

hinausgeht. Die Rechtsprechung zu „Lauschzeugen“³⁴ und heimlichen Videoaufzeichnungen³⁵ und die kontroverse Diskussion dazu in der Literatur³⁶ belegen dies anschaulich. Der Ausgleich zwischen Wahrheitsermittlung im Prozess und Persönlichkeitsschutz ist daher ein Anliegen, dem eine nur auf den Statusprozess bezogene Spezialregelung kaum Rechnung tragen kann.

Wenn schon eine Neuregelung getroffen wird, wäre eine weitergehende Lösung wünschenswert. Vorbild dafür könnte Art. 145 der französischen Zivilprozessordnung sein, nach dem auch außerhalb eines Hauptsacheverfahrens die gerichtliche Erhebung von Beweisen beantragt werden kann.³⁷ Auf dieser Grundlage können etwa medizinische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung eines Kindes veranlasst werden³⁸, darüber hinaus aber z. B. auch die Beschlagnahme von Dokumenten beim Beweisgegner³⁹ sowie Tatsachenfeststellungen durch den Gerichtsvollzieher, der dazu auch die Wohnung des Beweisgegners oder Dritter betreten kann.⁴⁰ Soweit erforderlich, kann eine gerichtliche Anordnung ohne Wissen des Beweisgegners erfolgen.⁴¹ Die Ausübung dieser Befugnisse wird freilich durch das Recht auf Achtung der Privatsphäre begrenzt.⁴² Diese nachahmenswerte Lösung verhindert eigenmächtige bzw. übermäßige Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, stellt aber zugleich sicher, dass bei legitimen Interessen – insbesondere zum Nachweis von Straftaten – verwertbare Beweise auch dann beschafft werden können, wenn dabei persönlichkeitsrechtliche Positionen berührt werden.

3. Das „Abstammungsverfahren“ als Ausweg

Immerhin hat das *BVerfG* festgestellt, dass sich aus dem Persönlichkeitsrecht des rechtlichen Vaters ein Anspruch darauf ergibt, zu erfahren, ob ein ihm zugeordnetes Kind tatsächlich von ihm abstammt.⁴³ Der Gesetzgeber müsse daher neben dem Anfechtungsverfahren ein Verfahren schaffen, in dem die Abstammung gerichtlich geklärt werden kann.⁴⁴ Das bisherige Vaterschaftsanfechtungsverfahren trage den Belangen des rechtlichen Vaters nicht hinreichend Rechnung, weil es auf Beseitigung der Eltern-Kind-Beziehung gerichtet

sei und daher über das Begehren nach Kenntnis der Abstammung hinausgehe.⁴⁵

Diese Begründung trägt nicht, da schon nach geltendem Recht der Bestand der rechtlichen Vaterschaft durch eine Rücknahme der Anfechtungsklage gesichert werden kann⁴⁶, zumindest dann, wenn alle Beteiligten dies wünschen.⁴⁷ Außerdem ist kaum vorstellbar, dass ein Vater, der seinen Anspruch auf Überprüfung der Abstammung gerichtlich durchsetzen muss, die Vaterschaft nicht ggf. auch anfechten möchte. Zuzustimmen ist daher nur dem Ergebnis, dass mit dem Abstammungsverfahren die nicht hinnehmbare Beweisnot des Vaters beseitigt wird, die das – abzulehnende – Erfordernis des „Anfangsverdachts“ hervorruft.

Ausblick

Das *BVerfG* hat versucht, es mit seiner Entscheidung allen Beteiligten recht zu machen: Persönlichkeitsrechtlichen Belangen wurde mit einem Verwertungsverbot Rechnung getragen, während die Beweisnot anfechtungswilliger Väter mit der Verordnung einer Gesetzesreform gelöst wurde. Ein großer Wurf ist ihm freilich nicht gelungen. Für die Anforderungen an die Schlüssigkeit einer Vaterschaftsanfechtungsklage fehlt es nach wie vor an einer überzeugenden Begründung. Auch in der zentralen prozessrechtlichen Frage des Ausgleichs zwischen Wahrheitsfindung und Persönlichkeitschutz bleibt es bei der bisherigen, zweifelhaften Rechtsprechung. Es wäre zu begrüßen, wenn bei der nun anstehenden gesetzlichen Neuregelung eine befriedigendere Lösung gefunden werden könnte.

⁴⁵ *BVerfG* JZ 2007, 629, 635 (unter B. II.).

