

Univ.-Prof. Dr. Christian Huber, Augsburg

# Abkehr von der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten – ein weiterer Meilenstein der Annäherung von Rechtsprechung und Lehre<sup>1)</sup>

Zugleich Besprechung von OGH 23. 10. 1997, ZVR 1998/32 (in diesem Heft)

**Zum Inhalt:** Der OGH geht in einer Entscheidung eines verstärkten Senats von seiner langjährigen gefestigten Judikatur ab. Er schließt sich der Ansicht der ganz überwiegenden Literatur an. Bei Verzicht auf einen Heileingriff können vom einstandspflichtigen Dritten nicht mehr Heilungskosten auf fiktiver Basis verlangt werden, sondern bloß ein erhöhtes Schmerzensgeld. Ch. Huber stimmt der E zu. Er legt dar, daß sie sich konsequent in das im Schadenersatzrecht anerkannte Spannungsverhältnis von Restitutions- und Kompensationsinteresse einfügt. Schließlich lotet er die Bedeutung dieser E für die Regreßansprüche von Sozialversicherungsträgern aus.

## I. Steter Tropfen höhlt den Stein

Die Frage, ob eine verletzte Person die für die Heilung erforderlichen Kosten auch dann verlangen kann, wenn sie den entsprechenden Heileingriff – aus welchen Gründen immer – nicht durchführen läßt, ist spätestens seit einer Urteilsanmerkung von *Gschnitzer*<sup>2)</sup> aus dem Jahr 1955 umstritten. Der OGH hatte in ständiger Rechtsprechung seit 1937<sup>3)</sup> **Heilungskosten unabhängig** davon zuerkannt, ob in der Folge der diese Kosten rechtfertigende **Heileingriff vorgenommen** wurde.

Die jüngere Literatur, allen voran *Apathy*,<sup>4)</sup> hat mehrere Versuche unternommen, diese Rechtsprechung umzustoßen und den Verletzten auf ein – **betraglich geringeres** – **Schmerzensgeld** für die Unlustgefühle zu beschränken, die infolge des Verzichts auf den nach der Verletzung indizierten Heileingriff entstanden sind. Zuletzt verblieb dem OGH allein *Koziol*<sup>5)</sup> als letzter Getreuer, der zwar die Gegenargumente der ansonsten ge-

schlossenen jüngeren Literatur<sup>6)</sup> für beachtlich ansah, aber am Ergebnis der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten festhielt. Davon hat sich der OGH in der zu besprechenden Entscheidung des verstärkten Senats nunmehr distanziert.

Es hat dazu mehrerer Anläufe – und eines **besonders gelagerten Sachverhalts**<sup>7)</sup> – bedurft, wie die sehr sorgfältig begründete und umfassend dokumentierte Entscheidung offenlegt. Vorbildlich ist der Aufbau: Er gliedert sich in den Sachverhalt, die Ergebnisse der Untergerichte, die Argumente der Revision des Bekl, das Referat der Vorjudikatur, die Darstellung des Meinungsstandes der Literatur und einen rechtsvergleichenden Verweis, ehe die eigene Position entwickelt wird. Abschließend unternimmt es die Entscheidung sogar, die gänzliche Abweisung des konkreten Begehrens näher zu begründen<sup>8)</sup> sowie auf mögliche Grenzen hinzuweisen.<sup>9)</sup>

Man kann die **Beharrlichkeit**, mit der die **jüngere Literatur** den Zuspruch fiktiver Heilungskosten kompromißlos<sup>10)</sup> bekämpft hat und den schlußendlich vollzogenen Meinungsumschwung des OGH mit den Worten charakterisieren: **Steter Tropfen höhlt den Stein**. Dieses Phänomen ist in der jüngeren Haftpflichtrechtsjudikatur des OGH kein Einzelfall.

Diese Entscheidung reiht sich vielmehr ein in eine **Kette grundlegender Entscheidungen** im Haftpflichtrecht der letzten Jahre, in denen der OGH **entweder langjährigen Forderungen der Literatur** entsprochen hat, so bei der Lohnfortzahlung,<sup>11)</sup> bei der Vererblichkeit von Schmerzensgeldansprüchen<sup>12)</sup> oder der Verjäh-

<sup>6)</sup> Neben *Apathy* vgl. *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 1325 Rdz 18; *derselbe*, Ersatz fiktiver Heilungskosten, VR 1992, 72; *Schwimmann/Harrer*, ABGB<sup>2</sup> § 1325 Rdz 13; *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1995) 266 ff.

<sup>7)</sup> Näheres dazu sogleich unter Punkt II.B.

<sup>8)</sup> Näheres dazu in Punkt VI.

<sup>9)</sup> Näheres dazu in Punkt VII.

<sup>10)</sup> Prototypisch dafür der Ausspruch: „Ein verkehrter Ansatz wird nicht richtig, auch wenn man es billiger macht.“ So *Apathy*, RZ 1986, 268 und *Schwimmann/Harrer*, ABGB § 1325 Rdz 10.

<sup>11)</sup> OGH SZ 67/52 = JBl 1994, 684 = EvBl 1994/135 = ZVR 1994/88 = RdW 1994, 213 = eolex 1994, 135 mit Anmerkung von *Mohr*; ZVR 1995/62; JBl 1996, 583 = eolex 1996, 671.

<sup>12)</sup> OGH ZVR 1996/126. Vgl. dazu *Jelinek*, Die Persönlichkeit des Verletzten und das Entstehen des Schmerzensgeldanspruchs, JBl 1977, 1 ff und ihm folgend *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II (1984) 141 f.

<sup>1)</sup> Herrn Univ.-Prof. Dr. *Martin Binder*, Innsbruck, danke ich sehr herzlich für die Bereitstellung von sozialrechtlicher Literatur und Judikatur sowie anregende Hinweise.

<sup>2)</sup> Zu OGH JBl 1955, 305.

<sup>3)</sup> OGH RZ 1937, 140.

<sup>4)</sup> Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979) 82; *derselbe*, Fiktive Operationskosten, RZ 1986, 265 ff; *derselbe*, Kommentar zum EKHG (1992) § 13 Rdz 8.

<sup>5)</sup> Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>3</sup> (1997) Rdz 2/59 FN 176.

rung von Schadenersatzansprüchen.<sup>13)</sup> Manche Entscheidung, so die Zuerkennung von Schmerzensgeld an eine empfindungsunfähige Person.<sup>14)</sup> ist freilich ohne Beeinflussung durch die Literatur ergangen.

Alle diese Judikaturänderungen haben aber eines gemeinsam: Sie führen zu einem **stärkeren Gleichlauf mit dem deutschen Haftpflichtrecht**. Mitunter hat der OGH eine langjährige deutsche Judikatur übernommen.<sup>15)</sup> Bisweilen hat aber im deutschen Recht erst eine Gesetzesänderung<sup>16)</sup> den Umschwung bewirkt oder der OGH hatte die Vorreiterrolle übernommen.<sup>17)</sup> Es drängt sich dabei die Frage auf: Gibt es im Haftpflichtrecht einen **Zeitgeist**, der hüben und drüben der weiß-blauen Grenzpfähle wirkt?

Wie kam es aber dazu, daß über 40 Jahre hindurch ein Rechtsproblem von der österreichischen Literatur und Judikatur gegensätzlich beurteilt wurde? Einerseits dürfte dies am **Sachverhalt** liegen, den man als grundlegende Konstellation vor Augen hatte.<sup>18)</sup> Andererseits fand in den letzten Jahrzehnten ein **Paradigmawechsel im Haftpflichtrecht** statt, der den Umschwung in der Beurteilung der konkreten Frage mitverursacht hat.<sup>19)</sup>

## II. Unterschiedlicher Ausgangspunkt der Billigkeit

### A. Der Verletzte soll nicht unentschädigt bleiben

Seit der immer wieder zitierten ersten OGH-Entscheidung<sup>20)</sup> ist ein **Unbehagen der Judikatur** zu konstatieren, daß derjenige **Verletzte**, der sich aus durchaus **achtbaren Motiven** zu einem Heileingriff – zumindest vorläufig – nicht durchringen kann, **nicht leer ausgehen** soll. Auch

<sup>13)</sup> OGH JBI 1996, 311 mit Anmerkung von *Apathy* = *ecolex* 1996, 91 mit Anmerkung von *Wilhelm* = *EvBI* 1996/11 = *RdW* 1996, 111 = *JAP* 1996/97 mit Anmerkung von *Fremuth/Reidinger* im Anschluß an *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht* I (1973) 253 und unmittelbar vor dieser *E. F. Bydlinski*, *Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht*, *FS-Steffen* (1995) 65 ff.

<sup>14)</sup> So erstmals OGH 23. 4. 1992, 6 Ob 535, 1558/92. In weiterer Folge ebenso 8 Ob 581/92; 2 Ob 60/92; *ZVR* 1993/150.

<sup>15)</sup> So bei der Lohnfortzahlung, ständige Judikatur seit BGH BGHZ 7, 30 (aus dem Jahr 1952), der Verjährung von Schadenersatzansprüchen und auch der Versagung der Abrechnung auf Basis fiktiver Heilungskosten (grundlegend BGH BGHZ 97, 14 = *JZ* 1986, 638 mit zustimmender Anmerkung von *Zeuner* = *NJW* 1986, 1538 = *VersR* 1986, 550).

<sup>16)</sup> So bei der Vererblichkeit des Schmerzensgeldes die Streichung von § 847 Abs I zweiter Satz BGB durch G vom 14. 3. 1990, *BGBI*, I 478.

<sup>17)</sup> So bei der Zuerkennung von Schmerzensgeld ohne Schmerzen. OGH 23. 4. 1992, 6 Ob 535, 1558/92 und wenig später BGH 13. 10. 1992 *VersR* 1993, 327. Den 1992 vom BGH vollzogenen Umschwung noch nicht zur Kenntnis nehmend *Piegler* in *Jarosch/Müller/Piegler/Danzl*, *Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht*<sup>6</sup> (1994) 164. Darauf hinweisend *Ch. Huber*, *ZfRV* 1996, 128. Ebenso wie *Piegler*, ohne Berücksichtigung der neuesten BGH-E *VersR* 1993, 327 *Schwimann/Harrer*, *ABGB* § 1325 *RdZ* 78; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I 11/21 FN 78. Es ist durchaus nicht stets erforderlich, Meinungen zum österr Recht durch Belegstellen des deutschen Höchstgerichts abzustützen. Wenn dies aber erfolgt, sollten sie auf dem neuesten Stand oder zumindest ausgewiesen sein, daß es sich nicht um die gegenwärtige Position handelt.

<sup>18)</sup> Näheres dazu sogleich in Punkt II.

<sup>19)</sup> Näheres dazu in Punkte III.C.

<sup>20)</sup> *RZ* 1937, 140.

klings der Gedanke an, so insb in den Fällen, in denen es um die Kosten für Zahnersatz ging, daß der Heileingriff früher oder später ohnehin erfolgen müsse.<sup>21)</sup>

Insoweit ist eine gewisse Ähnlichkeit zu der in Deutschland von *Zeuner*<sup>22)</sup> vertretenen **Bedarfsschadenslehre** zu konstatieren, die aber in der Folge vereinzelt geblieben ist. Bei dieser kommt es in Anknüpfung an den in § 843 Abs I BGB<sup>23)</sup> geregelten Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse für die **Qualität als Vermögensschaden** sowie das **Ausmaß des Ersatzanspruchs** lediglich darauf an, daß beim Geschädigten ein bestimmter **Bedarf** durch das schädigende Ereignis ausgelöst worden ist. Ob dieser in der Folge auch **gedeckt** wurde, soll hingegen **belanglos** sein.

Schließlich mag der Gesichtspunkt eine Rolle spielen, daß der Substanzschaden der Person ähnlich wie der Substanzschaden einer Sache<sup>24)</sup> durch eine **Kapitalabfindung** abgegolten werden und eine zeitlich langwierige Regulierung nach Möglichkeit vermieden werden soll. Diesem Anliegen sowie dem Postulat der **Einfachheit der Schadensregulierung** kommt die Abrechnung auf Basis fiktiver Heilungskosten entgegen.

### B. Der Verletzte bzw dessen Erben sollen die Gesundheitsbeeinträchtigung nicht zu Geld machen

Gerade spiegelverkehrt war der Sachverhalt der Entscheidung des verstärkten Senats, die zu einer Abkehr von der bisherigen Judikatur führte. Offenbar besonders raffgierige Erben setzten einen Prozeß fort, bei dem die Untergerichte – auf der Basis der bis dahin herrschenden Rechtsprechung – die fiktiven Heilungskosten auf ca ein Drittel zusammenkürzten.<sup>25)</sup> Dem Bekl war auch das noch zuviel, weshalb er die Entscheidung des OLG Wien mit ao Revision bekämpfte. In diesem Sachverhalt stand unverrückbar fest, daß die **Kosten für den begehrten Heileingriff nicht mehr widmungsgemäß** verwendet werden konnten, weil das Rechtssubjekt, an dem der Eingriff durchzuführen gewesen wäre, inzwischen verstorben war.

Die Entscheidung könnte dadurch motiviert gewesen sein, daß die **Begehrlichkeit der Erben** im Vordergrund stand, ein Interesse, das im Verhältnis zur **Befindlichkeit des Verletzten** nicht so besonders schutzwürdig erschien. Infolge der vollzogenen **Änderung bei der Vererblichkeit des Schmerzensgeldes**<sup>26)</sup> ist die Geltendmachung eines Anspruchs durch die Erben freilich stets möglich, unabhängig davon, ob der Anspruch als **Heilungskosten** oder **Schmerzensgeld** qualifiziert wird, so daß das Verhalten des Schädigers nicht ungesühnt bleibt.

<sup>21)</sup> So in OGH *EvBI* 1955/180 = *JBI* 1955, 305 mit Anmerkung von *Gschneider*.

<sup>22)</sup> Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, *AcP* 163, 380 ff; *derselbe*, *Gedanken zum Schadensproblem*, *GedS Dietz* (1973) 99 ff.

<sup>23)</sup> Dieser lautet: Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadenersatz zu leisten.

<sup>24)</sup> Zum Begriff vgl *Ch. Huber*, *Fragen der Schadensberechnung* 11.

<sup>25)</sup> Von den begehrten öS 350.000.– wurden vom ErstG und vom BerG öS 125.000.– zuerkannt.

<sup>26)</sup> OGH *ZVR* 1996/126.

