objektiver Wertminderung begrenzt).

Zutreffend ist zwar, dass der Geschädigte für die Bewirkung der Restitution **nicht mit eige-** 37  
**nem Kapital in Vorlage** treten muss, sondern vom Schädiger einen Vorschuss verlangen kann; es  
 gebührt dem Geschädigten in dieser Phase eben aber **lediglich ein Vorschuss**, nicht ein Zuspruch  
 ohne Wenn und Aber. Abgesehen davon, dass der Beweis der Absicht schwer zu würdigen ist,  
 gebühren die Restitutionskosten dann nicht, wenn der Geschädigte seinen Entschluss in der Folge  
 nicht in die Tat umsetzt.

Dass der Geschädigte den realen Schaden vorweg beseitigt, ist keine allg Voraussetzung für 38  
 die Schadenersatzpflicht (2 Ob 5/94; 1 Ob 620/94; 9 Ob 303/99w). Für den **Vorschussanspruch**

genügt die **Absicht der Schadensbeseitigung** (1 Ob 620/94; 4 Ob 2088/96d; in 1 Ob 103/08s hat der OGH aus dem Umstand, dass der Geschädigte die Durchführung der Reparatur erst nach Verurteilung des Ersatzpflichtigen beabsichtigte, den Schluss gezogen, dass der Geschädigte bei Selbsttragung die Maßnahme unterlassen hätte und daraus – zu Unrecht – die Untunlichkeit abgeleitet). Bei Naturalherstellung durch den Geschädigten hat dieser bei entsprechendem Begehren gegen den Schädiger einen Vorschussanspruch (2 Ob 5/94: Kfz-Schaden; 2 Ob 82/97s: Heilungskosten). Das gilt auch für einen Mietvertrag, wenn der Vermieter für die Wiederherstellung von Teilen der Wohnung Geldersatz zu leisten hat (6 Ob 88/98d: Wandmalerei, Tapeten; dass die Wand im Eigentum des Vermieters steht, ist ohne Bedeutung; bezüglich ernster Schäden ist das Außerstreitverfahren zu beschreiten).

39 Die Vorschusshöhe bemisst sich nach den Restitutionskosten zum Zeitpunkt der voraussichtlichen Vornahme. Der **Vorschuss ist zweckgebunden** und somit bei **Zweckverfehlung rückforderbar** (2 Ob 82/97s; OLG Linz ZVR 1999/99). Bei Erkennbarkeit höherer Kosten ist er aufzustoßen. Bei Feststehen des Unterbleibens der Restitutionsmaßnahme ist er zurückzuzahlen. Der Geschädigte hat eine Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht, der Ersatzpflichtige ein entsprechendes Überwachungsrecht (2 Ob 82/97s). Für die Durchführung der vorschussbezogenen Maßnahme hat der Geschädigte eine **angemessene Frist**. Gerechtfertigte Verzögerungsgründe auf Geschädigtenseite sind bei einer Kfz-Reparatur weniger vorstellbar als bei einem Heileingriff. Bei einer Wohnung mag eine erforderliche Sanierungsmaßnahme nicht zu jeder Jahreszeit genehm sein. Wird innerhalb angemessener Frist keine widmungsgemäße Verwendung nachgewiesen, kann der Ersatzpflichtige den Vorschuss (mE samt Zinsen) nach Fristsetzung gem § 918 zurückverlangen.

40 Aus der fehlenden Eigenfinanzierungsobliegenheit des Geschädigten folgt die **Ersatzfähigkeit von Finanzierungskosten** (Kreditzinsen, entgangene Veranlagungszinsen: stRspr, zB 1 Ob 315/97y [verst Senat]; 3 Ob 225/98d; 7 Ob 24/99a). Kreditzinsen für einen aufgenommenen Kredit kann der Geschädigte unabhängig von seinen Vermögensverhältnissen verlangen (2 Ob 5/94), weshalb er diese auch nicht offenlegen muss. Solche Aufwendungen gehören zum ursprünglichen Schaden und sind nicht erst unter den Voraussetzungen des Verzugsschadens ersatzfähig. Selbst bei Unklarheit der eigenen Ersatzpflicht riskiert der Ersatzpflichtige somit bei Verweigerung eines begehrten Vorschusses ein Anwachsen des Schadens (Folgeschäden oder hohe Finanzierungskosten auf Seite des Geschädigten).

41 Die Ersatzfähigkeit von **Finanzierungskosten** gilt **ausschließlich für Restitutionsmaßnahmen** (Reparatur einer Sache, Anmietung einer Ersatzsache, Heilungskosten sowie die Heranziehung von Ersatzkräften). Sofern sich die jeweiligen Gläubiger des Geschädigten, die Restitutionsmaßnahmen durchführen, auch mit einer Kostenübernahmeerklärung eines solventen Kfz-Haftpflichtversicherers begnügen, kann auch das eine taugliche Maßnahme sein. Höhere als die gesetzlichen Verzugszinsen gebühren auch **ohne vorausgehende Aufforderung zur Vorschussgewährung** (1 Ob 315/97y; 7 Ob 24/99a; anders noch ZVR 1976/263; ZVR 1991/33). Selbst wenn man in der unterlassenen Aufforderung einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit sehen sollte, ist zu bedenken, dass es allein um den Teil der Finanzierungskosten geht, der beim Geschädigten in höherem Ausmaß als beim Schädiger angefallen wäre. Auch Letzterer verwahrt sein Geld nicht im Sparstrumpf, sondern kann typischerweise durch die spätere Zahlung die Inanspruchnahme seines Kontokorrentkredits vermeiden. Hat der Ersatzpflichtige auch nach Klageeinbringung keine Leistung erbracht, gilt die Vermutung, dass er auch keinen Vorschuss geleistet hätte (1 Ob 315/97y; 3 Ob 225/98d; 7 Ob 24/99a).

42 Sofern **das ohne Bonusverlust** möglich ist, hat der Geschädigte eine **Kaskoversicherung** heranzuziehen (ZVR 1981/216; OLG Wien ZVR 1994/66). Nach der Rspr gilt das stets, wenn dadurch **Kreditkosten vermieden** werden können (ZVR 1978/45; ZVR 1981/216). Das gilt mE dann nicht, wenn dem Geschädigten ex ante ohne Weiteres erkennbar ist, dass der Rückstufungsschaden sehr viel höher ist als die Finanzierungskosten. Ungewiss ist freilich, wann der Ersatz-

pflicht:  
batts aI  
schen  
derung  
des Sc  
war, da  
eine it  
rechne  
jeweils  
nommF  
zwisch  
techni  
möglich  
doch u  
nicht aI  
turkos  
abzügen  
lich R  
Frage  
talsch  
nicht  
Beurte  
er zu  
dieser  
vor de] der de  
rung b  
Ange  
den O] Wiede  
um de  
den. I  
Behal  
den Rräumt  
obwo  
Die A  
gative  
ein sezuder.  
Gebre  
wohl  
schaf  
wisse

Huber

pflichtige zahlen wird. Zu bedenken ist außerdem, dass sich der Verlust des Schadensfreiheitsrabatts auf die Folgejahre auswirkt.

Der OGH hat in einer älteren Entscheidung (JBl 1987, 723) bei **Beteiligung von ausländischen Fahrzeugen die Inanspruchnahme der Kaskoversicherung** auch ohne Zahlungsaufforderung an den gegnerischen Haftpflichtversicherer gebilligt und den daraus resultierenden Verlust des Schadensfreiheitsrabatts als ersatzfähigen Vermögensschaden zuerkannt. Die Begründung war, dass bei Kfz-Schäden, bei denen eine ausländische Kfz-Haftpflichtversicherung (in concreto eine italienische) einstandspflichtig ist, stets mit Scherereien und zeitlichen Verzögerungen zu rechnen sei. Zu bedenken ist, dass seit Umsetzung der KH-Richtlinien der Geschädigte nunmehr jeweils einen inländischen Ansprechpartner hat, sodass fraglich ist, ob die in JBl 1987, 723 eingenommene Position heute noch gültig ist. 43

Bei der **Regulierung von Kfz-Sachschäden**, dem Hauptanwendungsgebiet des § 1323, ist zwischen **technischem und wirtschaftlichem Totalschaden** zu unterscheiden. Der eher seltene technische Totalschaden (Kfz ist plattgedrückt) liegt vor, wenn eine Reparatur technisch nicht möglich ist. Beim wirtschaftlichen Totalschaden ist eine Reparatur zwar technisch möglich, jedoch unwirtschaftlich (näher Rz 45 ff). Dies führt dazu, dass der Geschädigte deren Durchführung nicht auf Kosten des Schädigers verlangen kann. 44

Für die Beurteilung, ob ein **wirtschaftlichen Totalschaden** gegeben ist, sind die Reparaturkosten zuzüglich des merkantilen Minderwerts einerseits und der Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwertes andererseits gegenüber zu stellen. Der OGH hingegen vergleicht lediglich **Reparaturkosten und Wiederbeschaffungswert** (ZVR 1987/38; ZVR 1987/94). Wenn eine Frage im Grenzbereich zwischen zulässiger Reparaturkostenabrechnung und Verweis auf die Totalschadensabrechnung zu beurteilen ist, macht der Geschädigte den **merkantilen Minderwert** nicht geltend mit der Folge, dass ihn auch der OGH nicht in seine Abwägung einbezieht. Für die Beurteilung der Tunlichkeitsschwelle ist das im Ausgangspunkt mE unzutreffend; vielmehr wäre er zu schätzen und in die Vergleichsrechnung aufzunehmen. Beim Wiederbeschaffungswert ist dieser die zutreffende Vergleichsgröße und nicht der Veräußerungswert; der Geschädigte steht ja vor der Alternative zu kaufen, nicht aber zu verkaufen. 45

Der OGH klammert den **Restwert** aus (ZVR 1978/115; 1 Ob 620/94; 2 Ob 162/06x), ebenso der deutsche BGH, der dies mit der umstrittenen Restwertermittlung und dem Zeitdruck der Klärung begründet, ob der Geschädigte eine Reparatur auf Kosten des Schädigers durchführen könne. Angesichts der jüngsten Problemhäufung (unten Rz 62 f) könnte die BGH-Begründung auch für den OGH eine rationale Begründung darstellen. 46

Bei der Feststellung, dass die Reparaturkosten – samt dem merkantilen Minderwert – den Wiederbeschaffungswert maßvoll übersteigen dürfen, ist **nicht nur der Prozentsatz bedeutsam**, um den das zulässig ist. Bedeutsam ist auch, **welche Größen einander gegenübergestellt** werden. Durch die Ausklammerung des Restwertes wird das Integritätsinteresse des Geschädigten am Behalten seines Fahrzeugs in sehr viel höherem Maße für beachtlich angesehen, als wenn man den Restwert einbeziehen würde. 47

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, weshalb dem Geschädigten die Möglichkeit eingeräumt wird, das **beschädigte Fahrzeug – auf Kosten des Schädigers – reparieren zu lassen**, obwohl dieser **bei Anschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs viel geringer belastet** würde. Die Antwort lautet: Die auf dem Gebrauchtwagenmarkt befindlichen Fahrzeuge stellen eine negative Auslese dar. Autos werden heute typischerweise verkauft, weil sie Macken haben. Selbst ein seriöser Gebrauchtwagenhändler kann bei einer Überprüfung nicht alle Defizite entdecken; zudem sind nicht alle Gebrauchtwagenhändler seriös. Die Gefahr, dass der Geschädigte auf dem Gebrauchtwagenmarkt ein Fahrzeug mit Macken erwirbt, ist daher nicht zu vernachlässigen. Obwohl sein Fahrzeug einen Unfallschaden hat, zieht er die Reparatur des eigenen Fahrzeugs der Anschaffung eines Gebrauchtfahrzeugs, dessen Macken er nicht kennt, vor. Das ist – bis zu einer gewissen Schwelle – durchaus rational. Das mag auch mehr als die vom OGH gebilligten 10–15 % 48

ausmachen. Aber ein rational handelnder Geschädigter würde eben sämtliche Komponenten, auch den Restwert und den merkantilen Minderwert, in sein Kalkül einbeziehen.

- 49 Der OGH lehnt **starre Grenzen** für den zulässigen Überhang der Reparaturkosten gegenüber dem Wiederbeschaffungswert ab (ZVR 1977/167; SZ 51/37: Tankwagenanhänger, Ausgangspunkt Neufahrzeug, Abzug neu für alt; 2 Ob 162/06x: 9,4 % wären noch tolerabel). Jedenfalls bei Kfz-Schäden wäre aus Gründen der Rechtssicherheit – für den Geschädigten als auch den Ersatzpflichtigen – ein **bestimmter Mindestprozentsatz wünschenswert**.
- 50 Vom OGH bisher nicht entschieden ist das Problem des **Prognoserisikos**. Soll der Schädiger auch dann zur Tragung der vollen Reparaturkosten verpflichtet sein, wenn ein Sachverständiger diese unterhalb der Tunlichkeitsschwelle schätzt, nach der Reparatur sich aber das Übersteigen dieser Schwelle herausstellt. Nach Ansicht der L hat der **Schädiger ein solches Prognoserisiko zu tragen**. Dem ist zuzustimmen, wenn – wie in Österreich üblich – der Kfz-Haftpflichtversicherer den Sachverständigen benannt hatte. Bei Betrauung des Sachverständigen durch den Geschädigten soll mE der Schädiger das Prognoserisiko aber nur bis zur äußersten Tunlichkeitsschwelle (115 % des Wiederbeschaffungswertes) tragen. In einem solchen Fall besteht die Gefahr eines arglistigen Zusammenwirkens zwischen Geschädigtem und Sachverständigen zulasten des Haftpflichtversicherers, ohne dass dieser nachweisen kann, dass die höheren Kosten dem Sachverständigen ex ante erkennbar waren. Risiko des Geschädigten wäre es dann, dem von ihm herangezogenen Experten nachzuweisen, dass die Kosten jenseits der Tunlichkeitsschwelle erkennbar waren, was den Geschädigten bei Kenntnis von einer Durchführung der Reparatur abgehalten hätte.
- 51 Lässt der Geschädigte eine **Reparatur** durchführen, auch wenn die Sachverständigenschätzung die **Tunlichkeitsschwelle überschreitet**, so kann er entgegen älteren E (ZVR 1971/100, 1975/163: Verweis auf die Totalschadensabrechnung) gleichwohl die tatsächlich angefallenen Reparaturkosten geltend machen, wenn er damit innerhalb der Tunlichkeitsschwelle bleibt (ZVR 1987/38) oder dies durch Zuschuss eigener Mittel erreicht. Mindestvoraussetzung ist, dass das Fahrzeug nach den Kriterien des § 57a KFG verkehrssicher ist.
- 52 Als **Obergrenze der Reparaturkosten** wird der **Neuwagenpreis** angenommen (ZVR 1975/79; 2 Ob 162/06x: Abrechnung auf Neuwagenbasis bei schwerer Havarie, Obergrenze Neuwagenpreis; gegenteilig ZVR 1978/115: Reparaturkosten über den Neuwagenpreis hinaus). Sachgerechter wäre eine Begrenzung mit der **Differenz zwischen Neuwagenpreis und Wrackwert**, jedenfalls dann, wenn das für den Geschädigten erkennbar ist. Während es in sonstigen Fällen sachgerecht ist, dass sich der Geschädigte für die Reparatur und gegen die Anschaffung eines Gebrauchtwagens entscheiden kann, weil einem solchen eben versteckte Mängel anhaften können, ist diese Gefahr bei Anschaffung eines Neufahrzeugs vernachlässigbar gering, ganz abgesehen davon, dass in einem solchen Fall neben der Gewährleistung gegen den Verkäufer ein Garantieanspruch gegen den Hersteller besteht.
- 53 Der bei der Reparaturkostenabrechnung zusätzliche Anspruch des Geschädigten auf den **merkantilen Minderwert** ist bei **ganz geringfügigen Schäden** zu vernachlässigen (ZVR 1977/298; ZVR 1983/280). Zu Berechnung des merkantilen Minderwertes gibt es kaum OGH-Rspr; in der außergerichtlichen Praxis hat sich folgende Grenzwertkombination eingespielt, die schon bei Überschreitung eines Kriteriums eine Zuerkennung merkantilen Minderwerts ausschließt: Alter maximal 4½ Jahre, Erstbesitz, 60.000–70.000 gefahrene Kilometer, kein Vorschaden.
- 54 Das OLG Innsbruck (ZVR 2008/242) hat dem gegenüber **merkantilen Minderwert trotz Überschreitung mehrerer Ausschlusskriterien** zugebilligt (Unfallfahrzeug 5½ Jahre alt, 2 Voreigentümer, 70.000 gefahrene km, Vorschaden; dazu ZVR 1990/49: auch erheblicher Vorschaden schließt merkantilen Minderwert nicht aus). In Deutschland werden die Ausschlusskriterien wesentlich großzügiger gehandhabt: 12 – 15 Jahre, Fahrleistung 150.000 km. Es ist wenig plausibel, dass das Käuferverhalten in Bezug auf die Skepsis von Reparaturen bei Unfallfahrzeugen und dem daraus resultierenden Preisabschlag bei einem Ankauf in Deutschland und Österreich völlig unterschiedlich sind. Der heute zu beobachtenden längeren Haltbarkeit von Fahrzeugen ist in der

Weise R  
billigen :

Da  
Werkstät  
**Überste**  
turkosten

Be  
Ersatz d  
gewerbli  
nahme, (,  
zusätzlich  
das Sch:  
langt, sc  
Anfall e  
durchge:

De  
verneint  
das eige  
**genkapi**  
auf das  
Differen  
selbe Tä  
mit eine

De  
**reparier**  
des Nat  
dazu nic  
fachgere  
qualitati

De  
Anspruc  
der Abtr  
Voraus:

De  
**genübe**  
abriss. F  
nicht zu  
keine U  
die USt  
spruchs

Be  
(auch Z  
**Wieder**  
**Inspekt**  
ringerer  
Vermög  
hätte kö

Di  
**ungeklä**

Huber

Weise Rechnung zu tragen, dass auch bei älteren Fahrzeugen ein merkantiler Minderwert zuzubilligen ist.

Da der Geschädigte berechtigt ist, das Unfallfahrzeug auf Kosten des Schädigers in der Werkstatt seines Vertrauens reparieren zu lassen (ZVR 1974/217), kann er auch den **Ersatz der Überstellungskosten** verlangen, wenn diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Reparaturkosten stehen (ZVR 1982/160). 55

Bei der **Reparatur in der eigenen Werkstatt** schwanken OGH und L zwischen dem Ersatz des tatsächlichen Aufwands und eines zusätzlichen Gewinnes; Letzterer soll bloß einem gewerblichen Unternehmer gebühren (SZ 51/7; 2 Ob 128/89), uzw unter der lebensfremden Annahme, dass dieser stets voll ausgelastet sei (ZVR 1976/230; SZ 51/7). Zur Begründung werden zusätzlich Bereicherungsrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag bemüht (SZ 63/46), obwohl das Schadenersatzrecht ausreicht, sofern man nicht den Nachweis zusätzlicher Ausgaben verlangt, sondern auf den messbaren Wertverzehr abstellt. Auch die USt ist nur bei tatsächlichem Anfall ersatzfähig (SZ 63/46). Wozu man sich bei den Betriebsreservekosten (unten Rz 75 ff) durchgerungen hat, muss für die Eigenreparatur entsprechend gelten. 56

Der Streit über die **Ersatzfähigkeit eines Gewinnes** (SZ 40/144: bejaht bei ÖBB; SZ 51/7: verneint bei der Bundesstraßenverwaltung; ZVR 1984/235: bejaht bei Mietwagenunternehmen, das eigenes Fahrzeug einsetzt) wird durch Anerkennung der Ersatzfähigkeit einer **üblichen Eigenkapitalverzinsung** sowie des **Unternehmerlohns** weitgehend entschärft. Die Bezugnahme auf das Bereicherungsrecht und die GoA führt zu der im dortigen Kontext wenig sachgerechten Differenzierung, dass im Rahmen des Berufes erbrachte Arbeitsleistungen ersatzfähig sind, dieselbe Tätigkeit aber außerhalb eines konkreten Berufes als nicht ersatzfähig angesehen oder nur mit einem Bagatellbetrag abzugeltende ideelle Einbuße qualifiziert wird. 57

Den Geschädigten trifft grundsätzlich **keine Obliegenheit, die beschädigte Sache selbst zu reparieren** (anders JBl 1988, 319: nur dann, wenn sich der Schädiger seiner Pflicht zur Leistung des Naturalersatzes entzieht oder wegen der Kompliziertheit des Schadensbehebungsvorgangs dazu nicht in der Lage ist). Die bei ihm angefallenen Kosten stehen ihm bis zur Obergrenze einer fachgerechten Professionistenreparatur zu. Ein Abschlag ist vorzunehmen, wenn die Reparatur qualitativ und/oder quantitativ hinter den Vorgaben des Sachverständigen zurückbleibt. 58

Der **Anspruch auf Zahlung der Reparaturkosten** kann wie jeder andere schuldrechtliche Anspruch in dem Umfang **abgetreten** werden, in dem er besteht. Der debitor cessus darf nach der Abtretung nicht stärker belastet werden. Darüber hinaus müssen die schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein. 59

Der OGH bejahte in der E SZ 51/163 die **Reparaturkostenforderung des Zessionars gegenüber dem Schädiger** ungeachtet des Umstands, dass der Zessionar das Gebäude in der Folge abriß. Kann der Zedent keine fiktiven Reparaturkosten verlangen, stehen sie auch dem Zessionar nicht zu. Wenn der Zedent Verbraucher und der Zessionar Unternehmer ist, kann der Zessionar keine USt verlangen, weil diese bei ihm nicht anfällt. Im umgekehrten Fall kann der Zessionar die USt nicht verlangen, weil es durch die Abtretung zu keiner Ausweitung des Schadenersatzanspruchs kommen darf. 60

Bei Totalschadensabrechnung ist die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert (auch Zeitwert genannt: ZVR 1976/15) und dem Restwert zu ersetzen (ZVR 1984/344). Der **Wiederbeschaffungswert** ist der Kaufpreis bei einem **seriösen Gebrauchtwagenhändler nach Inspektion und mit Werkstattgarantie**. Bei Entfall einer Restitution sollte man freilich den geringeren Veräußerungswert zugrunde legen, weil der Geschädigte den im Fahrzeug verkörperten Vermögenswert auch ohne das schädigende Ereignis nur zum Veräußerungswert zu Geld machen hätte können. 61

**Die richtige Ermittlung des Restwerts des Wracks** ist für das österreichische Recht **ungeklärt**. Das Autohaus oder die Werkstatt des Geschädigten sind daran interessiert, dass das 62

Wrack zu einem möglichst geringen Preis an sie verhökert wird. Der Haftpflichtversicherer ist an einem möglichst hohen Wert interessiert, weil seine Ersatzpflicht umso geringer ist, je höher der Erlös für das Wrack ist. Für den Geschädigten ist die Höhe des Wrackwertes so lange ohne Bedeutung, als sein gesamter Schaden ersetzt wird. Sobald er wegen eines Mitverschuldens einen Teil des Schadens selbst zu tragen hat, ist auch der Geschädigte an einem möglichst hohen Restwert interessiert, weil dann der von ihm selbst zu tragende Schaden umso kleiner ist, je höher der Restwert ist. Die Problematik hat sich in den letzten 20 Jahren namentlich wegen der Öffnung der Ostmärkte, der Verbilligung des Transports solcher Wracks aufgrund verbesserter Logistik und trotz steigender Spritpreise, vor allem aber wegen des Einsatzes von internetbasierten Wrackbörsen grundlegend verändert.

- 63 Fraglich ist, ob die **Wrackwertermittlung** nach dem **höchsten Gebot einer Internetwrackbörse** oder nach dem **Durchschnittswert am lokalen Markt** (OLG Innsbruck 2008/126; LGZ Wien ZVR 2008/243) erfolgen soll. Es geht um Spannen bis zu 300 %. Da es bloß um das Wertinteresse geht, ist mE der mithilfe der Internetbörse ermittelte Wert maßgeblich, vorausgesetzt, der Geschädigte wird vor seiner Disposition ausreichend aufgeklärt und ihm werden alle zusätzlichen Mühen und Risiken bei Veräußerung an den Bestbieter aus der Wrackbörse gegenüber der Inzahlunggabe an den örtlichen Händler abgenommen.
- 64 Zu betonen ist, dass die Entscheidung des Geschädigten für oder gegen die **Reparatur des Fahrzeugs nicht von der Höhe des Wracks** abhängt, weil die Bezugsgröße lediglich der Wiederbeschaffungswert, nicht aber die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert ist. Der OGH hat es auch in der jüngsten E (2 Ob 249/08v: Kfz-Totalschaden eines Franzosen) lediglich ausgesprochen, dass es darauf ankomme, ob für die Kaskoversicherung erkennbar war, dass bei Veräußerung des Wracks in Österreich oder Frankreich ein signifikant unterschiedlicher Erlös erzielt werden könne. Ob der Geschädigte bzw der Kaskoversicherer vor der Verwertung des Wracks mit dem Haftpflichtversicherer Kontakt aufnehmen muss, um dieser Gelegenheit zu geben, mitzubieten, wofür namentlich bei einem bei einem Kaskoversicherer gute Gründe bestehen, hat er sich nicht geäußert.
- 65 Bei Beschädigung eines neuen Fahrzeugs bevorzugt der Geschädigte die Anschaffung eines Neufahrzeugs gegenüber der Reparatur. Das Besondere der **Neuwagenabrechnung** besteht darin, dass der Geschädigte berechtigt ist, auf Kosten des Schädigers ein Neufahrzeug zu beschaffen, obwohl seines wegen des Kaufes und damit der Zweithandeigenschaft schon eine beträchtliche Werteinbuße erlitten hat. Es handelt sich bei der Neuwagenabrechnung nicht um eine Ausprägung der Totalschadensabrechnung, sondern ein **besonders qualifiziertes Integritätsinteresse** (2 Ob 162/06x: Abrechnung auf Neuwagenbasis bei schwerer Havarie) mit der Folge, dass nur dann auf dieser Basis abgerechnet werden kann, wenn der Geschädigte ein Neufahrzeug auch anschafft. Der OGH präzisiert in dieser E, dass eine Abrechnung nur bei einem Fahrzeug bis zu einem Alter von ca 1 Monat und 1000 gefahrenen km in Betracht kommt sowie bei einer schweren Havarie. Eine solche Abrechnung ist nach dem OGH auf Fahrzeuge bis zu einem Alter von ca 1 Monat und 1000 gefahrenen km mit schwerer Havarie beschränkt (2 Ob 162/06x); eine solche ist insb anzunehmen, wenn für die Sicherheit maßgebliche Teile betroffen sind. Bei Feststellung des Neuwertes ist nicht auf den Listenpreis, sondern den vom Geschädigten zumutbarerweise erzielbaren Preis abzustellen.
- 66 Bei Beschädigung eines **Leasingfahrzeuges** beurteilt sich Aktivlegitimation für den Ersatzanspruch nach den vertraglichen Beziehungen der Leasingparteien. Beim Totalschaden kann der **Leasinggeber** den Wiederbeschaffungswert – abzüglich des Restwertes – ungeachtet des Umstands verlangen, dass der Leasingnehmer die Raten in vollem Umfang weiter zu entrichten hat (2 Ob 2419/96s: unter Hinweis auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung). Ist der **Leasingnehmer** nach dem Leasingvertrag zur Reparatur verpflichtet, liegt eine Schadensverlagerung vor mit der Folge, dass ihm die Reparaturkosten bei Einstandspflicht eines Schädigers zu ersetzen sind (2 Ob 33/95).

Nac  
tendmac  
des verm  
Leasingn  
lichkeit d  
gen zu kö  
sprechen.