⁴⁶ Die Möglichkeit der Klagerücknahme (anerkannt von *BGH* NJW 2005, 1428 f.) ergibt sich a fortiori aus der des Klageverzichts (§ 617 i. V. m. § 640 Abs. 1 ZPO) und wird in § 632 Abs. 4 ZPO implizit vorausgesetzt.

⁴⁷ Andernfalls kann sich der Vater ohnehin – selbst nach künftigen Recht – nicht gegen die Aufhebung der Vaterschaft wehren, da auch das Kind und die Mutter anfechtungsberechtigt sind (§ 1600 I Nr. 3, Nr. 4 BGB).

Bürgerliches Recht

In der die Schadensregulierung bei einem Fahrzeugschaden betreffenden Entscheidung verneint der *BGH* eine Bindung des Geschädigten an die gewählte Art der Abrechnung. Vielmehr könne auch später eine andere Abrechnungsart eingefordert werden. Christian Huber (JZ 2007, 639) hält die geschädigtenfreundliche Entscheidung für konsequent.

BGB § 249.+

Der durch einen Verkehrsunfall Geschädigte, der seinen Fahrzeugschaden mit dem Haftpflichtversicherer des Schädigers zunächst auf der Grundlage des vom Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungsaufwands abrechnet, ist an diese Art der Abrechnung nicht ohne weiteres gebunden. Er kann – im Rahmen der rechtlichen Voraussetzungen für eine solche Schadensabrechnung und der Verjährung – die höheren Kosten einer nunmehr tatsächlich durchgeführten Reparatur des beschädigten Fahrzeugs verlangen, sofern sich nicht aufgrund der konkreten Umstände des Regulierungsgeschehens etwas Abweichendes ergibt.

BGH, Urteil v. 17. 10. 2006 – VI ZR 249/05 (LG Braunschweig).

Die Beklagten haften als Halter eines Kraftfahrzeugs und dessen Haftpflichtversicherer dem Kläger in vollem Umfang für die Folgen eines Verkehrsunfalls, der sich am 1. 6. 2004 ereignete.

³⁴ Für ein Verwertungsverbot *BVerfGE* 106, 28 = JZ 2003, 1104; *BGH* JZ 2003, 1109 mit krit. Anm. *U. Foerste*; dagegen (aufgrund einer Einwilligung) *BVerfG* NJW 2003, 2375; *OLG Jena* MDR 2006, 533.

³⁵ Für ein Verwertungsverbot *OLG Köln* NJW 2005, 2997; *OLG Karlsruhe* NJW 2002, 2799, dagegen *BAG* JZ 2004, 366, dazu *J. Helle* JZ 2004, 340 ff.; *OLG Düsseldorf* NJW-RR 1998, 241; *LAG Köln* RDV 2006, 171.

³⁶ Vgl. nur die Nachweise in Fn. 22.

³⁷ Art. 145 Nouveau Code de Procédure Civile: „S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.“ Dieses Verfahren ist mit §§ 485 ff. ZPO vergleichbar, kennt aber keine einschränkenden Voraussetzungen wie § 485 I, II ZPO. Voraussetzung ist nur ein *intérêt légitime*, für das bereits die Absicht genügt, die Erfolgsaussichten in der Hauptsache klären zu lassen (*Cass. civ. 1ère D.* 1994, Jur., 545).

³⁸ *Cass. civ. 1ère Dalloz* 1994, Jurisprudence, 545. Ein DNA-Gutachten wird freilich nur im Anfechtungsverfahren angeordnet (Art. 16–11 Code civil), wobei dafür aber kein „Anfangsverdacht“ erforderlich ist.

³⁹ *Cass. civ. 2ème Bull. civ.* 2006 II no. 44, 37.

⁴⁰ Vgl. *Cass. civ. 1ère JCP* 1980, II, 19290; *Cass. civ. 2ème Bull. civ.* 1985 II no. 111, S. 74; *Cass. civ. 1ère Bull. civ.* 1992 I no. 285, S. 186. Grundlage ist Art. 1 II der Ordonnance no. 45–2592 vom 2. 11. 1945: „Les huissiers de justice [...] peuvent être commis par justice pour effectuer des constatations purement matérielles [...]“.

⁴¹ *Cass. civ. 2ème Bull. civ.* 1985 II no. 111, 74; *Bull. civ.* 1994 II no. 241, 139.