Ist das Ergebnis einer Entscheidung auch jeweils durch den **besonders gelagerten konkreten Sachverhalt** geprägt, so wird doch – zumeist – eine **dogmatische Begründung** vorangestellt oder nachgeschoben. Auch diesbezüglich sind zwei unterschiedliche Schienen zu beobachten.

### III. Dogmatische Begründung

#### A. Zuspruch mit Hilfe objektiv-abstrakter, nicht aber subjektiv-konkreter Schadensberechnung

Es ist das **Wesen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung**, daß die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruchs nicht davon abhängig ist, daß sich beim Schadenersatzgläubiger ein rechnerischer Schaden feststellen läßt. Ein Ersatzanspruch gebührt vielmehr auch dann, wenn der nach subjektiv-konkreter Berechnung sich ergebende Ersatzanspruch Null ausmacht. Die **Rechtsgutsbeeinträchtigung** als solche ist maßgeblich. Es kommt auf die logische Sekunde vor und nach dem schädigenden Ereignis an. Es wird ein vergrößerter Maßstab angelegt. Gemessen wird nicht die Einbuße im Gesamtvermögen des Verletzten, sondern **isoliert am beeinträchtigten Rechtsgut**; und das in **objektiv-typisierter** Betrachtung. Dabei ist zu beachten, daß auf diese Weise bloß ein **Mindestersatz** begründet werden kann.<sup>27)</sup>

Bezogen auf die Erstattungsfähigkeit fiktiver Heilungskosten wurde angenommen, daß der Schaden mit der Körperverletzung am Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit eingetreten sei, was zur Folge habe, daß nach dem Rechtsfortwirkungsprinzip der Schadenersatzanspruch – wie der **Phönix aus der Asche** – an seine Stelle trete. Welcher Art dieser Schaden sei, ob Vermögens- oder Immaterialschaden, das wurde nicht immer präzise untersucht.<sup>28)</sup>

**Sublim** ist demgegenüber der Ansatz von *Koziol*,<sup>29)</sup> der anerkennt, daß die Körperverletzung als solche lediglich zu einem immateriellen und nicht zu einem Vermögensschaden führe. Zur Begründung der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten verweist er auf einen **Größenschluß**. Wenn schon bei Sachschäden dem Geschädigten die Möglichkeit offenstehe, unabhängig vom Vorliegen eines subjektiven Schadens mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung Ersatz zu verlangen, so dürfe dem Geschädigten bei den **höherwertigen Persönlichkeitsgütern**, zu denen auch die körperliche Unversehrtheit zähle, dieser Weg nicht verweigert werden.

Wenn dagegen ins Treffen geführt wurde, daß durch die Zuerkennung fiktiver Heilungskosten eine **Kommerzialisierung** von dem Grunde nach immateriellen Rechtsgütern stattfindet,<sup>30)</sup> so verweist *Koziol*<sup>31)</sup> darauf, daß auch bei Sachschäden im Wege der objektiv-abstrakten Schadensberechnung ein Ersatzanspruch in Fällen begründet werde, in denen der Geschädigte keinen subjektiven Nachteil empfinde.

<sup>27)</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I Rdz 2/76.

<sup>28)</sup> So wohl etwa in OGH EvBl 1955/180 = JBl 1955, 305 mit Anmerkung von *Gschneiter*.

<sup>29)</sup> Haftpflichtrecht II 127f.

<sup>30)</sup> So vor allem *Schwimmann/Harrer*, ABGB<sup>1</sup> § 1325 Rdz 10.

<sup>31)</sup> Haftpflichtrecht II 128 FN 18.

Sosehr **die Parallelen zwischen Sach- und Personenschaden** möglichst betont werden sollen,<sup>32)</sup> so stößt dieses Bemühen hier an seine Grenzen. Während nämlich beim Sachschaden stets eine Sichtbarmachung des Schadens durch **Veräußerung** der beschädigten oder zerstörten Sache am **Markt** möglich ist,<sup>33)</sup> kommt dies bei einer verletzten Person gerade nicht in Betracht. Insofern dürfte sich auch die Konzeption von *Koziol* und *Apathy* in bezug auf die Abgrenzung von Vermögens- und Immaterialschaden unterscheiden.

Während *Apathy*<sup>34)</sup> für den **Vermögensschaden** – und damit als Voraussetzung einer objektiv-abstrakten Berechnung des Schadens – verlangt, daß im **Zeitpunkt der Beeinträchtigung** ein Vermögensgut vorhanden ist, läßt es *Koziol*<sup>35)</sup> ausreichen, wenn ein rational faßbarer Bewertungsmaßstab für die durch das Schädigerverhalten bewirkte **Rechtsgutsbeeinträchtigung zur Verfügung** steht.

Sofern keine am Markt abzuwickelnde Transaktion ermittelbar ist, an der sich die Vermögenseinbuße manifestiert, greift er auch in anderem Zusammenhang<sup>36)</sup> zu **alternativen Bewertungsansätzen** zur Ermittlung des Ausmaßes des Ersatzanspruchs. Daß es sich bei den nach den **Minimalkosten** ermittelten Heilungskosten um einen **willkürlichen Maßstab** handle,<sup>37)</sup> mag übertrieben sein. Zutreffend ist aber, daß durch diesen Bewertungsansatz die Grenze zwischen Vermögens- und Immaterialschaden verwischt wird.

#### B. Unterschiedliche Definition abstrakter Schadensberechnung

Der verstärkte Senat unternimmt es verdienstvollerweise, die Frage der Bejahung oder Verneinung des Anspruchs auf fiktive Heilungskosten **nicht als isoliertes Einzelphänomen** zu betrachten, sondern in einen **größeren Zusammenhang** zu stellen. Er nimmt Bezug darauf, daß die überwiegende Literatur<sup>38)</sup> eine abstrakte Berechnung des Personenschadens bejaht.

Freilich wird dabei nicht offengelegt, daß die zitierte Literatur unter einer **abstrakten Schadensberechnung**<sup>39)</sup> etwas anderes versteht als der OGH.<sup>40)</sup>

<sup>32)</sup> Vgl. dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 10 ff.

<sup>33)</sup> Für die Beachtlichkeit des um die Händlerspanne geringeren Veräußerungswertes (bei Privatpersonen und Gebrauchsgütern) gegenüber dem – höheren – Wiederbeschaffungswert, wodurch dem Postulat Rechnung getragen wird, daß sowohl das **Kompensationsinteresse** als auch die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** nur einen **Mindestersatz** bewirken sollen, *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 156 ff.

<sup>34)</sup> RZ 1986, 265.

<sup>35)</sup> Haftpflichtrecht II 128.

<sup>36)</sup> Haftpflichtrecht I Rdz 10/15 ff beim gemeinen Wert; kritisch dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 152.

<sup>37)</sup> So *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1325 Rdz 18.

<sup>38)</sup> *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung (1964) 50 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht II 134 ff; *Steininger*, Minderung der Erwerbsfähigkeit ohne Verdienstentgang, FS-Wilburg (1965) 186 ff; *W. Schuhmacher*, Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit als Problem des Schadensbegriffs, ZAS 1977, 43 ff; *Welser*, Fragen der zivilrechtlichen Haftung aus Verkehrsunfällen, ZVR 1978 (Sonderheft) 34 ff. Gegenteilig allerdings *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1325 Rdz 36; *Schwimmann/Harrer*, ABGB Vorbem zu §§ 1293 ff Rdz 16.

<sup>39)</sup> Diese stellt zumeist das Adjektiv „objektiv“ voran, was der OGH – wohlweislich? – unterlassen hat.

<sup>40)</sup> So deutlich *Koziol*, Haftpflichtrecht II 135.

Während der OGH sich allein auf die **abstrakte Rente**<sup>41)</sup> bezieht, die neben weiteren restriktiven Bedingungen<sup>42)</sup> voraussetzt, daß ein rechnerischer Schaden in Zukunft wahrscheinlich sei und dem Verletzten – jedenfalls nach der ursprünglichen Konzeption – eine **Beweiserleichterung** verschaffen wollte, kommt es auf das Vorliegen eines Minus gerade im Vermögen des Verletzten nach dem Konzept der von der überwiegenden Literatur<sup>43)</sup> vertretenen – echten – **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** nicht an. Nur vor dem Hintergrund dieses **engeren Begriffs der abstrakten Schadensberechnung** ist der Satz in der Entscheidung des verstärkten Senats verständlich: „Der Zuspruch rein fiktiver Heilungskosten wie die Kosten einer Operation, die nicht vorgenommen wird, versteht sich daher auch bei abstrakter Schadensberechnung im Fall von Körperverletzungen nicht von selbst.“

Mag der OGH den **Erwerbsschaden des Haushaltsführers** – als Abgrenzung zur abstrakten Rente – terminologisch auch als solchen der **subjektiv-konkreten Schadensberechnung** etikettieren,<sup>44)</sup> so ist zumindest bei manchen Sachverhaltskonstellationen die Zuerkennung eines Ersatzbetrags an diesen allein mithilfe der – echten – **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** zu begründen. Das ist etwa so, wenn keine wie immer gearteten Restitutionsaufwendungen getätigt werden und die verletzte Person infolge ihres realen Erwerbsdefizit **lediglich eine Komforteinbuße** erleidet.<sup>45)</sup> Mag sich der Zuspruch eines Ersatzbetrags ohne rechnerischen Schaden auch nicht von selbst verstehen, der Sache nach gibt es dafür beim Personenschaden durchaus Parallelen.

<sup>41)</sup> Diese ist ein *Austriacum*, dem bei Anhalten der restriktiven Tendenzen der letzten Zeit (vgl. dazu OGH ZVR 1993/165) alsbald das Totenglöckchen geläutet werden dürfte. Infolge der kritischen Kommentierung von *Reischauer* (in *Rummel*, ABGB § 1325 Rdz 36) und *Harrer* (in *Schwimmann*, ABGB § 1325 Rdz 57) ist zu befürchten, daß mit dem Tod des Schöpfers, Sen.-Präs. *Piegler*, auch das von ihm entwickelte Rechtsinstitut zu Grabe getragen wird. Dies sollte aus verschiedenen Gründen, die aus Platzgründen hier nicht näher ausgeführt werden können, nochmals überdacht werden.

<sup>42)</sup> Vorliegen eines Dauerschadens, Mehranstrengung des Verletzten gegenüber einem Gesunden mit der Gefahr des früheren Verschleißes des Arbeitskraftpotentials (Ausgleichsfunktion), daher keine abstrakte Rente, wenn bloß bestimmte Tätigkeiten nicht mehr verrichtet werden können (OGH ZVR 1983/284). Weiters gebührt die abstrakte Rente nur, wenn kein rechnerischer Schaden vor Schluß der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz eingetreten ist. Zudem gibt es kein Wahlrecht zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Berechnung, wie es allgemeinen Grundsätzen entsprechen würde. Auch der Lauf der Rente setzt nicht ein ab Eintritt des realen Schadens, sondern erst ab dem Ende der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz. Schlußendlich ist darauf zu verweisen, daß bei einer abstrakten Rente eine Anpassung, so etwa an die Inflation, nicht in Betracht kommt.

<sup>43)</sup> *F. Bydliński*, Schadensverursachung 50ff; *Steininger*, FS-Wilburg (1965) 191; *W. Schuhmacher*, ZAS 1977, 43; *Welser*, ZVR 1978 (Sonderheft), 35; *Koziol*, Haftpflichtrecht II 134; zurückhaltender *Apathy*, EKHG § 13 Rdz 16.

<sup>44)</sup> Nachweise bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 478 FN 298.

<sup>45)</sup> Ausführlich dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 498; zu weiteren Anwendungsfällen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung beim Personenschaden *Apathy*, EKHG § 13 Rdz 21; *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1, 37ff.

## C. Paradigmawechsel im Schadenersatzrecht: Restitutions- bzw Kompensationsinteresse

Vor allem unter dem Einfluß von *Wilburg*<sup>46)</sup> und dessen Schule war im österr Haftpflichtrecht lange Zeit die Unterscheidung zwischen **objektiv-abstrakter** und **subjektiv-konkreter Schadensberechnung** von zentraler Bedeutung. Seit der bahnbrechenden Monographie von *Apathy*<sup>47)</sup> ist diese in den Hintergrund getreten und abgelöst worden durch die Antagonisten **Restitutions- und Kompensationsinteresse**. Nicht mehr **wer** die Naturalrestitution durchführt, der Schädiger oder der Geschädigte, ist maßgeblich für das Ausmaß der Ersatzpflicht des Schädigers, sondern es kommt allein darauf an, **daß** diese erfolgt. Ist das der Fall, wird das **Restitutionsinteresse** betätigt. Dann macht der Ersatzbetrag zu meist (erheblich) mehr aus als das **Kompensationsinteresse**, der reine Wertersatz.

Da der OGH auch die **Schaffung einer Ersatzlage**<sup>48)</sup> ausreichen läßt, ist dadurch der Anwendungsbereich für die Betätigung des Restitutionsinteresses sehr groß. Und dieses ist **stets subjektiv-konkret** zu berechnen, so daß der Anwendungsbereich der objektiv-abstrakten Schadensberechnung sich auf die verbleibenden Fälle des Wertersatzes beschränkt. Zudem ist beim **Personenschaden** seit langem anerkannt, daß auch bei leicht fahrlässigem Verhalten des Schädigers eine **subjektiv-konkrete Schadensberechnung** (des Wertersatzes) möglich ist.<sup>49)</sup>

### 1. Die Entwicklung dieses Prinzips beim Vermögenssachschaden

*Apathy*<sup>50)</sup> hat die Abstufung des Ersatzes, je nach dem, ob das Restitutionsinteresse betätigt oder auf der Basis des Kompensationsinteresses abgerechnet wird, vornehmlich am **Kfz-Sachschaden** entwickelt. Er hat damit begründet, daß der Ersatz der – vollen – Reparaturkosten für ein beschädigtes Kfz dem Geschädigten auch dann zusteht, wenn er sich selbst um die Schadensbehebung kümmert und eine Naturalrestitution durch den Schädiger als untunlich ablehnt.

### 2. Tauglichkeit dieser Abstufung für das vorliegende Problem – Strukturparallelen zwischen Sach- und Personenschaden

Dieses Prinzip ist indes nicht auf diesen Anwendungsfall beschränkt. Es läßt sich auf **weitere Konstellationen** übertragen, so namentlich über die Grenze des Vermögensschadens hinaus auf das Verhältnis zwischen **Heilungskosten** bzw **vermehrten Bedürfnissen** einerseits und **Schmerzensgeld** andererseits.<sup>51)</sup> Folgende **Strukturparallelen** zwischen dem **Substanzschaden** einer **Sache** und einer **Person** sind zu beobachten:

<sup>46)</sup> Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJB 82 (1932) 51ff.