Bei  
stanzsche  
machen.  
von Miet  
dem der I  
Schadens  
ten für di  
geringere  
keit einer  
schadens  
namentlic

Die  
on. Der  
gemesse  
maßgebli  
An diese  
Zeitraum  
eine unvo  
gen des  
des provi  
Regelfall  
ZVR 198

Ent  
ist, bzw  
kosten d  
Zumutba  
Insbeson  
Geschädi  
bestimmt  
nung; 2  
dadurch

Um  
tigte Inte  
mit dem  
hohen M  
sonderen  
schädigte  
Mittelkla  
nur Taxil  
und dem  
giger: ZV  
1995/8: T  
limousin

Nach LGZ Wien ZVR 1995/116 hat der **Leasingnehmer** keine Aktivlegitimation zur **Geldentmachtung des merkantilen Minderwerts** versagt, weil das die Einbuße bei Veräußerung des vermeintlich reparierten Fahrzeugs sei und dazu nur der Eigentümer berechtigt sei. Muss der Leasingnehmer ungeachtet der infolge der Drittschädigung mit Risiken behafteten Nutzungsmöglichkeit die vollen Leasingraten bezahlen, ohne im Verhältnis zum Leasinggeber Abhilfe verlangen zu können, wirkt sich diese Vermögenseinbuße bei ihm aus, sodass die besseren Gründe dafür sprechen, die Aktivlegitimation dem Leasingnehmer zuzuweisen. 67

Bei Beschädigung oder Zerstörung eines Fahrzeuges kann der Geschädigte neben dem Substanzschaden (Reparatur oder Ersatzbeschaffung) auch den **Nutzungsausfallschaden** geltend machen. Auch dabei ist zwischen Restitution und Kompensation zu unterscheiden. Der Ersatz von **Mietwagenkosten** folgt aus dem **Prinzip der Naturalrestitution** (ZVR 1975/219), genauer dem der **Herstellung einer Ersatzlage** (ZVR 1977/78; ZVR 1977/297). In der Praxis spielt dieser Schadensposten eine durchaus untergeordnete Bedeutung, weil sich die allermeisten Geschädigten für die Tarifvariante A im Rahmen des Spalttarifs entschieden haben. Für das Äquivalent einer geringeren Prämie erfolgt ein Verzicht auf den Nutzungsausfallsschaden (zur bejahten Zulässigkeit einer solchen Gestaltung SZ 48/22). Praktisch bedeutsam ist die Frage des Nutzungsausfallsschadens somit bei solchen Geschädigten, die sich für die Tarifvariante B entschieden haben, namentlich bei Transportunternehmen sowie bei Ausländerschäden. 68

Die **Mietwagenkosten** gebühren vom Unfallszeitpunkt bis zum Abschluss der Restitution. Der Geschädigte darf ein **Gutachten** einholen. Nach dessen Vorliegen steht ihm eine **angemessene Überlegungsfrist** zu, welche Disposition er trifft (ZVR 1977/297; ZVR 1980/153: maßgeblich Zeitpunkt, zu dem Reparatur bei rechtzeitiger Veranlassung beendet worden wäre). An diese schließt sich jedenfalls eine **angemessene Reparaturdauer** (ZVR 1984/281) bzw der **Zeitraum für die Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs** (ZVR 1978/77) an. Mietwagenkosten für eine unvorhergesehene lange Reparaturdauer sind nur bei zumutbaren Beschleunigungsbemühungen des Geschädigten ersatzfähig. Bei sehr langer Reparaturdauer kann eine Zwischennutzung des provisorisch instandgesetzten Fahrzeuges zumutbar sein (ZVR 1980/153; ZVR 1983/275). Im Regelfall muss der Geschädigte kein Interimfahrzeug anschaffen (einschränkend OLG Innsbruck ZVR 1989/161: ex ante erkennbare sehr lange Reparaturdauer). 69

Entscheidet sich der Geschädigte für eine andere Restitutionsform als die, die ihm zumutbar ist, bzw für eine solche jenseits der Tunlichkeitsschwelle, gilt für die **Dauer der Mietwagenkosten die zumutbare Restitutionsart** (ZVR 1977/297; OLG Innsbruck ZVR 1989/161: trotz Zumutbarkeit der Reparatur Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs; maßgeblich Reparaturdauer). Insbesondere wenn Teile betroffen sind, die für die Sicherheit bedeutsam sind, wird man den Geschädigten wegen seines Sicherheitsrisikos nicht aufgrund bloßer Zahlenrelationen auf eine bestimmte Schadensbeseitigungsart festlegen können (so auch 2 Ob 162/06x: Neuwagenabrechnung; 2 Ob 158/07k: Anschaffung eines Gebrauchtwagens anstelle einer Reparatur, auch wenn dadurch höhere Belastung des Schädigers). 70

Um einer **Ausuferung der Mietwagenkosten** zu begegnen, verlangt der OGH das **berechtigte Interesse** eines vernünftig denkenden Menschen (ZVR 1980/153): Vermieden werden sollen mit dem Mietfahrzeug besonders hohe km-Leistungen (ZVR 1979/304) bzw unverhältnismäßig hohen Mietkosten (ZVR 1983/275). Die Anmietung eines Luxusersatzfahrzeuges soll nur bei besonderem Repräsentationsbedarf (ZVR 1975/98; aA OLG Wien ZVR 1993/163: in Österreich beschädigter Mercedes eines Deutschen) zulässig sein, sonst grundsätzlich nur die Anmietung eines Mittelklassenmietwagens (ZVR 1971/156). Bei verhältnismäßig seltener Autobenutzung gebühren nur Taxikosten (ZVR 1974/68). Auch darf kein Missverhältnis zwischen den Mietwagenkosten und dem dadurch vermiedenen geringeren Verdienstentgang bestehen (ZVR 1979/304; großzügiger: ZVR 1977/78: nur bei vielfachem Kostenaufwand Verweis auf ein Taxi; OLG Wien ZVR 1995/8: Taxiunternehmen, Mietwagen für beschädigtes Auto). Bei Verfügbarkeit mehrerer Luxuslimousinen ist die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs unstatthaft (ZVR 1991/92). 71

- 72 In der L ist diese **engherzige Haltung des OGH zu Recht kritisiert** worden. Im Schadenersatzrecht geht es nämlich nicht um die Abwendung einer besonderen Notlage, sondern um Ausgleich und Wiederherstellung des vorherigen realen Zustands. Beim ansonsten eintretenden Verdienstentgang ist mitunter eine langfristige Perspektive bedeutsam, etwa der Verlust von Stammkunden. Wer auf ein eigenes Zweitfahrzeug zurückgreift, geht nach hM – zu Unrecht – leer aus. Würde man in einem solchen Fall wie bei den Betriebsreservekosten eine angemessene Abgeltung zubilligen, würde man den Anreiz zur Anmietung eines Fahrzeugs am Markt deutlich reduzieren.
- 73 Die von der Praxis regelmäßig abgezogene **Eigenersparnis des Geschädigten** von 10 bis 15 % (ZVR 1985/131) ist viel zu hoch. Was sich der Geschädigte bei seinem – reparierten oder als Ersatz beschafften – Fahrzeug erspart, das ist lediglich die verschleißabhängige Abnutzung. Die altersabhängige schreitet nämlich in gleicher Weise voran. Dass sie durch Anmietung eines weniger komfortablen Mietfahrzeugs nicht vermindert wird (stRspr, zB ZVR 1974/67; ZVR 1983/189; ZVR 1985/131), ist dogmatisch zutreffend, aber unbillig. Angemessen wäre eine Verrechnung, worauf jeder redliche Ersatzpflichtige ex ante eingehen würde.
- 74 Dem **Leasingnehmer** stehen nicht nur die frustrierte Kfz-Steuer und Versicherungskosten (OLG Wien ZVR 1993/38) zu, sondern auch ein **Ersatz von Mietwagenkosten** (2 Ob 17/92; 2 Ob 533/92). Entsprechendes muss für den Mieter gelten.
- 75 Vornehmlich bei **Verkehrs- und Transportunternehmen** stellt sich das Problem der Ersatzfähigkeit von **Betriebsreservekosten**. Um einen regelmäßigen Fahrplan bzw die pünktliche Belieferung der Kunden sicherzustellen, muss ein solches Unternehmen Reservefahrzeuge halten. Wird ein im Einsatz befindliches beschädigt, wird auf das Reservefahrzeug zurückgegriffen. Es geht dann um die Frage, ob und in welchem Umfang die Kosten des Reservefahrzeugparks ersatzfähig sind. Die Rspr bemüht Hilfskonstruktionen wie die **Geschäftsführung ohne Auftrag gem §§ 1036 f** (stRspr, zB SZ 60/65; 2 Ob 10/95; 2 Ob 54/95; 2 Ob 272/01s) oder die Analogie zu §§ 1097 oder 1042.
- 76 Von der Rspr zu Recht abgelehnt wurden **Korrekturvorschläge** der L, wonach Betriebsreservekosten nur gebühren, wenn ein zusätzliches Fahrzeug wegen fremd verschuldeter Unfälle angeschafft werden musste (2 Ob 10/95) oder der Gewinn oder auch nur Erlös des Geschädigten bei Einsatz des Reservefahrzeugs geringer war als die Betriebsreservekosten (SZ 60/65: darauf kommt es nicht an).
- 77 Bei den Betriebsreservekosten geht es nicht darum, zur Bewältigung der Probleme von Verkehrs- und Transportunternehmen aus Billigkeitsgründen (ZVR 1988/125; SZ 60/65) eine zusätzliche dogmatische Figur zu entwickeln. Vielmehr handelt es sich um den Anwendungsfall einer durchaus häufigen Fallgruppe, nämlich der, dass der **Geschädigte nämlich zur Schadensbeseitigung auf ein ansonsten brachliegendes Nutzungspotential zurückgreift und dieses für Zwecke der Schadensbeseitigung einsetzt**; der dabei betriebswirtschaftlich ausreichend präzise messbare Wertverzehr stellt den ersatzfähigen Vermögensschaden dar.
- 78 Ersatzfähig sind folglich **sämtliche fixen Kosten** der Fahrzeuge (für Abschreibung, Unterbringung und Wartung, Finanzierungskosten und Versicherungsprämien: SZ 60/65); dass sich diese nicht auf bestimmte Reservefahrzeuge beziehen, weil ein Rotationsverfahren besteht, spielt keine Rolle (zutreffend SZ 60/65; ZVR 1988/125; 2 Ob 10/95). Bei Verkehrs- und Transportunternehmen bleibt als Besonderheit die Berücksichtigung des **Unterauslastungszuschlags**, weil die für alle möglichen Eventualfälle gebildete Betriebsreserve naturgemäß nicht ständig im Einsatz steht; es werden Tagessätze gebildet, bei denen ein bestimmter Leerstand berücksichtigt wird (zum Berechnungsmodus: SZ 60/65; ZVR 1988/125; 2 Ob 10/95).
- 79 Der OGH sieht die **Obergrenze ersatzfähiger Betriebsreservekosten** in den Kosten eines **Mietfahrzeugs** (2 Ob 272/01s). Im Regelfall wird das keine Rolle spielen, weil Fahrzeuge von Transport- und Verkehrsbetrieben häufig so spezialisiert sind, dass keine zeitnahe Substitution

auf dem M  
bahnschien  
tung diener  
macht kein

Mit (c  
2006/96f: C  
kenbaumes  
entschädigt

All d  
müssen au  
der über ei  
bei Anmie  
vorzuwerf  
gen.

Nich  
teilen“ ab  
solche Unl  
der Eigent  
Mietzins v  
fehlen soll

Bei I  
ne Tuniel  
ist mE de  
als zu Ha  
Bindung.

Gen  
steuerabz  
Taxiunter  
Tischkühl  
USt zuste  
steht dies  
tungsansp  
Geschädi  
Durchfüh  
bekomme  
Kosten de  
gentlich“  
dung im  
ten). Der  
(ÖJZ 197  
zu, weil (c  
USt zufli  
durch, st  
unterlieg  
Eigenrep  
entgeger  
63/46).

We  
Erhalt da  
den.

Schwimm

auf dem Markt in Betracht kommen wird. Zu Recht hat der OGH ausgesprochen, dass Eisenbahnschienen, die ohnehin dauernd für den Verkehr zur Verfügung stehen, nicht der Reservehaltung dienen (ZVR 1988/126). Ob das beschädigte oder das eingeschobene Fahrzeug darüber rollt, macht keinen Unterschied.

Mit den Betriebsreservekosten verwandt sind die **Betriebserschwerungskosten** (2 Ob 80 2006/96f; ÖBB). Im konkreten Sachverhalt ging es darum, dass nach Beschädigung eines Schrankenbaumes die Züge langsamer fahren mussten, was Personalmehraufwand erforderte und sich entschädigungspflichtige Nachteile bei den Kunden wegen der Verspätung der Züge ergaben.

All diese Aspekte (Rz 75 ff), bisher auf Transport- und Verkehrsunternehmen beschränkt, 81 müssen **auch bei geschädigten Verbrauchern** gelten. Es ist widersprüchlich, einem Verbraucher, der über ein Zweitfahrzeug verfügt oder auf das eines Familienangehörigen zurückgreifen könnte, bei Anmietung eines Ersatzfahrzeugs einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorzuwerfen, ihm aber die Inanspruchnahme des Zweitfahrzeugs entschädigungslos abzuverlangen.

Nicht überzeugen kann die stRspr des OGH, die den **Ersatz von „bloßen Gebrauchsnachteilen“** ablehnt, weil es sich dabei um einen ideellen Schaden handle und ein Schmerzensgeld für solche Unbill nicht vorgesehen sei (zB SZ 42/33, 48/22, 59/65; zuletzt 1 Ob 331/98b). Vermietet der Eigentümer eine Sache, kann er bei Beschädigung den wegen § 1096 Abs 1 S 2 entgehenden Mietzins verlangen. Warum es bei „Vermietung an sich selbst“ an jeglicher Vermögenseinbuße fehlen soll, ist nicht einzusehen.

Bei **Liegenschafts- und Gebäudeschäden** nimmt die Rspr zu Recht eine **hinausgeschobene Tunlichkeitsschwelle** an (stRspr, zB 7 Ob 103/98t; 9 Ob 303/99w; 1 Ob 15/02s). Maßgeblich ist mE der Umstand, dass selbst die Schaffung einer Ersatzlage idR schwierig ist. Noch mehr als zu Haustieren hat der Geschädigte zu seinem Wohnsitz eine – schützenswerte – emotionale Bindung. 83

Gem Art 12 Z 3 EGUSStG soll der Schadenersatzprozess nicht durch die **Frage der Vorsteuerabzugsberechtigung des Geschädigten** verzögert werden (SZ 53/154: Fahrzeug eines Taxiunternehmers; 7 Ob 147/00v: Wasserschadensversicherung; 7 Ob 301/01t: Lieferung eines Tischkühlers aus Deutschland) und deshalb auf alle Fälle dem Geschädigten **Ersatz für die volle USt** zustehen; stellt sich nachträglich die Vorsteuerabzugsberechtigung des Geschädigten heraus, steht diesem als Ersatzpflichtigem ein Rückforderungsanspruch zu (RdW 1985, 273: Rückerstattungsanspruch ist ein zivilrechtlicher Bereicherungsanspruch), ohne Rücksicht darauf ob dem Geschädigten die Vorsteuer tatsächlich erstattet worden war; es genügt, dass er sie bei gebotener Durchführung der Restitution und entsprechender Geltendmachung gegenüber dem Finanzamt bekommen hätte können (SZ 53/154; SZ 63/46; 7 Ob 301/01t). Der Geschädigte wird mit den Kosten des Zweitprozesses belastet, wenn er die USt nicht freiwillig zurückzahlt, weil er sie „eigentlich“ nicht verlangen hätte dürfen (SZ 50/8; SZ 63/46: Zulassung der compensando-Einwendung im gleichen Prozess nach Zahlung der USt an den vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten). Der Geschädigte ist zur Auskunft über seine Berechtigung zum Vorsteuerabzug verpflichtet (ÖJZ 1976/22; RZ 1976, 15). Ist der Geschädigte der Bund, steht ihm die USt in vollem Umfang zu, weil er nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist. Dass dem Bund als Fiskus die Einnahmen aus der USt zufließen, ist ohne Bedeutung (2 Ob 152/01v). Führt der Schädiger die Naturalrestitution durch, stellt sich dieses Problem nicht, weil zwischen Geschädigtem und Schädiger kein der USt unterliegender Leistungsaustausch erfolgt (SZ 54/174; SZ 63/46). Wenn der Geschädigte eine Eigenreparatur durchführt, macht der OGH jedenfalls nach durchgeführter Reparatur – offenbar entgegen Art 12 Z 3 S 1 EGUSStG – den Ersatz der USt vom Nachweis ihres Anfalls abhängig (SZ 63/46). 84

Wegen der zahlreichen ungelösten Folgeprobleme (zB bei Insolvenz des Geschädigten nach Erhalt der Umsatzsteuer) sollte **Art 12 Z 3 EGUSStG so restriktiv wie möglich** ausgelegt werden. 85

- 86 Den ÖBB sprach der OGH den Ersatz eines 12%-igen Verwaltungskostenzuschlags für die **Schadensbearbeitungskosten** zu (SZ 40/144: Zeitaufwand für Sachverhaltsermittlung, Anspruchsverfolgung sowie die Auswahl und Überwachung der Schadensbeseitigung bzw im Zusammenhang damit stehende Umdispositionen) zu, während solche Kosten Privaten oder Vertretern mit schlechtem Leumund wie Unfallhelfern (ZVR 1989/86) versagt werden. Der Grund könnte darin liegen, dass Großunternehmen darauf verweisen, dass bei ihnen wegen der Komplexität der Betriebsstruktur nur eine Pauschalierung infrage komme, was die Gerichte akzeptieren, ohne eine Darlegung der einzelnen Aufwendungen zu verlangen. Bei natürlichen Personen wird demgegenüber ein substanziiertes Begehren verlangt. Sollte das zutreffen, wäre das nicht überzeugend.
- 87 In der L wird die Haltung des OGH zum Ersatz der **Schadensbearbeitungskosten** (Bejahung des Ersatzes des Mehraufwandes für Zeit und Geld im Zusammenhang mit der Schadensbehebung) als zu weitgehend kritisiert. Bei **Privatpersonen** wird das in den Bereich des nicht ersatzfähigen immateriellen Schadens verwiesen und damit eine – bloß homöopathische – Abgeltung des Freizeitopfers befürwortet. Viele Geschädigte scheuen sich offenbar, solche Schadensposten zu erheben, was das **Fehlen jüngerer OGH-Judikatur** erklärt. ME sprechen gute Gründe für eine generelle Ersatzfähigkeit, also eine solche zugunsten von Unternehmern und Privaten. Der Verweis auf einen ansonsten entstehenden Verdienstentgang in der unternehmerischen Sphäre ist bei Anlegung des üblichen Beweismaßes eine Schimäre. Was die Privatperson betrifft, so ist keinesfalls jegliche Tätigkeit, die diese außerhalb der unmittelbaren beruflichen Erwerbstätigkeit ausübt, bloße Freizeitgestaltung. Einmal mehr kann der Zuspruch unter Bezugnahme auf die Aktivierung eines beim Geschädigten ansonsten brach liegenden Nutzungspotentials als tauglicher Begründungsansatz herangezogen werden.
- 88 Zur **Beweisbarkeit des Tatsachensubstrats** so manchen Ersatzanspruchs muss der Geschädigte den Schädiger **überwachen** (lassen). Außerdem gibt es Dauerschuldverhältnisse (Ehe, Arbeitsvertrag, Gesellschaft), bei denen ein Vertragspartner nach Vorliegen von Verdachtsmomenten ein legitimes Interesse daran hat, ob das **Verhalten des anderen Vertragspartners treuwidrig** ist. Insoweit handelt es sich bei den **Überwachungskosten** um Schadenersatzansprüche und nicht um vorprozessuale Kosten (6 Ob 315/00t; 4 Ob 166/02v): Daher gebührt Ersatz der Detektivkosten für die Überwachung eines treuwidrigen Arbeitnehmers (ÖJZ 1981/121; SZ 52/138 Arbeitgeber und Ehemann) sowie eines treuwidrigen Ehepartners. Der Ehestörer haftet solidarisch mit dem treuwidrigen Ehegatten (6 Ob 315/00t; 7 Ob 44/99d; 4 Ob 166/02v), allerdings nur dann, wenn ihm der Ehebruch erkennbar ist. Bei Verschleierungsgefahr ist besonders intensive Überwachung angemessen (ÖJZ 1978/26), ebenso bei Leugnen des Betroffenen (7 Ob 382/98x; 7 Ob 195/02f). Von vornherein unzweckmäßige Kosten sind nicht ersatzfähig (ÖJZ 1978/26: Beobachtung einer ehebrecherischen Lehrerin während der Unterrichtszeit).
- 89 Bei **Ehewidrigkeiten** besteht ein Ersatzanspruch unabhängig von der Absicht der Einleitung eines Scheidungsverfahrens (7 Ob 74/99d; 6 Ob 315/00t; 7 Ob 195/02f) und unabhängig davon, ob das Verhalten des Dritten für die Zerrüttung kausal ist (6 Ob 315/00t). Ein Überwachungskostenersatz ist wegen § 1295 Abs 2 zu versagen, wenn die Ehegatten wechselseitig ihre Gleichgültigkeit am Privatleben des anderen zu erkennen gegeben haben (SZ 58/164; 6 Ob 315/00t; 7 Ob 195/02f); aus dem Verlassen der Ehewohnung allein ist allerdings noch nicht fehlender Ehefortsetzungswille abzuleiten (7 Ob 382/98x). Die Rechtsgüterabwägung kann zu einer umfänglichen Beschränkung führen (SZ 58/164: € 18.500). Wenn auch Dienstgeberinteressen zu berücksichtigen sind, ist das zusätzlich zu veranschlagen (SZ 52/138).
- 90 Bei der **Verfolgung von Warenhausdieben** sind zwar nicht allgemeine Kontrollmaßnahmen, durchaus aber Tätigkeiten für die Verfolgung bestimmter Täter von der Verdachtenstehung bis zur Überführung zu ersetzen (SZ 40/144), unabhängig davon, ob ein Detektivunternehmen beauftragt wurde oder eigene Arbeitnehmer eingesetzt wurden. Eine Fangprämie, die in angemessenem Verhältnis zum Warenwert steht, ist mE ersatzfähig.

§ 132  
verursacht  
nur die eig  
Gesetze de  
zu leisten i

§ 132  
Vorwerfbar  
– ist bloß  
Schadener  
des entgan  
Schaden b  
Bedeutung  
soll und w  
Begründur

Einzi  
schien. In  
**Kunstgrif**  
die Abstuf  
in der Lit  
beseitigen

Früh  
sowohl die  
Lediglich  
tution an.  
gewandelt  
einer Erse  
**objektiv-**  
**tion und I**  
Restitutio  
Verschuld

Dazi  
Bei Verlei  
sei denn,  
führt wer  
verkauft,  
Rechtspos  
Fuhrwerk  
Unterneh  
chen Wer

Die  
maß des  
Vorliegen  
einer Vie  
§§ 6, 61  
schäften

Ein  
angenom  
stände ein  
über eine  
bestehen.  
(2 Ob 62

§ 1324. In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurteilen, welche Art des Ersatzes zu leisten ist.

§ 1324 ordnet eine Abstufung des Ersatzes beim Vermögensschaden nach dem Grad der Vorwerfbarkeit an. Bei leichter Fahrlässigkeit und – auch im Rahmen der Gefährdungshaftung – ist bloß der positive Schaden ersatzfähig. Bei grober Fahrlässigkeit (und Vorsatz, der aber im Schadenersatzrecht eine untergeordnete Rolle spielt) ist das gesamte Interesse unter Einschluss des entgangenen Gewinns ersatzfähig. Früher meinte man, dass bei leichter Fahrlässigkeit der Schaden bloß objektiv-abstrakt berechnet werden könne. Diese Methode verliert immer mehr an Bedeutung, ganz abgesehen davon, dass niemals feststand, wovon man im Einzelnen abstrahieren soll und was objektive Schadensberechnung eigentlich bedeutet. Häufig war es eine Krücke für Begründungsdefizite eines vermeintlichen Billigkeitsjudizes.

Einzuräumen ist, dass dem historischen Gesetzgeber eine solche Abstufung sachgerecht erschien. In der Praxis stößt sie auf beträchtliche Schwierigkeiten. Der OGH unternimmt zahlreiche Kunstgriffe, um den Begriff des positiven Schadens auszuweiten (dazu unten Rz 4), wodurch die Abstufung des Ersatzes nach dem Verschuldensgrad an Bedeutung verliert. Manche Stimmen in der Lit ermuntern den OGH sogar, die Unterscheidung durch eine kühne Rechtsfortbildung zu beseitigen.

Früher war bedeutsam, ob das Verhalten des Schädigers grob fahrlässig war, weil davon sowohl die subjektiv-konkrete Berechnung als auch der Ersatz des entgangenen Gewinns abhing. Lediglich die Beseitigung des Schadens durch den Schädiger sah man als Fall der Naturalrestitution an. Unter dem Einfluss der bahnbrechenden Monografie von Apathy hat sich diese Sicht gewandelt: Auch die Herstellung der Restitution durch den Geschädigten bzw die Herstellung einer Ersatzlage wird als Restitution angesehen. Bedeutsamer als die Abgrenzung zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung ist die zwischen Restitution und Kompensation, also dem Ersatz des Wertinteresses. Da Aufwendungen im Rahmen der Restitution stets in vollem Umfang ersatzfähig sind, ist die Differenzierung nach dem Grad des Verschuldens im Rahmen des Wertersatzes nicht mehr so wichtig.

Dazu kommt, dass der OGH sich bemüht hat, den positiven Schaden extensiv auszulegen. Bei Verletzung eines Unternehmers ist auch der entgangene Gewinn idR positiver Schaden, es sei denn, der Nachweis kann nicht mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit geführt werden (2 Ob 191/07p: unfallbedingt vereitelte Bilder eines Kunstmalers, die dieser nicht verkauft, sondern als Altersvorsorge behalten hätte). Wenn es sich jedoch um eine gesicherte Rechtsposition handelt, ist ein positiver Schaden gegeben (ZVR 1980/15: Erwerbsschaden eines Fuhrwerksunternehmers bei Beschädigung seines LKWs; 1 Ob 147/02b: Verdienstentgang des Unternehmers durch Entzug der Sache durch die Polizei; 1 Ob 15/92: Erträge aus festverzinslichen Wertpapieren).

Die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ist aber nicht nur für das Ausmaß des Vermögensschadens im ABGB bedeutsam. § 1319a knüpft die Einstandspflicht an das Vorliegen grober Fahrlässigkeit; ein grob fahrlässiges Verhalten ist darüber hinaus bedeutsam in einer Vielzahl von Nebengesetzen, etwa in den §§ 213a, 332 Abs 5, 334, 335 ASVG, § 2 DHG, §§ 6, 61 VersVG, § 22 UVG und § 175 Abs 3 ForstG. Gem § 349 UGB ist bei Unternehmergeschäften stets auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.

Ein Synonym für leichte Fahrlässigkeit ist ein milderer Grad des Versehens. Das wird angenommen, wenn trotz Vorwerfbarkeit des Verhaltens bloß eine Verkettung unglücklicher Umstände einen Schaden hervorgerufen hat (ZVR 1982/365). Grobe Fahrlässigkeit setzt demgegenüber eine auffallende Sorglosigkeit voraus. Es muss ein extremer Abstand zur gebotenen Sorgfalt bestehen. Die Sorgfaltsverletzung muss sich erheblich und ungewöhnlich vom Regelfall abheben (2 Ob 62/91 zu § 1319a; 6 Ob 193/00a zu § 175 Abs 3 ForstG).

- 7 Sie ist gegeben, wenn bei geringster Aufmerksamkeit hätte einleuchten müssen, dass ein anderes Verhalten geboten gewesen wäre (SZ 56/166: Brandschaden einer Diskothek) oder wenn einfache und naheliegende Überlegungen nicht angestellt worden sind (10 ObS 2338/96p zu § 213a ASVG). Es besteht eine Parallele zum schweren Verschulden im Strafrecht. Umgekehrt ist aber nicht bei jeder strafgerichtlichen Verurteilung grobe Fahrlässigkeit iSd § 1324 gegeben (10 ObS 84/95 zu § 213a ASVG). Mitunter rückt der OGH das Vorliegen grober Fahrlässigkeit nahezu in die Nähe eines Charakterfehlers, wenn er ausführt, dass es sich um eine auffallende und ungewöhnliche Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht handeln müsse, die nur bei leichtsinnigen Menschen vorkommen könne (SZ 43/80: Mankohaftung eines Filialleiters; 2 Ob 41/98p zu § 22 Abs 1 UVG). Jedenfalls muss auch eine schwere subjektive Vorwerfbarkeit gegeben sein (2 Ob 293/98x zu 1319a; 7 Ob 35/01z zur Übertretung eines Schutzgesetzes), wobei auch auf die berufliche Erfahrung des Schädigers Bedacht zu nehmen ist (ZVR 1984/326). Dass gravierende Folgen eingetreten sind, ist jedoch kein verlässliches Indiz für das Vorliegen grober 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).
- 8 Die Beweislast für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit trifft den Geschädigten (4 Ob 104/97s; 2 Ob 27/99f).

Insbesondere

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 gemäß § 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

- 1 Körperverletzung ist jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit (gem § 22 auch beim Embryo unter der Voraussetzung einer Lebendgeburt SZ 52/136); äußerlich sichtbare Folge ist nicht erforderlich (2 Ob 45/93; 2 Ob 79/00g). Körperverletzung ist auch ein ärztlicher Eingriff ohne ausreichende Einwilligung (10 Ob 50/07m: Arthroskopie im Knie zu Diagnosezwecken, Durchführung einer Operation, die zu Schmerzen führte), 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); zumindest ist erforderlich, dass sie behand-

lungsbedü  
zB 8 Ob 1  
die Folger  
Störung zu  
folgen des  
der Zufügl  
beitung (9  
ellem Mis  
2 Ob 163/  
schwerstv  
gefühlen (

B. Die ei  
§ 13  
§ 1325 ebc  
um einen )  
den Haftu  
körperlich  
Schadene  
vertraglic  
Moc  
gänzend l

Heil  
ante als  
2 Ob 103,  
kosten). F  
weit von  
Zustand v  
Die Kost  
(OLG Inn  
getragen,  
Bei  
dem Gesc  
er nicht v  
einer Er  
Die verm  
gorien wi  
quo (zum  
entstehen  
sich nich  
beitskraf  
haltsdien  
ner Arbei  
Haushalt  
ab, die je  
auf frem  
angewies  
für die A  
Freizeitg  
hängig, c  
die verm

Huber

lungsbedürftig oder wenigstens ärztlich diagnostizierbar und damit medizinisch fassbar ist (stRspr, zB 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). 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; 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). 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**

§ 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 Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313a stattfindet.

Modernere **Haftpflichtgesetze** mit detaillierteren Regelungen sind bei der Auslegung ergänzend heranzuziehen, insb das **EKHG** (stRspr, zB ZVR 1982/67; ZVR 1984/322).

**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), 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.

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 (zumindest um eine Verhinderung der Verschlimmerung des Leidens), 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 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

Rz

- ..... 1
- ..... 2-7
- ..... 8-12
- ..... 13-14
- ..... 15
- ..... 16-24
- ..... 25
- ..... 26-36
- ..... 37-52
- ..... 53-97
- ..... 98-104
- ..... 105-133
- ..... 134-145

**gesundheit**  
; äußerlich  
ist auch ein  
e zu Diag-  
-htigungen  
-handlung),  
Haar). Bei  
-ung in die  
sie behand-

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.