⁴² Vgl. etwa *Cass. civ. 1ère Bull. civ.* 1992 I no. 285, S. 186; *Cour d’appel Douai* D. 1993, Somm., 129.

⁴³ *BVerfG* JZ 2007, 629, 630; ebenso schon *BVerfGE* 108, 82, 105.

⁴⁴ *BVerfG* JZ 2007, 629, 635.

Ein vorprozessual beauftragter Kraftfahrzeugsachverständiger ermittelte in seinem Gutachten vom 7. 6. 2004 betreffend den am Fahrzeug des Klägers eingetretenen Schaden die Reparaturkosten mit 9549,22 € brutto, den Wiederbeschaffungswert mit 7900,00 € brutto und den Restwert mit 3185,00 € brutto. Dieses Gutachten ist von den Parteien nicht angegriffen worden.

In einem früheren Rechtsstreit hat der Kläger die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert und dem Restwert in Höhe von 4560,00 €, die Abschleppkosten in Höhe von 172,26 €, einen Nutzungsausfall in Höhe von 487,20 € sowie eine allgemeine Auslagenpauschale in Höhe von 25,00 € abzüglich eines von der Beklagten zu 2 gezahlten Betrages in Höhe von 2097,83 €, insgesamt 3146,73 € geltend gemacht. Der Kläger hat die Klage in jenem Verfahren mit Schriftsatz vom 22. 11. 2004 zurückgenommen, nachdem die Beklagte zu 2 diesen Betrag gezahlt hatte.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger nunmehr die Regulierung des Schadens auf Reparaturkostenbasis und legt dazu zwei Rechnungen einer Reparaturwerkstatt vom 14. 10. 2004 über 1196,69 € und vom 11. 1. 2005 über 7130,88 € vor. Unter Anrechnung der Differenz aus dem Wiederbeschaffungswert und dem Restwert in Höhe von 4560,10 € errechnet er sich einen weiteren Schaden in Höhe von 3767,47 €.

Das AG hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht führt aus: Zwar sei mit dem AG davon auszugehen, dass es sich bei der Frage, ob der Schaden auf der Basis der Wiederbeschaffung oder auf Reparaturkostenbasis abzurechnen sei, um keine echte Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB handele. Doch könne der Geschädigte nicht mehr Abrechnung auf Reparaturkostenbasis verlangen, wenn er sich vorher für eine Ersatzbeschaffung entschieden habe. Die Kammer gehe davon aus, dass der Geschädigte an die von ihm getroffene Wahl der gemäß § 249 Abs. 1 und 2 BGB möglichen Abrechnungsvarianten gebunden sei. Der Kläger sei deshalb daran gehindert, seinen Schaden nach durchgeführter Regulierung auf der Basis der Wiederbeschaffungskosten auf Reparaturkostenbasis abzurechnen.

II. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der mit der vorliegenden Klage vom Kläger geltend gemachte Anspruch kann nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden.

1. Allerdings wird eine Bindung des Geschädigten an die (vorbehaltlos) einmal gewählte Art der Schadensabrechnung, wie sie das Berufungsgericht für richtig hält, auch von anderen bejaht (vgl. *OLG Celle OLGR 1994, 222 = ZfS 1994, 400; Böhme/Biela, Kfz-Haftpflichtschäden*, 23. Aufl., Rn. D 26, S. 164; *Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 331 ff., 341; *Lemcke r+s 2002, 265, 272*). Dem kann indes nicht gefolgt werden.

2. Die Ansicht, nach Regulierung des Wiederbeschaffungsaufwandes könnten nunmehr tatsächlich aufgewendete höhere Reparaturkosten nicht mehr geltend gemacht werden, ist in der vom Berufungsgericht angenommenen Allgemeinheit unrichtig. Eine Bindung lässt sich für den hier gegebenen Fall, dass nach der fiktiven Abrechnung auf Wiederbeschaffungsbasis das Fahrzeug alsdann doch repariert wird und nun die konkreten (höheren) Reparaturkosten geltend gemacht werden, weder aus dem Gesetz noch aus der Rechtsprechung des erkennenden Senats herleiten, auch nicht aus dem Urteil vom 23. 3. 1976 (*BGHZ 66, 239, 246*), in dem diese Frage offen gelassen wurde. Sie wird deshalb von Teilen der Rechtsprechung und Literatur abgelehnt (vgl. *OLG Celle OLGR 2006, 482; Eggert VA 2006, 134; Elsner DAR 2004, 130, 131; Freyberger MDR 2002, 867, 870; Geigel/Rix-*

ecker, Der Haftpflichtprozess, 24. Aufl., Kap. 3, Rn. 38; *Richter*, in: Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht, Kap. 4, Rn. 75 f.; *Staudinger/Schiemann*, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 226 a. E.) und zwar im Ergebnis zu Recht.