<sup>47)</sup> Aufwendungen zur Schadensbeseitigung.

<sup>48)</sup> Nachweise der Rechtsprechung bei *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rdz 2.

<sup>49)</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II 126ff.

<sup>50)</sup> Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 46ff.

<sup>51)</sup> Dazu *Ch. Huber*, Umfaßt der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades? – Zugleich Anmerkung zum Urteil des OGH vom 10. 4. 1991 (2 Ob 19/91) VersR 92, 259, VersR 1992, 545.

Bei Beschädigung eines Fahrzeugs hat der Geschädigte die Wahl, das Fahrzeug entweder auf Kosten des Schädigers in einer **Fachwerkstätte reparieren** zu lassen oder das **Gebrechen hinzunehmen**, zB eine zerbeulte Stoßstange, und die Werteinbuße vom Ersatzpflichtigen zu verlangen. Letztere wird weniger ausmachen als die Reparaturkosten einer Fachwerkstätte.

Ebenso kann die verletzte Person vorgehen, insb dann, wenn es sich um keine Funktionsstörung handelt. Wie man mit einer **zerbeulten Stoßstange** eines Autos herumfahren kann, kann die Person auch mit einem **zerbeulten Gesicht** ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen, jedenfalls dann, wenn sie nicht – wie etwa ein Mannequin – davon lebt, dieses zur Schau zu stellen. Entweder läßt sie das körperliche Gebrechen, zB ein zerbeultes Gesicht, durch einen **Heileingriff**, eine **kosmetische Operation**, beheben<sup>52)</sup> und verlangt die dafür anfallenden Kosten; oder sie lebt mit der Behinderung und verlangt das weniger weitreichende **Kompensationsinteresse**. Da die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität per se keinen Vermögensschaden darstellt, verbleibt zumeist<sup>53)</sup> das – betraglich – geringere Schmerzensgeld.

Man kann die Parallele zwischen Sach- und Personenschaden noch eine Spur weiter treiben. Nicht immer besteht bloß die **Alternative** zwischen **schwarz** und **weiß**, häufig gibt es die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen **Grautönen**: Repariert der Geschädigte das Fahrzeug nur behelfsmäßig oder legt er selbst Hand an, obwohl er kein Fachmann ist, so kann er die getätigten – geringeren – **Aufwendungen** ersetzt verlangen, zusätzlich aber einen **höheren merkantilen Minderwert**, weil ein potentieller Käufer bei Offenlegung dieser Umstände einen geringeren Kaufpreis zahlen würde als bei vollständiger Reparatur in einer Fachwerkstätte.<sup>54)</sup> Der Gesamtbetrag wird zwischen dem reinen Wertersatz und den Reparaturkosten einer Fachwerkstätte zuzüglich des dann noch geschuldeten merkantilen Minderwerts liegen.

Es ist für die **Körperverletzung** typisch, daß häufig keine 100%ige Naturalrestitution gelingt. Der Verletzte muß sich mit **Näherungslösungen** zufriedengeben. Dabei steht ihm ein **Ausgestaltungsspielraum** zu. Für eine je weitergehende Annäherung an den Zustand ohne schädigendes Ereignis er sich entscheidet, um so geringer ist das **Schmerzensgeld** zu bemessen, das insoweit eine **Entsprechung des merkantilen Minderwertes** darstellt. Beide haben die Funktion, das **verbleibende Kompensationsinteresse** abzugelten. Diese Funktion des Schmerzensgeldes als verbleibendes Kompensationsinteresse sowie die Abhängigkeit seiner Höhe von der sonstigen Betätigung des Restitutionsinteresses

dürfte von der Rechtsprechung – jedenfalls beim Personenschaden – erst ansatzweise erkannt worden sein.

### 3. Versagung fiktiver Heilungskosten als Ausprägung dieses allgemeinen Grundsatzes

Die Beschränkung des Ersatzes auf das Schmerzensgeld als Abgeltung der Unlustgefühle, die durch die unterbliebene Heilmaßnahme entstanden sind, stellt **somit keinen ausgerissenen Sonderfall** dar, sondern ist lediglich die **konsequente Umsetzung eines allgemeinen Prinzips**: Wenn die Restitution nicht durchgeführt wird, kann nicht auf Basis der Restitutionskosten abgerechnet werden.

Wenn *Kozioł*<sup>55)</sup> demgegenüber gleichwohl **Restitutionskosten zum Billigtarif** zuerkennen will, berücksichtigt er zwar den Umstand, daß das **Kompensationsinteresse** hinter dem **Restitutionsinteresse** zurückbleibt. Dieser Lösungsvorschlag bleibt indes auf halbem Weg stehen. Er verstößt gegen das Prinzip, daß **ohne Restitution keine Restitutionskosten** gebühren<sup>56)</sup> und verwandelt – wenigstens im Ergebnis – einen Immaterialschaden in einen Vermögensschaden.

Der **Geschädigte** geht auch nach dem Ansatz der überwiegenden Literatur und nunmehr auch des OGH **nicht leer** aus. Er muß sich bloß mit dem geringeren Kompensationsinteresse zufrieden geben, das im Fall der Körperverletzung zumeist in einem – gegenüber dem Fall der durchgeführten Körperverletzung – **höheren Schmerzensgeld** zum Ausdruck kommt.

Der **Unterschied** in der Bemessung des Schmerzensgeldes bei Verzicht auf die Durchführung eines bestimmten Heileingriffs gegenüber dem bei dessen Durchführung wird freilich bisweilen **gering** sein. Denn ein Heileingriff, so namentlich eine **Operation**, ist zumeist mit **weiteren Schmerzen** verbunden, die vom Schädiger **zusätzlich** abzugelten sind. Fällt eine solche nicht an, kann folgerichtig der Verletzte dafür keinen Ersatz begehren. Das Schmerzensgeld, das dafür gebührt, daß der Verletzte mit der Behinderung leben muß, wobei noch eine allfällige Kürzung wegen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit in Betracht kommt,<sup>57)</sup> wird mitunter kaum höher sein als das wegen des Heileingriffs zusätzlich zu bemessende Schmerzensgeld.

Davon abgesehen erfolgt die Festlegung des Schmerzensgeldbetrags durch einen **Pauschalbetrag**, so daß fraglich ist, ob solche Details – nach der bisherigen Rechtsprechung – in nennenswerter Höhe ins Gewicht fallen. Dieser Judikaturwechsel könnte freilich auch ein Anstoß dazu sein, bei der Ausmittlung der Höhe des Schmerzensgeldes nicht unter dem **Vorwand der Glo-**

<sup>52)</sup> Insoweit war niemals strittig, daß es sich um einen Fall der Naturalrestitution handelt, auch wenn weder der Schädiger noch ein von diesem betrauter Dritter Hand an den Verletzten anlegt. So *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 49.

<sup>53)</sup> In Betracht kommt eine Erwerbseinbuße gemäß § 1325 ABGB, falls ein wohlgeformtes Gesicht Voraussetzung für die Berufsausübung ist, wie etwa bei einem Mannequin, oder eine Verunstaltungsschädigung nach § 1326 ABGB. Letztere wird von der Rechtsprechung zum Vermögensschaden gerechnet (Nachweise bei *Apathy*, EKHG § 13 Rdz 44), während *Apathy* (EKHG § 13 Rdz 45; *derselbe*, Historisches und Dogmatisches zur Entschädigung für die Verhinderung des besseren Fortkommens [§ 1326 ABGB, § 13 Z 5 AtomHG, § 13 Z 5 EKHG], FS-Strasser [1993] I ff) für eine Einordnung als Immaterialschaden plädiert.

<sup>54)</sup> So zB OLG Wien ZVR 1993/9.

<sup>55)</sup> Haftpflichtrecht II 127f.

<sup>56)</sup> So die Kritik *Apathys*, RZ 1986, 265, daß *Kozioł* nicht bloß von einem rechnerischen Schaden im Gesamtvermögen des Verletzten abstrahiere, sondern auch von dessen Integritätsinteresse, ein Begriff, der als Synonym für das Restitutionsinteresse verwendet wird.

<sup>57)</sup> Der OGH verweist in der Anlaßentscheidung auf *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1325 Rdz 18, der seinerseits auf § 1304 Rdz 39 weiter verweist. In Anbetracht des Umstands, daß durch Heileingriffe immer wieder auch Verschlimmerungen des Leidens bewirkt werden, ist im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht des Verletzten aber mE größte Zurückhaltung bei Annahme eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit wegen der Weigerung der Vornahme eines Heileingriffs geboten. Vgl dazu auch Punkt VI dieser Abhandlung.

**balbemessung** alles über einen Leisten zu schlagen, sondern die **Komponenten**, die für den Zuspruch eines bestimmten Betrags maßgeblich sind, **offenzulegen**.<sup>58)</sup>

#### IV. Anspruch auf Vorschußgewährung, endgültiges Behalten von widmungsgemäßer Verwendung abhängig

In der konkreten Causa war der Verletzte im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils bereits verstorben, so daß der Heileingriff, für den Kosten begehrt wurden, nicht mehr durchgeführt werden konnte. Der OGH hat aber deutlich gemacht, daß er in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>59)</sup> dem Verletzten einen Anspruch einräumt, daß ihn der Ersatzpflichtige **in die Lage versetzen** muß, den **beabsichtigten Heileingriff durchführen** zu können.

Er ist damit über den von *Harrer*<sup>60)</sup> vorgeschlagenen Verweis auf eine **Feststellungsklage** hinausgegangen und hat dafür den Weg der **Gewährung eines Vorschusses** vorgesehen<sup>61)</sup>: Der Ersatzpflichtige hat den voraussichtlich erforderlichen Betrag an den Verletzten zu leisten. Soweit die empfangene Geldsumme jedoch **nicht widmungsgemäß** verwendet wird, ist sie an den Ersatzpflichtigen **zurückzuzahlen**. Wenn jedoch sicher ist, daß der Verletzte den erhaltenen Betrag keinesfalls mehr zweckentsprechend verwenden wird, was jedenfalls bei dessen Tod feststeht, kann der Ersatzpflichtige das Geleistete zurückverlangen bzw. muß den beehrten Betrag erst gar nicht zahlen. Der OGH spricht dabei aus, was schon den alten Römern bekannt war: *Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*.

Ansonsten sind an die **Behauptungs-** bzw. **Beweislast** des Verletzten in bezug auf die beabsichtigte Durchführung des Heileingriffs **keine übertriebenen Anforderungen** zu stellen. Denn im Regelfall ist davon auszugehen, daß jeder Geschädigte daran interessiert ist, daß der Zustand wieder hergestellt wird, der ohne das schädigende Ereignis bestünde, insbesondere, wenn dies auf Kosten des Schädigers möglich ist.

#### V. Auswirkungen im Sozialversicherungsrecht

In der konkreten Entscheidung findet sich die Feststellung des ErstG, daß die Krankenkasse die Kosten für die kosmetische Operation nicht übernommen hätte.<sup>62)</sup> Dieser Sachverhalt bot somit keinen Anlaß, auf **sozialversicherungsrechtliche Implikationen** einzugehen. In der Revision des Bekl findet sich allerdings als Argument gegen die Zuerkennung fiktiver Heilungskosten an den Verletzten, daß dieser – womöglich – **zunächst beim Ersatzpflichtigen abkassiere** und sich später auf **Kosten der Allgemeinheit** behandeln lasse, wo-

durch die Legalzession umgangen werde. Dies soll zum Anlaß genommen werden, darauf einzugehen, welche Auswirkungen der Judikaturwechsel auf den Regreß des Sozialversicherungsträgers zeitigt. Es ist dabei zwischen **freiwilligen** und **Pflichtleistungen** zu unterscheiden, deren Abgrenzung fallweise problematisch ist.<sup>63)</sup>

##### A. Pflichtleistungen

Die Pflichtleistungen unterscheiden sich von den freiwilligen Leistungen in bezug auf den Regreß dadurch, daß bei **Pflichtleistungen** der Schadenersatzanspruch des Verletzten gegen den Ersatzpflichtigen gem § 332 ASVG in dem **Zeitpunkt** auf den Sozialversicherungsträger übergeht, in dem eine **Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers** besteht, während bei **freiwilligen Leistungen** die Legalzession – wie bei § 67 VersVG – erst zu dem Zeitpunkt stattfindet, zu dem der Sozialversicherungsträger die dem Schadenersatzanspruch kongruente **Leistung erbracht** hat.<sup>64)</sup>

Nach bisheriger Rechtsprechung ging bei einer Pflichtleistung auch der auf Heilungskosten gerichtete Schadenersatzanspruch in dem Zeitpunkt – **endgültig** und **unwiderruflich** – auf den Sozialversicherungsträger über, in dem dem Verletzten, der Versicherungsnehmer des Sozialversicherungsträgers ist, ein Anspruch gegen diesen zustand, somit im Regelfall zum **Unfallszeitpunkt**. Ob der Verletzte den Heileingriff vornehmen ließ, der Sozialversicherungsträger somit eine „Gegenleistung“ an den Verletzten erbrachte, darauf kam es nicht an. Der Anspruch bestand unabhängig davon, sieht man davon ab, daß der Anspruch bei Verzicht auf die Durchführung der Heilmaßnahme bloß die **minimalen Restitutionskosten** umfaßte. Das wirkte sich freilich gerade beim Regreß des Sozialversicherers kaum aus, wird doch auch und gerade nach **Sozialrecht** bloß ein **Mindeststandard** prästiert.<sup>65)</sup>

Der Judikaturwechsel führt nun dazu, daß der **Verletzte**, der – aus welchen Gründen immer – auf den Heileingriff endgültig verzichtet, nun **wenigstens ein zusätzliches Schmerzensgeld** erhält. Dieses verbleibt ihm, weil in bezug auf das Schmerzensgeld die **sachliche Kongruenz** des Regreßanspruchs des Sozialversicherungsträgers zu verneinen ist.<sup>66)</sup> Der Sozialversicherungsträger verliert infolge des Judikaturwechsels einen Regreßanspruch für eine Leistung, die er nicht zu erbringen hat, was durchaus angemessen ist.<sup>67)</sup> Insoweit

<sup>58)</sup> Zur Unterscheidung *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen<sup>2</sup> (1996) 57; *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht<sup>3</sup> (1996) 34; *Tomandl*, Grundriß des österreichischen Sozialrechts<sup>4</sup> (1989) Rdz 71; vgl auch OGH ZAS 1992/12, S 97 If mit Kommentar von *M. Binder*.