6 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, zB 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 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.

7 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

8 Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution hat der Geschädigte Anspruch auf einen **Kapitalbetrag** oder bei zukünftigem Schadenseintritt uU auf eine **Rente**; Anspruch auf Kapitalbetrag besteht für die **Heilungskosten**, bei den **vermehrten Bedürfnissen** ist grundsätzlich eine Rente geschuldet. Für ein erforderliches Gebrauchsgut 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).

9 Auch bei einem Rentenanspruch für künftigen Schaden kann der **Geschädigte** analog § 14 Abs 3 EKHG aus wichtigem Grund eine **Kapitalabfindung wählen** (stRspr, zB 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 außgerichtlichen Regulierung hat die Kapitalabfindung durchaus Bedeutung.

10 Häufig können aber Geschädigter und sein Anwalt die Nachteile einer Kapitalabfindung gegenüber einer Rente nicht zutreffend beurteilen. Der **Abzinsungsfaktor von 5 oder 5,5 %** ist bei

der heutiger  
Je höher der  
wendung ab  
den Vorwurf  
ner Kapital  
die Festlegu  
es für den C

Die R  
lung 1. Inst  
**Umstände**  
berücksicht  
Zeitpunkt a  
auf die Um  
der Anpass  
Herabsetzu  
(2 Ob 228/  
vorhersehba  
wertverdün  
dung der R  
einer Erwei  
Verbrauche  
men kann a  
künftigen R

Die Z  
sung der R  
**der Rente**  
für die Zuk  
Ausmaß de  
gibt, ist ab  
der Regelfa

### D. Restitu

Auch  
**Restitutor**  
Einstellung  
Rehabilitat  
gen nur bei  
gleichbarer  
des Verletz  
sation, bei

Weil  
Tunlichkei  
ben. Ferne  
Problem st  
halts- oder  
rechtlich g  
sellschaft,  
Die **objekt**  
spielen. Be  
sei, weil di

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.

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 scheidet die Bindung der Rente an einen Index nicht am **Bestimmtheitsanforderung** (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).

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

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 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 Schmerzensgeld sind Formen der Kompensation, bei der es auf eine widmungsgemäße Verwendung des Ersatzbetrags nicht ankommt.

Weil 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

- 15 Die einzelnen Schadenskategorien des § 1325 stehen teilweise zueinander in **Wechselbeziehungen** wie der Inhalt kommunizierender Gefäße: Bei Unterbleiben der **Heilbehandlung** (zB 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.

### F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gemäß § 332 ASVG

- 16 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 vorsichtshalber den Vorbehalt machen, dass er die Anspruchsteile nachfordern kann, sofern in Bezug auf diese der Sozialversicherungsträger künftig Leistungen einstellen sollte. Das ist infolge der demografischen Entwicklung nicht von der Hand zu weisen.
- 17 Der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers ist doppelt begrenzt, einerseits durch die vom **Sozialversicherungsträger erbrachten 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 (SZ 56/173; 2 Ob 178/04x). 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 Schmerzensgeldan-**

spruch ist bei Der Schaden Kfz-Haftpflicht frei ist und de

Für den gers bei Beha Als vermehr kongruent, b Haushaltsfü der Zeit auf d teil kongruer sind diesbezi

Beim E einkommen (SZ 43/130), Invaliditätsp gressanspruch arbeit (RZ 19 (ÖJZ 1972/2 das vereitelt kommt es at des Sozialve diesem zu ei

Der Re bers durch e Arbeitsplatz fer, damit di geselle). Un Kongruenz :

Der O hilfe (SZ 43 Anspruch l versagen (2 der Verletzt bekommt, v daher auch

Die ei nicht auf de sen, weil da hier mE an Arbeitseink geld hat da derzuschus wird und d.

Das S geltung ge nach Anspr teleologisc steht ein R Schmerzer

**sprach** 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).

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). 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); auszuklammern sind diesbezüglich die Arbeiten in Haus und Garten (JBI 1989, 654).

Beim **Erwerbsschaden** sind jene Sozialleistungen **sachlich kongruent**, die das **Erwerbseinkommen substituieren** sollen, wie das Krankengeld (ZVR 1985/39), das Arbeitslosengeld (SZ 43/130), die Versehrtenrente (stRspr, zB 2 Ob 51/02t; 1 Ob 165/06f; 2 Ob 226/07) und die Invaliditätspension (stRspr, zB 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.

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.

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.

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). Die Regresslösung wäre hier mE angemessener. Die Umstellung des vom vorangehenden sozialversicherungspflichtigen Arbeitseinkommen 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

25 Löst die Schadenersatzleistung eine **Pflicht zur Zahlung von ESt** aus, ist das bei der Ersatzbemessung zu berücksichtigen. 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. Der OGH (2 Ob 210/07g; zu einem Rentenanspruch nach § 1327) meint zutreffend, dass **auch das oberste Zivilgericht keine selbständige 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

26 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 Privatärztes wird gebilligt, wenn zu diesem ein **besonderes Vertrauensverhältnis** besteht (2 Ob 284/01f: Betrauung des langjährigen Hausärztes; 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). ME mag man durchaus auf die Verhältnisse des Geschädigten abstellen, dann aber darauf, 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 – insbesondere 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: Ak für eine Delp hat der OGH Kind indes u Schulmedizin schädigte die etwas ganz A kenversicher vorzufinanz auf einen Vo eine solche F nen Strohhäl

Schade Erscheinung zB ZVR 198 Kosten für e 45-jährigen Kostenersatz 82/97s), wo Absicht zur (OLG Linz des OGH (2 sozialversic müsste. Ein nungsschlüs sozialversic nicht sozial subventioni

Ersatz **Transport** Verletzten; sichtigung **Geschenke** – Verdoppl

Die A letzten zu, neben eine wenn der A worden ist

Wege zesses förd

Erset sowie die Eltern und zurückver auch der I leben (EF im gleiche Trauersch um deren

1993/151: Akupunktur zur Bekämpfung der psychischen Folgen eines Raubüberfalls). Die Kosten für eine Delphintherapie in Höhe von € 14.000,-- bei einem Gesamtbegehren von € 740.000,-- für die OGH (3 Ob 283/08a) bei einem infolge eines ärztlichen Kunstfehlers schwerstverletzten Kind 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. 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 das Erscheinungsbild des Verletzten wie vor dem schädigenden Ereignis wiederhergestellt wird (stRspr, zB 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 trauegeschädigten 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). Pauschaliert der Krankenträger seine Kosten, ist das nach 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 Krankenträgers 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 Krankenträgers bezahlen muss.

Ersatzfähig sind außerdem **behandlungskonnexe Aufwendungen**, wie **Kosten für den 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). Insoweit kommt es mE zu einer – unnötigen – Verdopplung des Rechtsschutzes.

Die **Aktivlegitimation** zur Geltendmachung von Heilungskosten steht nicht nur dem Verletzten 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 Gesundheitsprozesses förderlich sind, sind **Besuchskosten** grundsätzlich ersatzfähig (stRspr, zB 7 Ob 281/02b).

Ersetzt werden nur die Kosten von **Besuchern bestimmter Angehöriger** wie **Ehepartner** sowie die **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 **Lebensgefährtin** (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 Trauerschmerzengeld um den ideellen Schaden der Angehörigen, bei den Heilungskosten jedoch um deren Beitrag zur Gesundheit des Verletzten geht, sollten in Bezug auf den Personenkreis

entsprechende 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; aA lediglich EF 46.092: Zuspruch an volljähriges Kind, dem Verletzten verweigert), 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). 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 **Prämienerhöhung 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, zB 2 Ob 2031/96g; 2 Ob 253/00w; 8 Ob 127/05t). 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 Sonderausstat-

tung in volle lassen (2 Ob chauffieren i Fahrten und § 47/05h). Auch Kfz sind ges kann ein Ver

Ersatzl zB RZ 1984, ner Garage (10/91) – mE abgedeckt s lichkeit bzw körperlicher

Weiter zungsfolge € puter, um d

Dabei (2 Ob 2031, dem einmal ersatzpflich der Sache b bleiben. Im nicht aber wirkt sich r Gebrauchsg pflichtigen

Tätigl selbst erlec den (ZVR nicht mehr

Für so gers eine E (ZVR 1987 § 14 Abs 4 ger nicht e sich um ein

Vor a wand (2 C restriktiver tatsächlich (2 Ob 152, (2 Ob 338, gen die Er Schädiger Rangs des Bedürfniss

Die l 1984/322; Bezugnah

ung 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 zB 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 Verletzungsfolge 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). 41

Dabei fallen nicht allein **Anschaffungskosten**, sondern auch Kosten für **Instandhaltung** (2 Ob 2031/96g), **Betriebskosten** (2 Ob 104/05s) sowie **Reinvestition** an. Insoweit steht neben dem einmaligen Kapitalbetrag eine Rente zu. 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. 42

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, zB 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). 44

Vor allem bei **schweren Verletzungen** (24-h-Betreuung) ergibt sich ein **enormer Zeitaufwand** (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,-). 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 in 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 ist (dazu § 1323 Rz 47), muss das wegen des höheren Rangs des Rechtsgutes der körperlichen Integrität erst recht für den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse gelten. 45

Die Ersatzhöhe bemisst sich nach dem Entgelt für eine **professionelle Pflegekraft** (ZVR 1984/322; ZVR 1987/128; ZVR 1988/14), wobei die Rspr nach einem Vorschlag der Lit unter Bezugnahme auf das richterliche Schätzungsermessen nach § 273 ZPO zwischen den **Nettokos-** 46

statt € 11–1 Therapieüb  
aufnahmefä  
aufbringt. E  
den Einkon

**Ansp  
gen erbrin**  
2 Ob 99/02  
(dazu oben  
nach §§ 10  
pflichtete z  
weiteren Sc

### J. Erwerb

Beim  
zwischen d  
nes geschä  
der Entgel  
kengeld, V  
direkt beim  
stehen Reg

Seit 1  
**ten Lohn**  
nicht aufg  
des Arbeit  
verletzung  
sein. Größ  
winneinbu  
zahlte Loh  
auch gerin  
nicht sinn  
zweifelhaf  
geber sein  
des ihm ge

Die I  
gebnis nac  
**welche Le**  
len, was z  
Sozialvers  
lichen Alt  
Grundsätz  
ist, seinen

**Zul:  
aufwand:**  
Bedienste  
steuerrech  
ZVR 197  
freie Stat  
genleistu  
bei Einkä

ten 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). 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). 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 „anwältliche 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 **Zeitumfang** auf die Verrichtungen abzustellen und zu prüfen, ob darüber hinaus 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 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. Zu bedenken ist indes, 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.

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.

51 Nicht immer ist der Marktwert der Pflegeleistung maßgeblich. Eine Hauptschullehrerin, 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, zB 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 Unterhaltspflichtete zugleich einer von mehreren Schädigern, steht ihm ein Rückgriffsanspruch gegen den weiteren Schädiger zu (2 Ob 2220/96a).

## J. Erwerbsschaden

Beim **beruflichen Erwerbsschaden** (zur außerberuflichen Erwerbstätigkeit unten Rz 57) 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 **fortgezählten 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.

Die Höhe des überwälzbaren 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).

**Zulagen** beeinflussen den Erwerbsschaden nur, so weit 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, ein kostengünstiger Urlaub im vom Arbeitgeber bereitgestellten Quartier sowie

Anwartschaften zu einer betrieblichen Altersversorgung. Bei Überstunden kommt es darauf an, ob und in welchem Ausmaß sie in Zukunft angefallen wären. 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; zB 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.
- 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, zB 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 Altersversorgung deutlich früher. ME wäre es daher sachgerecht, von den Verhältnissen der jeweiligen Berufsgruppe 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.
- 59 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 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 Versicherung Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente; bei Auszahlung erst bei Erreichen der Altersgrenze des Verletzten gehen sie bei dessen vorzeitigen Tod leer aus, weil der Schädiger nur die Verletzung, nicht aber den Tod verursacht hat.
- 60 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); de facto wird ein entgangener Gewinn

und damit ei  
selbst bei ein  
erbracht ange

Der Er  
oder es sind  
fig durch die  
6 Ob 565/92  
der Gewinn

Mitunter  
(2 Ob 191/0  
für die Kost  
2053/96t: Ei  
lermeister).  
Gewinnentg  
€ 222.000,-  
Zuspruch; 2  
kann nicht v  
gehenden G  
der Fortführ

Nach c  
satzkraft be  
Dritten helf  
ternehmer d  
mer. Dieser  
Einschränkt  
Landwirt, ol  
die verletzu

Der E  
tionsgemäß  
beitszeit (Z  
Überstunde  
barn unent  
tensivieren  
weshalb de

Der V  
kraft (2 Ob  
kommt abe  
einarbeiten  
es trotz Ein  
ten auszug  
Wien ZVR  
fen; der re  
Untauglich  
Kfz-Repar  
kraft ist nu  
der jeweili  
Tätigkeit c

Wäh  
selbständig  
1962/60), j

Huber

Huber

und damit eine Ersatzfähigkeit nur bei grober Fahrlässigkeit immer dann angenommen, wenn selbst bei einem geringeren Beweismaß 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). 61

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,- in keiner Relation zum tatsächlichen Verdienstentgang von € 35.000,-; gleichwohl Anspruch; 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 anerkanntes Restitutionsinteresse an der Fortführung seines Unternehmens hat, wie das namentlich in der Landwirtschaft vorkommt. 62

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. 63

Der Einstellung einer Ersatzkraft entspricht es, wenn der **Verletzte sich selbst überobligationsgemäß anstrengt**, zB 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 Mithilfe 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. 64

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. 65

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 66

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.
- 68 Jüngst 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).
- 69 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 – Arbeitskräfteeinsatzes darstellt. Hingegen stellt der Teil der Gewinnbeteiligung, der **Gegenleistung für die Kapitalbereitstellung** ist, regelmäßig keinen 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.
- 70 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.
- 71 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, insbesondere 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 marktconforme Gestaltung sein.
- 72 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.
- 73 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 V erhalten ha schied mac genommen zichtet hat ( Verletzte ei Entspreche

Bei ei entfall, we der Folge, gefährdet i das Risiko zung ist. In

Bei e funktion ve dass sich c keit – meh cherungsf wahrschein Arbeitspla ße Möglic Minderung Gefährdun älteren Fac Gehaltserf Versagung ter Verdier

Auch anderen T Referenzg im neuen Auch der besondere sodass die Vermöger

Die konkrete nicht um I in dieser auf den A

Ist t werbssch Wahlrecl Auch die ter Erwer lung im V ÖJZ 1982 der konk ZVR 199 sundheits

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 Arbeitskräfteeinsatz 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: Klostersgärtner der Pallotiner).

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 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. 74

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 an der Lohnanhebung bereits gegeben war. 75

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). 76

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. 77

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, zB 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) 78

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 **Pieglerischen 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, ist die Indexbindung mE zwar plausibel, aber keinesfalls zwingend.
- 80 Die abstrakte Rente ist mit der **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** begründet worden (2 Ob 143/03y). Diese argumentiert mit dem Rechtsfortwirkungsgedanken, dass anstelle des verletzten Rechtsgutes der Schadenersatzanspruch tritt. Damit unvereinbar ist, dass die abstrakte Rente erst ab dem Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugebilligt wird. Zudem ist Anknüpfungspunkt die Beeinträchtigung des Rechtsgutes der Erwerbsfähigkeit. Damit unvereinbar ist das Abstellen auf eine wahrscheinliche künftige Einkommenseinbuße.
- 81 Der OGH hat sich aber – nach kurzem Zögern (2 Ob 133/02a) – für die **Fortführung der Zubilligung einer abstrakten Rente im bisherigen Rahmen** ausgesprochen (2 Ob 143/03y; 2 Ob 67/05z; 2 Ob 126/06b).
- 82 Nach der L soll die **Erschwernis der Arbeit** im Rahmen des **Schmerzensgeldes** berücksichtigt werden. Dies würde aber bloß zu einem homöopathisch höheren Schmerzensgeld führen. In **allen anderen Fallkonstellationen** werden **überobligationsgemäße Anstrengungen im Rahmen des Vermögensschadens** erfasst, was zu einem wesentlich höheren Ersatz führt. Dass die Abgeltung der Mehranstrengung bloß erfolgt, wenn gleichzeitig eine Einkommenseinbuße wahrscheinlich ist, ist wenig überzeugend. Bei Abstellen auf einen wahrscheinlichen Einkommensausfall begibt sich der Geschädigtenanwalt geradezu in die Nähe eines anwaltlichen Kunstfehlers, wenn er – ohne zureichende Aufklärung des Klienten – für den Geschädigten eine abstrakte Rente verlangt, weil die Differenz gegenüber dem höheren Schaden in der Folge durch die gebildeten Rücklagen nicht gedeckt ist und auch nicht mehr verlangt werden kann.
- 83 Angesichts dieses Risikopotentials muss es verwundern, wie häufig Geschädigte damit spekulieren, dass die weitere Entwicklung anders verläuft als angenommen und ihnen dann ein Trostpflaster für die Mehranstrengung verbleibt, ohne dass ein rechnerischer Schaden eintritt. Zu bedenken ist, dass die abstrakte Rente einen **Anreiz für den Geschädigten** darstellt, sich besonders anzustrengen, um den bestehenden Arbeitsplatz zu behalten, weil er dann zwar zum Erwerbseinkommen ein Zubrot erhält, ansonsten aber weniger als seine Einbuße. Insofern ist die **Belastung des Schädigers geringer**, als wenn der Verletzte bei durchschnittlicher Anspannung seiner Kräfte den Arbeitsplatz verliert und keine neue Stelle findet mit der Folge, dass der Schädiger dann das gesamte entfallende Erwerbseinkommen ersetzen muss.
- 84 Auch bei **unrechtmäßiger Erwerbstätigkeit** gebührt Ersatz des Erwerbsschadens (zB SZ 54/70: **Prostituierte** unter Hinweis auf übliche Vorkasse; 2 Ob 289/97g: **Pfuscher**). Auch bei diesen Tätigkeiten ist die Est-Pflicht zu berücksichtigen, bei der Schwarzarbeit mE auch bei Nachweis zu entrichtende Verwaltungsstrafen.
- 85 Bei **Personen, die noch nicht im Erwerbsleben** stehen (zB Kind, Student), liegt der ersatzfähige Erwerbsschaden nicht in den frustrierten Aufwendungen für die Phase der unterbrochenen Ausbildung, sondern für den **Entgang ab dem Eintritt ins Erwerbsleben ohne Verletzung** (ZVR 1990/88; EF 46.095; 2 Ob 138/00h). Häufig wird Ersatz lediglich verlangt für den Zeitraum, um den der Verletzte später in das Erwerbsleben eintritt. Das ist aber zu wenig. In vielen Berufen ist das Erwerbseinkommen von einer vorangehenden beruflichen Tätigkeit abhängig. Bei Beamten ist die Vorrückung nach dem Bienniensystem ein ganzes (Beamten-)Leben vom Zeitpunkt des Eintritts als Beamter abhängig. Ersatz gebührt deshalb auch für diesen Folgeschaden.

Bedeutsam i  
Anwartschaft  
gungsfähig i

In je f  
die **Unwägt**  
Maßgeblich  
weise ist ab  
zuziehen, w  
ein Schätzu  
weisschwie  
denbrook-E  
Generation  
Erwerbslebi

Bei Ve  
den Verletz  
dere Famili  
es **gleichgü**  
der verletzt  
einspringer  
1977/299: l

Hat d  
Kritik der  
mehr die W  
wenn sich  
geschlossen l  
an, wie ma

Nach  
**dienstentg**  
gung (ZVF  
für die Ver  
zusteht. Zu

Die l  
gangs zu s  
häufig An  
eine Ersat  
2 Ob 42/9  
lung einer  
gungsfirm

Die  
Zeitumfar  
**Qualifika**  
sich eine  
143); auc  
In den Na  
**signifika**  
Defziten  
Entgelt g

Bei  
**tostunde**

Bedeutsam ist auch, dass für die Zeit, in der der Eintritt ins Berufsleben später erfolgt, auch keine Anwartschaften für die Altersversorgung erworben werden konnten, was gleichfalls berücksichtigungsfähig ist (zur Art des Ersatzes oben Rz 59).

In je früherem Alter bei einem Dauerschaden die Verletzung passiert, umso größer sind die **Unwägbarkeiten der Prognose** (2 Ob 16/01v; 1 Ob 256/01f: Kochlehrling; 1 Ob 256/01f). Maßgeblich sind die beim **Kind** bis dahin zu beobachtenden Fähigkeiten und Neigungen. Hilfsweise ist abzustellen auf die Erwerbsbiografie der Eltern sowie der Geschwister. Auch ist heranzuziehen, wie das – verletzte – Kind auf den Schicksalsschlag reagiert hat. Es ist dem Verletzten ein Schätzungsbonus einzuräumen, weil es der Schädiger war, der den Verletzten in diese Beweisschwierigkeiten gebracht hat. Bei besonders herausragenden Berufen der Eltern ist der **Buddenbrook-Effekt** zu beachten, dass sich Sonderbegabungen nur ausnahmsweise in der nächsten Generation wiederfinden. Beachtet werden sollte, dass es nicht allein um Defizite im beruflichen Erwerbsleben geht, sondern auch Beeinträchtigungen bei der Haushaltsführung.

Bei Verletzung des **Haushaltsführers** wird die Beeinträchtigung der Haushaltsführung für den Verletzten als Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse qualifiziert (2 Ob 86/95), die für andere Familienmitglieder als Erwerbsschaden (2 Ob 533/94). Für das Ausmaß des Ersatzes ist es **gleichgültig, wie der Schaden aufgefangen wird**, ob eine Ersatzkraft eingestellt wird, sich der verletzte Haushaltsführer überobligationsgemäß anstrengt, Familienangehörige oder Dritte einspringen oder das Dienstleistungsniveau absinkt (2 Ob 26/02s; 6 Ob 109/06g; treffend ZVR 1977/299: Haushalt würde sonst „verlottern“).

Hat der Haushaltsführer eine Haushaltshilfe beschäftigt, gewährt ihm der OGH Ersatz (unter Kritik der L), weil er nun auf die **Haushaltshilfe angewiesen** ist und verletzungsbedingt nicht mehr die Wahl hat, den Haushalt selbst zu besorgen (2 Ob 2123/96m). ME ist das nur ersatzfähig, wenn sich die nun Verletzte eines Tages als Gesunde – aus welchen Gründen immer – dazu entschlossen hätte, den Haushalt selbst zu erledigen. Im Schadenersatzrecht kommt es stets darauf an, wie man sich verhalten hätte, nicht, wie man sich verhalten hätte dürfen.

Nach dem OGH ist die Rente für **Beeinträchtigung der Haushaltsführung konkreter Verdienstentgang** (2 Ob 83/99s) und keine abstrakte Rente. Sie gebührt auch bei bloßer Mehranstrengung (ZVR 1989/30; 6 Ob 143/98t; 2 Ob 26/02s; ZVR 2003/45). Das hat zur Folge, dass sie auch für die Vergangenheit (JBI 1968, 143) und nicht bloß bis zum Renteneintrittsalter (ZVR 1985/46) zusteht. Zudem kommt eine Anpassung an veränderte Verhältnisse in Betracht (ZVR 1979/182).

Die Hausfrauenrente ist von der Einstellung einer Ersatzkraft unabhängig. Wegen des Zuzugs zu sämtlichen Bereichen des Wohnsitzes und dem damit verbundenen Vertrauen springen häufig **Angehörige sowie Verwandte und Bekannte** ein. Zudem scheuen sich viele Geschädigte, eine Ersatzkraft einzustellen, solange nicht feststeht, ob die Kosten überwälzbar sind (zutreffend 2 Ob 42/92: bei Anspruch nach § 1327 Hinweis, dass bei Zuspruch voller Kosten nur bei Einstellung einer Ersatzkraft Begünstigung gut situierter Familien). Wird eine Ersatzkraft oder Reinigungsfirma beschäftigt (ZVR 1979/182), sind die anfallenden Kosten ersatzfähig.

Die österr Rspr verzichtet – anders als in Deutschland und der Schweiz – bei Ermittlung des Zeitumfangs auf die **Heranziehung statistischer Untersuchungen**. Auch die **unterschiedliche Qualifikation einer Ersatzkraft** zur Bewältigung der Hausarbeit wird nicht diskutiert. So findet sich eine Aussage, dass es keinen Unterschied mache, ob die Hausfrau berufstätig war (JBI 1968, 143); auch während des Krankenhausaufenthalts wird die Rente nicht gekürzt (ZVR 1984/322). In den Nachbarrechtsordnungen hat die **Heranziehung statistischer Untersuchungen zu einem signifikanten Anstieg des Ersatzumfangs** geführt (mehrere 100 %). Bei ganz geringfügigen Defiziten (2 Ob 100/07f: Abschmecken von Speisen, wofür den Lebensgefährtinnen der Söhne ein Entgelt gezahlt wurde) hat der OGH zu Recht einen Vermögensschaden verneint.

Bei ausreichender Präzisierung des Klagebegehrens gewährt der OGH **nicht nur den Bruttostundenlohn einer Ersatzkraft**, sondern die **Arbeitskraftkosten**, somit auch die Weihnachts-

remuneration und den Urlaubszuschuss sowie einen Zuschuss für Leistungen an Sonn- und Feiertagen unter Einschluss der Sozialversicherungsbeiträge (ZVR 1987/56; 2 Ob 345/00z). Auch hier ist zu berücksichtigen, dass eine Ersatzkraft zwar 14 Bezüge erhält, aber maximal 10 Monate im Jahr arbeitet. Die auch in diesem Zusammenhang angebrachte Kritik der Lit und die Verweisung auf das Mittelmaß des Mindest- und Höchststundensatzes nach richterlichem Ermessen gemäß § 273 ZPO sind in diesem Zusammenhang ebenso unangebracht wie bei den Pflegedienstleistungen (oben Rz 46, 49).

- 93 Unter **Haushaltsführung im engeren Sinn** ist die klassische Haushaltsarbeit zu verstehen wie insb Einkaufen, Kochen, Wäschewaschen, Wohnungsreinigung, Betreuung von Kindern. Darüber hinaus fallen in einem Haushalt aber **weitere entschädigungspflichtige Tätigkeiten** an, wenn diese verletzungsbedingt nicht mehr ausgeübt werden können: Pflege kranker Familienangehöriger (2 Ob 533/94), Betreuung von Garten und Haustieren, Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten des Wohnsitzes (ZVR 1982/188) und des Fahrzeugs, Schriftverkehr mit Banken, Versicherungen und Behörden, Betrauung und Überwachung von Handwerkern, Chauffeurdiensten für mj Kinder, Grabpflege (SZ 51/131).
- 94 Ob die verletzte Person bei ihrer Haushaltstätigkeit eine Unterhaltspflicht erfüllt hat, ist ohne Bedeutung (2 Ob 56/95); zu Recht hat auch die **Lebensgefährtin** einen entsprechenden Anspruch (JBl 1961, 419). Auch der **Ehemann** hat Anspruch auf Abgeltung seiner verletzungsbedingt vereitelten Mitwirkung im Haushalt, selbst wenn die Ehefrau nicht im Beruf steht (SZ 55/167). Die Aufteilung der Hausarbeit zwischen den Ehegatten dürfte heute der Regelfall sein, sodass stets zu prüfen ist, ob neben der Beeinträchtigung der beruflichen Erwerbsarbeit auch eine bei der Haushaltstätigkeit gegeben ist.
- 95 **Aktivlegitimiert** ist allein der **verletzte Haushaltsführer**, nicht auch Drittgeschädigte, denen Dienstleistungen entgehen (2 Ob 533/94; 2 Ob 156/02h). Die Rente bei Verletzung des Haushaltsführers soll keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen (ZVR 1985/46; 2 Ob 345/00z). Wird der ältere Haushaltsführer das Nachlassen der Kräfte auch durch die größere – dann zur Verfügung stehende – Zeit kompensieren, der Anspruch einer ungekürzten Rente bis zum Lebensende ist des Guten gewiss zuviel.
- 96 Zu ersetzen sind auch **Eigenleistungen** des Verletzten, namentlich für die **Errichtung und den Ausbau eines Eigenheims**, gleichgültig, wem die Liegenschaft gehört (6 Ob 75/08k: verletzungsbedingte Vereitelung des Ausbaus des Hauses der Ehefrau; SZ 50/77: Haus eines Maurers auch für die Söhne). Bei wechselseitiger Nachbarschaftshilfe schließt der Erwerbsschaden dann das „Zurückarbeiten“ ein (2 Ob 56/95; 1 Ob 261/02t). Bei einem konkreten Projekt hat Ersatz in Form eines **Kapitalbetrags** und nicht einer Rente zu erfolgen (2 Ob 56/95). Bisher haben die Verletzten ein entsprechendes Begehren gestellt ohne Anrechnung von sozialversicherungsrechtlichen Lohnersatzleistungen. Womöglich wurden keine solchen bezogen. Sollte das der Fall sein, wäre die sachliche Kongruenz mE zu bejahen.
- 97 Nach VfGH B 242/06 ist die **Rente wegen vermehrter Bedürfnisse nicht ESt-pflichtig**, ebenso wenig der Zufluss als Rente. Die Steuerpflicht für den Ersatz für **Beeinträchtigung bei der Haushaltsarbeit** ist fraglich. Bei der Haushaltsarbeit für sich selbst ist die Parallele nahe liegend, bei der für andere Familienmitglieder jedoch fraglich. Sofern durch Eigenleistung ein Vermögenswert geschaffen wird, trägt das Argument des VfGH jedenfalls nicht, mag auch die ursprüngliche Tätigkeit nicht einkommensteuerpflichtig gewesen sein. Bei der Regulierung sollte eine drohende Steuerpflicht jedenfalls bedacht werden. Sollte sie eintreten, sollte sichergestellt werden, dass die anfallende Steuer vom Schädiger zu tragen ist. Steuerpflichtig ist jedenfalls die Einstellung einer Ersatzkraft; dann ist das erzielte Einkommen bei dieser zu versteuern.