a) Art und Umfang des vom Schädiger zu leistenden Ersatzes bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Das schadensersatzrechtliche Ziel der Restitution beschränkt sich nicht auf eine Wiederherstellung der beschädigten Sache; es besteht in umfassender Weise darin, einen Zustand herzustellen, der wirtschaftlich gesehen der ohne das Schadensereignis bestehenden (hypothetischen) Lage entspricht (Senatsurteil *BGHZ 158, 388, 389 f.*).

b) Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. zuletzt Senatsurteile *BGHZ 154, 395, 397* und *163, 180, 184*, jeweils m. w. N.) stehen dem Geschädigten im Allgemeinen zwei Wege der Naturalrestitution zur Verfügung: Die Reparatur des Unfallfahrzeugs oder die Anschaffung eines „gleichwertigen“ Ersatzfahrzeugs. Unter den zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten der Naturalrestitution hat der Geschädigte dabei jedoch grundsätzlich diejenige zu wählen, die den geringsten Aufwand erfordert. Dieses sogenannte Wirtschaftlichkeitspostulat findet gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB seinen gesetzlichen Niederschlag in dem Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit, ergibt sich aber letztlich schon aus dem Begriff des Schadens selbst. Darüber hinaus findet das Wahlrecht des Geschädigten seine Schranke an dem Verbot, sich durch Schadensersatz zu bereichern. Denn auch wenn er vollen Ersatz verlangen kann, soll der Geschädigte an dem Schadensfall nicht „verdienen“. Durch das Wirtschaftlichkeitsgebot und das Bereicherungsverbot darf allerdings sein Integritätsinteresse, das aufgrund der gesetzlich gebotenen Naturalrestitution Vorrang genießt, nicht verkürzt werden. Deshalb hat der Senat entschieden, dass der Geschädigte zum Ausgleich des durch einen Unfall verursachten Fahrzeugschadens sowohl die tatsächlich aufgewendeten als auch die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts ohne Abzug des Restwerts verlangen kann, wenn er das Fahrzeug tatsächlich reparieren lässt und weiter benutzt (Senatsurteile *BGHZ 115, 364, 371 ff.* [= *JZ 1992, 477 m. Anm. Lange*]; *154, 395, 400*). Gleiches gilt, wenn das Fahrzeug zwar nicht repariert, wohl aber mindestens 6 Monate in noch verkehrstauglichem Zustand weiter genutzt wird (Senatsurteil v. 23. 5. 2006 – VI ZR 192/05, *VersR 2006, 989 f.* = *NZV 2006, 459 f. m. Anm. Heß*).

b) Im Fall eines wirtschaftlichen Totalschadens wie hier kann der Geschädigte im Rahmen der Ersatzbeschaffung nur Ersatz des Wiederbeschaffungswertes abzüglich des Restwertes verlangen; die Ersatzbeschaffung als Variante der Naturalrestitution steht unter dem Gebot der Wirtschaftlichkeit, so dass der Geschädigte bei der Schadensbehebung gemäß § 249 Satz 2 BGB im Rahmen des ihm Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage grundsätzlich den wirtschaftlichsten Weg zu wählen hat (vgl. *BGHZ 115, 364, 368 f.* [= *JZ 1992, 447*]; *115, 375, 378* [= *JZ 1992, 481 m. Anm. Lange*]; *132, 373, 376; 143, 189, 193; 163, 362, 365*).

Auch in diesem Fall stehen dem Geschädigten, der sich zu einer Reparatur entschließt und diese auch nachweislich durchführt, die konkret abgerechneten Kosten der Instandsetzung ohne Berücksichtigung des Restwerts zu. Ersatzfähig sind auch Reparaturkosten, die den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs in Grenzen (bis 30%) übersteigen, wenn sie konkret angefallen sind oder wenn der Geschädigte nachweisbar wertmäßig in einem Umfang repariert hat, der den

Wiederbeschaffungsaufwand übersteigt, sofern die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kosten-schätzung gemacht hat; andernfalls ist die Höhe des Ersatzanspruchs auf den Wiederbeschaffungsaufwand beschränkt (vgl. Senatsurteile *BGHZ* 115, 364, 371 f. [= *JZ* 1992, 477]; 162, 161, 163 ff.; 162, 170, 173 f.).