<sup>59)</sup> OGH ZVR 1977/9.

<sup>60)</sup> Ein betragliches Auseinanderklaffen war aber ausnahmsweise dann denkbar, wenn ein Heileingriff ambulant möglich gewesen wäre, der Verletzte sich aber für die – teurere – stationäre Variante entschied und diese vom Sozialversicherungsträger getragen worden wäre.

<sup>61)</sup> *Krejci*, in *Tomandl*, System des österr Sozialversicherungsrechts (in der Fassung der 9. Ergänzungslieferung) 3.2.3.3.5.

<sup>62)</sup> In diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 278. Daß es „seltsam“ ist, wenn der Sozialversicherungsträger im Weg der Legalzession einen Schadenersatzanspruch erwirbt, ohne überhaupt Leistungen zu erbringen, darauf hat bereits *Krejci* (Zur „stillschweigend gewillkürten Zession“ von Schadenersatzansprüchen an Sozialversicherungsträger, ZAS 1974, 127 FN 23) hingewiesen.

<sup>58)</sup> Dafür *Ch. Huber*, Schmerzensgeld und vermehrte Bedürfnisse, unveröffentlichter Vortrag Altmünster 1996.

<sup>59)</sup> OGH ZVR 1976/264.

<sup>60)</sup> In *Schwimmann*, ABGB § 1325 Rdz 13.

<sup>61)</sup> Zu einer anderen Möglichkeit siehe Punkt VII.B.

<sup>62)</sup> Ein derartiger Sachverhalt lag den allermeisten Fällen zugrunde, in denen um die fiktive Abrechnung von Heilungskosten gestritten wurde.

bedarf es – abweichend von den sonstigen Fällen<sup>68)</sup> – keiner Rückzession des Schadenersatzanspruchs vom Sozialversicherungsträger an den Geschädigten.

Typischerweise erklärt der Verletzte aber nicht sogleich beim Unfall, daß er auf den entsprechenden Heileingriff verzichten werde. Da an die **Behauptungs- und Darlegungslast** des Verletzten bloß **geringe Anforderungen** zu stellen sind, ist in diesem Zeitpunkt beim Verletzten ein Anspruch auf **Vorschußleistung** entstanden.<sup>69)</sup> Auf den Sozialversicherungsträger kann der Schadenersatzanspruch aber nur in der **Qualität** übergehen, wie er beim Verletzten gegeben war. Das bedeutet, daß der Sozialversicherungsträger auch bloß einen auf Leistung eines Vorschusses gerichteten Schadenersatzanspruch erwerben würde.

Das Bestehen eines ohne Zweifel durchsetzbaren Anspruchs gegen den Sozialversicherungsträger zeitigt aber **mE Rückwirkungen auf den Schadenersatzanspruch**. Die **Vorschußgewährung** verfolgt den **Zweck**, daß der Verletzte sogleich den gebotenen **Heileingriff durchführen** (lassen) kann, ohne mit **eigenen Mitteln in Vorlage** treten zu müssen. Gerade dies ist aber bei zweifelsfreier Tragung der Kosten des Heileingriffs durch den Sozialversicherungsträger gewährleistet. Da bei Deckung des Heileingriffs durch diesen der Verletzte **keinen auf Vorschußgewährung gerichteten Schadenersatzanspruch** gegen den Ersatzpflichtigen hat, kann ein solcher auch nicht auf den Sozialversicherungsträger übergehen.

Im Weg der Legalzession nach § 332 ASVG geht im Zeitpunkt des Schadenseintritts vielmehr bloß ein **bedingter Anspruch** über. Erst wenn die Bedingung erfüllt ist, daß nämlich der Verletzte den Heileingriff durchführen läßt, kann der Sozialversicherungsträger Rückersatz vom Ersatzpflichtigen verlangen. Vorher steht ihm gegen diesen kein Leistungsanspruch zu.

Der bisher gültige Satz, daß bei der Legalzession nach § 332 ASVG dem Verletzten die **Disposition über den sachlich kongruenten Schadenersatzanspruch** entzogen ist,<sup>70)</sup> stimmt bei den Heilungskosten nur noch mit folgender Einschränkung: Der Verletzte kann zwar den auf Ersatz der Heilungskosten gerichteten Schadenersatzanspruch nicht mehr an einen anderen Gläubiger abtreten. Aber er kann ihn zum Erlöschen bringen, indem er auf den Heileingriff verzichtet und dies dem Ersatzpflichtigen mitteilt. Die Mitteilung des Verletzten an den Ersatzpflichtigen führt dazu, daß der **Anspruch auf Ersatz von Heilungskosten** erlischt und zugleich der auf **Leistung eines erhöhten Schmerzensgeldes** entsteht.

## B. Freiwillige Leistungen

Bei **freiwilligen** Leistungen erfolgt ein Übergang des Schadenersatzanspruchs erst zu dem Zeitpunkt, zu dem der Sozialversicherungsträger die Leistung **tatsächlich erbracht** hat.<sup>71)</sup> Die von der Revision des Beklagten in

der Entscheidung des verstärkten Senats angeprangerte Gefahr, daß der Verletzte zunächst fiktive Heilungskosten beim Ersatzpflichtigen abkassiert, dies in der Folge dem Sozialversicherungsträger verschweigt und sich dann – auf Kosten der Allgemeinheit – behandeln läßt, wird durch die Änderung der Judikatur entschärft. Der Verletzte kassiert **nicht mehr die höheren – fiktiven – Heilungskosten**, sondern nur noch das **geringere zusätzliche Schmerzensgeld**. Da bei späterem Heileingriff ohnehin ein weiteres Schmerzensgeld geschuldet wäre,<sup>72)</sup> zieht der Verletzte allenfalls in geringfügigem Ausmaß einen ihm nicht gebührenden Vorteil.

Durch die dem Ersatzpflichtigen gegenüber erklärte abschließende Wahl für das zusätzliche Schmerzensgeld bei Verzicht auf den Heileingriff bringt er aber den auf Heilungskosten gerichteten Schadenersatzanspruch und damit den Regreßanspruch des Sozialversicherungsträgers zum Erlöschen. Dieser wird dann in Analogie zu § 67 Abs 1 dritter Satz VersVG gegen den Verletzten vorgehen, also verlangen können, so gestellt zu werden, als ob die **Vereitelung des Regreßanspruchs** nicht stattgefunden hätte.<sup>73)</sup> Gegenüber der bisherigen Judikatur hat sich der **Struktur** nach keine Änderung ergeben, sehr wohl aber der **Höhe** nach: Der unredliche Verletzte kann nun nur noch einen geringeren Betrag unrechtmäßig „abkassieren“.

In bezug auf das Recht des Verletzten, vom Ersatzpflichtigen Vorschußgewährung zu verlangen, könnte sich die Interessenlage bei **freiwilligen Leistungen** eine Spur anders darstellen als bei den Pflichtleistungen. Zwar trifft auch bei diesen den Sozialversicherungsträger die Pflicht, nach gebundenem Ermessen die geschuldete Leistung zu erbringen. Die Durchsetzung könnte aber auf größere Schwierigkeiten stoßen als bei den Pflichtleistungen.

Da das Bestehen des Sozialversicherungsschutzes die **Rechtsstellung des Verletzten keinesfalls** verschlechtern soll, wird man ihm zwar auferlegen können, den Sozialversicherungsträger zur Deckung des Heileingriffs aufzufordern. Kommt dieser dem Begehren des Verletzten aber nicht unverzüglich nach, muß es dem Verletzten unbenommen bleiben, vom Ersatzpflichtigen einen **Vorschuß** zu verlangen. Der Ersatzpflichtige kann ihn dann nicht auf den Anspruch gegen den Sozi-

SZ 56/44 = EvBl 1983/119, bei der § 332 ASVG analog anzuwenden sein soll. Bedenklich ist dieses Ergebnis dann, wenn dem Verletzten der gegen den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer durchsetzbare Schadenersatzanspruch im Weg der Legalzession zu einem Zeitpunkt aus der Hand genommen wird, zu dem die Durchsetzbarkeit des Leistungsanspruchs gegen den Sozialversicherer noch nicht ohne Zweifel feststeht. Vgl dazu jüngst OLG Wien ZVR 1997/51. Zu den Auffassungsunterschieden in bezug auf die konstruktive Umsetzung (Orientierung an der sozialversicherungsrechtlichen Regreßnorm des § 332 ASVG oder der bürgerlich-rechtlichen des § 1042 ABGB) kann an dieser Stelle nicht – nochmals – eingegangen werden.

<sup>68)</sup> Vgl dazu oben Punkt II.C.3.

<sup>69)</sup> Vgl dazu OGH ZVR 1997/33. In dieser E wurde der vom Geschädigten ex ante abgegebene Verzicht auf den Schadenersatzanspruch zu Lasten des Sozialversicherungsträgers, wenn in der Folge Sozialversicherungsleistungen in Anspruch genommen werden, als sittenwidrig nach § 879 ABGB angesehen. Vgl dazu *Krejci*, in *Tomandl*, System 3.2.5.1.2 FN 2. Diese E unterscheidet sich von der vorliegenden Problematik dadurch, daß der Verzicht vor dem schädigenden Ereignis erfolgte und der Geschädigte keine korrespondierende „Gegenleistung“ in Form eines erhöhten Schmerzensgeldes erhielt.

<sup>70)</sup> Dazu *Krejci*, in *Tomandl*, System 3.2.5.1.1.

<sup>68)</sup> So bereits oben Punkt IV.

<sup>70)</sup> *Krejci*, in *Tomandl*, System 3.2.5.1.1.

<sup>71)</sup> So OGH ZVR 1975/221; ZVR 1977/9; 1 Ob 710/80; *Krejci*, ZAS 1974, 123 ff; *Ch. Huber*, Regreßprobleme bei irrtümlicher oder freiwilliger Leistung des Sozialversicherers, VR 1986, 321 ff; 405 ff sowie *Krejci*, in *Tomandl*, System 3.2.3.3.1., freilich ohne Auseinandersetzung mit meinem von ihm abweichenden Begründungsansatz. Zu einer Kategorie sui generis zwischen Pflichtleistungen und freiwilligen Leistungen OGH

alversicherungsträger verweisen, was schon deshalb unbillig wäre, weil der Ersatzpflichtige letztendlich ohnehin leisten muß und es aus seiner Sicht gleichgültig ist, an wen er zu leisten hat.<sup>74)</sup> Auch ergibt sich bei freiwilligen Leistungen **keine Gefahr der doppelten Inanspruchnahme**,<sup>75)</sup> weil dem Sozialversicherungsträger ein Regreß erst nach erbrachter Leistung zusteht.

## VI. Umstellung des Begehrens von Heilungskosten auf Schmerzensgeld – verjährungsrechtliche Implikationen

Nach ständiger Judikatur muß der Geschädigte das Schmerzensgeld in einem **Globalbetrag** für solche Schmerzen begehren, die er entweder **bereits erlitten** hat oder die für ihn **vorhersehbar** sind.<sup>76)</sup> Auch nach der neuesten Rechtsprechung zum Verjährungsrecht<sup>77)</sup> trifft dies für **künftige Schmerzen** zu, jedenfalls bei **klagsweiser Geltendmachung** des bereits fälligen Anspruchs.<sup>78)</sup> Es stellt sich die Frage, ob nach Abschluß der Regulierung des Schmerzensgeldes und einem danach erfolgten Verzicht auf einen zunächst in Aussicht genommenen Heileingriff das zusätzliche Schmerzensgeld nicht mehr durchgesetzt werden kann, weil diese **Unlustgefühle vorhersehbar** waren. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Anspruch auf ein **zusätzliches Schmerzensgeld** wegen eines unterbliebenen Heileingriffs nach § 1489 ABGB zu verjähren beginnt.

Kann also der Ersatzpflichtige dem Verletzten nach Abschluß der Schmerzensgeldregulierung entgegenhalten, daß das durch den Verzicht auf den Heileingriff verursachte zusätzliche Unlustgefühl durch den **Pausalbetrag abgegolten** sei? Das wird man mE verneinen müssen. Denn ohne besondere Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß dem Verletzten ein Anspruch auf Bevorschussung der Heilungskosten zustand und davon auch bei Ausmessung des Schmerzensgeldes ausgegangen wurde. Führt der Verzicht des Verletzten auf die Durchführung des Heileingriffs in der Folge ohnehin zu einer **partiellen Entlastung** des Schädigers, wäre es unbillig, eine völlige Entlastung unter Hinweis auf die vorgenommene Globalbemessung des Schmerzensgeldes vorzunehmen.

<sup>74)</sup> Vgl dazu jüngst OLG Wien ZVR 1997/51.

<sup>75)</sup> Dazu *Krejci* in *Tomandl*, System 3.2.5.1.1.

<sup>76)</sup> Ständige Judikatur. Nachweise bei *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1325 Rdz 49. Ebenso in bezug auf den Lohnfortzahlungsschaden OGH EvBl 1997/11. AA *Piegler* in *Jarosch/Müller/Piegler/Danzl*, Schmerzensgeld 195. *Klicka*, Keine Teilklage bei Schmerzensgeld? ÖJZ 1991, 435 ff; *Apathy*, EKHG § 13 Rdz 38; vgl dazu auch *Riedler*, JBl 1996, 320 f (Urteilsanmerkung).

<sup>77)</sup> OGH JBl 1996, 311 mit Anmerkung von *Apathy* = *ecolex* 1996, 91 mit Anmerkung von *Wilhelm*; *ecolex* 1996, 449; JBl 1997, 43; *ecolex* 1997, 430.

<sup>78)</sup> So im Sachverhalt dieser Entscheidung, in dem in einem Vorprozeß bereits Schmerzensgeld zuerkannt wurde. So *Apathy*, JBl 1996, 315; *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 93; aA *Riedler*, JBl 1994, 756 f, der – unabhängig von der Art der Geltendmachung – jeden Teilschaden als neuen Schaden mit jeweils eigener Verjährungsfrist ansieht. Offenlassend, aber Sympathie für die Ansicht von *Apathy* und *Wilhelm* bekundend OGH JBl 1997, 43 = ZVR 1997/129; *ecolex* 1997, 430 mit Anmerkung von *Wilhelm*.