## K. Rehabilitation

- 98 Der Schadenersatzanspruch nach § 1325 umfasst auch Aufwendungen der **sozialen und beruflichen Rehabilitation**. Es geht nicht bloß um Vermögensinteressen, sondern darum, den

Verletzten in der ihm verb.

Der **Rechtsobliegenheit** beider Teile Leerformeln der Verletzte ZVR 1989/2 die ursprünglicher den Ber beachten ist, amtenrechts strenge Anfc standard gev

Hat de **langt**, muss beschäftigur bieten dem versicherer leistung erb – frühere – l

Hat de dass er trotz kritisiert wi sich beim A 2 Ob 161/98 zu vertreten vice). Selbs offen, dass

Umssc **sende Stell** tet, wenn di zur Folge h muss er sich (2 Ob 2182 ger der Str wäre. Der setzt verlan (SZ 49/19) hat, auf, w selbständig gungen zu det worden – und som einen begr

Bezü einem Soz letzten Ra den gegen Kleinunter

Schwimmann (Hr

Verletzten in die Lage zu versetzen, ein selbstbestimmtes Leben zu führen sowie nach Maßgabe der ihm verbliebenen Fähigkeiten seine Arbeitskraft sinnvoll betätigen zu können.

Der Rehabilitationsschaden wurde bisher unter dem Gesichtspunkt der **Schadensminderungsobliegenheit gem § 1304** betrachtet (2 Ob 324/00m). Hingewiesen wurde auf die Interessen beider Teile und der Grundsätze des redlichen Verkehrs (SZ 49/19; 2 Ob 147/98a). Mit solchen Leerformeln lässt sich – nahezu – jedes Ergebnis begründen. Die Schwierigkeit besteht darin, dass der Verletzte nicht gezwungen werden darf, jede x-beliebige Tätigkeit anzunehmen (zutreffend ZVR 1989/203), zugleich aber seine Fähigkeiten verletzungsbedingt vermindert sind, sodass er die ursprüngliche Tätigkeit gerade nicht mehr wahrnehmen kann (fragwürdig daher SZ 49/19: wer den Beruf eines Malers erlernt hat, dem ist der Beruf eines Portiers nicht zuzumuten). Zu beachten ist, dass die Anforderungen bezüglich des zumutbaren Erwerbs sich von denen des Beamtenrechts – Schutz der bisherigen Stelle – und des Arbeitslosenversicherungsrechts – weniger strenge Anforderungen als im Schadenersatzrecht, da eine Sozialleistung stets nur einen Mindeststandard gewährleisten kann – unterscheiden.

Hat der **Verletzte seine frühere Erwerbsfähigkeit nicht in vollem Umfang wiedererlangt**, muss der **Schädiger nachweisen**, dass der Verletzte eine bestimmte ihm zumutbare Ersatzbeschäftigung ausgeschlagen hat (2 Ob 2182/96p; 2 Ob 324/00m). Einige Haftpflichtversicherer bieten dem Verletzten eine Stelle in ihrem Unternehmen an (2 Ob 147/98a). Für den Haftpflichtversicherer hat das auch dann Sinn, wenn der Verletzte für die angebotene Stelle eine Minderleistung erbringt. Findet der Verletzte nämlich keine andere Stelle, muss er jedenfalls das volle – frühere – Entgelt als Ersatz bezahlen, ohne irgendeine Gegenleistung zu erhalten

Hat der **Geschädigte seine volle Erwerbsfähigkeit wiedererlangt**, muss er nachweisen, dass er trotz angemessener Bemühungen keine entsprechende Stelle gefunden hat, was in der Lit kritisiert wird. Der Geschädigte genügt freilich seiner Schadensminderungsobliegenheit, wenn er sich beim Arbeitsmarktservice meldet und dessen Weisungen befolgt (stRspr, zB 2 Ob 147/98a; 2 Ob 161/98k; 2 Ob 324/00m). Das Fehlverhalten des Arbeitsmarktservice hat nicht der Verletzte zu vertreten (ZVR 1980/152; OLG Wien ZVR 1995/132: kein Hinweis durch Arbeitsmarktservice). Selbst wenn der Verletzte solche Meldungen unterlassen hat, steht ihm der Gegenbeweis offen, dass er dennoch keine Stelle gefunden hätte (2 Ob 161/98k: Langzeitarbeitsloser).

Umschulungskosten wie auch das Risiko, dass der Verletzte **nach Umschulung keine passende Stelle** findet, trägt der Schädiger. Der Verletzte ist zu einer solchen Umschulung verpflichtet, wenn die neue Ausbildung keine nennenswerte Verschlechterung der sozialen Lebensstellung zur Folge hat (ZVR 1989/203: Kfz-Mechaniker). Lehnt der Verletzte eine solche Umschulung ab, muss er sich das nach einer solchen Umschulung erzielbare Erwerbseinkommen anrechnen lassen (2 Ob 2182/96p); davon sind die Kosten der Umschulung abzuziehen und zugleich dem Schädiger der Strengbeweis aufzuerlegen sein, dass eine derartige Stelle dann auch erlangbar gewesen wäre. Der Verletzte kann Einkommenszuwächse in seinem angestammten Beruf jedenfalls ersetzt verlangen, wenn diese durch eine Tätigkeit nach Umschulung nicht verdient werden können (SZ 49/19). Gibt der Geschädigte eine erste Tätigkeit, die er nach der Verletzung wahrgenommen hat, auf, weil er gemobbt wurde, trägt er das Risiko, dass er bei einer sodann aufgenommenen selbständigen Tätigkeit einen Minderverdienst erzielt, sofern nicht gesundheitliche Beeinträchtigungen zu besorgen oder bereits eingetreten sind (2 Ob 205/08y). In der Lit ist dagegen eingewendet worden, dass ein Wechsel der Stelle ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit – und somit auf Risiko des Schädigers – möglich sein müsse, wenn der bisherige Arbeitgeber einen begründeten Anlass zur Kündigung der Stelle gegeben hat.

Bezüglich der **Ersatzfähigkeit von Rehabilitationskosten** hat der OGH (2 Ob 163/08x) einem Sozialversicherungsträger die Kosten der Bezuschussung eines Arbeitsplatzes eines verletzten Rauchfangkehrergesellen durch Beistellung eines Arbeitshelfers als ersatzfähigen Schaden gegenüber dem Haftpflichtversicherer zugesprochen, und zwar für ein Jahr gegenüber einem Kleinunternehmen. Die Ersatzfähigkeit solcher Kosten setzt bei § 332 ASVG einen derartigen

Anspruch des Verletzten voraus. Da sich die Lage nach dem Auslaufen der Bezuschussung durch den Sozialversicherungsträger nicht anders darstellt, steht dann die Aktivlegitimation zur Geltendmachung dem Verletzten selbst zu.

- 104 Bisher sind derartige Ansprüche lediglich von Sozialversicherungsträgern erhoben worden. Künftig ist damit zu rechnen, dass die Verletzten ihr Schicksal – in stärkerem Ausmaß – selbst in die Hand nehmen. Solche Maßnahmen sind dann nicht nur unter dem Gesichtspunkt ersatzfähig, dass sie sich per saldo für den Schädiger rechnen, also seine Ersatzpflicht vermindern. Vielmehr geht es insoweit um ein **anerkanntes Integritätsinteresse des Verletzten**, seinen angestammten Beruf weiterhin ausüben zu können. Der ersatzfähige Zuschuss bemisst sich dabei danach, wie viel ein rational handelnder Unternehmer benötigt, um eine solche verletzte Person trotz ihrer Behinderung marktkonform entlohnen zu können. In diesem Zuschuss ist der Ersatz eines konkreten Schadens zu sehen, sodass dem Verletzten keine abstrakte Rente zusteht.

### L. Schmerzensgeld

- 105 Das Schmerzensgeld soll einen Ausgleich schaffen für die erlittenen **körperlichen und seelischen Schmerzen** unter Einschluss des Bewusstseins eines Dauerschadens und der Gefahr, dass sich der bestehende Zustand verschlechtern kann (ZVR 1975/220). Es soll dem Verletzten ermöglichen, sich als Ausgleich für Leiden und entzogene Lebensfreude Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen (ZVR 1980/233; ZVR 1987/93). Der OGH verwendet auch die Formulierung „Genugtuung für alles Ungemach, das der Verletzte erduldet“ (ZVR 1984/15). Treffender ist die Umschreibung „Ausgleich für erlittene Schmerzen und entgangene Lebensfreude“ (ZVR 1990/155; OLG Innsbruck ZVR 1997/118). Bei bloß psychischen Beeinträchtigungen (Unbehagen, Unlustgefühle: 9 Ob 78/99g) wie bei schlichten Angstgefühlen (9 Ob 36/00k) gebührt kein Schmerzensgeld.
- 106 **Seelische Schmerzen** lassen sich nur schwer messen. Diese sind ersatzfähig, wenn sie Folge einer Körperverletzung sind (SZ 47/147: Abschneiden der Haare ohne Einwilligung; ZVR 1984/45: 16-jähriges Mädchen leidet unter Entstellung). Sie sind auch ohne gesonderte Behauptung zu berücksichtigen, wenn nach Lage des Falles mit seelischen Schmerzen zu rechnen ist (ZVR 1989/135: länger dauernde Ungewissheit einer Schauspielerin, ob sie Beruf wieder ausüben kann; 2 Ob 96/95: Sorge einer Medizinstudentin, das Studium nicht beenden zu können). Sind **seelische Schmerzen kein Folgeschaden einer Körperverletzung**, gebührt Ersatz nur bei **schwerwiegenden Eingriffen in die psychische Sphäre** (9 Ob 36/00k: rechtswidrige Bekanntgabe der Identität einer Person, Angst einer Denunziantin) oder wegen Sorgen bei Schwangerschaftsproblemen (2 Ob 2009/96x: befürchtete Frühgeburt; OLG Linz ZVR 1997/137: Sorge um die Gesundheit des Kindes). Für das Nichterkennen einer Autoimmunerkrankung hat der OGH den Zuspruch von € 5.000,- wegen der damit verbundenen Einwirkung auf die Persönlichkeitsstruktur gebilligt (2 Ob 23/08h).
- 107 Für die seelische Erkrankung eines Ehepartners wegen eines **ehewidrigen Verhaltens** des anderen steht dem erkrankten Partner kein Schmerzensgeld zu (6 Ob 124/02g). Auch kann der Vater nicht Abgeltung seines **Seelenschmerzes** verlangen, weil nach der Scheidung die Mutter des Kindes **Besuche bei seinem Kind** verhindert (8 Ob 133/06a). Bei einer **Begehrensneurose** flüchtet der Verletzte mehr in den Schmerz, als dieser tatsächlich besteht, durch den Zuspruch von Schmerzensgeld wird dieser Zustand verfestigt. Die Versagung eines Schmerzensgeldes unter Hinweis auf eine **Begehrensneurose** ist in den letzten Jahrzehnten seltener geworden. Nicht das Phänomen dürfte sich geändert haben, sondern der Umgang damit. An die Stelle der Einschätzung, dass der Verletzte bei entsprechender Willensanspannung ausreichend gegensteuern könne, ist die Erläuterung der medizinischen Sachverständigen getreten, dass dem nicht so sei (dazu 2 Ob 12/93).
- 108 Die Schmerzensgeldbemessung vollzieht sich zwischen der **Anlegung eines objektiven Maßstabs** und der **Beurteilung des Einzelfalles**. Ein objektiver Maßstab wird bemüht für die annähernde Gleichbehandlung vergleichbaren Verletzungen (2 Ob 65/93). Der von der Judikatur

allgemein ge  
237/01v). Da  
bung zu, nar  
dass das Sch  
281/02b; 7 C

Statt d  
nis – ex pos  
der Schmerz  
weis auf die  
1990/155; 1

Bei ein  
daraus erget  
schnittgeläh  
Schmerzensg  
(2 Ob 55/91  
Verletzte ers  
entsprechen  
wöhnung ve  
kommt, das  
deshalb sch  
scheinlichk

In ver  
**funden**, so  
heiratsfähig  
seelische B  
mE Entbeh

Weder  
aussetzunge  
schließt ein  
kann er sich  
erleben kor  
anstelle von  
hat dies da  
empfinden  
als für eine  
Wer Schmer  
ein Schmer  
worden (1

Für s  
OGH die e  
nehmung g  
higkeit zus  
L. geteiltes  
Aufgabe, c  
als Kompro  
jeglichen E  
sich nie un  
kus zu. Im  
durch sein  
mit einer L

allgemein gezogene Rahmen darf aber nicht gesprengt werden (2 Ob 66/92; 6 Ob 2394/96; 2 Ob 237/01v). Das lässt eine deutlich über dem Verbraucherpreisindex liegende kontinuierliche Anhebung zu, namentlich bei besonders schweren Verletzungen. Ausgedrückt wird das in der Weise, dass das Schmerzgeld tendenziell nicht zu knapp bemessen werden soll (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z).

Statt der Bemühung des **beweglichen Systems** (1 Ob 200/03y), mit dem fast jedes Ergebnis – ex post – gut begründbar ist, soll sich die Bemessung primär an der Dauer und Intensität der Schmerzen orientieren (so auch ZVR 1986/19; 1 Ob 2227/96y). Durch den zusätzlichen Verweis auf die Schwere der Verletzung und die Beeinträchtigung des Gesundheitszustands (ZVR 1990/155; 1 Ob 2227/96y) wird das eher vernebelt als verdeutlicht. 109

Bei einem Dauerschaden sollten das **Alter** bzw die sich bei unverkürzter Lebenserwartung daraus ergebende **restliche Schmerzdauer** das zentrale Bemessungskriterium sein. Wer als Querschnittgelähmter noch 40 Jahre Schmerzen vor sich hat, muss mE ein nahezu proportional höheres Schmerzgeld erhalten als derjenige, der nur noch 20 Jahre in diesem Zustand erdulden muss (2 Ob 55/91: höchstes bis dahin zugesprochene Schmerzgeld unter Hinweis darauf, dass der Verletzte erst 25 Jahre alt ist). Die Korrektur gegenüber einer der voraussichtlichen Leidensdauer entsprechend proportionalen Bemessung ergibt sich daraus, dass die allererste Phase der Umgewöhnung vom Zustand als Gesunder in den eines „Leidenden“ besonders schmerzlich ist. Dazu kommt, dass – wie beim Vermögensschaden – künftige Nachteile weniger schwer wiegen und deshalb schon wegen der zeitlichen Entfernung – ganz abgesehen von der abnehmenden Wahrscheinlichkeit des Erlebens – abzuzinsen sind. 110

In **verschiedenem Alter** werden **Beeinträchtigungen unterschiedlich belastend empfunden**, so etwa Störungen der Sexualität. Eine Narbenbildung ist namentlich bei Mädchen im heiratsfähigen Alter besonders belastend (ZVR 1973/111). Das OLG Wien (EF 54.257) hält die seelische Beeinträchtigung eines Kleinkindes für besonders gewichtig. Am bedrückendsten sind mE Entbehrungen für denjenigen, der mitten im Leben steht und weiß, was er verliert. 111

Weder **klares Bewusstsein** noch **rationale Verarbeitung** der Schmerzen sind Ersatzvoraussetzungen (stRspr, zB JBl 1984, 673; ZVR 1985/49; 2 Ob 146/89). Auch Bewusstlosigkeit schließt einen Schmerzgeldanspruch nicht aus (SZ 42/32). Wenn der Verletzte wieder erwacht, kann er sich dafür Annehmlichkeiten verschaffen, dass er die Phase im Koma nicht selbstbestimmt erleben konnte. Der OGH hat bei einer Knieverletzung eines Querschnittgelähmten € 14.000,- anstelle von € 18.000,-, die einem Gesunden zugestanden wären, zuerkannt (3 Ob 78/08d); er hat dies damit begründet, dass ein Querschnittgelähmter zwar am Knie keine Schmerzen mehr empfinden könne, die sonstigen Umstände aber für einen Querschnittgelähmten belastender seien als für einen Gesunden. Bei geringerem Schmerzempfinden mindert sich das Schmerzgeld. Wer Schmerzmittel einnimmt und deshalb geringere Schmerzen verspürt, kann nicht verlangen, ein Schmerzgeld in der Höhe zu erhalten, als wären ihm die Schmerzmittel nicht verabreicht worden (1 Ob 5/09f: keine fiktive Abrechnung). 112

Für **schwerste Verletzungen und Verlust der Schmerzempfindungsfähigkeit** setzt der OGH die eigene Fallgruppe der **Zerstörung der Persönlichkeit** ein, bei der ohne Schmerzwahrnehmung gleichwohl Schmerzgeld in fast der Höhe wie bei normaler Schmerzempfindungsfähigkeit zustehen soll (6 Ob 535, 1558/92: € 73.000,-; 10 Ob 505/95: € 102.000,-), was in der L geteiltes Echo gefunden hat. Das Schmerzgeld kann in einem solchen Fall seine genuine Aufgabe, dem Verletzten eine Abhilfe zu verschaffen, in keiner Weise erfüllen. Manche billigen als Kompromiss den Zuspruch eines symbolischen Betrags. Andere lehnen – konsequenterweise – jeglichen Ersatz ab, weil es insoweit lediglich um eine Bereicherung der Erben geht, auch der, die sich nie um den Verletzten gekümmert haben. In letzter Konsequenz fließt dieser Betrag dem Fiskus zu. Immerhin hat der OGH den Erben Schmerzgeld dafür verwehrt, dass dem Verstorbenen durch seinen Tod ein Teil seines Lebens entgangen ist (2 Ob 55/04h: Tod der 22-jährigen Ehefrau mit einer Lebenserwartung von noch 58,9 Jahren; Begehren pro Lebensjahr € 2.000,-). 113

- 114** Auch folgende Umstände können sich bei umfassendem Vortrag des Anwalts des Geschädigten **schmerzensgelderhöhend** auswirken: Behinderungen bei der Sportausübung (ZVR 1981/17), eine besondere Empfindsamkeit (ZVR 1981/242), das Bewusstsein, dass es sich um eine Dauerfolge handelt (ZVR 1979/263), ein langwieriger Heilungsverlauf und die Ungewissheit seines Ausgangs (RZ 1978/85: Angst vor völliger Erblindung), Nachteile bei Berufsausübung, die sich auf die Psyche schlagen (ZVR 1968/186: Gastwirtin; ZVR 1989/135: erfolgreiche Schauspielerin), vor allem, wenn mit dem Beruf ein hohes Maß an Selbstverwirklichung verbunden ist. Ein ungekürztes Schmerzensgeld steht grundsätzlich auch dann zu, wenn der Verletzte bereits psychisch labil war (9 Ob 36/00k). Auch neben einer Verunstaltungsentschädigung gebührt zusätzlich ein Schmerzensgeld (EF 38.593), weil es nach Ansicht der Rspr bei § 1326 um die Abgeltung eines Vermögensschadens geht (dazu § 1326 Rz 22).
- 115** Auf die **Vermögensverhältnisse** des Verletzten kommt es bei Schmerzensgeldbemessung nicht an. Umstr. ist, ob die **soziale Stellung** (JBl 1988, 46; JBl 1990, 456: verneinend jeweils bei Freiheitsentziehung) und die **kulturellen Bedürfnisse** (SZ 58/80: bejahend bei Notzucht) berücksichtigt werden sollen. Dafür spricht, dass das Schmerzensgeld lediglich das restliche Kompensationsinteresse darstellt, soweit eine Restitution oder Schaffung einer Ersatzlage nicht in Betracht kommt. Es wäre wenig folgerichtig, dass im Rahmen der Restitution diese subjektiven Umstände zu berücksichtigen sind, bei dem restlichen Pauschalbetrag jedoch nicht. Auch wäre nicht einzusehen, weshalb Beeinträchtigungen bei der Sportausübung in Anschlag zu bringen sind, Defizite im musischen Bereich jedoch ausgeklammert bleiben sollten.
- 116** Auch das **Verschulden** des Schädigers hat keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzensgeldes (ÖJZ 1959/186; ZVR 1963/20). Zu erwägen ist ein Zuschlag für Vorsatztaten, wenn kein Haftpflichtversicherungsschutz besteht. Ob der Schädiger arm oder reich ist, ist für die Bemessung des Schmerzensgeldes ohne Bedeutung (ZVR 1976/208). Auch **vorsätzliche Verschleppungen der Schadensregulierung durch den Haftpflichtversicherer** sollen keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzensgeldes haben (ZVR 1983/346). Sollte das zu einer besonderen Verbitterung des Verletzten führen, ist das fragwürdig. Wegen des Direktanspruchs käme bei der Kfz-Haftpflichtversicherung in Betracht, dafür nur den die Regulierung vorsätzlich verschleppenden Haftpflichtversicherer zu belangen.
- 117** Das Schmerzensgeld ist **global zu bemessen**; der Gegensatz wäre eine **tageweise Bemessung** (7 Ob 281/02b). Globalbemessung bedeutet, dass nach dem Gesamtbild ein einheitlicher Betrag festzusetzen ist, der körperliche und seelische Schmerzen nicht trennt. Andernfalls befürchtet das OLG Linz (ZVR 1993/124; ZVR 1994/138), dass der Richter durch einen Taschenrechner ersetzbar sei (ZVR 2002/68). Dennoch hat sich in der Praxis eine Taxierung der Schmerzen in leichte, mittlere und starke, die mit geringfügigen Abweichungen mit € 100,-, € 200,- und € 300,- bemessen werden, etabliert. Diese von *Hartl* jährlich (zuletzt RZ 2010, 65) aktualisierte Zusammenstellung wird vom OGH nur als Bemessungshilfe und nicht als Berechnungsmethode bezeichnet (2 Ob 292/04m; 1 Ob 200/03y). Zum Tagessatzsystem kommen dann je nach den Befindlichkeiten des jeweils Verletzten mehr oder minder große Zuschläge. Das System verliert umso mehr an Bedeutung, je gravierender die Verletzung ist. Auch seelische Schmerzen entziehen sich in höherem Maße einer derart pauschalen Quantifizierung (2 Ob 99/08k: Fernwirkungsschaden). Die Offenlegung der Bemessungsdeterminanten beim Schmerzensgeld und die Beseitigung der Aura des Geheimnisvollen bei der Festlegung der Höhe würde eine bessere Berechenbarkeit ermöglichen. Dem Kostenrisiko der Überklagung hilft § 43 Abs 2 ZPO ab, wonach bei einer Überklagung bis 100 % keine nachteiligen Kostenfolgen für den Kläger eintreten.
- 118** Immer wieder werden bei Schwerstverletzungen neue **Höchstsummen** zugesprochen (2 Ob 237/01v: € 218.018.50 = 3 Mio öS); schon wegen der Geldentwertung kann es keine starren Obergrenzen geben (2 Ob 55/91). Nach der Devise „Das Schmerzensgeld soll tendenziell nicht zu knapp bemessen werden“ (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z) werden die Ersatzbeträge bei Schwerstverletzungen dabei deutlich stärker angehoben. So spektakulär ein solcher einmaliger Kapitalbetrag auch ist, für das Opfer ist es ungleich bedeutsamer, dass im Rahmen des Ver-

dienstentgelt  
diesbezüglich

Ob na:  
**gleichung** s  
ablehnend;  
ist eine Vor  
an den Nac  
Beweisanfo

Bei V  
hat der Ges  
vermutlich,  
gegen diese  
ist eine **Kü**  
auch bei Ei  
2 Ob 30/90

Schm  
**nahmswei**  
schädigte l  
wählen (Z  
Recht, neb  
letzungen :  
292/03k).  
2 Ob 292/  
der Barwe  
tenbetrag t  
folgen zu t  
den, wenn  
käme ein I

Der  
**Dauer der**  
Schmerzen  
jungen Ve  
langen, ei  
bei der Ein  
renden Ka  
erachtet (C  
schaden s  
mung unb  
100,- € p  
Rente in l  
erscheint

Der  
Beeinträc  
**treibar u**  
dem Schä  
der Höhe  
**zug** mit d  
falls lauf  
bzw ab K  
sen (ZVR

dienstentgangs und der Pflegedienstleistungen eine voll angemessene Abgeltung stattfindet; die diesbezüglichen Ersatzbeträge übersteigen das Schmerzensgeld mitunter um ein Vielfaches.

Ob namentlich bei ärztlichen Eingriffen im Rahmen des Schmerzensgeldes eine **Vorteilsausgleichung** statthaft ist, sind die Meinungen geteilt (10 Ob 209/02m: offenlassend; 5 Ob 242/03d: ablehnend; 2 Ob 285/08p: eine Vorteilsausgleichung bejahend). Auch die Lit ist gespalten. ME ist eine Vorteilsausgleichung grundsätzlich vorzunehmen. Ein Korrektiv könnte sein, dass man an den Nachweis der auch bei rechtmäßigem Eingriff verursachten ideellen Nachteile strenge Beweisforderungen stellt.

Bei Verletzung der **Sicherheitsgurtpflicht** oder **Sturzhelmpflicht** (§ 106 Abs 2 bis 8 KFG) hat der Gesetzgeber angeordnet, dass Sanktionen auf das Schmerzensgeld beschränkt sein sollen, vermutlich, um die Regressrechte der Sozialversicherungsträger nicht beschneiden. Der OGH hat gegen diese gesetzliche Anordnung keine verfassungsrechtlichen Bedenken (2 Ob 62/05i). Üblich ist eine **Kürzung um 25 %** (2 Ob 42/08b). Dem Geschädigten steht der Gegenbeweis zu, dass auch bei Einhaltung dieser Pflicht eine gleich gravierende Verletzung eingetreten wäre (stRSpr, zB 2 Ob 30/90; 2 Ob 21/92; 7 Ob 41/99a).

Schmerzensgeld ist **grundsätzlich in Form eines Kapitalbetrags** festzusetzen, **nur ausnahmsweise in Rentenform** (stRSpr, zB 2 Ob 242/98x; 2 Ob 244/01s; 2 Ob 292/03k). Der Geschädigte kann auch ohne wichtigen Grund statt einer zustehenden Rente einen Kapitalbetrag wählen (ZVR 1976/30; ZVR 1977/169; 2 Ob 145/02s), was in der Praxis selten geschieht. Das Recht, neben dem Kapitalbetrag eine Rente zu wählen, steht nur bei besonders schweren Verletzungen zu; Maßstab ist dabei die Querschnittverletzung (ZVR 1986/50; 2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k). Bei Kapital und Rente sollte ein gleich hoher Betrag herauskommen (2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k). Bei einer Kombination ist im Rahmen der Globalbemessung vom Kapitalbetrag der Barwert abzuziehen, damit daraus entsprechend der Lebenserwartung ein monatlicher Rentenbetrag bezahlt werden kann (2 Ob 145/02s). Um der Unwägbarkeit der künftigen Verletzungsfolgen zu begegnen, kann eine Rente auch nur bis zu einem bestimmten Endpunkt festgesetzt werden, wenn eine abschließende Bemessung noch nicht möglich ist (ZVR 1984/90). Auch insoweit käme ein Kapitalbetrag in Betracht.

Der tragende Grund für eine Rente ist die Vermeidung des **Prognoserisikos**, nämlich der **Dauer der Schmerzen**. Mit deren Wegfall, meist durch Tod, endet die Rente. Wenn die Rspr das Schmerzensgeld – zu Unrecht – bloß auf die Schwere der Verletzung abstellt, kann es für einen jungen Verletzten mit einer langen Leidensdauer sinnvoll sein, eine Schmerzensgeldrente zu verlangen, einem älteren Verletzten wäre hingegen davon abzuraten. Für den Geschädigten besteht bei der Einklagung einer Rente kein Kostenrisiko, weil das Gericht dann eben den korrespondierenden Kapitalbetrag zuerkennt, wenn es die Voraussetzungen für eine Rente als nicht gegeben erachtet (2 Ob 68/92). Da sich das Unwägbarkeitsrisiko der Lebenserwartung bei jedem Dauerschaden stellt, ist das Erfordernis einer schweren Verletzung vom Ausmaß einer Querschnittlähmung unbegründet. In Deutschland wird darauf abgestellt, dass keine Schmerzensgeldrente unter 100,- € pro Monat verlangt werden kann, weil dann der zusätzliche Regulierungsaufwand einer Rente in keiner sinnvollen Relation zu ihren Vorteilen steht. Dieser pragmatische Gesichtspunkt erscheint auch für Österreich überlegenswert.

Der Schmerzensgeldanspruch **entsteht** ab dem Zeitpunkt der Zufügung einer körperlichen Beeinträchtigung, womit im Regelfall Schmerzen verbunden sind. Ab diesem Zeitpunkt ist er **abtretbar und vererblich** (6 Ob 2068/96b). Für die Fälligkeit verlangt der OGH, dass der Verletzte dem Schädiger ein zahlenmäßig bestimmtes Begehren sowie die Grundlagen für die Beurteilung der Höhe des Schmerzensgeldanspruchs übermittelt. Ab diesem Zeitpunkt beginnt **objektiver Verzugszins** mit der Folge des Laufes der gesetzlichen Verzugszinsen (SZ 41/97; 3 Ob 2295/96p). Jedemfalls laufen Verzugszinsen ab dem Tag der Klagseinbringung (1 Ob 2227/96y; 3 Ob 2295/96p) bzw ab Klagserweiterung (ZVR 1972/196). Die Beschränkung auf die gesetzlichen Verzugszinsen (ZVR 1978/115) ist in der L auf berechtigte Kritik gestoßen.