c) Bei der Ersatzbeschaffung und der Reparatur des beschädigten Fahrzeugs handelt es sich mithin um gleichwertige Arten der Naturalrestitution, zwischen denen der Geschädigte innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen wählen kann. Dabei handelt es sich indes nicht um eine Wahlschuld i. S. des § 262 BGB; denn der Schädiger schuldet nicht mehrere nach Wahl zu erbringende Leistungen, sondern Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) bzw. den dazu erforderlichen Geldbetrag (§ 249 Abs. 2 Satz 1 BGB). Selbst diese gesetzlich vorgesehene Alternative stellt keine Wahlschuld, sondern eine Ersetzungsbefugnis dar (vgl. Senatsurteil *BGHZ* 63, 182, 184 [= *JZ* 1975, 63]; ferner *BGHZ* 121, 22, 26; *Staudinger/Schiemann*, aaO, Rn. 215, jew. m. w. N.). Verlangt der Geschädigte den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag, so kann er diesen in dem aufgezeigten Rahmen auf der Basis einer Ersatzbeschaffung oder einer Reparatur berechnen. Insoweit handelt es sich lediglich um unterschiedliche Arten der Schadensberechnung.

Inwiefern der Geschädigte bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB an die Wahl gebunden ist (bejahend *BGHZ* 121, 22, 26; differenzierend *Staudinger/Schiemann*, aaO, Rn. 216, jew. m. w. N.), bedarf hier keiner Entscheidung. Ob der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag auf Wiederbeschaffungs- oder auf Reparaturkostenbasis berechnet wird, betrifft lediglich die Abrechnungsmodalität. Gleiches gilt für die Frage, ob fiktiv nach den Feststellungen eines Sachverständigen oder konkret nach den tatsächlich aufgewendeten Kosten abgerechnet wird. Diese Abrechnungsarten dürfen zwar nicht miteinander vermengt werden (vgl. Senatsurteile *BGHZ* 162, 170, 175; v. 15. 7. 2003 – VI ZR 361/02, VersR 2004, 1575, 1576 und v. 30. 5. 2006 – VI ZR 174/05, VersR 2006, 1088, 1089), sind aber alternativ möglich.

d) Eine Bindung des Klägers an die Schadensabrechnung auf Basis einer Ersatzbeschaffung kann im Streitfall nicht mit der Erwägung begründet werden, der Ersatzanspruch des Geschädigten sei mit der Zahlung des (zunächst) auf der Basis fiktiver Abrechnung geforderten Betrages erfüllt, so dass Nachforderungen ausgeschlossen seien (so *Lemcke*, aaO). Mit der Zahlung des Versicherers ist in der Regel nur eine Teilforderung erfüllt, wenn sich in der Folge herausstellt, dass der Schaden höher ist, als zunächst gefordert. Die ursprüngliche Forderung stellt sich dann als (verdeckte) Teilforderung dar. Selbst im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung kann die weitere Entwicklung des Schadens bis zu dem aus prozessualen Gründen letztmöglichen Beurteilungszeitpunkt berücksichtigt werden (vgl. Senatsurteil *BGHZ* 27, 181, 187 f.; ferner *BGHZ* 79, 249, 258). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Schadenshöhe ist – im Rahmen der Grenzen des Verjährungsrechts – der Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten das volle wirtschaftliche Äquivalent für das beschädigte Recht zufließt (vgl. Münch-Komm-BGB/Oetker, 4. Aufl., § 249 Rn. 301; *Staudinger/Schiemann*, aaO, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 81).

Im Streitfall war die Schadensentwicklung, ausgehend vom Vortrag des Klägers, erst mit der Reparatur des Fahrzeugs und der Vorlage der Werkstattrechnungen betreffend die konkreten Reparaturkosten abgeschlossen. Mit der Zah-

lung der Beklagten zu 2, die zur Rücknahme der ersten Klage im November 2004 geführt hat, war der Schadensersatzanspruch des Klägers mithin nicht vollständig erfüllt. Für eine vorher vom Kläger der Beklagten zu 2 gegenüber erklärte Bindung an die zunächst gewählte Abrechnungsart, welche in Einzelfällen in Betracht zu ziehen sein mag, hat der Tatrichter keine Feststellungen getroffen. Das gilt auch, soweit in der Revisionserwiderung geltend gemacht wird, die Parteien hätten sich vergleichsweise dahin geeinigt, dass der Anspruch des Klägers mit der zweiten Zahlung der Beklagten zu 2 abschließend ausgeglichen sein solle. Inwieweit im Falle einer gerichtlichen Entscheidung die Rechtskraft eine Nachforderung ausschließen kann, muss hier nicht entschieden werden, da die erste Klage zurückgenommen wurde.