Dafür spricht auch, daß von der globalen Abgeltung durch das Schmerzensgeld lediglich die bis dahin **vorhersehbaren Schäden** erfaßt sind.<sup>79)</sup> Es geht mE nicht an, dem Verletzten entgegenzuhalten, daß er vorhersehen habe können, daß er auf den Heileingriff verzichten werde. Vielmehr ist die **Entschließungsfreiheit des Verletzten** zu respektieren. Zu bedenken ist, daß es sich um **Eingriffe** handeln kann, die durchaus **risikoreich** sein, zu einer **Verschlechterung des Gesundheitszustands** führen und/oder vom sonstigen **Allgemeinbefinden** des Patienten abhängig sein können.<sup>80)</sup>

Was die **Verjährung dieses Anspruchsteils** betrifft, so ist mit der Verletzung jedenfalls ein **realer Schaden** eingetreten, mag der Verletzte auf diesen in der Folge mit einer Restitutionsmaßnahme oder durch bloße Hinnahme der damit verbundenen Unlustgefühle reagieren. Es läuft deshalb **keine neue Verjährungsfrist** ab dem Zeitpunkt, zu dem sich der Verletzte entschließt, auf den Heileingriff zu verzichten und statt dessen ein erhöhtes Schmerzensgeld geltend zu machen. An dieser Stelle soll einmal mehr die Parallele zum Sachschaden bemüht werden.

So ist etwa im Gewährleistungsrecht und beim Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens anerkannt, daß die Präklusion bzw Verjährung des Anspruchs nicht davon abhängt, daß der Gläubiger erkennen kann, ob der Mangel bzw Schaden behebbar ist oder nicht.<sup>81)</sup> Ist dem Verletzten freilich bereits ein Vorschuß auf Durchführung des Heileingriffs gezahlt worden,<sup>82)</sup> besteht insoweit eine **Aufrechnungslage** nach § 1438 ABGB, so daß es ab diesem Zeitpunkt zu keiner Verjährung mehr kommen kann.

## VII. Normative Korrektur bei Prozeßverschleppung – Stärkungsmittelentscheidung (BGH VersR 1958, 176)

Der OGH deutet bloß kryptisch an, daß im Fall der **Prozeßverschleppung** uU gegenteilig zu entscheiden wäre – wofür im Sachverhalt freilich keine Anhaltspunkte gegeben seien – und beruft sich dafür auf meine Habilitationsschrift.<sup>83)</sup> Dies bedarf der Erläuterung:

Selbst wenn man die Zuerkennung fiktiver Heilungskosten ablehnt, gibt es ausgerissene Sachverhalte, in denen der **Zuspruch von Heilungskosten in vollem Umfang** gerechtfertigt erscheint, auch wenn der **Heileingriff** in der Folge **unterbleibt**. Prototypisch dafür ist die **Stärkungsmittelentscheidung** des BGH.<sup>84)</sup> Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Dem Verletzten wurde vom Arzt ein Stärkungsmittel verschrieben, deren Kosten die Sozialversicherung

<sup>79)</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1325 Rdz 49; *Piegler* in *Jarosch/Müller/Piegler/Danzl*, Schmerzensgeld 195.

<sup>80)</sup> Vgl dazu bereits oben Punkt II.C.3. bei der Frage der Kürzung des Anspruchs wegen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit.

<sup>81)</sup> OGH EvBl 1982/32; *ecolex* 1990, 406 und jüngst OGH *ecolex* 1997, 921.

<sup>82)</sup> Dies ist indes bei zweifelsfreier Leistungspflicht eines Sozialversicherungsträgers nicht der Fall.

<sup>83)</sup> *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 272 f.

<sup>84)</sup> VersR 1958, 176 = NJW 1958, 627 = LM § 249 (G) BGB Nr. 2.

nicht trug. Der Verletzte beehrte dafür vom Schädiger einen Vorschuß, den dieser verweigerte. In der Folge wurde festgestellt, daß der Verletzte auch **ohne Einnahme des Stärkungsmittels** gerade so rasch gesund geworden ist, wie wenn es ihm verabreicht worden wäre, obwohl sich die **Verordnung ex ante als durchaus sinnvolle medizinische Maßnahme** darstellte.

Diese Entscheidung wird im deutschen Schrifttum nach wie vor **kontrovers** beurteilt.<sup>85)</sup> Jedenfalls in den Fällen, in denen die Berechtigung des Anspruchs für den Ersatzpflichtigen eindeutig erkennbar ist, ist mE der begehrte Betrag in **vollem Umfang** zu leisten, auch wenn er in der Folge **nicht mehr widmungsgemäß** verwendet werden kann. Einerseits ist die **Gesundheit** ein besonders hohes Rechtsgut und andererseits soll dem Ersatzpflichtigen nicht der geringste Anreiz gegeben werden, damit zu **spekulieren**. Sowohl, wenn der Verletzte – vielleicht gerade infolgedessen – stirbt oder ebenso rasch gesundet wie bei Einnahme, hätte er in die **eigene Tasche gespart**. Insoweit ist aus Gründen des **Präventionsprinzips** eine normative Korrektur vorzunehmen. Heilungskosten sind in einem solchen Fall – auf fiktiver Basis – ausnahmsweise auch dann zuzusprechen, wenn sie nicht mehr widmungsgemäß verwendet werden können.

## VIII. Folgerungen für andere Schadenersatzansprüche

Da die Entscheidung die Versagung fiktiver Heilungskosten bewußt in einen **größeren Zusammenhang** gestellt hat, können aus dieser Entscheidung auch Folgerungen für andere Schadenersatzansprüche gezogen werden.

### A. Nicht ausreichend bloße Behauptung der Restitution

Der Entscheidung ist zu entnehmen, daß der Verletzte bloß ein auf **Vorschußgewährung** gerichtetes Begehren stellen kann. Das ist bei den Heilungskosten deshalb besonders bedeutsam, weil bei Verzicht auf die Durchführung des Heileingriffs sich nicht nur das **Ausmaß** des geschuldeten Ersatzbetrags ändert, sondern auch die **Qualität** des Anspruchs: Aus dem **Vermögensschaden** wird ein **Immaterialschaten**.

Entsprechendes muß freilich auch in Fällen gelten, in denen die Qualität des Vermögensschadens außer Zweifel steht und von der **Betätigung des Restitutionsinteresses** bloß das **Ausmaß des Anspruchs** abhängt. Auch in einem solchen Fall kann für die Zuerkennung eines weitergehenden Anspruchs nicht ausreichen, daß lediglich die **Behauptung** aufgestellt wurde, daß eine bestimmte Restitutionsmaßnahme geplant sei.<sup>86)</sup>

<sup>85)</sup> Ablehnend *Medicus*, Schadenersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593, 600; *Schiemann*, Die Grenzen des § 249 S 2 BGB, DAR 1982, 309, 311; gegenteilig MüKo<sup>3</sup>/Grunsky § 249 Rdz 16; *Kötz*, Deliktsrecht<sup>6</sup> (1994) Rdz 515.

<sup>86)</sup> So aber OGH NZ 1997, 156; Schaden bei Vertiefung einer Liegenschaft, wo es nicht nur um die Abgrenzung von

### B. Keine Obliegenheit zum Einsatz eigenen Kapitals, Treuhandkonto, Abrechnung, Kostenübernahmeerklärung

Der OGH bekräftigt in dieser Entscheidung seine Vorjudikatur,<sup>87)</sup> wonach der Geschädigte nicht verpflichtet sei, **eigenes Kapital zur Schadensbehebung** einzusetzen. Das war vor nicht allzu langer Zeit noch durchaus umstritten, als dem Geschädigten die von ihm aufgewendeten Finanzierungskosten bloß dann erstattet wurden, wenn er zuvor vergeblich den Ersatzpflichtigen zur Leistung eines Vorschusses aufgefordert hatte<sup>88)</sup> bzw es ihm nicht zumutbar war, in Vorlage zu treten.<sup>89)</sup>

Leistet der Ersatzpflichtige freilich einen **Vorschuß**, besteht mE für den **Geschädigten** die Pflicht, den Betrag **treuhänderisch** zu verwahren und ihn verzinslich anzulegen, etwa auf einem Sparbuch.<sup>90)</sup> Geht der Verletzte in Konkurs, steht dem Ersatzpflichtigen bei Unterbleiben des Eingriffs ein **Aussonderungsrecht** zu. Die **Zinsen aus der Veranlagung** sind entweder für den **Heileingriff** zu verwenden oder mangels Bedarfs an den Ersatzpflichtigen **zurückzuzahlen**. Dies ist vor allem dann bedeutsam, wenn zwischen der Vorschußleistung und der Durchführung des Heileingriffs ein **längerer Zeitraum** liegt.

Sofern es sich um einen **Ersatzpflichtigen** handelt, dessen **Bonität** über jeden Zweifel erhaben ist, so etwa einen **seriösen Haftpflichtversicherer**, wäre zu erwägen, daß sich dieser von der Schadenersatzpflicht anstelle durch Vorschußleistung durch eine **Kostenübernahmeerklärung** befreien kann. Insofern gibt es durchaus **Vorbilder beim Kfz-Sachschaden**.<sup>91)</sup> Das Ziel der Vorschußleistung, die Gewährleistung einer jederzeitigen Durchführung des Heileingriffs ohne Inanspruchnahme von Mitteln des Verletzten, wäre geradeso gewährleistet wie bei zweifelsfreier Einstandspflicht eines Sozialversicherungsträgers. Für den Ersatzpflichtigen ist dies insoweit vorteilhaft, weil der Verletzte die aus der Veranlagung erzielten Zinsen zwar widmungsgemäß verwenden oder zurückzahlen muß, aber die Ersparnis des Ersatzpflichtigen an (Fremdkapital-)Zinsen **erheblich höher** liegen kann.

Kompensations- und Restitutionsinteresse ging, sondern darüber hinaus um **unterschiedliche Formen** der Betätigung des Restitutionsinteresses. Zu den verschiedenen „Graulönen“ vgl oben Punkt III.C.2.

<sup>87)</sup> OGH SZ 56/126; SZ 60/157.

<sup>88)</sup> *Apathy*, EKHG § 13 Rdz 8 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

<sup>89)</sup> So *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 91. Ebenso zum deutschen Recht *Sanden/Völtz*, Sachschadenrecht des Kraftverkehrs<sup>9</sup> (1994) Rdz 240.

<sup>90)</sup> Der Vorschuß ist vergleichbar mit einer Kautions, etwa der eines Mieters, die dieser an den Vermieter entrichtet als Sicherheit für von ihm zu vertretende Schäden. Für diese ist im deutschen Recht für die Wohnraummiete in § 550b Abs 2 BGB geregelt, daß eine Veranlagung bei einem Kreditinstitut zu einem mit 3-monatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz zu erfolgen hat. Weiters ist dort festgelegt, daß bei Rückzahlung die Zinsen dem Mieter, somit dem die Kautions Leistenden, zustehen.

<sup>91)</sup> Vgl dazu BGH NJW 1985, 2637.

des von ihm verursachten Schadens herangezogen zu werden. Die auf die Versicherung eigener Sachen gerichtete Versicherung des Versicherungsnehmers umfaßt in einem solchen Fall auch eine Fremdversicherung. Der Verzicht zugunsten des Schädigers ist nichts anderes als eine Form der – wenn auch nur teilweisen – Mitversicherung des Sachersatzinteresses dieses Schädigers (SZ 63/28 = VR 1990/221).

Wenn daher der Lenker eines Kfz den Unfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeiführt, bleibt der Versicherer dem Versicherungsnehmer zwar zur Leistung verpflichtet, weil diesem das Verhalten des Lenkers nicht zugerechnet wird. Der Versicherer kann dann aber wegen § 61 VersVG am Lenker Rückgriff nehmen. Für den Fall leicht fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles ist der Lenker jedoch wegen des Regreßverzichtes von der Haftung befreit (*Schauer*, VersVG<sup>3</sup>, 391).

Die vom Gericht zweiter Instanz zur Begründung seiner Ansicht angeführten Zitate aus der Rsp betreffen Fälle, die außerhalb des Geltungsbereiches der KKB 1986 lagen. Das gesamte Vorbringen der kl Partei läßt sich nur dahin verstehen, daß sie iS dieser Bestimmung Regreß gegen den Bekl deshalb nimmt, weil dieser ihrer Meinung nach grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Insb da sie dies selbst behauptet und unter Beweis zu stellen versucht hat, ist davon auszugehen, daß die kl Partei von der Geltung der KKB auf das vorliegende Versicherungsverhältnis sowie davon ausging, daß der Bekl der berechnete Lenker des PKW war. Es bestand unter den Streitteilen auch keinerlei Divergenz dahin, daß der Bekl nur bei grober Fahrlässigkeit regreßpflichtig ist. Somit ist entgegen der Ansicht des Gerichtes zweiter Instanz allein die Frage entscheidend, ob dem Bekl grob fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Dies hat das ErstG zu Recht verneint.

Die in der Ber und in der RevBeantwortung aufgestellte Behauptung der kl Partei, der Bekl habe 3,9 Sekunden lang von der Fahrbahn weggeblickt und dabei eine Fahrstrecke von 70 m zurückgelegt, läßt sich mit den Feststellungen der Vorinstanzen nicht in Einklang bringen. Demnach ist der Anstoß keineswegs genau zu dem Zeitpunkt erfolgt, als der Bekl wieder auf die Fahrbahn blickte. Der Bekl hat vielmehr seinen Blick nur „kurzfristig“ von der Fahrbahn abgewendet, wie sich aus den insoweit als Feststellungen zu wertenden Ausführungen des ErstG im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung ergibt, wobei er lediglich versucht hat, das Herabfallen des am Beifahrersitz gelagerten Handys zu verhindern. Aus den Feststellungen ergibt sich, daß das Fahrzeug infolge dieses Aufmerksamkeitsfehlers unbeherrschbar wurde und in weiterer Folge gegen die Leit-schiene prallte. Wie der OGH bereits in zwei ähnlich gelagerten Fällen ausgeführt hat, begründet ein reflexartiges Bücken nach einem herabgefallenen Gegenstand (VR 1989/168) oder das bloße Drücken des Bedienungsknopfes einer Freisprechanlage, wobei einen Moment lang von der Straße weggeblickt wird, für sich allein noch nicht zwangsläufig grobe Fahrlässigkeit. Das ErstG hat insoweit zutreffend ausgeführt, daß zu der Zeit, als sich der Bekl durch das Herabgleiten des Handys ablenken ließ, keine besonderen Gefahrenmomente, die eine erhöhte Aufmerksamkeit und Konzentration auf das Verkehrsgeschehen erfordert hätten, vorgelegen sind. Der Bekl hielt entgegen den Behauptungen der kl Partei keine überhöhte Geschwindigkeit

ein. Die Fahrbahn war (noch) trocken, die Sicht gut, und es herrschte kein Verkehr. Das Befahren einer langgezogenen, übersichtlichen Kurvenkombination ist ebenfalls nicht besonders gefahrenträchtig. Selbst wenn daher die am Beifahrersitz gelagerten Gegenstände schon vor dem Unfall mehrfach verrutschten (wie die kl Partei ergänzend festgestellt haben will), kann in dem festgestellten Verhalten des Bekl (noch) keine auffallende, sich aus der Menge der nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeitshandlungen im Straßenverkehr besonders hervorhebende Sorglosigkeit und auch keine Summierung leichter Fahrlässigkeiten, die zusammen eine grobe Fahrlässigkeit begründeten, erblickt werden.