- 124 Bei einem **ausländischen Verletzten** hängen die Währungsverhältnisse von seinem Wohnsitz am Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz ab (ZVR 1988/66; ZVR 1989/203). Davon zu unterscheiden ist die Kaufkraftparität, die keine Rolle spielen soll (SZ 44/186). Das wird von der L kritisiert. Da diese auch bei den vermehrten Bedürfnissen zu berücksichtigen ist, muss Entsprechendes für das Schmerzensgeld gelten.
- 125 Bei unzureichender Versicherungssumme hat im **Deckungskonkurs** ein **gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch** gem § 336 S 2 ASVG **Vorrang** vor den Ansprüchen der (Sozial-)Versicherungsträger (ÖJZ 1978/12; SZ 51/63). Das Abstellen auf den „gerichtlich festgestellten Schmerzensgeldanspruch“ kann das Ziel der Vermeidung von Benachteiligungen des Sozialversicherungsträgers nicht erreichen, weil der Beklagte im Prozess nicht erscheint oder Einwendungen unterlässt. Es werden bloß zusätzliche Kosten erforderlich. Der OGH hat noch nicht entschieden, ob der Sozialversicherungsträger gegenüber einem gerichtlich festgestellten Schmerzensgeldanspruch die Einwendung erheben kann, dass dieser unangemessen hoch sei. Jedenfalls Sittenwidrigkeit (§ 879) oder Rechtsmissbrauch (§ 1295 Abs 2) sind mE äußerste Grenzen einer zulässigen Gestaltung zwischen Verletztem und Ersatzpflichtigem.
- 126 Bei einem **Arbeitsunfall** steht dem verletzten Arbeitnehmer wegen seiner Verweisung auf die gesetzliche Unfallversicherung gem § 333 Abs 1 ASVG außer bei Vorsatz **grundsätzlich kein Schmerzensgeldanspruch** zu (1 Ob 251/03y: Unfall in der Schule; 2 Ob 38/08i: Dienstgeberhaftungsprivileg der Bundesimmobiliengesellschaft schließt Schmerzensgeld aus). Begründet wird dies neben der **alleinigen Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung durch die Arbeitgeber mit der Erhaltung des Betriebsfriedens** (SZ 50/156). Sofern der Arbeitgeber **grob fahrlässig** gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen hat und es zu einem Dauerschaden gekommen ist, bei dem der Arbeitnehmer eine erhebliche und dauernde Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität erlitten hat, wofür er einen Anspruch auf eine Verrentenrente hat, kann er gem § 213a ASVG zusätzlich eine Integritätsabgeltung verlangen (10 Ob 2338/96; 2 Ob 185/99s). Darüber hinaus wird die Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers gem § 333 Abs 3 ASVG durchbrochen, wenn für einen Arbeitsunfall der Zugriff auf eine gesetzliche Kfz-Haftpflichtversicherung besteht. Seine Haftung wird letztlich nur deshalb angeordnet, um dem Verletzten und den Sozialversicherungsträgern einen Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung zu ermöglichen. Die Haftung des Arbeitgebers ist deshalb auch bei einer Verschuldenshaftung darauf beschränkt (2 Ob 181/98a).
- 127 Das Schmerzensgeld ist nicht nur global zu bemessen (dazu oben Rz 117); es kann **grundsätzlich nur einmal** erhoben werden (stRspr, zB ZVR 1985/39; 2 Ob 255/01s; 9 Ob 38/07i). Kommt das Gericht bei einer Nachklage zum Ergebnis, dass die künftigen Schmerzen ausreichend verlässlich abzuschätzen waren, ist eine **Nachklage** – trotz eines erklärten Vorbehalts (1 Ob 56/97; 2 Ob 242/98x: selbst bei einem Versäumnisurteil ist das so) und **trotz Feststellungsklage – unzulässig**. Ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Wissensstand eines Laien maßgeblich (6 Ob 204/98p). Bei Einschaltung eines medizinischen Sachverständigen kommt es auf den in dessen Gutachten zum Ausdruck kommenden Wissensstand an; zur Vermeidung von Missverständnissen und Haftungsfallen sollte dieser deutlich aussprechen, ob künftige Schmerzen wahrscheinlich eintreten werden oder eine abschließende Abklärung noch nicht möglich ist.
- 128 Die möglichen Überraschungen bei unpräzisen Sachverständigengutachten zeigt eindrucksvoll OGH 2 Ob 23/06p: Während die Parteien das Gutachten als noch **nicht abschließende Beurteilung** verstanden, hielt der OGH eine Globalbemessung aufgrund des Gutachtens im Vorprozess für möglich und wies eine Nachklage ab. Im umgekehrten Fall, wenn das Gericht einen Anspruch auf Globalbemessung wegen fehlender Voraussetzungen ablehnt und eine Teilabweisung ausspricht, ist eine Nachklage später möglich (1 Ob 150/06g). Zu einer **Teilglobalbemessung** kommt es, wenn zum Zeitpunkt der Nachklage ein gegenüber dem Vorverfahren verbesserter Kenntnisstand besteht (2 Ob 150/06g).
- 129 Die **Geltendmachung eines Teilbetrags** mit einer **späteren Nachklage** ist nur aus **besonderen Gründen** zulässig. Den Geschädigten trifft die Beweislast, dass keine Berücksichtigung im

Vorprozess r  
**Verhandlung**  
2 Ob 255/01  
zur Verjährung  
Innsbruck Z

Eine N  
Schmerzensg  
Schmerzensg  
liegen des S  
partei sich g  
ausspricht (G  
nung der Kl

Auch  
ten zulässig  
es nicht da  
173/01g). S  
letzte nicht  
242/98x; 9  
tung der Te  
(stRspr, zB  
bei der ers  
pflichtigen  
absehbar w  
dass zwisch

Bei c  
bestimmte  
nachträglic  
Schmerzen  
solche Ver  
Sachverstä  
bei eindeu  
vorherseht  
**widrigkeit**  
Haftpflicht  
sollte er si  
digte einer

Die  
iSd § 502  
180/04s).

**M. Scho**

Seit  
**schaden** r  
Jeweils h  
dessen ps  
ausgelöst.  
eine psych  
von Schn  
bereits Z  
Erkranku

Huber

Vorprozess möglich war (2 Ob 255/01s). Der wichtigste Fall ist, dass zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz die Folgen nicht überschaubar waren (stRspr, zB ZVR 1990/158; 2 Ob 255/01s; 2 Ob 154/03s). In solchen Fällen soll die Einbringung einer Feststellungsklage – zur Verjährungsvermeidung (ZVR 1986/5) – angezeigt sein (2 Ob 254/98m; 1 Ob 134/00p; OLG Innsbruck ZVR 2001/74).

Eine **Nachklage** ist darüber hinaus dann zulässig, wenn der Geltendmachung eines höheren Schmerzensgeldbetrags **prozessuale Umstände** entgegenstehen, zB wenn der Geschädigte einen Schmerzensgeldbetrag unter der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze annehmen durfte, nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens aber ein besserer Kenntnisstand vorliegt und die Gegenpartei sich gem § 235 ZPO gegen die Überschreitung der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze ausspricht (6 Ob 204/98p; 2 Ob 173/01g). Eine noch fehlende pflegschaftsbehördliche Genehmigung der Klagsausdehnung ist kein Grund für eine Teilklage (2 Ob 232/07t). 130

Auch bei Zulässigkeit von Vor- und Nachklage ist nur eine Bemessung nach **Zeitabschnitten** zulässig, nicht eine nach Verletzungen (ZVR 1980/19). Ist eine Nachklage zulässig, kommt es nicht darauf an, dass die Vorklage als Teilklage bezeichnet worden ist (2 Ob 508/91; 2 Ob 173/01g). Sicherzustellen ist in jedem Fall, dass durch eine **mehrmalige Bemessung** der Verletzte **nicht mehr erhält als bei einer einmaligen Bemessung** (stRspr, zB ZVR 1990/158; 2 Ob 242/98x; 9 Ob 38/07i; stRspr). Änderungen des Geldwertes seit dem Unfall sind durch Aufwertung der Teilzahlungen entsprechend der inzwischen gesunkenen Kaufkraft zu berücksichtigen (stRspr, zB ZVR 1989/203; 2 Ob 242/98x). Konsequenterweise muss das Entschädigungsniveau bei der erstmaligen Bemessung maßgeblich sein, weil es wenig sachgerecht wäre, den Ersatzpflichtigen stärker zu belasten, weil bei der erstmaligen Bemessung die Folgen nicht ausreichend absehbar waren und das Schmerzensgeldniveau seither signifikant gestiegen ist. Zu bedenken ist, dass zwischen der erstmaligen und der abschließenden Bemessung Jahrzehnte liegen können. 131

Bei den vom Haftpflichtversicherer vorformulierten Abfindungserklärungen, mit einem bestimmten Schmerzensgeldbetrag **vollständig und endgültig abgefunden** zu sein, kann sich nachträglich ein krasses Missverhältnis des geleisteten Betrags zu den tatsächlich eingetretenen Schmerzen herausstellen. Als Hilfe für den **überevorteilten Geschädigten** legt der OGH eine solche Vereinbarung in der Weise aus, dass davon nur solche Schmerzen erfasst sind, die der Sachverständige erkannt und in sein Gutachten einbezogen hat (2 Ob 150/06g; 2 Ob 233/06p); bei eindeutigem Wortlaut („Abgeltung aller vergangenen und künftigen Schmerzen, mögen sie vorhersehbar sein oder auch nicht“) nimmt der OGH bei einem **krassen Missverhältnis Sittenwidrigkeit der Vereinbarung** an (2 Ob 130/97x). Der Geschädigte sollte eine derartige – vom Haftpflichtversicherer vorformulierte Vereinbarung – im Zweifel nicht unterfertigen; jedenfalls sollte er sich erläutern lassen, um wie viel der Abfindungsbetrag höher ausfällt, weil der Geschädigte einen Verzicht auf die Abgeltung derzeit nicht erkennbarer künftiger Schmerzen leistet. 132

Die **Bemessung** des Schmerzensgeldes durch das OLG ist **keine erhebliche Rechtsfrage** (stRspr, zB 2 Ob 180/04s). 133

### M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden

Seit einiger Zeit gewährt der OGH auch bei einem **Schockschaden**, einem **Fernwirkungsschaden** und einem **Trauerschaden** der beeinträchtigten Person einen Schmerzensgeldanspruch. 134  
Jeweils hat der Schädiger den Anspruchsberechtigten nicht unmittelbar beeinträchtigt, sondern dessen psychische Beeinträchtigung durch Verletzung oder Tötung des unmittelbar Geschädigten ausgelöst. Ein **Schockschaden** liegt vor, wenn eine Person durch das Miterleben eines Unfalls eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert erleidet (so erstmals 2 Ob 45/93: Zuspruch von Schmerzensgeld; zum Zuspruch von Verdienstentgang in einer vergleichbaren Konstellation bereits ZVR 1977/54). Bei einem **Fernwirkungsschaden** erleidet eine Person eine psychische Erkrankung, obwohl sie beim Unfallgeschehen nicht dabei war. Ein **Trauerschaden** liegt vor,

wenn es infolge des Todes einer Person oder einer besonders schweren Verletzung zwar zu keiner psychischen Erkrankung eines Angehörigen kommt, dieser aber Trauer empfindet, die als ideeller Schaden entschädigt wird.

- 135** Beim Schmerzensgeld wird eine **seelische Beeinträchtigung mit Krankheitswert** einer **Körperverletzung gleichgehalten**. Der prototypische Fall eines **Schockschadens** liegt darin, dass ein Angehöriger durch das Mitansehen des Unfalls so stark beeinträchtigt wird, dass er eine seelische Erkrankung erleidet (2 Ob 58/07d: Mitansehen der schweren Unfallverletzung des Vaters durch 7 bzw 10 Jahre altes Kind; 7.500 € bzw 9.600 € an 7 bzw 10 Jahre altes Kind, gleichzusetzen mit 60 bzw 100 Tagen leichten Schmerzen). Im Ausgangsfall 2 Ob 45/93, bestätigt durch 2 Ob 99/95, wurde die 20 Monate alte Klägerin bei dem Verkehrsunfall im Auto der Mutter zwar nur leicht verletzt, sie konnte aber infolge des langen Krankenhausaufenthalts der Mutter die Trennung seelisch nicht adäquat verarbeiten. Die zunächst vorhandene leichte Körperverletzung des Kindes und das Miterleben des Unfalls standen mit dem „Folgeschaden“ der psychischen Fehlverarbeitung somit in einem bloß zufälligen Zusammenhang.
- 136** Die Ersatzfähigkeit eines **Schockschadens** hängt von der **Umschreibung der psychischen Beeinträchtigung durch den jeweiligen Sachverständigen** ab. Eine Schlafstörung liegt regelmäßig vor. Dazu muss eine weitere Beschwer kommen, zB völlige Schwunglosigkeit (2 Ob 136/00i), Erschöpfungszustände (8 Ob 127/02p), posttraumatische Belastungsstörung (2 Ob 120/02i), traurige Verstimmung sowie Antriebsstörungen (2 Ob 186/03x) oder eine Erschöpfungserscheinung (2 Ob 163/06v). Die Schwelle für den Schockschaden ist eine Behandlungsbedürftigkeit der psychischen Beeinträchtigung; ob diese in der Folge tatsächlich behandelt wird, ist unerheblich (2 Ob 163/06v: für Behandlung der psychischen Beeinträchtigung keine Zeit).
- 137** Die Ersatzfähigkeit eines Schockschadens setzt in der Regel voraus, dass der psychisch Beeinträchtigte ein **naher Angehöriger** des Getöteten oder Schwerstverletzten ist. Abgestellt wird darauf, ob das Schockerlebnis typischerweise geeignet ist, eine Folge wie die ausgelöste herbeizuführen und dies ein maßstabgerechter Mensch ex ante erkennen konnte. In Betracht kommt freilich auch, dass der Schädiger dem Geschädigten eine unmittelbare psychische Schädigung zufügt, ohne dass es darauf ankommen kann, ob auch eine geringfügige zusätzliche Körperverletzung verursacht wurde (dazu 2 Ob 120/02i: Auslösung einer posttraumatischen Belastungsstörung bei der körperlich unverletzten Lenkerin eines Kfz durch Anblick der beim Unfall getöteten Motorradfahrerin; 2 Ob 39/09p: psychische Krankheit als Beifahrer des Bruders durch dessen Tod infolge Augenblicksversagens). **Angehörigeneigenschaft** wird angenommen bei **Eltern und Kindern**, aber auch bei einem **Lebensgefährten** (8 Ob 127/02p; 2 Ob 212/04x) sowie (erwachsenen) **Geschwistern**, soweit zwischen diesen eine intensive Gefühlsgemeinschaft besteht (2 Ob 90/05g; 2 Ob 99/05f). Insofern gilt der gleiche Maßstab wie beim Fernwirkungs- und Trauerschaden. Auch wenn es bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten (oben Rz 53 ff: Ausklammerung der Geschwister) um die Förderung der Gesundheit des Verletzten, beim Schockschaden um die Abgeltung der psychischen Beeinträchtigung der Angehörigen geht, sollte mE schon aus pragmatischen Gründen der ersatzberechtigte Personenkreis der gleiche sein.
- 138** Bei Schockschäden kommen neben dem **Schmerzensgeld** auch **Heilungskosten** (2 Ob 7/05a: Facelifting bei krankheitswidrig trauergeschädigter 45-jährigen Mutter nach 15 kg Gewichtsabnahme innerhalb eines halben Jahres) sowie ein **Erwerbsschaden** in Betracht (ZVR 1977/54: Verdienstentgang eines Opernsängers; 2 Ob 186/03x: Verlust der Ehefrau und aller 3 Kinder).
- 139** **Fernwirkungsschaden** gebührt ausschließlich Angehörigen (2 Ob 111/03t: Tochter; 2 Ob 79/00g: Vater; 8 Ob 127/02p: Lebensgefährtin). Die **krankhafte psychische Beeinträchtigung** wird durch die **Nachricht vom Tod** ausgelöst (2 Ob 79/00g; 2 Ob 136/00i) oder stellt sich **im Zuge der Pflege und Betreuung des Schwerstverletzten** ein (2 Ob 79/00g; 2 Ob 163/06v: Schlaflosigkeit erst in der Phase der Betreuung, € 7.000,- Schmerzensgeld an die Eltern).
- 140** Das **Ausmaß des Ersatzes** wegen krankhafter psychischer Beeinträchtigungen wird in **Anlehnung an die Einteilung von Schmerzen in leichte, mittlere und starke** ermittelt. Bei ei-

ner schw  
Elternpaa  
chen Mut  
Aufnahm  
**Höchstzu**  
frau und  
nierung i

Bei  
einer psy  
84/01v);  
ge Tocht  
Die Rspr  
Couch de  
digen be  
gen lasse  
Trauerse  
auf ande  
nicht ab  
(unbrec  
kein Tra  
sicht kri  
auf, dass  
**auch be**  
ist mE s  
Begehre  
aber me  
häufig a

De  
den unc  
bei Bes  
scheinig  
- Bezie  
auch ei  
größer  
geht ni  
oder be  
von Tra  
Naheve  
versage  
des Gr  
kein Ti  
gemeir

E  
(bloßer  
nen M  
Zuschl  
wirkur

7  
263/06  
vorhar  
kehrte

Bei schweren lebensbedrohenden Magersucht einer 14-jährigen Tochter eines schwer verletzten Elternpaares hat der OGH € 21.500,- zugesprochen (2 Ob 111/03t), einer 31-jährigen zweifachen Mutter nach Tod des Mannes, einem Gewichtsverlust von 23 kg mit Suizidgefahr, aber bei Aufnahme einer neuen Beziehung nach 1 Jahr € 25.000,- (2 Ob 292/04m). Der diesbezügliche **Höchstzuspruch mit € 65.000,-** erfolgte an einen Ehemann und Vater, der gleichzeitig die Ehefrau und alle 3 Kinder verloren hatte, wobei der Erwerbsschaden infolge der vorzeitigen Pensionierung in diesem Fall ein Vielfaches betragen haben dürfte.

Bei Tötung eines Angehörigen infolge **grober Fahrlässigkeit** gebührt auch ohne Nachweis einer psychischen Erkrankung ein **Schmerzensgeld für das Bestehen der Trauer an sich** (2 Ob 84/01v); im konkreten Fall bestand eine Haftung nach dem EKHG für die Tötung der 8-jährigen Tochter, was namentlich die schwangere Mutter seelisch nur sehr schwer verkraften konnte. Die Rspr-Änderung könnte dadurch veranlasst gewesen sein, dass diese Eltern sich nicht auf die Couch des Psychiaters gelegt haben oder sich zumindest durch einen einschlägigen Sachverständigen behandelungsbedürftige seelische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert haben bescheinigen lassen, wie das in gut bürgerlichen Kreisen der Fall gewesen wäre. Durch die Verwendung des Trauerschmerzensgeldes, etwa durch Unternehmen einer größeren Reise, sollen die Angehörigen auf andere Gedanken kommen. Es ist daher folgerichtig, dass insoweit lediglich ein Kapitalbetrag, nicht aber eine Rente geschuldet ist (2 Ob 150/08k). Bei bloßer Betroffenheit (Trauer) wegen der (unberechtigten) Verhaftung eines Familienangehörigen für einen Zeitraum von 2 Tagen gebührt kein Trauerschmerzensgeld (1 Ob 88/07h). In der Lit ist diese Rspr-Änderung in mancherlei Hinsicht kritisiert worden. Die einen wenden sich gegen den Zuspruch überhaupt unter Hinweis darauf, dass es dafür keine gesetzliche Grundlage gebe. Die anderen plädieren für eine **Ausdehnung auch bei leichter Fahrlässigkeit** und in den Fällen der **Gefährdungshaftung**. Letzterer Ansicht ist mE schon aus pragmatischen Gründen zu folgen. Derzeit werden bei den Betroffenen nämlich Begehrensvorstellungen geweckt, die beträchtliche Regulierungskosten auslösen, in der Praxis aber meist nur bei Alkoholisierung des Fahrzeuglenkers zu einem Zuspruch führen, weil es sonst häufig am Vorliegen grober Fahrlässigkeit fehlt.

Der **Angehörigenkreis** ist beim Trauerschmerzensgeld der gleiche wie beim Schockschaden und beim Fernwirkungsschaden. Maßgeblich ist eine **intensive Gefühlsgemeinschaft**, die bei Bestehen einer **Haushaltsgemeinschaft vermutet** wird, sonst aber zu beweisen bzw zu bescheinigen ist (2 Ob 141/04f: Wohnsitz der Mutter vis-à-vis; 2 Ob 90/05g: zwischen 2 Brüdern - Beziehung einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich). Die **Intensität der Gefühlsgemeinschaft** ist auch eine **zentrale Bemessungsdeterminante**, weil man davon ausgeht, dass die Trauer umso größer ist, je intensiver die Gefühlsgemeinschaft war. Die Eigenschaft als naher Angehöriger geht nicht dadurch verloren, dass die gefühlsmäßige Verbundenheit im Unfallzeitpunkt gestört oder belastet war (2 Ob 79/00g). Andererseits wäre bei einer völlig zerrütteten Ehe die Zubilligung von Trauerschmerzensgeld wenig angebracht. Folgerichtig ist, einem Kleinkind, das im zeitlichen Naheverhältnis nach dem Tod noch gar nicht begreift, was passiert ist, einen Trauerschaden zu versagen (2 Ob 41/03y: Abweisung des Anspruchs eines 7 Monate alten Kindes wegen Verlustes des Großvaters). Sofern nicht einmal eine außereheliche Lebensgemeinschaft vorliegt, entsteht kein Trauerschmerzensgeldanspruch (2 Ob 15/07f: Freund, mit dem das Eingehen einer Lebensgemeinschaft geplant war).

Der **Umfang des Ersatzes** ist bei Schock- bzw Fernwirkungsschaden einerseits und dem (bloßen) Trauerschmerzensgeld andererseits verschieden. Das Trauerschmerzensgeld begründet einen Mindestersatz; wird eine krankhafte psychische Beeinträchtigung nachgewiesen, kommt ein Zuschlag in Betracht; die Übergänge sind fließend: Der Ersatzumfang für Schockschaden und Fernwirkungsschaden darf jedenfalls das Ausmaß eines bloßen Trauerschadens nicht unterschreiten.

Tendenziell spricht der OGH bei **Tod von Kindern** an die Eltern die höchsten Werte zu (2 Ob 263/06z: € 20.000,- an Eltern für Verlust eines 6-jährigen Kindes, auch wenn noch weitere Kinder vorhanden; 2 Ob 55/08i: € 20.000,- für Eltern einer 19-jährigen Tochter), etwas weniger im **umgekehrten Verhältnis** (2 Ob 141/0f: € 13.000,- bei Tod der 61-jährigen Mutter mit engem Verhältnis

zum 40-jährigen erwachsenen Sohn), etwa ebenso viel bei Verlust eines Ehepartners oder Lebensgefährten und relativ am wenigsten bei Geschwistern (2 Ob 90/05g ZVR 2005/73 € 9.000,- zwischen 2 Brüdern bei einer Beziehung, die einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich; 2 Ob 55/08i: € 20.000,- für Eltern, hingegen € 15.000,- für annähernd gleichaltrige Geschwister). Ohne Haushaltsgemeinschaft wird vermutet, dass die Gefühlsbeziehung weniger eng ist, wobei eine Tendenz auszumachen ist, dass die Werte im Laufe der – noch jungen Rspr – moderat nach oben weisen. Kommt eine psychische Erkrankung hinzu, fallen die Werte etwas höher aus (2 Ob 135/07b: € 35.000,-, 17-jähriger, Tod der Mutter, diese einzige Bezugsperson, am Ende Suizid; 2 Ob 212/04x: € 11.000,- für Lebensgefährten, wenn psychische Erkrankung dazu kommt; 2 Ob 99/08k: € 20.000,- bei Tod der 12-jährigen Tochter und Nachweis einer Psychotherapie mit 33 Sitzungen).

- 145 Wie bei § 1327 (dazu Rz 135 f) handelt es sich beim Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Trauerschmerzensgeld um einen **abgeleiteten Anspruch**. Hätte der nunmehr Getötete im Verletzungsfall keinen Anspruch, steht seinen Hinterbliebenen ebenfalls keiner zu. Das hat zur Folge, dass ein **Mitverschulden** des Getöteten sich anspruchsmindernd auswirkt (2 Ob 178/04x: Zechtour, Getöteter konnte erkennen, dass er sich einem alkoholisierten Lenker anvertraute). Die in der Lit vertretene Gegenansicht, dass der Getötete und der Dritte Nebentäter seien und der Dritte sich beim Nachlass regressieren könne, ist unnötig kompliziert und leuchtet auch in der Sache nicht ein. Was für das Mitverschulden gilt, ist auch auf einen Arbeitsunfall anzuwenden. Die **Haftungsausschlussnorm des § 333 ASVG** führt zur Versagung eines Schmerzensgeldanspruchs der Angehörigen (2 Ob 82/05f).

**§ 1326. Ist die verletzte Person durch die Misshandlung verunstaltet worden; so muß zumal, wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, insofern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.**

**A. Funktion des § 1326**

- 1 Der Begriff „Verunstaltungsentschädigung“ ist kein Gesetzesbegriff des ABGB; er kommt aber etwa in § 13 Z 5 EKHG vor und ist auch bei § 1326 gebräuchlich. Misshandlung ist ein Synonym für Körperverletzung. Ein **prototypischer Fall** ist die **Entstellung des Gesichts einer Frau** (2 Ob 266/97z), was für diese negative Auswirkungen im Erwerbsleben sowie bei der Suche nach einem Ehemann hat. Hinzuweisen ist darauf, dass die – mechanische – Erwerbsfähigkeit durch eine Verunstaltung nicht unbedingt beeinträchtigt sein muss: Eine Person, deren Gesicht durch Narben entstellt ist, kann deshalb genauso gut tippen wie mit einem makellosen Äußeren. Ob sie bei der Bewerbung für eine Stelle die gleichen Chancen hat, den Zuschlag zu bekommen, steht auf einem anderen Blatt. § 1326 soll der verunstalteten Person ein „**Trostpflaster**“ für **solche unwägbaren Nachteile** bescheren. Insofern stellt es eine dritte Schicht gegenüber dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn dar. Die Besonderheit besteht darin, dass der Eintritt eines solchen künftigen Schadens noch schwerer nachweisbar ist als der entgangene Gewinn, eine Verunstaltungsentschädigung aber bei jedem Verschulden sowie bei Verwirklichung eines Gefährdungshaftungstatbestands gebührt. Nach Anerkennung einer eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft ist ein solcher Partner einem Ehegatten gleichzustellen.

- 2 Über die Einordnung als **Vermögensschaden** oder **immateriellen Schaden** besteht Uneinigkeit. Die Literatur verortet § 1326 im Grenzbereich zwischen materiellem und immateriellem Schaden. Die Rspr betont den Charakter als **Vermögensschaden**. Das liegt bei den Nachteilen im – beruflichen – Erwerbsleben auf der Hand. Aber auch bei Vereitelung einer Heiratsaussicht lässt sich das rational begründen. Die Möglichkeit des Eingehens einer Ehe hat auch ökonomische Sicherungsaspekte. Im Fall der Beeinträchtigung der Erzielung eines Erwerbseinkommens im Beruf oder im Krankheitsfall findet eine – erste – Abfederung durch die bestehende Beistandspflicht (§§ 90 ff) statt. Die Fixkostendegression beim Wohnsitz und der Haushaltsführung bewirken, dass der Lebensstandard auch des beruflich erwerbstätigen Ehegatten durch Eingehung einer Ehe steigt (folgerichtig daher SZ 32/122: Zuspruch an eine berufstätige Frau; ZVR 1976/19: Aus-

übung eine Verelich

**Man**  
Festsetzun  
dass die Ve  
105/09v: t  
€ 11.000,-  
ter Berück  
geld wird  
ist, die Ver  
ein objekti  
schaden is  
notwendig  
liegt, ums  
ein objekt

Folg  
**Auslegun**  
sein. Aber  
(ZVR 198

Ist e  
In der E  
**Partnerv**  
Verunstal  
ten, dass  
Partnerve  
zur Ehesc  
Feststellu  
berlichen  
zum ange  
Schmerze  
lassen sic  
des Resti  
die Abge

Die  
manifesti  
einer Ehe  
„**Gewinn**  
105/09v)  
eine Ents  
schädigu

Vor  
nachteile  
weisen s  
tungsent  
mit eine  
abhängig  
stellung  
jedem F.  
gibt (ins  
diese un

übung einer eigenen Berufstätigkeit schließt nicht Verbesserung der wirtschaftlichen Lage durch Verhelichung aus).

Manche Argumentationsmuster weisen aber **Parallelen zum Schmerzensgeld** auf. Bei 3 Festsetzung des Umfangs wird unter Bezugnahme auf das Schmerzensgeld darauf hingewiesen, dass die Verunstaltungsentschädigung **nicht zu knapp** bemessen werden soll (7 Ob 36/03z; 2 Ob 105/09v; bei Oberschenkelamputation Verweis auf 8 Ob 52/86; in der älteren E Zuspruch von € 11.000,-, nun € 20.000,-; vgl aber auch 3 Ob 283/08a: Bezugnahme auf Vorentscheidungen unter Berücksichtigung **bloß der Geldentwertung** in den letzten 10 Jahren). Wie beim Schmerzensgeld wird darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankommt, dass der Geschädigte in der Lage ist, die Verunstaltung als solche zu erkennen (2 Ob 66/92). Zur Vermeidung von Ungleichheiten ist ein objektiver Maßstab anzulegen (7 Ob 36/03z; 2 Ob 105/09v). Bei Qualifikation als Vermögensschaden ist das subjektive Empfinden von vornherein irrelevant. Der objektive Maßstab lässt nicht notwendigerweise auf einen ideellen Schaden schließen. Je weiter ein Schaden in der Zukunft liegt, umso größer sind die Unwägbarkeiten und umso mehr muss auch beim Vermögensschaden ein objektiver Maßstab angelegt werden.