Es war daher die klagsabweisende erstg E wiederherzustellen.

## 32

### Fiktive Heilbehandlungskosten

**§ 1325 ABGB, § 12 Abs 1 Z 1, § 13 Z 1 EKHG:**  
Die Kosten einer künftigen Heilbehandlung können vom Geschädigten, der die Heilbehandlung ernstlich beabsichtigt, nur vorschußweise begehrt werden. Dem Verletzten gebührt daher kein Ersatz von Heilbehandlungskosten, wenn feststeht, daß die Heilbehandlung unterbleibt.\*)

OGH 23. 10. 1997, 2 Ob 82/97 s (verst Senat; OLG Wien 18. 12. 1996, 14 R 217/96 a; LGZ Wien 26. 7. 1996, 18 Cg 193/93 x).

### Sachverhalt:

Die Rechtsvorgängerin der kl Verlassenschaft (in der Folge als Kl bezeichnet) wurde am 19. 4. 1990 beim Aussteigen aus der Straßenbahn vom LKW der erstbekl Partei erfaßt. Der Zweitbekl war Lenker dieses Fahrzeuges, die drittbekl Partei ist der Haftpflichtversicherer. Die Kl verstarb am 3. 1. 1994.

Mit der am 22. 7. 1993 beim ErstG eingebrachten Klage beehrte die Kl, der in einem Vorprozeß bereits Schmerzensgeld zugesprochen worden war, S 350.000.– sA als Kosten für kosmetische Operationen mit der Begründung, diese seien zur Beseitigung der Unfallsfolgen erforderlich.

Die Bekl wendeten ein, die Kl habe die Operationen nicht durchführen lassen; es handle sich nur um fiktive Operationskosten. Der Zuspruch dieser Kosten würde zu einer Bereicherung der Kl führen.

Das ErstG schloß die über die Klage durchgeführte mündliche Verhandlung am 6. 5. 1996 und gab dem Klagebegehren mit S 125.000.– sA statt, das Mehrbegehren auf Zahlung von S 225.000.– sA wurde abgewiesen.

Dabei traf es im wesentlichen folgende Feststellungen:

Die Kl erlitt durch den Unfall v 19. 4. 1990 folgende Schäden:

Derbe Narbenplatte nach Spalthauttransplantation an der linken Hüfte 20:20:16 cm mit Keloiden mit fehlendem Subcutangewebe; verdickte Narbe 8:1,5 cm am rechten Gesäß; an den Außenseiten beider Oberschenkel 15:20 und 15:15 cm große verdickte Narben nach Spalthautentnahme. An der Bauchdecke entstand dadurch, daß eine große Zone nekrotisch wurde und dieses abgestorbene Gewebe entfernt werden mußte, eine dreieckförmige Narbenplatte. In der Folge wurden auf die vernarbte Bauchdecke Hauttransplantationen aufgebracht. Es entstand im Bauchbereich eine harte Platte, sodaß es nicht zu einer Verschiebung der Haut kommen konnte. Diese Veränderungen an der linken Hüfte und am rechten Gesäß waren behindernd und ästhetisch störend, sie wären mit einer kosmetischen Operation wesentlich besserbar gewesen.

\*) Siehe hierzu auch den Besprechungsaufsatz von *Huber* in S 74 dieses Heftes.

Diese Operation kann nur im Krankenhaus und unter Vollnarkose durchgeführt werden: erfahrungsgemäß ist ein Krankenhausaufenthalt von 3 bis 5 Tagen notwendig. Die weitere Nachbehandlung kann ambulant erfolgen. An der linken Hüfte wäre wahrscheinlich eine zweite Operation im Abstand von 3 bis 6 Monaten notwendig gewesen: auch diese hätte wahrscheinlich im Krankenhaus stattfinden müssen. Die voraussichtlichen kompletten Kosten für beide Operationen sind mit S 125.000.– anzunehmen. Die Krankenkasse hätte die Kosten nicht übernommen.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das ErstG die Ansicht, daß der Schadenersatzanspruch nach § 1325 ABGB bereits durch die zugefügte Körperverletzung in voller Höhe entstehe, er behalte daher auch die Kosten für eine allfällige kosmetische Operation.

Das BerG bestätigte infolge der gegen den klagsstattgebenden Teil dieses U gerichteten Ber der bekl Parteien diese E und sprach aus, daß die o Rev nicht zulässig sei.

Es verwies auf die stRsp des OGH, wonach dem Geschädigten auch fiktive Operationskosten zuzusprechen seien. Die ggt Lehre habe der OGH bereits mehrfach abgelehnt. Seien dem Verletzten die Kosten einer zukünftigen kosmetischen Operation selbst dann zu ersetzen, wenn er nicht die Absicht habe, die Operation durchzuführen, so gelte dies auch dann, wenn die Ausführung der Operation durch den Tod des Verletzten endgültig vereitelt sei. Der Anspruch auf Ersatz der Kosten der kosmetischen Operation entstehe bereits mit der zugefügten Körperverletzung in voller Höhe.

Dagegen richtet sich aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache die ao Rev der bekl Parteien mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen wird; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der OGH gab der Rev Folge und änderte das angefochtene U des BerG dahin ab, daß – unter Einschuß der bereits in RK erwachsenen Teile – das Klagebegehren auf Zahlung von S 350.000.– sA abgewiesen wurde.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev der bekl Parteien ist zulässig, weil gegen die stRsp des OGH in der Lehre gewichtige Einwände erhoben wurden. Da es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, hat der zur E berufene einfache Senat gem § 8 Abs 1 Z 1 OGHG mit Beschluß v 24. 4. 1997 die Verstärkung des Senates beschlossen.

Die Rev ist auch berechtigt.

Die bekl Parteien machen in ihrem RM geltend, die stRsp des OGH, auf die sich das BerG stütze, sei von der einhelligen Lehre (mit Ausnahme *Koziols*, Österr Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II 127f) abgelehnt und als unrichtig kritisiert worden. Wohl entstehe die Schadenersatzpflicht dem Grunde nach im Falle der Verletzung nicht vermögenswerter Güter bereits mit der Vollendung der Verletzungshandlung, doch werde der Ersatzanspruch in concreto erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände manifest. Die ggt Rsp vernachlässige das Postulat einer konkreten Schadensermittlung und begünstige die Tendenz zur Kommerzialisierung von Schäden. Heilungskosten seien, wie alle anderen Aufwendungen zur Schadensbehebung auch, stets subjektiv konkret zu berechnen, weshalb Aufwendungen, die dem Geschädigten nie entstanden sind, keinen ersatzfähigen Schaden darstellten. Die Begrenzung des Ersatzbetrages mit sog Minimalkosten sei willkürlich. Ein verfehltter Ansatz werde nicht richtig, indem man es billiger mache. Im Falle des Zuspruches fiktiver Heilbehandlungskosten käme es zu einer Bereicherung, welche nicht Ziel des Schadenersatzrechtes sein könne: diesem liege stets ein

Ausgleichsgedanke zugrunde. Die Körperverletzung sei ein ideeller Schaden, der in Geld nicht meßbar sei. Könne man nicht einmal den Schaden an einem PKW allein durch die Reparaturkosten bestimmen, so könne man umso weniger die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Menschen in Geld bewerten. Die Integrität des Körpers habe keinen Verkehrswert. Da es keinen abstrakten Wert der körperlichen Integrität gebe, könne aus ihrer Beeinträchtigung kein abstrakter Schaden abgeleitet werden. Der im Fall einer Körperverletzung zu ersetzende ideelle Schaden sei in Form von Schmerzensgeld gem § 1325 ABGB oder allenfalls als Verunstaltungsentschädigung für die Verhinderung besseren Fortkommens gem § 1326 ABGB zu ersetzen. Der von *Koziol* aaO gezogene Größenschluß sei unzulässig, es liege kein Grund vor, eine planwidrige Gesetzeslücke anzunehmen. Überdies fehle es am Erfordernis der Ähnlichkeit der Sachverhalte. Die einzig positivrechtliche Grundlage für die Lehre von der objektiv-abstrakten Schadensberechnung finde sich in § 1332 ABGB, welcher sich jedoch ausdrücklich auf den Vermögensschaden beziehe. Der Zuspruch fiktiver Heilungskosten könne dazu führen, daß der Verletzte seine Gesundheit vermarkte und der Allgemeinheit zur Last falle, weil er sich die Behandlung zunächst ablösen, sie später aber auf Kosten der Sozialversicherung durchführen lasse. Die Legalzession des § 332 ASVG würde dadurch umgangen werden. Ebenso wie der Zuspruch der Kosten eines Krankenbesuches, den der Angehörige nicht gemacht habe, verfehlt wäre, wäre auch der Zuspruch der Kosten einer Operation, welcher sich der Verletzte nicht unterziehen wolle, verfehlt.

Die von den bekl Parteien bekämpfte Rsp hat folgende Entwicklung genommen:

Der OGH hat sich, soweit überblickbar, erstmals in der E RZ 1937, 140 mit den fiktiven Kosten einer Heilbehandlung auseinandergesetzt und ausgeführt, der Zuerkennung des Schadenersatzes an den Kl stehe nicht der Umstand entgegen, daß sich dieser bisher um die Beschaffung des Zahnersatzes nicht gekümmert habe; denn der Schadenersatzanspruch sei in seiner vollen Höhe schon durch die dem Kl zugefügte Körperverletzung und die daraus entstehenden Folgen existent geworden.

Diese Ansicht wurde in der E EvBl 1955/180 = JBl 1955, 305 aufrecht erhalten, und es wurde ergänzend ausgeführt, der Schaden, der schon durch die Beschädigung eingetreten sei, bestehe in den für die Heilung erforderlichen Kosten, ohne daß es darauf ankomme, ob der Beschädigte die Heilbehandlung tatsächlich durchführen habe lassen oder durchführen lassen wolle. Es gehe nicht an, den Geschädigten deswegen unentschädigt zu lassen, weil er sich zur tatsächlichen Behebung des Schadens, soweit bei einer Heilbehandlung überhaupt von Schadensbehebung die Rede sein könne, nicht entschließen könne. Dem Beschädigten könne nicht als Folge der Beschädigung auch noch auferlegt werden, daß er gegen seinen Willen einen weiteren Eingriff in die körperliche Integrität dulden müsse. In einem solchen Fall – also gegen den Willen des Beschädigten – sei die Zurückversetzung in den vorigen Stand untunlich und der Schaden nach dem Schätzwert, der sich auf die normalerweise entstehenden Heilungskosten belaufe, zu ersetzen. Daraus folge, daß die Frage, ob die Heilungskosten vom Beschädigten bereits aufgewendet wurden oder sicher aufgewendet werden, für

den Anspruch auf Ersatz unerheblich sei. Diese E wurde von *Gschnitzer* in einer Anm (JBl 1955, 305) mit der Begründung abgelehnt, das Argument, dem Beschädigten könne nicht als Folge der Schädigung auch noch auferlegt werden, daß er gegen seinen Willen einen weiteren Eingriff in seine Persönlichkeit dulden müsse, sei den Materialien zum BGB entnommen worden, entspreche aber nicht dem Wortlaut des § 1325 ABGB.

Die angeführte Rsp wurde in den E 8 Ob 249/72, 6 Ob 221/74, 8 Ob 97/75 und ZVR 1976/264 aufrecht erhalten. In der E 2 Ob 280/75 wurde dann ausgesprochen, daß die Kosten einer künftigen Operation nicht bloß vorschußweise, sondern schlechthin schon vor Vornahme der Operation gefordert werden könnten, ja selbst dann, wenn gar nicht feststehe, daß die Absicht zur Vornahme der Operation tatsächlich bestehe. In den E ZVR 1978/179, EF 41.109 und EF 43.521 sprach der OGH aus, die Kosten einer künftigen Operation könnten schon vor ihrer Vornahme gefordert werden und es bedürfe nicht des Beweises einer Wahrscheinlichkeit ihrer Vornahme. In der E 8 Ob 178/83 wurde ausgeführt, daß der Ersatz der Heilungskosten nicht davon abhängt, ob die Kosten sicherlich aufgewendet werden, in 8 Ob 200/83, daß es nicht einmal des Beweises einer Wahrscheinlichkeit der Vornahme der Operation bedürfe.

In der E RZ 1985/14 setzte sich der OGH mit den Ausführungen von *Apathy* (Aufwendungen zur Schadensbeseitigung [1979] 82) auseinander und führte aus, es sei einzuräumen, daß bei einer Körperverletzung im Zeitpunkt der Verletzung nur ein realer Personenschaden vorliege, eine Vermögensminderung hingegen noch nicht eingetreten sei. Richtig sei aber auch, daß der Geschädigte einen Anspruch auf Wiederherstellung seiner Gesundheit habe. Die Beseitigung der durch die Körperverletzung entstandenen Nachteile erfordere einen in Geld meßbaren Aufwand. Dessen objektiv-abstrakte Berechnung lasse sich mit einem Größenschluß rechtfertigen. Stehe dem Geschädigten für die Verletzung absoluter Vermögensgüter ein Anspruch auf Ersatz eines objektiv-abstrakt berechneten Schadens zu, müsse dies umso mehr für die Verletzung eines höher zu bewertenden Persönlichkeitsrechtes gelten. Einer Verletzung der Interessen des Schädigers durch das Begehren höherer Kosten als der tatsächlich notwendigen Aufwendungen könne durch Zuspruch des jedenfalls erforderlichen Minimums begegnet werden (*Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II 128).