Folge des Übergangs vom Patriarchat zum Partnerschaftsprinzip ist die **geschlechtsneutrale** 4 **Auslegung** des § 1326. Für die Dimension der beruflichen Nachteile kann das gar nicht anders sein. Aber auch bei verminderten Heiratsaussichten wird dem Mann ein Anspruch zugestanden (ZVR 1983/38; ZVR 1987/127; 9 Ob 728/00y).

Ist eine Person verunstaltet, hat diese es naturgemäß schwerer, einen Ehepartner zu finden. 5 In der E 2 Ob 266/97z bejahte der OGH die grundsätzliche Ersatzfähigkeit der **Kosten eines Partnervermittlungsinstituts**, lehnte diese aber in concreto ab, weil die Verletzte bereits eine Verunstaltungsentschädigung begehrt und erhalten habe. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass solche Kosten niemals ersatzfähig seien. ME trifft das Gegenteil zu. Die Kosten eines Partnervermittlungsinstituts dienen der Herstellung einer Ersatzlage. Führen diese Bemühungen zur Eheschließung, steht der verunstalteten Person – wie jeder sonst verheirateten Person – ein Feststellungsanspruch zu, wofür insb spricht, dass die Bestandkraft einer Ehe auch von der äußerlichen Attraktivität des jeweiligen Ehepartners abhängt. Führt die Partnervermittlung nicht zum angestrebten Erfolg, ist die Verunstaltungsentschädigung ebenso wenig zu kürzen wie ein Schmerzensgeld nach einem vergeblichen Heileingriff. Die Kosten der Partnerschaftsvermittlung lassen sich als unfallbedingt entstandene vermehrte Bedürfnisse begreifen, die eine Betätigung des Restitutionsinteresses darstellen. Die Verunstaltungsentschädigung zielt demgegenüber auf die Abgeltung des restlichen Kompensationsinteresses.

Die beiden Ausprägungen, in denen sich Vermögensnachteile infolge einer Verunstaltung 6 manifestieren, sind Nachteile im – beruflichen – Erwerbsleben sowie in Bezug auf die Chance einer Eheschließung. Mitunter fasst der OGH diese beiden Bereiche unter dem Oberbegriff der „**Gewinnung einer günstigeren Lebenslage**“ zusammen (ZVR 1980/74; 1 Ob 161/00h; 2 Ob 105/09v). Ob es neben den genannten Bereichen eine restliche Sphäre gibt, für die nach § 1326 eine Entschädigung begehrt werden kann, ist offen. Ist das zu verneinen, ist eine Verunstaltungsentschädigung zu versagen, wenn eine Person verheiratet ist und nicht mehr im Erwerbsleben steht.

Von § 1326 erfasst sind durch die Verunstaltung sich ergebenden potentiellen Vermögens- 7 nachteile im Rahmen des **Erwerbsschadens**, die praktisch aber **kaum oder sehr schwer zu beweisen** sind (ZVR 1984/236: Maurer, Polier; ZVR 1987/47: Frau, Modebranche). Eine Verunstaltungsentschädigung gebührt nicht nur dann, wenn eine Person im Rahmen ihrer Berufstätigkeit mit einer Vielzahl von Menschen zu tun hat und ihr Erwerbseinkommen von deren Sympathie abhängig ist, was durch die Verunstaltung getrübt sein kann. Zu bedenken ist, dass bei jeder Einstellung einer Person deren Äußeres ein – häufig unausgesprochener – Gesichtspunkt ist, der in jedem Fall bedeutsam ist, mitunter aber auch den Ausschlag für so manche Personalentscheidung gibt (insoweit zu eng 4 Ob 515/93: beinamputierte Logopädin, Verunstaltungsentschädigung, weil diese unmittelbaren Kontakt zu Menschen hat).

- 8 Der OGH gewährt auch einem **Kind** einen Anspruch auf Verunstaltungsentschädigung, der mit der Geltendmachung fällig ist und der selbst dann gebührt, wenn nicht feststeht, ob das verletzte Kind das Berufsalter überhaupt erreichen wird (ZVR 1978/292; 1 Ob 2227/96y; 1 Ob 161/00h; stRspr). Begründet wird dies damit, dass es beim Anspruch nach § 1326 um eine **Abgeltung unwägbarer Zukunftsrisiken** geht. Diese Argumentation vermag aber das Ergebnis nicht zu stützen. Der abzugeltende Vermögensschaden kann frühestens eintreten mit dem **heiratsfähigen Alter** bzw dem **potentiellen Eintritt ins Erwerbsleben**. Nicht einmal Gründe der Einfachheit der Regulierung vermögen die sofortige Auszahlung einer Verunstaltungsentschädigung zu tragen, erstreckt sich ein solcher Schaden doch in aller Regel weit in die Zukunft. Vereinbaren die Parteien eine einmalige Kapitalabfindung, wäre mE zu beachten, dass die Verunstaltungsentschädigung dann abzuzinsen ist.
- 9 Ist eine Person verletzungsunabhängig **endgültig aus dem Berufsleben ausgeschieden**, wird eine Verunstaltungsentschädigung zu Recht versagt (ZVR 1983/16; OLG Wien ZVR 2009/208: 62-jährige in Pension befindliche Gemüsefrau). Auch einer **Hausfrau** wird eine Verunstaltungsentschädigung versagt, weil bei dieser ein darauf zurückzuführender Erwerbsschaden auszuschließen sei (ZVR 1976/231; ZVR 1977/17). Infolge des Umstands, dass sich im Rahmen einer Erwerbsbiografie heute öfter als früher Änderungen ergeben, ist mE einer Hausfrau, die vor der Verletzung noch keine Altersrente bezogen hat, wie einer verheirateten Person (dazu unten Rz 11) ein Feststellungsanspruch einzuräumen.
- 10 Neben den verunstaltungsbedingten Nachteilen im beruflichen Erwerbsleben gebührt der Anspruch nach § 1326 für Nachteile beim Finden eines Ehepartners. Das Bestehen einer **Lebensgemeinschaft** ist dafür ebenso wenig ein Hindernis (OLG Wien ZVR 1996/101; OLG Wien ZVR 2009/208) wie eine bestehende **Verlobung** (ZVR 1978/21; OLG Wien ZVR 1996/101). Das ist schon deshalb zutreffend, weil einerseits eine Lebensgemeinschaft weniger Sicherheit bietet als eine Ehe und andererseits die Gefahr besteht, dass diese gerade wegen der Verunstaltung zerbricht.
- 11 Da es sich bei der Verunstaltungsentschädigung um den Anspruch einer unverheirateten Person handelt, gibt der OGH einem Leistungsbegehren im Rahmen des § 1326 nur dann statt, wenn die Ehe bei der letzten mündlichen Verhandlung 1. Instanz nicht mehr besteht, mag sie im Unfallzeitpunkt auch noch bestanden haben (ZVR 1997/81; 2 Ob 2076/96z). Auf den Grund der Auflösung der Ehe kommt es nicht an (2 Ob 81/95; OLG Wien ZVR 2001/43). In der Literatur wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass es bei der Verunstaltungsentschädigung um die Abgeltung künftiger potentieller Nachteile geht. Da heute viele Ehen geschieden werden, in den Städten noch mehr als auf dem Lande, ist es daher folgerichtig, dass der verunstaltete **Ehepartner** das **mögliche künftige Risiko** durch eine **Feststellungsklage** absichern kann. Sollte die Ehe enden, durch Scheidung oder Tod (zum Zuspruch einer Verunstaltungsentschädigung, wenn bei einem Unfall der Ehemann getötet, die Ehefrau verunstaltet wurde, RZ 1992/32), besteht dann ein Leistungsanspruch. Es bestehen insoweit Parallelen zu § 1327, wonach ein derzeit nicht bestehender, aber in Zukunft möglicher Unterhaltsanspruch durch eine Feststellungsklage gesichert werden kann.
- 12 Der prototypische Fall einer Verunstaltung ist jede **wesentliche nachteilige Veränderung der nach außen hin bemerkbaren Erscheinung** (2 Ob 66/92; 4 Ob 2107/96y; 1 Ob 2227/96y; stRspr). Abzustellen sein soll auf die Lebensanschauung (2 Ob 89/99y: unsachgemäße Nachbarbehandlung einer Lippentätowierung) sowie einen ästhetischen Maßstab (1 Ob 2227/96y). Nach Kritik an der Rspr durch die Lit hat der OGH auch **nicht äußerlich sichtbare Verunstaltungen** genügen lassen (ZVR 1989/74: Taubheit; ZVR 1989/31: Verlust der Sehfähigkeit; 4 Ob 2107/96y: starre Kontaktlinse nach Verletzung des Auges; 2 Ob 89/99y: Sprechfehler und intellektuelle Defizite; ZVR 1989/74: Impotenz; OLG Wien ZVR 1993/105: Erektionsstörung; 9 ObA 2153/96z: Störungen der Sexualfunktion). ME ist zu differenzieren, je nachdem, ob es sich um eine Vereitelung der Heiratsaussichten oder Nachteile im Beruf geht. Da sich die Partner

im Zuge de  
lig sein als  
2 Ob 163/8  
27-jährigen  
Kopf keine  
Manche De  
Pornoschau  
zu differenz  
sein als bei

Eine \n  
Zu versage  
2001/64) oc  
dent, gering  
oder mitlei  
staltung nu  
beachtlich

Keine  
gen eines I  
während de  
insoweit di  
re entstellt  
der Bemes  
nach einerr  
deutung zu

Abzu  
(2 Ob 81/9  
Status als v  
einer gepl  
unstaltung;  
beruflicher

Ausr  
2 Ob 105/  
290/05v).  
Auch dies  
Nachteil ir  
führen sein  
ist darauf .  
das sollte r  
verlässlich  
einen ganz  
nach dem  
digung, da

Ents;  
(ZVR 198  
rung von s  
tung freili  
die Mögli  
dem Geric  
tens angel  
gefährdet.

im Zuge der Anbahnung einer Ehe näherkommen, wird insoweit eine Entstellung eher nachteilig sein als im beruflichen Umfeld (2 Ob 81/95: Operationsnarben am Oberschenkel; vgl auch 2 Ob 163/89: zu Unrecht keine Berücksichtigung des Ausbleibens der Monatsblutung bei einer 27-jährigen unverheirateten Frau; zutreffend 2 Ob 67/93: eine durch Haare verdeckte Narbe am Kopf keine Verunstaltung, es sei denn, sie würde bei intimer Begegnung als störend empfunden). Manche Defizite wie Impotenz und Erektionsstörung sollten im Beruf – im Regelfall; Ausnahme Pornoschauspieler – gar keine Rolle spielen. Darüber hinaus wird je nach – möglichem – Beruf zu differenzieren sein. Bei einer Empfangsdame wird das äußere Erscheinungsbild bedeutsamer sein als bei einer Putzhilfe.

Eine Verunstaltungsentschädigung gebührt, wenn eine **Bagatellschwelle überschritten** ist. <sup>13</sup>  
Zu versagen ist sie bei einer unbedeutenden Narbenbildung (ZVR 1984/345; OLG Linz ZVR 2001/64) oder einer völlig unwesentlichen Veränderung (OLG Innsbruck ZVR 1997/107; Jus-Student, geringfügige Narbe am Finger). Nicht zu verlangen ist ein abstoßendes, abscheuerregendes oder mitleiderweckendes Aussehen (ZVR 1984/345; ZVR 1987/70; 4 Ob 515/93). Ist die Verunstaltung nur nackt oder in Badekleidung sichtbar, ist sie bei Gefährdung der Heiratsaussichten beachtlich (ZVR 1987/127), nicht aber beim beruflichen Fortkommen (ZVR 1984/21).

Keine Voraussetzung für die Zubilligung einer Verunstaltungsentschädigung ist das Vorliegen eines **Dauerschadens** (ZVR 1976/269; ZVR 1978/21). Allerdings muss das Fortkommen während der Phase der gegebenen Verunstaltung beeinträchtigt sein (ZVR 1963/237), wobei auch insoweit die Gefährdung genügen muss (SZ 36/37: Heiratsaussichten einer 24-jährigen, die 2 Jahre entstellt war). Einerseits wird sich der Umstand der bloß temporären Entstellung im Rahmen der Bemessung dämpfend auswirken, andererseits ist zu bedenken, dass sowohl bei der Suche nach einem Ehepartner als auch im beruflichen Erwerbsleben bestimmten Phasen besondere Bedeutung zukommt. Defizite in diesen pflanzen sich mitunter weit in die Zukunft fort. <sup>14</sup>

Abzustellen ist auf die **Verhältnisse zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz** <sup>15</sup>  
(2 Ob 81/95; 2 Ob 2076/96z; OLG Wien ZVR 2001/43). Bedeutsam ist das insb in Bezug auf den Status als verheiratet oder nicht verheiratet. Insoweit mag ein nicht verheirateter Geschädigter mit einer geplanten Eheschließung bis nach diesem Zeitpunkt zuwarten, um sich nicht um die Verunstaltungsentschädigung zu bringen oder bei zusätzlicher Berechtigung eines Zuspruchs wegen beruflicher Beeinträchtigung eine Kürzung hinnehmen zu müssen.

Ausreichend ist ein **geringer Grad der Wahrscheinlichkeit** (2 Ob 2076/96z; 2 Ob 113/01h; <sup>16</sup>  
2 Ob 105/09v). Nicht ausreichend ist eine bloß abstrakte oder theoretische Möglichkeit (2 Ob 290/05v). Der Schaden darf nicht praktisch ausgeschlossen sein (2 Ob 111/04v; 2 Ob 290/05v). Auch diesbezüglich wird zwischen der Vereitelung einer Heiratsaussicht und einem möglichen Nachteil im Beruf zu unterscheiden sein. Der Beweis verminderter Heiratsaussicht wird kaum zu führen sein, weshalb insoweit die Möglichkeit als solche genügen muss. Im beruflichen Kontext ist darauf abzustellen, ob ein verunstaltungsbedingter Nachteil einigermaßen plausibel ist. Auch das sollte man nicht leichtfertig verneinen, lassen sich doch die Unsicherheiten der Zukunft kaum verlässlich abschätzen, was umso mehr gilt, je jünger ein Verletzter ist. Jedenfalls geht es um einen ganz anderen Maßstab als den bei der abstrakten Rente. Verlangt die Rspr bei dieser einen nach dem gewöhnlichen Lauf voraussichtlichen Nachteil, genügt bei der Verunstaltungsentschädigung, dass ein solcher durchaus in Betracht kommen könnte (1 Ob 161/00h).

Entsprechend **geringe Anforderungen** werden an **Behauptungs- und Beweislast** gestellt <sup>17</sup>  
(ZVR 1982/115; 2 Ob 2076/96z), insb wenn sich der mögliche Nachteil „nach der Lebenserfahrung von selbst ergibt“ (ZVR 1982/114). Ansonsten genügt die bloße Behauptung einer Verunstaltung freilich nicht (ZVR 1990/88; 8 Ob 300/00a). Das Vorbringen muss erkennen lassen, worin die Möglichkeit der Behinderung liegt (2 Ob 2076/96z; OLG Wien ZVR 1995/156). Schon um dem Gericht eine umfassende Bemessung zu ermöglichen, sollte der klägerische Anwalt wenigstens angeben, ob die Verunstaltung die Heiratsaussichten und/oder das berufliche Fortkommen gefährdet.

- 18 Das Ausmaß der Verunstaltungsentschädigung ist abhängig von der **Schwere der Verletzung** sowie der **Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines künftigen verunstaltungsbedingten Schadens** (1 Ob 2227/96y; 1 Ob 161/00h; OLG Wien ZVR 1995/156: geringe Wahrscheinlichkeit). Mitunter erfolgt eine zu starre Anlehnung an den Schweregrad der Verletzung. So hat etwa das OLG Graz (ZVR 2008/191) einem seit dem 13. Lebensjahr aufgrund eines Unfalls querschnittgelähmten Verletzten nach einer infolge eines ärztlichen Kunstfehlers mit 39 Jahren erfolgten Unterschenkelamputation € 15.000,- Verunstaltungsentschädigung zugebilligt. Das erscheint deshalb zu hoch, weil es nicht darauf ankommen kann, ob ein oder mehrere Schädiger verantwortlich sind. Die zusätzliche Unterschenkelamputation würde bei **einem** Schädiger wohl kaum dazu führen, dass die Verunstaltungsentschädigung gegenüber einer Querschnittlähmung um € 15.000,- angehoben würde, liegt doch der Höchstzuspruch bei einer Verunstaltungsentschädigung derzeit bei € 30.000,- (7 Ob 36/03z: 8-jähriges Mädchen, Amputation beider Arme; 2 Ob 104/06t: 20-jähriger Mann, schwerste Verletzungen, Schmerzensgeld € 180.000,-).
- 19 Bedeutsam ist darüber hinaus, ob sich die Verunstaltung lediglich auf die **Heiratschance** auswirkt oder auch auf den **Beruf** (1 Ob 161/00h). Es erfolgt indes **keine gesonderte Ausmessung für diese beiden Bereiche** (SZ 41/92; ZVR 1976/270), was mE wünschenswert, wegen der Rechtsfolgen im Sozialversicherungs- und Steuerrecht sogar geboten wäre (dazu unten Rz 23). In einer neueren E hat das OLG Wien (ZVR 2009/208) bei einer 62-jährigen nicht mehr im Erwerbsleben stehenden Gemüsefrau die Verunstaltungsentschädigung unter Hinweis darauf mit € 9.000,- begrenzt, dass die Verletzte sich schon im **fortgeschrittenen Alter** befinde. Für Nachteile im Berufsleben sollte das ganz selbstverständlich sein, weil der potentielle Schaden umso geringer ist, je geringer die Zeitdauer einer Person zur Altersversorgung ist. Das gilt aber in entsprechender Weise für eine vereitelte Eheschließungschance, weil der Zeitraum der unterbliebenen Versorgung ebenfalls abhängig ist von der restlichen Lebenserwartung.
- 20 Die Verunstaltungsentschädigung ist in einem **Kapitalbetrag** zuzusprechen (ZVR 1976/270; ZVR 1984/303; ZVR 1986/77). Vereinzelt wurde früher auch einmal eine Rente zuerkannt (zuletzt SZ 40/125). Wie beim Schmerzensgeld gebührt ein Nachschlag, wenn sich herausstellt, dass unvorsehbare Verletzungsfolgen auftreten. Auch dann ist freilich zu beachten, dass der zuerkannte Betrag nicht über den hinausgeht, der bei einmaliger Ausmessung geschuldet wäre (ZVR 1981/41).
- 21 Bei **Erwerbsunfähigkeit** soll nach der Rspr eine Verunstaltungsentschädigung bloß für die vereitelte Heiratschance zustehen, weil in solchen Fällen der Erwerbsschaden einerseits gewiss und andererseits ohnehin vollständig abgegolten sei (ZVR 1986/77; 4 Ob 515/93; 1 Ob 161/00h). Die Lit befürwortet das mit dem Hinweis, dass zwar der Erwerbsschaden sich dann konkret berechnen lasse, nicht aber der Vermögensschaden wegen Entgangs der Heiratschance. Letzteres ist zutreffend. Zu bedenken ist indes, dass § 1326 im Rahmen des Erwerbsschadens die unwägbaren Nachteile abgeltet will, die aufgrund der Verunstaltung bestehen, wofür auch ein herabgesetztes Beweismaß gilt. Bei mancher erwerbswirtschaftlicher Betätigung wird sich die Auswirkung einer Verunstaltung auf das Erwerbseinkommen einigermaßen präzise beziffern lassen, so etwa bei einem Schauspieler, einem Fotomodell oder einer Prostituierten. Bei vielen anderen Erwerbstätigkeiten ist das weniger auf der Hand liegend, weshalb mE auch bei Erwerbsunfähigkeit eine Verunstaltungsentschädigung wegen berufsbedingter Nachteile in Betracht kommen kann. Bei einer bloßen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit anerkennt das auch die Rspr (ZVR 1978/176; 2 Ob 290/05v).
- 22 Da es sich bei § 1326 um einen **Vermögensschaden** handelt, besteht neben der Verunstaltungsentschädigung ein Anspruch auf **Schmerzensgeld** gem § 1325 (ZVR 1977/133). Die seelischen Beeinträchtigungen der verletzten Person, dass sie mit der Verunstaltung leben muss, sind im Rahmen des Schmerzensgeldes abzugelten (4 Ob 515/93). Der ideelle Schaden ist meist auch dann gegeben, wenn die Verunstaltung zu keiner Abgeltung nach § 1326 führt, weil die verletzte Person einerseits verheiratet ist und andererseits nicht mehr im Erwerbsleben steht.

Die s gegenüber de die Abgelt das so sein nur dann d Abgeltung terbliebene Nachteile 1 solche Ver sungspraxi zip zusätzl

§ 13: **Kosten, so setz zu so**

- A. Sonderst
- B. Ersatz de
- C. Ehegatte
- D. Kind .....
- E. Sachliche
- F. Steuerrec

**A. Sonde**

Bei V ten unmitt insofern, e chen Unte Der Erwer Vorteile lie sowie § 1: gegeben ( Anspruch : des Fehlve

Ansp einander ( (§ 141), w gilt, sowie ter Unterh § 1327 (2

Es h (1 Ob 155 unfall, bei zugefügte gegen die rechnung bigern ab handelt, k Bemessur blieben, si

Huber

Huber

Die sachliche Kongruenz von Lohnersatzleistungen im Sozialversicherungsrecht gegenüber der Verunstaltungsentschädigung wird verneint. Jedenfalls in Bezug auf den Teil, der auf die Abgeltung berufsbedingter Nachteile gerichtet ist, ist mE kein Argument ersichtlich, warum das so sein soll. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass die Verunstaltungsentschädigung nur dann der ESt unterliegen soll, wenn sie in Rentenform ausbezahlt wird. In Bezug auf die Abgeltung berufsbedingter Nachteile gibt es dafür mE keine sachlichen Gründe. Der bisher unterbliebene Zugriff des Fiskus ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Rspr die Abgeltung der Nachteile für eine vereitelte Heirat und solche im Beruf in einem Pauschalbetrag auswirft. Eine solche Vernebelung bewirkt einen größtmöglichen richterlichen Freiraum; eine solche Bemessungspraxis soll aber nicht dazu führen, die Abführung geschuldeter ESt, die nach dem Nettoprinzip zusätzlich vom Schädiger zu tragen wäre, zu vereiteln.

**§ 1327. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetz zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden.**

Übersicht

	Rz
A. Sonderstellung des § 1327 .....	1-14
B. Ersatz der durch den Tod verursachten Kosten .....	15-19
C. Ehegatte .....	20-40
D. Kind .....	41-45
E. Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen .....	46
F. Steuerrecht .....	47

**A. Sonderstellung des § 1327**

Bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter hat grundsätzlich nur der in seinen Rechten unmittelbar Beeinträchtigte einen Schadenersatzanspruch. § 1327 durchbricht diese Regel insofern, als er die Kosten des Todesfalls denen zuspricht, die diese tragen, sowie den gesetzlichen Unterhaltsberechtigten einen Ausschnitt aus dem Erwerbsschaden des Getöteten zubilligt. Der Erwerbsschaden kann in der Erzielung von Geldeinkommen bzw sonstiger vermögenswerter Vorteile liegen oder in der Haushaltsführung im engeren und weiteren Sinn (dazu unten Rz 21 ff sowie § 1325 Rz 53 ff). Insofern ist eine **Sonderregel zugunsten bloß mittelbar Geschädigter** gegeben (2 Ob 22/97t; 2 Ob 157/00b; 2 Ob 156/02h). Keine Rolle spielt hingegen, ob der Ersatzanspruch auf Delikt oder Vertragsverletzung gestützt wird, was namentlich bei der Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen und Machthabern bedeutsam ist.

Anspruchsberechtigt sind die **gesetzlichen Unterhaltsgläubiger**, also die Ehegatten untereinander (§ 94), ein Kind gegenüber den Eltern (§ 140), ein Kind gegenüber den Großeltern (§ 141), was jeweils auch für das nicht eheliche Kind (§ 166 S 2) und das Adoptivkind (§§ 182 f) gilt, sowie die Eltern bzw Großeltern gegenüber dem Kind (§ 143). Ein bloß vertraglich begründeter Unterhaltsanspruch führt bei Tötung des Unterhaltsschuldners zu keinem Ersatzanspruch nach § 1327 (2 Ob 12/91; 2 Ob 55/97w).

Es handelt sich um einen **Schadenersatzanspruch, nicht um einen Unterhaltsanspruch** (1 Ob 155/97v; 2 Ob 175/00z; 2 Ob 41/08f; stRspr). Daraus folgt, dass etwa bei einem Verkehrsunfall, bei dem den Getöteten ein Mitverschulden trifft und der Getötete für einen dem Schädiger zugefügten Schaden einstandspflichtig ist, der Schädiger mit seinem Schadenersatzanspruch nicht gegen die Forderungen der Unterhaltsgläubiger **aufrechnen** kann (SZ 36/133). Eine Aufrechnung ist nur gegenüber den Erben möglich, die mit den gesetzlichen Unterhaltsgläubigern aber nicht – vollkommen – ident sein müssen. Da es sich um keinen Unterhaltsanspruch handelt, kommt es auf die **Leistungsfähigkeit des Schädigers nicht** an. Alle Umstände, die bei Bemessung des Erwerbsschadens des Getöteten eine Rolle gespielt hätten, wäre er am Leben geblieben, sind auch beim Anspruch nach § 1327 beachtlich, nämlich die Versagung des Anspruchs

bei Vorliegen eines **Arbeitsunfalls** nach § 333 ASVG (2 Ob 282/05g: Todfallskosten), die Kürzung wegen **Mitverschuldens** (2 Ob 38/95), Besonderheiten des **DHG** (ÖJZ 1975/104) sowie die Unbeachtlichkeit eines Verstoßes gegen die **Gurtenanlegepflicht** (nunmehr § 106 Abs 2 KFG) im Rahmen des Vermögensschadens (2 Ob 150/08k).

- 4 Umstr ist das **Verhältnis zwischen § 1327 und § 12 EKHG**. Vertreten wird, dass das EKHG als Gefährdungshaftung bloß Mindestansprüche gewähre, während das ABGB wegen des stärkeren Zurechnungsgrundes des Verschuldens weiter gehende Ansprüche zubillige. Es findet sich aber auch die Gegenposition, dass von der betraglichen Haftungsbeschränkung abgesehen keine Unterschiede zwischen EKHG und ABGB bestehen; wegen der höheren Detailliertheit des EKHG und dem Umstand, dass es sich um das modernere Gesetz handle, seien dessen Anordnungen bei der Auslegung des § 1327 ergänzend zu berücksichtigen. Diese Ansicht ist mE überzeugender.
- 5 Bezüglich des Ausmaßes des geschuldeten Unterhalts verfährt der OGH indes gegenteilig. Während nach § 12 Abs 2 EKHG nur der **gesetzlich geschuldete Unterhalt** ersatzfähig ist (2 Ob 281/02s: Abweisung des Regresses des Sozialversicherungsträgers wegen hohen Eigeneinkommens der Witwe, wobei die Fixkosten nicht berücksichtigt wurden; 2 Ob 119/09b: nicht eheliches Kind), ist nach § 1327 der **tatsächliche Unterhalt** ersatzfähig, wenn er nur „einigermaßen mit der gesetzlichen Unterhaltspflicht ins Verhältnis gesetzt und gerechtfertigt werden“ kann (2 Ob 57/92; 2 Ob 157/00b). Auch ein reichlich bemessener Unterhalt (2 Ob 157/00b) bzw freiwillige über den gesetzlichen Unterhalt hinausgehende Leistungen (2 Ob 41/08f; 2 Ob 119/09b) sind ersatzfähig, sofern sie nicht auffallend über das gesetzliche Ausmaß hinausgehen (2 Ob 33/91) und es sich um Leistungen mit Unterhaltscharakter handelt (2 Ob 99/06g; 2 Ob 11/06s). Ob der Unterhalt in diesem Ausmaß gerichtlich durchsetzbar wäre, ist ohne Bedeutung.
- 6 Der **Unterschied** zwischen dem gesetzlichen Unterhalt iSd § 12 Abs 2 EKHG und dem nach § 1327 dürfte mE **in der Praxis viel geringer** sein, als es die **Leitsätze vermuten** lassen. Auch im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts ist die jeweilige Gestaltung der Ehepartner maßgeblich, also wer in welchem Ausmaß einer beruflichen Erwerbsarbeit nachgeht und wer sich um Haushalt und Kinder kümmert. Zu berücksichtigen wird dabei auch die jeweilige – auch physische – Leistungsfähigkeit von Unterhaltsgläubiger und Unterhaltsschuldner sein. Jedenfalls ist Maßstab des Ersatzes bei Tötung des Unterhaltsschuldners nicht die Lage einer zerrütteten Familie, wie sie bei Unterhaltsprozessen gegeben ist; sonst würde man nicht vor Gericht um das Ausmaß des Unterhalts prozessieren. Gegenüber einem klagenden Unterhaltsschuldner räumt die Rechtsordnung dem Unterhaltsschuldner einen gewissen Selbstbehalt ein; mit einem Unterhaltsgläubiger in einer intakten Familie würde der Unterhaltsschuldner indes das letzte Stück Brot teilen.
- 7 Hat der Unterhaltsschuldner in der Vergangenheit **weniger als den gesetzlichen Unterhalt** geleistet, kann der Unterhaltsgläubiger mindestens den gesetzlichen Unterhalt fordern, weil ihm aufgrund der Tötung des Unterhaltsschuldners die Möglichkeit genommen wurde, das zu tun (2 Ob 22/97t; 2 Ob 243/99w; 2 Ob 119/09b). Nach Ansicht des OGH kann nach § 1327 der **Unterhaltsrückstand** nicht vom Schädiger verlangt werden (SZ 34/1; ZVR 1965/226). In der Lit wird das für den Fall bestritten, dass gerade durch die Tötung die Uneinbringlichkeit bewirkt wird. Rein faktisch spricht dafür der erste Anschein, weil niemand auf Dauer ein so geringes Erwerbseinkommen erzielt, dass er nicht einmal seine Unterhaltsschulden begleichen kann. Zu bedenken ist, dass diese wiederum von der jeweiligen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners abhängig sind.
- 8 Wird der gesetzliche Unterhaltsschuldner getötet, kommt es häufig dazu, dass ein **subsidiär Unterhaltspflichtiger** leistungspflichtig wird. Darauf kann sich der Schädiger aber gerade nicht berufen. Es handelt sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass der Schädiger näher daran ist, was auch in § 14 Abs 4 EKHG ausdrücklich festgeschrieben ist (ZVR 1978/16; ZVR 1978/118; 2 Ob 38/95). Folgerichtig ist es daher, dass sich der Schädiger nicht darauf berufen kann, dass der Unterhaltsgläubiger **Ansprüche gegen die Erbschaft** stellen kann (so zu Recht im Verhältnis der Ehegatten gem § 796 SZ 38/186; 2 Ob 38/95; gegenteilig mE zu Unrecht gegen-

über einem K  
Nachteil hat).  
106/98x; 2 Ob  
gewöhnlichen  
der **Quellentl**  
det worden w  
Erwerbseink

Eine Su  
handeln. Es e  
Unterhaltsglä  
**Abfertigung**  
rechnungspfl  
trägers (Nähe

Für Un  
gen. **Nur au**  
Aufwendungs  
beitsleistung  
Ausstattung i  
dem Ehegatt  
33/92). Die F  
Bedeutsam i  
(ZVR 1990/1  
der Unterhal  
beim beruflic  
Haushaltsbei  
Ökonomisch  
tung erbrach  
stellt sich di  
ten nach Töt

In der  
alversicherung  
jeweils ein e  
fixen Kosten  
nen Unterha  
dass bei Er  
Selbsterhalt  
Unterhaltse  
von der Anz  
haltsschuldi  
Gründen.

Einigl  
**nach Mögl**  
gen). Die F  
Anknüpfun  
absehbarer  
99/06g: mi  
der Frau; 2  
hätte, wen  
stehende Ü  
längeren Z

über einem Kind nach § 142 SZ 48/32; 2 Ob 38/95: Differenzierung danach, ob der Erbe einen Nachteil hat). Der Stamm der Erbschaft führt zu keinem anrechnungspflichtigen Vorteil (2 Ob 106/98x; 2 Ob 148/01f), und zwar auch dann nicht, wenn der Unterhaltsgläubiger diese nach dem gewöhnlichen Lauf nicht erlangt hätte (2 Ob 106/98x). Einnahmen aus der Erbschaft sind gemäß der **Quellentheorie** nur anzurechnen, wenn sie auch bisher für den Unterhalt der Familie verwendet worden wären (ZVR 1977/112). Zumeist wird es aber mE so sein, dass der Unterhalt aus dem Erwerbseinkommen bestritten wird und nicht aus den Einkünften eines Vermögens.

Eine **Summenversicherung**, insb eine Lebensversicherung, ist wie eine Erbschaft zu behandeln. Es erfolgt keine Anrechnung. Der OGH hat auch die Anrechnung einer den gesetzlichen Unterhaltsgläubigern, die gleichzeitig gesetzliche Erben sind, nach § 23 Abs 6 AngG zustehenden **Abfertigung** verneint (ZVR 1980/323). **Kongruente Sozialversicherungsrenten** sind indes anrechnungspflichtig (2 Ob 77/94); insoweit kommt es zu einem Regress des Sozialversicherungsträgers (Näheres dazu unten Rz 46).

Für Unterhaltersatzansprüche kann der jeweilige Unterhaltsgläubiger eine **Rente** verlangen. **Nur ausnahmsweise** gebührt ein **Kapitalbetrag**, so bei Verlust einer Dienstwohnung die Aufwendungen für deren Beschaffung sowie den Umzug (unten Rz 27), bei Vereitelung der Arbeitsleistungen für Errichtung eines Eigenheimes (unten Rz 46) oder der dem Kind gebührenden Ausstattung nach § 1220 (unten Rz 44). Bei mehreren Unterhaltersatzgläubigern, typischerweise dem Ehegatten und den Kindern, hat **jeder Anspruch ein eigenes Schicksal** (EF 46.114; 2 Ob 33/92). Die Fixkosten sind auf die einzelnen Unterhaltsgläubiger – iZw nach Köpfen – aufzuteilen. Bedeutsam ist das einerseits wegen der sachlichen Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen (ZVR 1990/86; 2 Ob 361/99y; OLG Wien ZVR 1995/157); andererseits wegen der Anrechnung der Unterhaltersparnis, die sich nur beim Ehegatten, nicht aber bei einem Kind auswirkt. War beim beruflich erwerbstätigen Ehegatten die Unterhaltersparnis sehr hoch, der auf ihn entfallende Haushaltsbeitrag aber sehr gering, entfällt womöglich ein Unterhaltersatzanspruch zur Gänze. Ökonomisch betrachtet hat der Haushaltsführer dann für diesen mehr gekostet, als er an Gegenleistung erbracht hat. Dies wird allerdings selten so sein. Beim Unterhaltersatzanspruch eines Kindes stellt sich diese Konstellation von vorneherein nicht. Die Kosten für die Betreuung im Kindergarten nach Tötung der Mutter sind Teil des Anspruchs des Kindes (SZ 57/61; 2 Ob 361/99y).

In der Praxis dürfte häufig sowohl von den Unterhaltersatzgläubigern als auch den Sozialversicherungsträgern übersehen werden, dass die einzelnen **Unterhaltersatzansprüche** zwar jeweils ein eigenes Schicksal haben, aber doch **wechselseitig miteinander verknüpft** sind. Die fixen Kosten, seien es solche beim Geld- oder Dienstleistungsunterhalt, werden auf die einzelnen Unterhaltersatzgläubiger – iZw nach Köpfen – aufgeteilt. Das muss aber zur Folge haben, dass bei Erlöschen der Unterhaltungspflicht gegenüber einem Unterhaltersatzgläubiger, etwa der Selbsterhaltungsfähigkeit eines Kindes, eine Neuuzuweisung der Fixkosten an die verbliebenen Unterhaltersatzgläubiger zu erfolgen hat. Denn es ist das Wesen fixer Kosten, dass diese nicht von der Anzahl der Unterhaltersatzgläubiger abhängig sind, was nicht nur bei Tötung des Unterhaltsschuldners gilt, sondern auch bei Reduzierung des Haushalts um eine Person aus sonstigen Gründen.

Einigkeit besteht im Grundsatz, dass **künftige Änderungen bei der Festsetzung der Rente nach Möglichkeit zu berücksichtigen** sind (ZVR 1973/160: zukünftige Einkommenserhöhungen). Die Rspr verlangt dafür freilich, dass zum Ende der mündlichen Verhandlung greifbare Anknüpfungstatsachen vorhanden sind (ZVR 1989/76: Annuitätendarlehen einer Wohnung mit absehbarer Laufzeit; 8 Ob 51/86: konkrete Absicht, Ehegatten den Haushalt zu übertragen; 2 Ob 99/06g: mit Pensionierung des Ehemanns Ausweitung der bisherigen hälftigen Berufstätigkeit der Frau; 2 Ob 22/95: konkrete Absicht, dass Frau ohne Tod des Mannes ihren Beruf aufgegeben hätte, wenn Mann Nettoeinkommen mit bestimmter Größenordnung erzielt; 2 Ob 3/08t: bevorstehende Übernahme der Betreuung des Kindes nach Pensionierung). Bei Prognosen über einen längeren Zeitraum ist die Rspr zurückhaltend und verweist die Parteien darauf, die sich aus un-

vorhersehbaren Änderungen ergebenden Anpassungen in einem gesonderten Rechtsstreit geltend zu machen (1 Ob 155/97v; 6 Ob 203/00x: Pensionseintritt). Ein Feststellungsurteil ist dafür nicht erforderlich (2 Ob 150/08k).

13 Wie beim Erwerbsschaden und einer Rente wegen Pflegeleistungen (dazu § 1325 Rz 8 ff) trägt eine **indexgebundene (dynamische) Rente** am ehesten dem Ausgleichsgedanken Rechnung. Die frühere Verweisung, bei Änderung des allgemeinen Preis- und Lohngefüges unter Bezugnahme auf die *clausula rebus sic stantibus*, eine Anpassung verlangen zu können (EF 36.213; 2 Ob 228/04z), ist seit der Möglichkeit der Schaffung eines indexgebundenen Exekutionstitels gem § 8 Abs 2 EO obsolet. Zwar wird eine rückwirkende Aufwertung zugelassen, wenn dem Schädiger das Aufwertungsbegehren außergerichtlich zur Kenntnis gebracht worden ist (SZ 36/132). Namentlich der Gläubiger steht aber vor dem Dilemma, dass er nur bei wesentlicher Änderung Anpassung verlangen kann und die bis dahin akkumulierten Nachteile zu seinen Lasten gehen; zudem ist die 3-jährige Verjährung des § 1480 zu beachten. Bei Zuspruch einer Rente durch ein Gerichtsurteil wie bei einer außergerichtlichen Einigung ist zudem penibel darauf zu achten, von welchen Annahmen die Rente ausgeht, mit anderen Worten, welche künftige Entwicklung in diese schon „eingepreist“ ist bzw bei **welchen Änderungen eine Anpassung** begehrt werden kann. Für eine Anpassung bei unvorhersehbarer Änderung ist kein Feststellungsurteil erforderlich (1 Ob 155/97v).

14 Die Unterhaltersatzrente ist mit dem Ende der Unterhaltsverpflichtung des getöteten Unterhaltsschuldners zu befristen. Ansatzpunkt ist dessen hypothetische Lebenserwartung. Je älter er im Tötungszeitpunkt war und je aktuellere Sterbetafeln herangezogen werden, umso höher fällt sie aus. Bei einem Kind ist der Unterhaltersatzanspruch zudem mit dessen Selbsterhaltungsfähigkeit begrenzt. Eine zeitliche Begrenzung ist entbehrlich, wenn davon auszugehen ist, dass der Unterhaltspflichtige den Unterhaltsberechtigten jedenfalls überlebt hätte (ZVR 1979/43). Bei gleicher Lebenserwartung erfolgt kein Zuspruch auf Lebenszeit (SZ 45/73). Die Probleme der Begrenzung der Rente bei Selbständigen (§ 1325 Rz 65) und beim Haushaltsführer (§ 1325 Rz 87 ff) kehren bei § 1327 wieder; und wenn nicht bei erstmaliger Festsetzung, dann jedenfalls im Zuge eines Anpassungsprozesses (6 Ob 203/00x: Berufung des Schädigers auf Reduzierung der Rente wegen des – fiktiven – Pensionseintritts des getöteten Unterhaltsschuldners).

**B. Ersatz der durch den Tod verursachten Kosten**

15 Die Anordnung des Ersatzes der durch den Tod verursachten Kosten hat eine **eigenständige normative Bedeutung**. Da gewiss ist, dass jeder Mensch einmal stirbt, wären diese jedenfalls angefallen. Die Kausalität, Voraussetzung eines jeden Schadenersatzanspruchs, fehlt somit. Die Rechtsordnung legt deren Tragung gleichwohl dem Schädiger auf. Zu begründen ist das damit, dass ohnehin bloß ein Teil der durch die Tötung verursachten Nachteile ersatzfähig ist. Ausgenommen ist etwa der Nachteil, dass das Vermögen des Getöteten, zB ein Unternehmen, zur Unzeit und daher mit Verlust verkauft werden muss oder der nunmehr Getötete bis zu seinem natürlichen Tod weiteres Vermögen gebildet hätte, wovon die Erben profitiert hätten.

16 Während § 12 Abs 1 Z 5 EKHG den Ersatz auf die Kosten einer angemessenen Bestattung begrenzt, ist der Wortlaut des § 1327 – sehr viel – weiter: „**alle Kosten**“. Dazu zählen die Bestattung unter Einschluss der Nachruhkosten (ZVR 1979/168), das Totenmahl und die Totenbeschau (ZVR 1979/168), die Reisekosten der Angehörigen (ZVR 1979/168), der Trauergottesdienst sowie Kränze (JBl 1962, 93: auch für Kinder und Enkel), Todesanzeigen, Danksagung sowie Begräbnisfotos (ZVR 1970/54; OLG Wien EF 68.593) und ein Grabdenkmal mit üblichem Zubehör (JBl 1990, 723: bei einem Familiengrab, was für den Getöteten allein erforderlich wäre). Ersatzfähig ist auch die Trauerkleidung der nächsten Angehörigen (ZVR 1979/168; ZVR 1961/196: sogar die der langjährigen Lebensgefährtin). Da die **Trauerkleidung** heutzutage bloß beim Begräbnis getragen wird, wird eine Vorteilsausgleichung verneint. Zu bedenken ist indes, dass derartige Kleidungsstücke auch bei anderen Anlässen getragen werden können, was mE für eine restriktive

Handhabung  
Begräbnisse  
Unrecht – k  
gung, die de  
f). Anderers  
verweisen, c  
Heilungskos

Der M  
und Vermö  
Gefälle an (z  
zung auf ar  
völlig ander  
für ein Trau  
Brauch; zu t  
die des Vers  
wenn der Ve  
vom Schädi  
senlage geg  
stehenden –  
ten orientier

Die K  
282/00b). Ir  
schränkung,  
Erbschaftsst  
Obwohl die  
werden dies

Anspr  
Erben (SZ 4  
Rz 36) – od  
durch den B  
die erforderl  
dungen so r  
lierung kaur  
nungskosten

**C. Ehegatt**

Der üb  
ger, sofern c  
verheiratung  
gemeinschai  
kritisiert. Ni  
die gleiche (c  
denersatzan  
die zweite F  
aus zweiter  
Unterhaltsve  
erhalten. Da  
ist, trifft nic  
dem würden  
des gleichen

Handhabung spricht. In der E ZVR 1979/168 hat der OGH auch den durch die Ausrichtung des Begräbnisses entstandenen **Verdienstentgang** für ersatzfähig angesehen, was in der Lit – mE zu Unrecht – kritisiert worden ist. Einerseits handelt es sich um Begleitkosten der Schadensbeseitigung, die der OGH auch in anderem Zusammenhang für ersatzfähig angesehen hat (§ 1323 Rz 71 f.). Andererseits könnte man zur Vermeidung der Ausuferung des Ersatzumfangs auf den Maßstab verweisen, der bei für den Ersatz des Verdienstentgangs bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten gilt (dazu § 1325 Rz 138).

Der Maßstab für das Ausmaß der ersatzfähigen Kosten sind der **Ortsgebrauch** sowie **Stand und Vermögen des Getöteten**. Beim Ortsgebrauch kommt es in Österreich auf ein Stadt-Land-Gefälle an (SZ 44/168: teurere Beisetzung im vorhandenen Familiengrab statt billigerer Beisetzung auf anderem Friedhof), bei Sachverhalten mit Auslandsberührung auf die dort mitunter völlig anderen Sitten und Gebräuche (OLG Wien ZVR 2010/35: Bedenken gegenüber € 12.000,- für ein Trauermahl in Serbien; Supermultiplikator aus muslimischem und serbisch-orthodoxem Brauch; zu beachten ist jeweils aber auch die Kaufkraftparität). Bei der Trauerkleidung soll es auf die des Verstorbenen und nicht der Angehörigen ankommen (6 Ob 297/98i; 4 Ob 55/99p). Selbst wenn der Verstorbene bettelarm war, wird mE eine angemessene Trauerkleidung der Angehörigen vom Schädiger verlangt werden können. Insoweit ist im Schadenersatzrecht eine andere Interessenlage gegeben als im Erbrecht. Bei Tötung eines – noch nicht oder gerade erst im Erwerbsleben stehenden – Kindes gilt das nicht nur für die Trauerkleidung. Der Maßstab der ersatzfähigen Kosten orientiert sich an der Stellung der Eltern (EF 51.515; OLG Wien ZVR 2010/35).

Die Kosten der Verlassenschaftsabhandlung werden für nicht ersatzfähig angesehen (1 Ob 282/00b). In der Lit ist zu Recht die Gegenposition eingenommen worden, freilich mit der Einschränkung, dass der Nachlass als Vorteil anzurechnen ist. Nicht ersatzfähig ist die anfallende Erbschaftssteuer (SZ 45/25). Im Regelfall führt dies somit zu keiner Belastung des Schädigers. Obwohl die Instandhaltung des Grabes bis zum natürlichen Tod des Getöteten verursacht wurde, werden diese Kosten für nicht ersatzfähig angesehen (SZ 62/140).

**Anspruchsberechtigt** ist derjenige, der die Kosten zu tragen verpflichtet ist – somit die Erben (SZ 45/95: Absicht zur Errichtung eines Grabmals ist ausreichend; kritisch dazu § 1323 Rz 36) – oder der sie tatsächlich getragen hat (ZVR 1973/194: Tragung der Beerdigungskosten durch den Bruder), so ausdrücklich § 12 Abs 1 Z 5 EKHG. Der Anspruchsberechtigte kann für die erforderlichen Kosten einen Vorschuss verlangen. In aller Regel sind die allermeisten Aufwendungen so rasch zu tätigen, dass eine Vorschussgewährung infolge der Dauer der Schadensregulierung kaum rechtzeitig erfolgen wird. Es sind dann aber Verzugszinsen bzw höhere Finanzierungskosten geschuldet.

### C. Ehegatte

Der überlebende Ehegatte hat einen ungekürzten Anspruch nach § 1327 gegen den Schädiger, sofern er weder abermals heiratet noch eine Lebensgemeinschaft eingeht. Mit der Wiederverheiratung soll der Anspruch nach § 1327 erlöschen (SZ 60/249), bei Eingehung einer Lebensgemeinschaft soll er bloß ruhen (SZ 53/155: kirchliche Trauung). Das wird in der Lit zu Recht kritisiert. Nicht immer hat die nach dem Tod des ersten Ehepartners eingegangene folgende Ehe die gleiche Qualität wie die erste. Jedenfalls sollte mE bei Beendigung der zweiten Ehe der Schadenersatzanspruch gem § 1327 aus erster Ehe wieder aufleben, aus welchem Grund auch immer die zweite Ehe beendet worden ist. Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, den Unterhalt aus zweiter Ehe bloß anzurechnen, mag die Ehe auch mehr sein als eine Institution mit bloßem Unterhaltsversorgungszweck. In § 1327 geht es darum, den – unterhaltsrechtlichen – status quo zu erhalten. Dass eine solche Anrechnung mit unüberwindbaren Bemessungsproblemen verbunden ist, trifft nicht zu, müssen diese doch auch bei einer Lebensgemeinschaft bewältigt werden. Zudem würden Ehe und Lebensgemeinschaft gleich behandelt, was während ihres Bestehens wegen des gleichen faktischen Zustands sachgerecht ist. Der Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 sollte

somit für den jeweiligen Zeitraum nur dann ruhen, wenn das durch den neuen Partner geleistete Unterhaltsniveau über dem des Verstorbenen liegt.

- 21 Der Geldunterhalt gegen den Schädiger geht einem Unterhaltsanspruch gegen die Erbschaft nach § 796 vor (dazu oben Rz 8). Gegen den Schädiger besteht ein Schadenersatzanspruch sowohl wegen des entgangenen Barunterhalts bzw der Erbringung eines entsprechenden Vermögensäquivalents als auch wegen Haushaltsdienstleistungen im engeren und weiteren Sinn.
- 22 Ausgangspunkt beim **Geldunterhalt** ist das **Nettoeinkommen** (2 Ob 195/98k; OLG Wien ZVR 1999/5). Wie beim Erwerbsschaden sind Überstunden zu berücksichtigen, wenn sie dauerhaft geleistet worden wären. Spesen und Aufwendungsersatz sind insoweit einzubeziehen, als es sich um Einkommen gehandelt hat. Auch das aus Schwarzarbeit erzielte Einkommen soll dazu zählen. Das ist mit der Einschränkung zutreffend, dass jeder Unterhaltsschuldner auf Dauer seine Familie unterhalten muss; und sollte das aus Schwarzarbeit erzielte Einkommen wegfallen, müsste er sich um eine andere Erwerbsquelle umsehen. Zum Unterhalt zählt nicht nur, was aktuell für den Konsum verbraucht wird, sondern auch die Bildung von Rücklagen und Rückstellungen; solche für die private Altersversorgung werden wegen der Einschnitte im staatlichen Sozialversicherungssystem in den kommenden Jahrzehnten eine immer größere Rolle spielen, weshalb die Rspr insoweit großzügig sein sollte. Der OGH (ZVR 1989/109) hat auch bei Bezug von Notstandshilfe einen Anspruch nach § 1327 bejaht. Dabei ist zutreffend, dass der Getötete als Bezieher wegfällt; soweit aber der Unterhaltsgläubiger von der gleichen Institution im Ausmaß seines entgangenen Unterhalts Notstandshilfe bezieht, hat sich die Quelle nicht geändert, was gegen einen Ersatzanspruch nach § 1327 spricht. Dass es sich bei § 1327 um einen Ausschnitt des Erwerbsschadens nach § 1325 handelt, ist ebenfalls ein Argument gegen die Zubilligung eines Ersatzanspruchs bei Wechsel des Gläubigers, der nun Notstandshilfe bezieht.
- 23 Welchen Anteil welcher von mehreren Unterhaltersatzgläubigern erhält, wird als **Konsumquote** bezeichnet (2 Ob 33/92; 1 Ob 155/97v; 6 Ob 203/00x). Dem erwerbstätigen Ehepartner wird dabei idR eine höhere Quote zugebilligt, jedenfalls wenn er in einer gehobenen Position tätig ist (EF 36.216; 2 Ob 33/92). Es kommt aber auf die Umstände des Einzelfalles an. Kein Zuschlag ist geboten, wenn der im Erwerbsleben stehende Unterhaltsschuldner seine unmittelbare Wohnungsumgebung nicht einmal zur Berufsausübung verlassen musste (6 Ob 203/00x: Hausbesorger). Sie kann bei besonderer Arbeitsbelastung sogar geringer sein, weil der im Berufsleben stehende Unterhaltsschuldner keine Zeit hat, sein Geld auch auszugeben (ZVR 1990/87: Konsumquote der nicht beruflich erwerbstätigen Frau höher). Neben einem Kind wurde der Anteil des nicht – beruflich – erwerbstätigen Ehegatten mit einem Drittel veranschlagt (ZVR 1963/270).
- 24 Die Rspr nimmt eine **Sättigungsgrenze** an, wenn ein „geradezu sinnloser Aufwand“ betrieben wird (2 Ob 57/92: so zum Dienstleistungsunterhalt; Rasenmähen 65 Stunden pro Monat); Entsprechendes gilt für den Geldunterhalt. Für den Kindesunterhalt wird eine solche Sättigungsgrenze eher erreicht als beim Ehegattenunterhalt. Da im Unterhaltsrecht häufig Mehrkosten wegen des Bestehens von zwei Haushalten gegeben sind, könnten diese Werte einen Anhaltspunkt liefern. In einer intakten Familie fallen insoweit geringere Kosten an, sodass der Wert tiefer liegen sollte. Freilich ist zu bedenken, dass in einer intakten Familie so manche Unterhaltsleistung freiwillig und mit gutem Grund erbracht wird, die man bei Gericht eben nicht durchsetzen kann.
- 25 Zu dem nach § 1327 ersatzfähigen Unterhalt zählen auch **Versicherungsaufwendungen** für die Kranken-, Unfall- und Lebensversicherung (ZVR 1978/23). Entsprechendes muss für eine Haushalts- und Haftpflichtversicherung gelten. Verlangt werden kann die Differenz bei der Witwen- oder Witwerpension. Der Unterhaltsgläubiger muss aber nicht bis zum Tag des Anfalls dieses Differenzschadens zuwarten, sondern kann – wie beim Erwerbsschaden (dazu § 1325 Rz 1 ff) – nach den Regeln der Schaffung einer Ersatzlage die entsprechenden Beiträge verlangen, um eine gleichwertige Altersversorgung aufzubauen.
- 26 Mindestens so bedeutsam wie die Höhe der Konsumquote ist die Ermittlung der **fixen Kosten**. Darunter versteht man solche, die in einem Haushalt weitgehend unabhängig von der Anzahl

der Personen die Verringerlich. Das gilt **Kfz** sind nicht **sing- oder I** für Familien Art der Finan nach abseh muss, könne verlangt wer

Für den diesem falle: hensrückzah 2 Ob 74/01y bensversiche Bedeutung ( für Energie, Unterhaltssc auf Schaffu insoweit nic che anfällt, Wohnsitz be des Unterha ein legitime genau das – ist.

Die E höher diese insgesamt a eine Verteil der Konsum Unterhaltse zu verteiler Getöteten a möglichst p höherem A

Ersatz mentlich in nicht nur d Nachbarn u diese durch Hat der Ge Verständnis geschuldet verneinen chender W insoweit u der fiktiven begehrt we

Wird oder jeden

der Personen anfallen. In Wahrheit handelt es sich um das Phänomen der Kostenremanenz. Durch die Verringerung des Haushalts um eine Person sinken manche Kosten nicht oder nur unbedeutend. Das gilt namentlich für den Wohnsitz und das Kfz (2 Ob 2430/96h; 2 Ob 108/05d). Beim Kfz sind nicht nur die **Betriebs- und Instandhaltungskosten** ersatzfähig, sondern auch die **Leasing- oder Darlehensraten** (2 Ob 2430/96h). Entsprechendes gilt für einen Campingbus, der für Familienurlaube verwendet worden ist (ZVR 1990/87). Da die Ersatzfähigkeit nicht von der Art der Finanzierung abhängig sein kann und ein Fahrzeug – im Unterschied zum Wohnsitz – nach absehbarer Zeit nicht mehr gebrauchsfähig ist und deshalb durch ein anderes ersetzt werden muss, können wegen der Verstetigung der Rente auch **Rückstellungen für eine Ersatzinvestition** verlangt werden.

Für den **Wohnsitz** gilt Entsprechendes (2 Ob 57/92: auch für den Zweitwohnsitz). Auch bei diesem fallen **Fixkosten** an (2 Ob 178/04x; 2 Ob 108/05d), wie etwa das Mietentgelt oder Darlehensrückzahlungsraten (ZVR 1989/76: Annuitäten; ZVR 1990/87: egal, ob Miete oder Eigentum; 2 Ob 74/01y) unter Einschluss der Prämien für eine zur Kreditbesicherung abgeschlossenen Lebensversicherung (2 Ob 74/01y; 2 Ob 108/05d). In wessen Eigentum der Wohnsitz steht, ist ohne Bedeutung (ZVR 1990/87). Zu den Fixkosten des Wohnsitzes gehören auch die Aufwendungen für Energie, ORF, Telefon sowie die den Wohnsitz betreffenden Versicherungen. Führt der Tod des Unterhaltsschuldners zum Verlust der Dienstwohnung, haben die Unterhaltsgläubiger Anspruch auf Schaffung einer Ersatzlage (SZ 41/155; ZVR 1976/144; 6 Ob 203/00x). Ersatzfähig sind insoweit nicht bloß die Anschaffungskosten unter Einschluss einer Maklergebühr, so eine solche anfällt, sondern auch die Umzugskosten. Da die Unterhaltsgläubiger ohnehin einen anderen Wohnsitz beziehen (müssen), ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie wegen der Tötung des Unterhaltsschuldners einen geringeren Raumbedarf haben. Zu bedenken ist freilich, dass sie ein legitimes Integritätsinteresse haben, in der vertrauten Umgebung zu bleiben und nicht immer genau das – zu dem Zeitpunkt – am Markt angeboten wird, was schadenersatzrechtlich geschuldet ist.

Die **Ermittlung der fixen Kosten** spielt im Rahmen des § 1327 eine ganz **zentrale Rolle**. Je höher diese ausfallen, umso höher fällt der Schadenersatzanspruch der Unterhaltersatzgläubiger insgesamt aus. Diese werden nämlich vorweg vom Nettoeinkommen abgezogen, dann erfolgt eine Verteilung des restlichen Nettoeinkommens auf die Unterhaltersatzgläubiger unter Abzug der Konsumquote des getöteten Unterhaltsschuldners. Danach werden die fixen Kosten auf die Unterhaltersatzgläubiger wieder aufgeteilt. Je geringer die fixen Kosten sind, umso höher ist das zu verteilende Resteinkommen. Und umso höher wirkt sich die wegfallende Konsumquote des Getöteten aus. Es liegt daher am Anwalt der Unterhaltersatzgläubiger, die anfallenden Fixkosten möglichst präzise darzulegen. Dabei zeigt sich, dass diese beim Wohnsitz umso höher sind, in je höherem Ausmaß der Wohnsitz mit Fremdmitteln finanziert wurde.