In der E JBl 1986, 580 = ZVR 1987/45 wurden die kritischen Meinungen der Lehre (*Gschnitzer* in JBl 1955, 305; *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 82; *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 18) unter Berufung auf die schon zit. Ausführungen von *Koziol* und die Vorjudikatur abgelehnt. In den E ZVR 1988/71, EF 56.996, 2 Ob 102, 103/88, ZVR 1990/160 und 2 Ob 99, 1057/89 wurde diese Rsp aufrecht erhalten. In 2 Ob 1/93 wurde noch ergänzend ausgeführt, daß der Hinweis auf die neueste Rsp, wonach fiktive Reparaturkosten nur bis zur Höhe der tatsächlichen Wertminderung zuzusprechen seien, bei einem Anspruch auf Grund einer Körperverletzung verfehlt sei. Zuletzt führte der Senat 2 als einfacher Senat in ZVR 1994/22 aus, daß die Beseitigung der durch die Körperverletzung entstandenen Nachteile einen in Geld meßbaren Aufwand erfordere. Dessen objektiv-abstrakte Berechnung lasse sich mit einem Größenschluß rechtfertigen. Stehe dem Schädiger

für die Verletzung absoluter Vermögensgüter ein Anspruch auf Ersatz eines objektiv-abstrakt berechneten Schadens zu, müsse dies um so mehr für die Verletzung eines höher zu bewertenden Persönlichkeitsrechtes gelten. Dies habe zur Folge, daß der Schädiger dem Geschädigten alle Auslagen inklusive Umsatzsteuer zu ersetzen habe, die für eine zweckmäßige kosmetische Operation erforderlich seien.

*Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II 127f, auf den sich die jüngere Rsp stützt, lehrt folgendes: Im Gegensatz zu einer Sachbeschädigung führe die Verletzung des Körpers allein noch nicht zu einer Vermögensminderung, weil die Gesundheit selbst kein Vermögensgut sei. Der Vermögensnachteil entstehe somit erst durch das Eingehen von Verpflichtungen auf Zahlung eines Entgelts für die Wiederherstellung der Gesundheit oder durch die Bezahlung der Kosten. Dennoch sei eine objektiv-abstrakte Berechnung zuzulassen: Die körperliche Unversehrtheit selbst sei zwar kein Vermögenswert, aber jedenfalls ein absolut geschütztes Persönlichkeitsgut, dessen Wiederherstellung – soweit diese überhaupt in Betracht komme – Vermögensaufwendungen erfordere. Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit sei insofern in Geld meßbar. Gewähre man jedem Geschädigten, dessen absolute Vermögensgüter verletzt würden, auch insofern Schutz, als man ihm unabhängig von einem tatsächlich eingetretenen subjektiven Nachteil auf Grund des Rechtsfortwirkungsgedankens einen Anspruch auf Ersatz seines objektiv-abstrakt berechneten Schadens zubillige, so müsse dies wohl umso mehr für die Verletzung der noch höher zu bewertenden Persönlichkeitsgüter gelten. Allerdings sei zu bedenken, daß die Objektivierung auf besondere Schwierigkeiten stoße und dadurch die Interessen des Schädigers betroffen würden, wenn der objektiv bemessene Betrag wesentlich über den für den konkreten Verletzten notwendigen Aufwendungen läge. Deshalb seien die objektiven Heilungskosten mit jenem Betrag anzusetzen, der als Minimum jedenfalls erforderlich wäre. Dies könne zum Schutz des Schädigers vor überhöhten Forderungen unbedenklich getan werden, weil der Verletzte stets die Möglichkeit habe, den Ersatz der tatsächlichen Kosten zu begehren. In FN 18 räumt *Koziol* ein, daß seine Lösung dazu führe, daß der Geschädigte die Möglichkeit erhalte, sich seine Verletzung in Geld ablösen zu lassen, ohne den Betrag zur Heilung zu verwenden, und so aus seiner Verletzung ein Geschäft zu machen. Es sei aber zu bedenken, daß auch bei Sachbeschädigungen der Ersatz des objektiven Wertes insofern zu einem „Geschäft“ des Geschädigten führe, als dieser unter Umständen für etwas einen Geldbetrag erhalte, das für ihn subjektiv wertlos gewesen sei und er auch nie verwertet hätte. Die von *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 82 aufgezeigte unerwünschte Konsequenz werde auch dadurch gemildert, daß bei objektiver Bemessung der Heilungskosten nur ein Minimalbetrag ersetzt werde. In der eben erschienenen 3. Auflage des ersten Bandes seines Werks (Rz 2/59 FN 176) hält *Koziol* nunmehr die Argumente der Kritiker der stRsp für beachtenswert.

*Koziol/Welser* I<sup>10</sup> 475 verweisen lediglich auf die Rechtsprechung und die diese kritisierende Lehre (FN 196); die oben referierte Lehrmeinung *Koziols* bleibt in diesem Zusammenhang unerwähnt.

Von der übrigen Lehre (*Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbehebung 82; *ders*, Fiktive Operationskosten,

RZ 1986, 265; *ders.*, KommzEKG [1992] § 13 Rz 8; *Harrer* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 1325 Rz 13; *Reischauer* in *Rummel*<sup>2</sup> § 1325 Rz 18; *ders.*, Ersatz fiktiver Heilungskosten, VR 1992, 72 und *Huber*, Fragen der Schadensberechnung [1993] 275) wird die wiedergegebene Rsp abgelehnt.

*Apathy* (RZ 1986, 265) weist darauf hin, daß der dem Verletzten im Zeitpunkt der Körperverletzung erwachsene Schaden als Personenschaden und damit als immaterieller Schaden zu qualifizieren sei; dieser immaterielle Schaden sei im Rahmen des Schmerzensgeldanspruches auszugleichen, wobei neben den körperlichen auch die seelischen Schmerzen zu berücksichtigen seien. Der Ersatz von Heilbehandlungen sei Ersatz eines rechnerischen Schadens, den der Verletzte erst dann erleide, wenn er die Behandlungskosten aufwende bzw den Behandlungsvertrag abschließe. Unterlasse er dies, so habe er keinen Vermögensschaden erlitten, und es verschaffe ihm ein Ersatz der fiktiven Heilungskosten einen ungebührlichen Vermögensvorteil. Die auf § 1332 ABGB aufbauende Lehre über die objektiv-abstrakte Schadensberechnung lasse sich nur auf solche Fälle erstrecken, in denen ein Rechtsgut beschädigt werde, das im Zeitpunkt der Verletzung einen objektivierbaren Vermögenswert habe. Im Falle der Körperverletzung erleide der Verletzte aber im Zeitpunkt der Beschädigung lediglich einen immateriellen Schaden. Ein gemeiner Wert des Menschen und seiner körperlichen Integrität existiere nicht, weshalb auch dessen Minderung nicht bewertbar sei. Der von *Koziol* gezogene Größenschluß, wenn jeder Geschädigte unabhängig vom subjektiven Nachteil Anspruch auf Ersatz des objektiv-abstrakten Schadens habe, so müsse dies wohl umso mehr für die Verletzung der höher zu bewertenden Persönlichkeitsgüter gelten, stelle nicht klar, ob dies im Zusammenhang mit den Wertungen stehe, welche die objektiv-abstrakte Schadensberechnung rechtfertigten. Sehe man den Grund für die objektive Schadensberechnung darin, daß das verletzte Rechtsgut jedenfalls einen bestimmten objektiven Verkehrswert habe, um den infolge der Schädigung das Vermögen des Beschädigten gemindert sei, so treffe dies für das Rechtsgut der körperlichen Integrität und Gesundheit gerade nicht zu. Es fehle außer an der sachlichen Rechtfertigung auch an der gerechten Ermittelbarkeit abstrakter Heilbehandlungskosten, wenn diese unterbleibe. *Koziol* vertrete in Wahrheit keine objektiv-abstrakte Berechnung der Heilungskosten, sondern abstrahiere nur vom Integritätsinteresse des Geschädigten.

*Reischauer* (in *Rummel*<sup>2</sup> § 1325 Rz 18) lehnt eine abstrakte Berechnung schon deshalb ab, weil eine Heilung nur am konkreten Subjekt mit den dazu erforderlichen, von Person zu Person verschiedenen Kosten vorgenommen werden könne. Zudem habe die Integrität des Körpers keinen Verkehrswert. Das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit sei nicht mit der Höhe der Heilungskosten meßbar, weil es sich um verschiedene Größen handle. Es sei willkürlich, den objektiv-abstrakten Schaden mit den Kosten gleichzusetzen, die als Minimum zur Heilung jedenfalls erforderlich seien. Dabei handle es sich offenkundig um Versuche, alles über den Leisten eines angeblichen Prinzips objektiver Schadensberechnung zu scheren. Ein solches Prinzip gebe es aber nicht. Der angebliche Rechtsfortwirkungsgedanke diene offenkundig nur mehr der Erringung von Vorteilen in klingender Münze.

*Huber* (Fragen der Schadensberechnung 277) erklärt den von *Koziol* gezogenen Größenschluß für „nicht unbedenklich“ und meint, es sei (ausgehend von dem von ihm vertretenen Schadensbegriff) fragwürdig, einem Geschädigten, der an der konkreten Wiederherstellung des betroffenen Rechtsgutes kein Interesse habe, Restitutionskosten zuzusprechen. Die Beschränkung des Umfangs des Ersatzes auf die Minimalkosten ändere nichts daran, daß der Ansatz verfehlt sei. Es verbleibe eine enorme Differenz zwischen Berücksichtigung einer nicht beseitigten Verletzung im Rahmen des Schmerzensgeldes oder der Verunstaltungsentschädigung und dem Zuspruch der billigsten Art der Schadensbeseitigung.

*Harrer* (in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 1325 Rz 13) hält es für zutreffend, daß auch eine „objektiv-abstrakte Schadensberechnung“ den Ersatz fiktiver Heilungskosten nicht zu rechtfertigen vermag. Heilungskosten seien funktionell gebundene Aufwendungen. Der Verletzte könne (unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung; solle) jene Maßnahmen ergreifen, die dem Heilungsprozeß dienlich seien. Der Verletzte könne jedoch über seine körperliche Integrität und Gesundheit „nicht beliebig disponieren“. Nehme der Verletzte Heilmittel nicht in Anspruch, so folge daraus für das Schadenersatzrecht, daß bestimmte (grundsätzlich zu ersetzende) Aufwendungen nicht entstanden seien. Es bestehe kein Anlaß, dem Geschädigten in dieser Situation den Übergang auf eine fiktive Berechnungsmethode zu eröffnen. Die Zweckbindung der Heilungsaufwendungen stehe dem entgegen. Auch eine dogmatische Begründung für die Erstattungsfähigkeit fiktiver Operationskosten sei nicht zu sehen. Die Interessen des Geschädigten erforderten den Ersatz fiktiver Operationskosten nicht. Der Zuspruch „fiktiver Minimalkosten“ führe nur zu einer unnötigen Ausdehnung des Schadensumfangs. Der Geschädigte könne eine Feststellungsklage erheben und vom Schädiger die (gesamten) Kosten einer späteren Operation verlangen.

In Deutschland ist seit BGHZ 97, 14 = JZ 1986, 638 (zust *Zeuner*) = NJW 1986, 1538 = VersR 1986, 550 die Ansicht herrschend, daß kein Anspruch auf Ersatz fiktiver Heilbehandlungskosten (Operationskosten) besteht. In dieser E wurde – von § 249 Satz 2 BGB ausgehend – ua folgendes ausgeführt: Wenn der Verletzte die Behandlungskosten verlange, obwohl er die Behandlung nicht durchführen lassen wolle, so verlange er in Wahrheit eine Entschädigung (Kompensation) für die fortdauernde Beeinträchtigung seiner Gesundheit. Eine derartige Kompensation billige die Rechtsordnung dem Verletzten gem § 253 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 847 BGB zu. Wenn man dem Verletzten die fiktiven Kosten einer nicht durchgeführten Heilbehandlung zuerkennen wollte, so würde dies zu einer Umgehung des § 253 BGB führen. In den Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 847 BGB für die Gewährung eines Schmerzensgeldes nicht vorlägen, würde der Verletzte ein ihm nach dem Gesetz nicht zustehendes Schmerzensgeld erhalten, in anderen Fällen würde er ein ihm nach § 847 BGB zustehendes Schmerzensgeld in einer im Gesetz nicht vorgesehenen Weise aufbessern können. Aus den dargelegten Gründen könne es bei Personenschäden grundsätzlich keine Dispositionsfreiheit des Geschädigten bezüglich der Verwendung der Herstellungskosten geben. Die Herstellungs-

kosten seien vielmehr im Bereich der Personenschäden zweckgebunden. Deshalb könne der Verletzte Behandlungskosten gem § 249 Satz 2 BGB nur verlangen, wenn er die Absicht habe, die Behandlung auch durchführen zu lassen.

Auch in der deutschen Lehre wird nunmehr ganz überwiegend dieser Standpunkt vertreten (*Grunsky* im Münchner Kommentar<sup>3</sup> § 249 BGB Rz 18; *Mertens* in *Soergel*<sup>12</sup> § 249 BGB Rz 22; *Heinrichs* in *Palandt*<sup>56</sup> § 249 BGB Rz 4; vgl die weiteren Nachweise bei *Huber* aaO 267 FN 47).

Der erk Senat hat erwogen:

Die noch immer überwiegende Ansicht kennt auch bei Körperverletzungen eine abstrakte Schadensberechnung (*F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 50ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II 134ff; *Steininger*, Minderung der Erwerbsfähigkeit ohne Verdienstentgang, *Wilburg-FS* 186ff; *W. Schuhmacher*, Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit als Problem des Schadensbegriffs, *ZAS* 1977, 43; *Welser*, Fragen der zivilrechtlichen Haftung aus Verkehrsunfällen, *ZVR* 1978 Sonderheft 34ff; *Koziol/Welser* I<sup>10</sup>, 474; aM *Reischauer*, aaO § 1325 Rz 36; *Harrer* aaO Vorbem zu §§ 1293 ff Rz 16f). So gesteht die Rsp Verletzten nicht nur abstrakt berechnete Heilungskosten, sondern auch (ausnahmsweise) bei dauernder Minderung der Erwerbsfähigkeit abstrakte Renten zu (vgl etwa die Nachw bei *Reischauer* in *Rummel*<sup>2</sup> § 1325 Rz 29ff; *Apathy*, EKHG § 13 Rz 15ff; *Harrer* aaO § 1325 Rz 48ff). Es erübrigt sich aber, auf die allgemeine Problematik der abstrakten Schadensberechnung näher einzugehen, weil selbst die Anerkennung der abstrakten Schadensberechnung die bisherige Rsp, wonach Heilungskosten auch dann zu ersetzen sind, wenn bereits feststeht, daß sie nicht anfallen werden, nicht zu stützen vermag. Auch die eben erwähnte Rsp zur abstrakten Rente verlangt, daß ein künftiger Schaden (Verdienstentgang) wahrscheinlich ist; wäre ein künftiger Entgang auszuschließen, würde auch eine abstrakte Rente nicht zugesprochen werden (vgl etwa *ZVR* 1989/133). Der Zuspruch rein fiktiver Heilungskosten wie der Kosten einer Operation, die gar nicht vorgenommen wird, versteht sich daher auch bei abstrakter Schadensberechnung im Falle von Körperverletzungen nicht von selbst.