Ersatzfähig sind auch **Arbeitsleistungen zur Errichtung eines Wohnsitzes**, wie das namentlich in ländlichen Gebieten durchaus weit verbreitet ist (6 Ob 203/00x). Bedeutsam ist, dass nicht nur die Arbeiten für das eigene Haus ersatzfähig sind. Hätte der Getötete in der Folge bei Nachbarn und Bekannten geholfen, wofür diese auch bei ihm Hand angelegt hätten, sind auch diese durch die Tötung vereitelten Arbeitsleistungen ersatzfähig (8 Ob 92/87; ZVR 1989/136). Hat der Getötete vorgeleistet, mag insoweit ein Bereicherungsanspruch bestehen. Ob nach dem Verständnis der Betroffenen in solchen Fällen bei Vereitelung der „Gegenleistung“ ein Geldbetrag geschuldet sein soll, ist fraglich. ME wird das nach der Vorstellung der Parteien im Regelfall zu verneinen sein. Der OGH spricht die Errichtungskosten unabhängig davon zu, ob ein entsprechender Wohnsitz in der Folge tatsächlich errichtet wurde (8 Ob 92/87; 6 Ob 203/00x). Da es sich insoweit um fiktive Kosten handelt, ist das mE fragwürdig. Jedenfalls können für den Zeitraum ab der fiktiven Fertigstellung nicht zusätzlich die Kosten eines anderen Wohnsitzes als fixe Kosten begehrt werden.

Wird das **Unternehmen durch den überlebenden Ehegatten fortgeführt**, der vorher nicht oder jedenfalls nicht in leitender Position mitgewirkt hat, ist jedenfalls der Unternehmerlohn für

den nunmehr überobligationsgemäßen Einsatz der Arbeitskraft des überlebenden Ehegatten in Abzug zu bringen (OLG Wien EF 63.281). Dass dem überlebenden Ehegatten ein Gesellschaftsanteil zuwächst, dessen Inhaber der Getötete war, ist ohne Bedeutung (OLG Wien EF 81.553). Der OGH berücksichtigt anspruchsmindernd die Erträge, die aus dem Unternehmen fließen (ZVR 1979/137; 2 Ob 202/05b; 2 Ob 31/93: Hinweis auf Besonderheiten in der Landwirtschaft). Ein Anhaltspunkt könnte sein, welcher Ertrag bei Verpachtung eines Unternehmens erzielt werden kann. Dafür spricht, dass sich durch den Tod des Unterhaltsschuldners die Quelle, aus der der Unterhalt bestritten wird, nicht verändert hat. Sind die Einkünfte aus dieser für den angemessenen Unterhalt ausreichend, gebührt kein Ersatz. Gegen die Versagung eines solchen Ersatzes und für die Zubilligung von Unterhaltsentgang nach § 1327 spricht indes, dass die allermeisten Menschen den Unterhalt aus dem durch Verwertung ihrer Arbeitskraft erzielten Erwerbseinkommen bestreiten. Was das Vermögen abwirft, dient idR der weiteren Vermögensakkumulierung, aber nicht dem Unterhalt. Da § 1327 einen Ausschnitt des nach § 1325 ersatzfähigen Erwerbsschadens darstellt, würde auch diese Sichtweise für einen weiter gehenden Ersatz sprechen.

31 Hat der getötete Ehegatte Beistandsleistungen im Beruf erbracht, sind diese wie ein sonstiges Erwerbseinkommen aus der Verwertung der Arbeitskraft zu berücksichtigen (2 Ob 2430/96h). In der Lit wird die Ansicht vertreten, dass diesbezüglich die Abgeltungsverpflichtung nach § 98 zu verrechnen ist. Da es bei § 1327 auf die tatsächliche Gestaltung ankommt, wird man auch insoweit nicht allein darauf abstellen dürfen, welche Abgeltung gesetzlich geschuldet ist; jedenfalls in einer gewissen Bandbreite wird es auf die tatsächliche Gestaltung ankommen.

32 Das **Freiwerden der Arbeitskraft des Haushaltsführers**, weil er dem im Erwerbsleben stehenden getöteten Partner nicht mehr den Haushalt führen muss, stellt per se keinen anrechnungspflichtigen Vorteil dar. Der OGH nimmt an, dass die Witwe keine Obliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit trifft (ÖJZ 1981/91). Die Lit kritisiert dies, sofern es sich um eine junge kinderlose Witwe handelt. Zu bedenken ist mE, dass das Freiwerden der Arbeitskraft im Haushalt kaum jemals das Ausmaß erreicht, um insoweit eine Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können, weil dabei das Phänomen der fixen Kosten bzw der Kostenremanenz zum Tragen kommt. Wenn es sich um eine junge kinderlose Witwe handelt, wird diese idR alsbald heiraten oder eine Lebensgemeinschaft eingehen, was den Unterhaltersatzanspruch dämpft oder zum Erlöschen bringt. Sollte das nicht der Fall sein, ist auf die wahrscheinliche Entwicklung abzustellen. Wären Kinder geplant gewesen, die entfallen, wird ihr eine berufliche Erwerbstätigkeit zumutbar sein. Bekommt die Witwe 10 Jahre nach Tötung des Unterhaltsschuldners von einem anderen Mann ein Kind, meinte der OGH, dass es sich insoweit nicht um eine Verwirklichung der ursprünglichen Lebensplanung handelte, sodass sich die Witwe das Einkommen aus einer ohne dieses Kind zumutbaren Erwerbstätigkeit anrechnen lassen müsse (2 Ob 175/08m). Diese E steht freilich im Widerspruch zu der zum nahehelichen Unterhalt ergangenen E 3 Ob 134/09s, wonach es Risiko des Unterhaltsschuldners sei, dass die geschiedene Ehefrau nach der Scheidung von einem anderen Mann ein Kind empfängt, weshalb ihr eine berufliche Erwerbstätigkeit nicht zumutbar sei. Wenn das zwischen geschiedenen Ehepartnern so ist, muss das umso mehr im Schadenersatzrecht gelten. Beim Unterhaltsschuldner ist auch dessen begrenzte Leistungspflicht zu berücksichtigen; der Schädiger ist demgegenüber in höherem Maße verpflichtet, Umstände aus der Sphäre des Unterhaltsgläubigers gegen sich gelten zu lassen.

33 Ersatzfähig ist auch der **Unterhalt zwischen Geschiedenen** gem § 68 EheG. Soweit es sich um einen nahehelichen Unterhalt im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung gem § 55a Abs 2 EheG handelt, ist dieser nach § 69a EheG dem gesetzlichen Unterhalt gleichzuhalten, soweit er den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessen ist (SZ 54/17).

34 Der **Barunterhaltsanspruch** ist zeitlich zu begrenzen, und zwar mit der Lebenserwartung des jeweils Getöteten (ZVR 1978/23). Einer ausdrücklichen Befristung mit dem Zeitpunkt der Wiederverheiratung bedarf es nicht, weil es sich insoweit um eine gesetzliche Rechtsfolge handelt (ZVR 1981/121; ZVR 1990/86). Auch mit dem Zeitpunkt der Pensionierung erlischt die

Unterhalts-  
Nettoeinko

Nicht  
Barunterha  
**haltsführe**  
xis – ander  
**Bezugnah**  
gepeilt, wa  
zwischen I  
Kochen, P  
weiteren S  
und Pflege  
den. Dass  
charakter (i  
mit hunder  
„um Haus  
ersatzfähig  
(2 Ob 157/

So re  
beim maß;  
nen, die es  
Dienste zu  
bei Erbring  
Einstellung  
der OGH d  
dann einste  
muss, wäh  
pflicht des  
merhin zug  
zu entricht  
gegen ein g  
kraft erbric  
das gleiche  
erschaden  
vielmehr d  
erhält, aber  
Folge hat.

Wie t  
**remanenz**  
führt nicht  
weniger de  
und Koche  
Person erb  
entspreche  
Jeder Unte  
machen (2

Bei T  
men ist, de  
ZVR 1990  
in Unterha

Unterhaltsverpflichtung nicht (6 Ob 203/00x). In vielen Fällen wird sie aber wegen des geringeren Nettoeinkommens deutlich geringer ausfallen.

Nicht nur bei Tötung des Unterhaltsschuldners, der durch Einsatz seiner Arbeitskraft den Barunterhalt der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger erwirtschaftet, auch bei **Tötung des Haushaltsführers** gebührt ein Anspruch nach § 1327. Wie bei § 1325 ermittelt die österreichische Praxis – anders als in der Schweiz und Deutschland – das **Ausmaß der anfallenden Arbeiten ohne Bezugnahme auf statistische Untersuchungen**. Der Haushaltsaufwand wird über den Daumen gepeilt, was tendenziell zu einer Unterschätzung führt (dazu § 1325 Rz 91). Zu unterscheiden ist zwischen Haushaltsführung im engeren und weiteren Sinn. Zu Ersterer zählen das Einkaufen, Kochen, Putzen, Waschen, Bügeln sowie die Betreuung der Kinder. Die Haushaltsführung im weiteren Sinn umfasst etwa Tätigkeiten wie die Betreuung von Haustieren, die Instandhaltung und Pflege des Gartens und des Kfz, der Schriftverkehr mit Banken, Versicherungen und Behörden. Dass so mancher eine solche Tätigkeit als Hobby ansieht, nimmt ihr nicht den Unterhaltscharakter (OLG Wien EF 81.551: Gartenarbeit; restriktiver freilich 2 Ob 57/92: bei einem Garten mit hundert Bäumen und hundert Sträuchern Begrenzung auf den Aufwand, der notwendig ist, „um Haus und Garten in einem der Verkehrsübung entsprechenden Zustand zu erhalten“). Zum ersatzfähigen Unterhalt zählen auch Pflegeleistungen zugunsten eines kranken Familienmitglieds (2 Ob 157/00b).

So restriktiv beim Stundenausmaß verfahren wird, so großzügig ist der Bemessungsansatz beim **maßgeblichen Stundenlohn**. Der Anspruchsberechtigte soll Leistungen finanzieren können, die es ihm ermöglichen, „sich in der im Leben üblichen Weise wirtschaftlich gleichwertige Dienste zu verschaffen“ (2 Ob 338/99s). Es kommt somit darauf an, was professionelle Kräfte bei Erbringung derartiger Dienstleistungen kosten würden (ZVR 1987/56; 2 Ob 42/92). Auf die Einstellung einer derartigen Ersatzkraft kommt es nicht an. In der E 2 Ob 42/92 begründete das OGH damit, dass ansonsten gutsituierte Familien begünstigt würden, die eine Ersatzkraft auch dann einstellen, wenn noch nicht feststeht, ob der Schädiger in vollem Umfang dafür aufkommen muss, während weniger finanzkräftige Geschädigte so etwas erst dann tun, wenn die Einstandspflicht des Schädigers – in diesem Umfang – feststeht. Das wird in der Lit kritisiert, wobei immerhin zugestanden wird, dass bei späterer Einstellung einer Ersatzkraft die dann höheren Kosten zu entrichten sind. Die Position des OGH ist mE im Wesentlichen berechtigt, weil der ohne oder gegen ein geringeres Marktentgelt einspringende Dritte die Leistung einer professionellen Ersatzkraft erbringt und sein Entgegenkommen nicht den Schädiger entlasten soll. Es handelt sich um das gleiche Problem wie bei den Pflegedienstleistungen (§ 1325 Rz 23) sowie beim Haushaltsführerschaden im Verletzungsfall (§ 1325 Rz 87). Ersatzfähig ist nicht allein der Bruttolohn, sondern vielmehr die Arbeitskraftkosten, sodass zu berücksichtigen ist, dass eine Ersatzkraft 14 Bezüge erhält, aber im Jahr maximal 10 Monate arbeitet, was einen weiteren Aufschlag von ca 30 % zur Folge hat.

Wie beim Barunterhalt findet sich das Phänomen fixer Kosten bzw präziser das der **Kostenremanenz auch beim Dienstleistungsunterhalt**. Die Reduzierung des Haushalts um eine Person führt nicht dazu, dass der Haushaltsführungsaufwand proportional sinkt. Obwohl eine Person weniger dem Haushalt angehört, sinkt der Aufwand für die Wohnungsreinigung, das Einkaufen und Kochen oder die Betreuung des Haustieres bzw Gartens nicht. Lediglich die einer bestimmten Person erbrachten Leistungen wie etwa das Bügeln der Hemden fällt weg. Die den fixen Kosten entsprechenden Anteile sind aufzuteilen, iZw nach Kopfteilen (ZVR 1981/121; 2 Ob 121/99d). Jeder Unterhaltersatzgläubiger ist nur aktivlegitimiert, den auf ihn entfallenden Anteil geltend zu machen (2 Ob 38/00b).

Bei Tötung des Haushaltsführers muss sich der Ehegatte, der für den Barunterhalt aufgekommen ist, den **Abzug des ersparten Unterhalts** gefallen lassen (ZVR 1981/121; ZVR 1989/106; ZVR 1990/50; stRspr). Auch insoweit sind aber nicht die Werte heranzuziehen, die als Unterhalt in Unterhaltsprozessen zugesprochen werden. Die Rechtslage bei § 1327 ist deshalb unterschied-

lich, weil es nicht um getrennte Haushalte geht. Der überlebende Ehegatte erspart sich durch die Tötung des Haushaltsführers nur die variablen Kosten, somit die Aufwendungen, die für Nahrung, Kleidung und Schmuck sowie die Freizeitaktivitäten (Besuch von Theater, Kino und Schwimmbad) des Haushaltsführers angefallen sind.

- 39 Auch die **Rente wegen Tötung des Haushaltsführers** ist zeitlich jedenfalls nach dessen **Lebenserwartung zu begrenzen**. Wie beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers (dazu § 1325 Rz 15) wird diese auf Lebenszeit zuerkannt. Das ist insofern zutreffend, als ein Haushaltsführer mit Erreichen eines bestimmten Lebensalters – anders als ein im Berufsleben Stehender – nicht von heute auf morgen seine bisherigen Erwerbsaktivitäten einstellt. Freilich werden die Kräfte im Laufe der Jahre nachlassen, sodass in höherem Alter ein Abschlag angebracht wäre.
- 40 Sind **beide Ehepartner ganz oder teilweise berufstätig**, hat der OGH in stRspr ausgesprochen, dass die Witwe sich das Eigeneinkommen nur dann anrechnen lassen muss, wenn sie daraus schon zu Lebzeiten freiwillig einen Beitrag für den Unterhalt geleistet hat (2 Ob 22/95; 2 Ob 175/98m; 2 Ob 99/06g). Jedenfalls unangebracht ist eine Einschränkung auf die Ehefrau; das gesamte Eherecht ist insofern geschlechtsneutral ausgestaltet, was auch bei § 1327 zu beachten ist. Abgesehen davon, dass sich eine solche interne Absprache kaum verifizieren oder falsifizieren lässt, erscheint es fragwürdig, ob sich diese tatsächlich zulasten des Schädigers auswirken sollen. Ungeachtet der Gestaltungsbefugnisse der Ehegatten gem § 91 kommt es mE bei § 1327 auf das durch die Anspannung der Kräfte der Ehegatten erzielte Unterhaltsniveau an; und wie es bei einem Einfamilienhaus (oben Rz 35) und einer Gesellschaft (oben Rz 30) nicht darauf ankommt, in wessen Eigentum die jeweilige Sache steht, sollten derartige Absprachen mE unbeachtlich sein.

#### D. Kind

- 41 Beim **Kindesunterhalt** geht es ebenfalls um die Komponenten **Bar- und Betreuungsunterhalt**. Umfangmäßig entwickeln sich diese spiegelverkehrt mit dem Heranwachsen des Kindes. Der Barunterhalt nimmt zu, der Betreuungsunterhalt nimmt ab. Zu beachten ist, dass auch dann, wenn ein Elternteil nicht im beruflichen Erwerbsleben steht, der berufstätige Elternteil heute stärker in der Kindererziehung engagiert ist, als das früher der Fall war. Das hat zur Folge, dass bei seiner Tötung beim Anspruch nach § 1327 nicht bloß der Barunterhalt ersatzfähig ist, sondern auch die von ihm erbrachten Dienstleistungen abzugelten sind, wie das ohnehin selbstverständlich ist, wenn beide Eltern berufstätig sind. Nach dem traditionellen Familienverständnis war der Vater für die Berufarbeit, die Mutter für den Haushalt zuständig. Der OGH hat daher das Erwerbseinkommen einer berufstätigen Mutter vom Nachweis abhängig gemacht, dass es sich auf die Lebensverhältnisse des Kindes ausgewirkt hat (ZVR 1976/46), oder er hat angenommen, dass die Eltern hälftig beitragen (ZVR 1973/70). Plausibel ist mE die Annahme, dass in Bezug auf den Barunterhalt sich das jeweils erzielte Erwerbseinkommen anteilig auf den Kindesunterhalt auswirkt (OLG Wien ZVR 1995/157).
- 42 Beim Dienstleistungsunterhalt sind ersatzfähig die Beaufsichtigung, Erziehung, elterliche Zuwendung, Körperpflege sowie die Reinigung und Instandhaltung der Kleidung. Der OGH hat aber auch anerkannt, dass der Zeitaufwand für die Pflege des Kindes (2 Ob 121/99d; 8 Ob 60/07t: Begehren nach dem Regelbedarf, was bei Kleinkindern mE viel zu wenig ist) sowie das Spielen mit diesem (2 Ob 156/02h) ersatzfähig sind. In jüngeren Entscheidungen wurde betont, dass auch die sportliche Betreuung eines Kindes (2 Ob 119/09b: Tennis- und Schiurlaube) unter Einschluss des Transportes zum Training und Schirennen sowie das Aushandeln von Sponsoring-Verträgen zum ersatzfähigen Unterhalt zählt (2 Ob 41/08f: und das sogar im Rahmen des § 12 Abs 2 EKHG).

- 43 Die **Familienbeihilfe** ist eine staatliche Transferleistung, die widmungsgemäß für das Kind zu verwenden ist. Geht durch den Tod des bis dahin bezugsberechtigten Unterhaltsschuldners die Aktivlegitimation auf den anderen Elternteil über, ist insoweit kein nach § 1327 ersatzfähiger Schaden gegeben, weil sich nur die formale Bezugsberechtigung, nicht aber die Quelle geändert hat (SZ 54/24). Zu beachten ist auch **eigenes Einkommen des Kindes nach § 140 Abs 3**. Offen

ist, ob die  
haltsschu  
belassen

Bei  
einem nic  
Monat). I  
sen. Die  
Rolle. Ei  
Zuwendu  
higkeit zu  
hat ein Z  
den Roll  
der OGH  
die Tocht  
chen, da  
nicht abe  
durch de  
der Auss  
Unterhal  
wie ohne  
insoweit,  
vereitelte

Da  
eines Ha  
sich nich  
die konk  
1978/17:  
Stiefelte  
Betreuer  
terhaltsa  
aufrecht  
nung ge  
der E SZ  
den Unte  
der Lit i  
Nachteil  
gelassen  
Typische  
lauf des  
ersichtli  
Erbscha

#### E. Sach

De  
nicht, al  
leistung  
Bezug a  
auch in  
träger g  
bzw die  
ist aber

Huber

Huber

ist, ob diese bei § 1327 mechanisch anzurechnen sind oder darauf abzustellen ist, ob der Unterhaltsschuldner diese dem Kind zum Aufbau eines Vermögens oder einer künftigen Alterssicherung belassen hat oder diese auch zu seinen Lebzeiten zur Unterhaltsdeckung verwendet worden sind.

Beim Kindesunterhalt ist eine **Sättigungsgrenze** zu beachten (2 Ob 119/09b: Hinweis bei einem nicht ehelichen Kind auf das Maximum der Düsseldorfer Tabelle, nämlich € 4.800,- pro Monat). Ein höherer Unterhalt, etwa wegen eines Sonderbedarfs, wäre im Einzelfall nachzuweisen. Die Sättigungsgrenze spielt beim Barunterhalt, nicht aber beim Dienstleistungsunterhalt eine Rolle. Ein Kind kann durch zu hohe Vermögenswerte verzogen werden, aber kaum durch zu viel Zuwendung und Betreuung. Der Unterhaltersatzanspruch ist zeitlich bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit zu begrenzen. Sofern konkrete Anhaltspunkte gegeben sind, dass das Kind studieren wird, hat ein Zuspruch der Rente über die Vollendung des 18. Lebensjahres zu erfolgen. Bei einer an den Rollstuhl gefesselten RichterIn, der der Vater Betreuungsdienstleistungen erbracht hat, hat der OGH (2 Ob 55/97w; 2. Rechtsgang 2 Ob 338/99s) bei Tötung des Vaters darauf abgestellt, ob die Tochter selbsterhaltungsfähig sei, das aber in concreto verneint. Er hat zu Recht ausgesprochen, dass sich der Unterhaltersatzgläubiger lediglich das Pflegegeld anrechnen lassen müsse, nicht aber sein sonstiges Erwerbseinkommen, um daraus die Dienstleistungen zu bezahlen, die durch den Tod des Vaters entgangen sind. Nach Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit gebührt der Ausstattungsanspruch nach § 1220 als letzte Leistung von Unterhalt, sodass bei Tötung des Unterhaltsschuldners auch insoweit ein Anspruch nach § 1327 besteht (SZ 45/78); und zwar so wie ohne Tötung in Form eines Kapitalbetrags und nicht in Form einer Rente. Das gilt jedenfalls insoweit, als die nach § 1220 geschuldete Ausstattung aus dem erzielten – und infolge der Tötung vereitelten – Erwerbseinkommen geleistet worden wäre.

Das Einspringen Dritter soll den Schädiger nicht entlasten. Das wirkt sich beim Anspruch eines Halb- oder Vollwaisen bei folgenden Konstellationen aus: Der Anspruchsberechtigte muss sich nicht auf die Kosten einer Heimunterbringung verweisen lassen; maßgeblich sind vielmehr die konkreten Verhältnisse, etwa bei Betreuung und Unterbringung durch die Großeltern (ZVR 1978/173; SZ 54/24). Der Umstand, dass der überlebende Elternteil wieder heiratet und der Stiefelternteil dem Halbweisen faktisch Unterhalt leistet, entlastet den Schädiger nicht (SZ 61/215: Betreuung durch die Stiefmutter). Wird ein Kind adoptiert, wird gem § 182 ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch gegen die Stiefeltern begründet. Gleichwohl bleibt der Schadenersatzanspruch aufrecht (RZ 1982/52). Das ist auch damit zu begründen, weil ansonsten ein von der Rechtsordnung gewünschter institutioneller Vollzug eines faktischen Zustands blockiert würde. Wurde in der E SZ 48/32 noch ausgesprochen, dass der Anspruch nach § 142, also des Kindes gegen den für den Unterhalt zureichenden Nachlass ausschließe, hat der OGH unter Bezugnahme auf die Kritik der Lit in der E 2 Ob 38/95 das nur mit der Einschränkung aufrechterhalten, dass dem Erben kein Nachteil entstehe, was in concreto verneint wurde. ME sollte auch diese Einschränkung fallen gelassen werden. Der Schädiger ist im Vergleich zum Erben näher daran, den Nachteil zu tragen. Typischerweise wird ein Nachteil des Erben aber auch gegeben sein, weil im Regelfall im Verlauf des Lebens das Vermögen jedenfalls nominell eher zu- als abnimmt. Zudem ist kein Grund ersichtlich, zwischen dem Anspruch des Ehegatten (§ 796) und dem des Kindes (§ 142) gegen die Erbschaft zu unterscheiden (oben Rz 8).

### E. Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen

Der Anspruch der nach § 1327 Anspruchsberechtigten gegen den Schädiger besteht insoweit nicht, als es bezüglich **sachlich, zeitlicher und persönlich kongruenter Sozialversicherungsleistungen** zu einem **Anspruchsübergang nach § 332 ASVG** gekommen ist. Das wird bejaht in Bezug auf das **Sterbegeld** und die nach § 1327 ersatzfähigen Kosten (JBl 1975, 155). Dies wird auch in Bezug auf die **Witwer- bzw Witwenpension** bejaht, selbst wenn der Sozialversicherungsträger gegenüber der höheren Pension an den Getöteten nunmehr eine geringere an den Witwer bzw die Witwe auszuzahlen hat. Schadenersatzrechtlich vermag das mE nicht zu überzeugen, ist aber nach einer breiten Diskussion stRspr (SZ 56/173; 2 Ob 2266/96s; 2 Ob 105/05p). Beim

Unterhaltersatz wird die sachliche Kongruenz zu Recht auch in Bezug auf **Beistandsleistungen in der Haushaltsführung** bejaht (JB1 1990, 723: Mithilfe des Ehemannes im Haushalt), während das beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers in Bezug auf Lohnersatzleistungen zu Unrecht abgelehnt worden ist (dazu § 1325 Rz 20). Unzutreffend ist mE darüber hinaus die Verneinung der sachlichen Kongruenz zwischen Witwen- bzw Witwerpension und dem Unterhaltersatzanspruch wegen entgehender Arbeitsleistungen zur Errichtung eines Eigenheims (2 Ob 58/86). Zu beachten ist, dass nach Durchsetzung des Unterhaltersatzanspruchs gegen den Schädiger dem Unterhaltersatzgläubiger wegen des dann sich ergebenden Wegfalls von Sozialleistungen weniger verbleiben kann als ohne Durchsetzung des Anspruchs nach § 1327 (1 Ob 66/09z: nach Entfall der Ausgleichszulage kein Ersatz für verlorene Befreiung von der Rezeptgebühr). Ein Regress nach § 332 ASVG wird auch bejaht, wenn durch die Tötung des Unterhaltsschuldners die gesetzliche Krankenversicherung wegfällt (ÖJZ 1971/211). Auch beim Unterhaltersatzanspruch des Kindes ist die Waisenrente nicht bloß in Bezug auf den Barunterhalt, sondern auch zum Dienstleistungsunterhalt sachlich kongruent (ZVR 1980/71). Das hat der OGH zu Recht auch dann bejaht, wenn § 332 ASVG oder eine diesem entsprechende spezialgesetzliche Regressnorm fehlt (2 Ob 205/07x: Regress der Rechtsanwaltskammer).

## F. Steuerrecht

- 47 Fällt bei einer Rente nach § 1327 ESt an, hat diese der Schädiger zu bezahlen (SZ 60/67). Ob eine Steuerpflicht gegeben ist, ist nach Ansicht des OGH nicht von ihm zu entscheiden (2 Ob 210/07g). Die Fälligkeit der Steuern ist wegen der Verstetigung der Rente keine Voraussetzung der Ersatzfähigkeit (2 Ob 228/08f).

### 1a. an der geschlechtlichen Selbstbestimmung

**§ 1328. Wer jemanden durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen missbraucht, hat ihm den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen sowie eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung zu leisten.**

- 1 § 1328 bezweckt den Schutz der Willensfreiheit und der Selbstbestimmung im Hinblick auf die Geschlechtssphäre einer Person. Die Norm ist auf Taten anzuwenden, die nach dem 31.12.1996 (BGBl 1996/759) gesetzt worden sind (9 Ob 78/99g). Mit der Novelle BGBl 1996/759 wurde die Selbstbestimmung geschlechtsneutral formuliert und der Tatbestand erweitert. Darauf, ob bei einer „geschlechtlichen Leichtfertigkeit“ noch eine Geschlechtshre vorhanden ist, ist selbstverständlich nicht abzustellen (hL).
- 2 **Geschlechtliche Handlungen:** Der Tatbestand des § 1328 ist durch die Novelle präzisiert und erweitert worden. Der Beischlaf sowie andere Arten des (homo- und heterosexuellen) geschlechtlichen Verkehrs, – und wegen der weiten Formulierung – selbstverständlich auch sonstige Fälle des sexuellen Missbrauchs von Kindern fallen darunter; auch dann, wenn ein sexueller Missbrauch ohne Willensbildung (etwa bei Bewusstlosigkeit etc) stattfindet (8 ObA 188/98z; OLG Innsbruck ZVR 2001/63). Der Tatbestand ist weit zu verstehen.
- 3 In Betracht kommen zunächst die **strafbaren Handlungen** des § 201 ff StGB (Sexualstraftdelikte), uU auch andere (§§ 192 f, 99 ff StGB). Notwendig ist aber nicht unbedingt die strafrechtliche Qualifizierung; auch nicht eine strafrechtliche Verurteilung (vgl OLG Innsbruck ZVR 2001/63). Der Wortlaut des § 1328 stellt sonstige hinterlistige, drohende Handlungen oder das Ausnützen eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses der strafbaren Handlung gleich. **Hinterlist** ist nach hL ein besonders verwerfliches Verhalten; Hinterlist ist etwa gegeben, wenn durch das Einflößen von Alkohol oder sonstige die Sinne verwirrende Mittel jemand zum Beischlaf oder zu sonstigen geschlechtlichen Handlungen bewegt wird. **Drohung** als rechtswidriger Zwang wird angegeben, wenn das verwendete Druckmittel oder das angestrebte Ziel rechtswidrig

ist (wobei e  
zu § 870 en

Ein A  
möglichkei  
den. In Betr  
Patient, Elt  
(vgl 8 Ob t  
vom Schäd  
den Fall de

Das „  
auf eine Be  
ses muss d  
Beweislast

Steht  
auf den Ve  
sigkeit (da  
können au

Zu ei  
Besonders  
Praxis auc  
chenen Sc  
ATS 60.00  
9 Ob 147/  
altem Stie  
bruck ZVI  
kehr an Ki  
4 R 100/0  
gen, ua in  
chosomati  
Gesäß“ ur  
des Gesch  
vergehen  
ten zuges  
Übergriff  
satzbeträg

Die  
Hintergru  
nis ebenf  
Untergrei  
lisierung  
wiegende

§ 1  
greift oc  
ihm den  
vatsphä  
den Mei  
Entschä