Bereits in *RZ* 1985/14 wurde eingeräumt, daß bei einer Körperverletzung im Zeitpunkt der Verletzung nur ein realer Personenschaden vorliege, eine Vermögensminderung hingegen noch nicht eingetreten sei. Ein Vermögensschaden tritt vielmehr erst mit dem Entstehen der Verpflichtung des Verletzten zur Bezahlung von Behandlungskosten ein. Damit entsteht aus dem zunächst nur immateriellen Schaden des am Körper Verletzten ein Nachteil in dessen Vermögen.

Die Rsp hat dem Verletzten allerdings auch schon ein berechtigtes Interesse daran zugebilligt, vom Ersatzpflichtigen in die Lage versetzt zu werden, die medizinisch gebotene Heilbehandlung durchführen zu lassen (*ZVR* 1976/264). Dies bedeutet in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz, wonach der Geschädigte nicht verpflichtet ist, eigenes Kapital zur Schadensbehebung einzusetzen (vgl *SZ* 56/126; *SZ* 60/157; *Reischauer* aaO § 1323 Rz 13 mwN, § 1325 Rz 18 S 665), daß er die Bevorschussung durch den Schädiger verlangen kann. Im Wesen dieses Vorschusses liegt es, daß er zweckgebunden, verrechenbar und bei Zweckverfehlung rückfor-

derbar ist. Aus der Zweckgebundenheit des Vorschusses folgt weiters, daß er dem Verletzten nur dann gebührt, wenn dieser die ernstliche Absicht hat, sich behandeln zu lassen, woran allerdings im Regelfall kein Zweifel bestehen wird.

Die Auffassung, die Kosten einer künftigen Heilbehandlung könnten nicht bloß vorschussweise, sondern schlechthin und unabhängig von der tatsächlichen Durchführung der Behandlung gefordert werden, kann somit nicht aufrecht erhalten werden, weil sich der Geschädigte sonst im Widerspruch zum Ausgleichsgedanken des Schadenersatzrechtes ungerechtfertigt bereichern könnte. Steht bei Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz fest, daß die Heilbehandlung unterbleibt, fehlt es – auch für eine abstrakte Schadensberechnung – an einem entsprechenden Vermögensschaden. Ein Anspruch auf Bevorschussung besteht in einem solchen Fall nicht; ein Vorschuss, der sogleich rückgefordert werden könnte, muß erst gar nicht gezahlt werden. Den Verletzten bei Unterbleiben der Heilbehandlung treffende immaterielle bzw materielle Nachteile wären ihm bei der Bemessung des Schmerzensgeldes (auch für seelische Schmerzen) und – bei Vorliegen der nach § 1326 ABGB erforderlichen Voraussetzungen – durch Gewährung einer Verunstaltungsentschädigung abzugelten, wobei im Falle der Zumutbarkeit der Heilbehandlung die Schadensminderungspflicht des Verletzten zu beachten wäre (vgl *Reischauer* in *Rummel*<sup>2</sup> § 1325 Rz 18 aE). Heilungskostenersatz ist also zur Heilung zu verwenden; die Gesundheitsbeeinträchtigung sollen weder der Verletzte noch seine Erben „zu Geld machen“. Praktische Schwierigkeiten der Widerlegung einer behaupteten Operationsabsicht, der Überwachung der Verwendung von Vorschüssen und der allfälligen Rückforderung widmungswidrig verwendeter Gelder vermögen hieran nichts zu ändern.

Der verstärkte Senat formuliert somit folgenden **Rechtssatz:**

„Die Kosten einer künftigen Heilbehandlung können vom Geschädigten, der die Heilbehandlung ernstlich beabsichtigt, nur vorschussweise begehrt werden. Dem Verletzten gebührt daher kein Ersatz von Heilbehandlungskosten, wenn feststeht, daß die Heilbehandlung unterbleibt.“

Im vorliegenden Fall steht dies fest, weil die Kl vor Schluß der Verhandlung erster Instanz verstorben ist. Die kosmetischen Operationen, deren Kosten mit der Klage geltend gemacht wurden, können daher nicht mehr durchgeführt werden, weshalb diese Kosten auch nicht zu ersetzen sind. Selbst wenn das Klagebegehren als Begehren auf Bevorschussung zu verstehen sein sollte, käme die Gewährung eines Vorschusses nicht in Betracht, weil die Leistung, deren Kosten zu bevorschussen wären, definitiv unterbleibt. Hinweise auf eine Prozeßverschleppung durch die bekl Parteien in der Absicht, die Heilbehandlung der Kl zu vereiteln, haben sich nicht ergeben, weshalb es auf sich beruhen kann, ob in einem solchen Fall anders zu entscheiden wäre (vgl hierzu *Huber* aaO 272f mwN). Was eine allfällige Umstellung des Klagebegehrens von Operationskostenerersatz auf zusätzliches Schmerzensgeld (vgl zur Vererblichkeit des Anspruchs nunmehr *ZVR* 1996/126) anlangt, hat die Verlassenschaft das Klagebegehren nach dem Tod der Kl zwar in der Tagsatzung v 24. 10. 1995 teilweise in diese Richtung modifiziert, das Schmerzen-

geldbegehren aber in der Tagsatzung v 6. 5. 1996 wieder fallengelassen und auf die Klage verwiesen. Das verbleibende Begehren auf Ersatz bloß fiktiver Operationskosten besteht nach den obigen Ausführungen aber nicht zu Recht.

Die U der Vorinstanzen waren daher im zur Gänze klagsabweisenden Sinne abzuändern.

### 33

#### Anerkenntnis, Kostenfolgen

**§§ 41 und 43 ZPO: Das prozessuale Anerkenntnis eines Teilbetrags schränkt auch dann, wenn ein TeilanerkennnisU nicht beantragt oder gefällt wurde, den Streitwert für die Kostenberechnung um den anerkannten Betrag ein. Ein solches Anerkenntnis ist aber dem Grund nach ohne Einfluß auf die Ersatzpflicht des Bekl.**

OLG Linz 27. 11. 1996, 4 R 246/96s (LG Steyr 22. 8. 1996, 4 Cg 133/95g – mitgeteilt von RA Dr. Walter Laner, Steyr).

#### Sachverhalt:

Im vorliegenden Schadenersatzprozeß aus einem Verkehrsunfall v 3. 10. 1994 drang der Kl mit seinem Begehren auf Ersatz von Sachschäden und Besuchskosten von insgesamt S 9200.– zur Gänze und mit den erhobenen Schmerzensgeldansprüchen von S 180.000.– dem Grunde nach ebenfalls gänzlich, jedoch der Höhe nach nur mit dem Teilbetrag von S 150.000.– durch. Das erstinstanzliche U erwuchs bezüglich des Hauptbegehrens und des Zinsenzuspruches in Rechtskraft.

Bereits in der Klagebeantwortung gestanden die bekl Parteien zu, daß den Erstbekl am Zustandekommen des gegenständlichen Verkehrsunfalles ein Verschuldensanteil von  $\frac{3}{4}$  treffe und demnach die geltend gemachten Ansprüche dem Grunde nach zu  $\frac{3}{4}$  anerkannt werden. Ferner stellten die bekl Parteien in der Klagebeantwortung einen Schmerzensgeldbetrag von S 60.000.– sowie die geltend gemachten Sachschäden von S 6200.– und die Besuchskosten von S 3000.– der Höhe nach unbeschränkt außer Streit. Überdies erfolgte ebenfalls bereits in der Klagebeantwortung seitens der bekl Parteien ein prozessuales Anerkenntnis von S 51.900.–, welches aus dem Zugeständnis eines Verschuldensanteiles des Erstbekl von  $\frac{3}{4}$  und den dargestellten Außerstreitstellungen der Höhe nach resultiert.

Vor Schluß der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz verzeichnete der Kl insgesamt an Kosten S 63.515.16 (S 3600.– netto Privatbeteiligungskosten, S 38.321.80 netto anwaltliche Vertretungskosten im Prozeß, S 8384.36 Umsatzsteuer und S 13.209.– Barauslagen).

Mit der angefochtenen Kostenentscheidung erkannte das ErstG die bekl Parteien schuldig, „dem Kl die Prozeßkosten von S 47.468.83 (hierin enthalten S 6263.18 USt, S 5569.75 Barauslagen und S 4320.– vorprozessuale Kosten, in welchen S 720.– USt enthalten sind) binnen 14 Tagen zu bezahlen.“ Die Begründung des Kostenausspruches lautete wörtlich: „Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 1 und 2 ZPO, wobei die zugesprochenen Beträge der Kostenbemessung zugrunde zu legen waren. Ab dem Anerkenntnis der Bekl waren nur noch die strittigen und zugesprochenen Beträge Kostenbemessungsgrundlage“. Aus den handschriftlichen Berechnungen des Erstrichters auf Kostennote des Kl ergibt sich dazu ergänzend, daß dieser bei Honorierung der Klage als Bemessungsgrundlage S 184.200.– und für die restlichen anwaltlichen Leistungen eine solche von S 132.300.– für die Anwendung des Rechtsanwaltsstarifs heranzog. Außerdem ist aus diesen Notizen zu entnehmen, daß die Privatbeteiligungskosten in voller Höhe und Barauslagen von insgesamt S 5569.95 zuerkannt wurden.

Gegen diese Kostenentscheidung richtet sich der rechtzeitige Rek des Kl mit dem Antrag, „dem Kl die von ihm verzeich-

neten Prozeßkosten von S 63.515.16 zur Gänze zuzusprechen. Gegenüber dem erfolgten Zuspruch von S 47.468.83 ergibt dies ein Anfechtungsinteresse von S 16.047.27“.

Das OLG Linz als RekG gab dem Rechtsmittel nicht Folge.

#### Aus der Begründung:

Dem Rechtsmittel ist nur zuzugestehen, daß die Zitierung des ersten Absatzes des § 43 ZPO in der Begründung der Kostenentscheidung formal rechtsirrtümlich erfolgte. Dieser Umstand hatte aber auf die Kostenentscheidung keinen Einfluß, weil das ErstG keine Quoten des Obsiegens und Unterliegens gegeneinander verrechnete, sondern, wie noch auszuführen sein wird, sachgerecht ab dem Teilanerkennnis eine um dieses reduzierte Bemessungsgrundlage heranzog.

Es ist aber dem Kl und der von ihm im Rek zitierten Rsp des OLG Wien und des LGZ Wien nicht zu folgen, daß im Falle eines Teilanerkennnisses ohne nachherigen Antrag des Kl auf Erlassung eines Anerkenntnis-U dieses Anerkenntnis ohne Einfluß auf die heranzuziehende Bemessungsgrundlage wäre. Jedenfalls schon seit 1967 ist es stRsp des OLG Linz, daß das prozessuale Anerkenntnis eines Teilbetrages wohl den Streitwert für die Kostenberechnung um den anerkannten Betrag einschränkt (uzw auch dann, wenn ein TeilanerkennnisU nicht beantragt oder gefällt wurde), daß aber ein solches Anerkenntnis ohne Einfluß auf den Grund der Ersatzpflicht des Bekl ist; dies ergibt sich daraus, daß es der Bekl sonst in der Hand hätte, durch ein solches Teilanerkennnis das Risiko der weiteren Prozeßführung auf den Kl abzuwälzen. Nur dann, wenn nach dem Anerkenntnis kein weiterer Erfolg der Klage erzielt wird, ist der nach dem Anerkenntnis liegende Verfahrensabschnitt kostenmäßig selbstständig zu betrachten und davon auszugehen, daß der Bekl durch die Anerkennung des gesamten, schließlich vom Gerichte als gerechtfertigt angesehenen Betrages seiner Verpflichtung zur Gänze nachgekommen ist (vgl zB OLG Linz 5 R 139/67; 3 R 32/75; 3 R 35/75; 2 R 10/94 = ZVR 1994/138 uva). Mit dieser Rechtsauffassung stimmt auch ein beträchtlicher Teil der Lehre (*M. Bydlinski*, Kostenersatz im Zivilprozeß 317 f; *Fucik* in *Rechberger Rz 7* zu § 43 ZPO mwN) überein. Auch ein Teil der Rsp des OLG Wien (vgl zB ZVR 1975/81; WR 96) steht in Übereinstimmung mit dem erk Senat auf dem Standpunkt, daß ein Teilanerkennnis bei nachherigem weiteren Prozeßerfolg an der Kostenersatzpflicht dem Grunde nach nichts ändert, aber eine Reduzierung der Bemessungsgrundlage mit sich zu bringen hat. Für die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung kann auch die höchstgerichtliche E zu 5 Ob 262/67 herangezogen werden, welche ohne nähere Begründung grundsätzlich übereinstimmend vorgeht. Es sind aus § 41 Abs 1 ZPO abzuleitende Grundsätze der Prozeßökonomie, welche in diesen Anwendungsfällen eine Kürzung der Bemessungsgrundlage um den anerkannten Betrag gerechtfertigt erscheinen lassen. Für den Kl ist Ziel des Prozesses, einen Exekutionstitel zu erlangen, welches nach Teilanerkennnis durch eine entsprechende Antragstellung in diesem Umfang erreicht werden kann (vgl *M. Bydlinski* aaO).

Der Kl wendet sich in seinem Rek somit zu Unrecht gegen die vom ErstG vorgenommene Bemessung der ersatzfähigen anwaltlichen Vertretungskosten. Wie bereits dargestellt, sprach das ErstG diese dem Grunde nach zu 100% zu, wobei als Bemessungsgrundlage für