e) Schließlich kann eine Bindung des Geschädigten an die zunächst gewählte fiktive Abrechnung auf Wiederbeschaffungsbasis nicht auf Gründe des Rechtsfriedens oder einer möglichst zügigen Schadensregulierung (vgl. *Huber*, aaO) gestützt werden. Sofern der Versicherer an einer abschließenden Schadensregulierung im Einzelfall interessiert ist, kann er auf eine Erklärung des Geschädigten hinwirken, durch die die Regulierung endgültig abgeschlossen wird. Unter Umständen kann sich dies auch aus den im Rahmen der Regulierungsverhandlungen abgegebenen Erklärungen ergeben. Eine rechtliche Grundlage, dem Geschädigten bei fortdauernder Schadensentwicklung unter den genannten Gesichtspunkten Nachforderungen generell abzuschneiden, besteht bei Fallgestaltungen der vorliegenden Art nicht. [...]

Anmerkung

Professor Dr. Christian Huber, Aachen*

A. Das Problem

Die Regulierung von Schadensfällen nach einem Verkehrsunfall führt im Regelfall zum Einschreiten eines (Kfz-)Haftpflichtversicherers auf Seite des Ersatzpflichtigen. Für diesen ist das ein Massengeschäft. Der Haftpflichtversicherer muss im eigenen Interesse und dem des Versicherungsnehmers unbegründete Ansprüche abwehren; bei Bestehen einer (begründeten) Schadensersatzpflicht muss er das leisten, was sein Versicherungsnehmer als Ersatzpflichtiger zu leisten hätte, wenn es keine Haftpflichtversicherung gäbe. Das ergibt sich aus dem Trennungsprinzip. Bei Bestehen einer Einstandspflicht des Haftpflichtversicherers möchte dieser seine Belastung möglichst gering halten. Das hat Auswirkungen auf zwei Ebenen: Wie viel muss der Haftpflichtversicherer wegen der bestehenden Schadensersatzpflicht seines Versicherungsnehmers zahlen? Wie aufwendig ist die Regulierung? Auch der Zeitaufwand des damit befassten Mitarbeiters schlägt sich beim Haftpflichtversicherer als Belastung zu Buche. Mit letzterem Problem befasst sich die Entscheidung.

B. Obliegenheit des Geschädigten zur einmaligen, abschließenden Geltendmachung des Schadens beim Sach- und Personenschaden

Ein Schadensfall kann für den Haftpflichtversicherer mit überschaubaren Personalkosten reguliert werden, wenn nach dem Schadensfall eine einmalige Zahlung erbracht wird und der Akt dann geschlossen werden kann. Diese Art des Aus-

* Der Autor lehrt Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

gleichs war bislang für den Sachschaden charakteristisch. Für den Personenschaden hatte demgegenüber die Ersatzform der Rente größere Bedeutung, so namentlich beim Erwerbsschaden und den vermehrten Bedürfnissen gemäß § 843 Abs. 1 BGB. Das ist bei Dauerschäden bei diesen Schadenspositionen sachgerecht, weil der reale Schaden weit in die Zukunft wirkt und sich auf diese Weise das Prognoseproblem zumindest entschärft; die Rente trägt bei Wegfall des Bedarfs ihr Ende in sich.

Schon beim Schmerzensgeld verweist die Rechtsprechung den Verletzten auch bei einem Dauerschaden aber grundsätzlich auf einen Kapitalbetrag (zu den Ausnahmen bei schweren und schwersten Dauerschäden *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld³ [2006] Rn. 107 ff.). Nur wenn das Ausmaß künftiger Schäden im Zeitpunkt der Erhebung des Klagebegehrens bzw. bis zur letzten mündlichen Streitverhandlung erster Instanz nicht erkennbar war, wird dem Verletzten eine spätere Nachforderungsmöglichkeit eingeräumt (dazu *BGH NJW* 2004, 1243 = *BGHR* 2004, 683 [*Jäger*] = *r+s* 2004, 216 [*Lemcke*] sowie *A. Diederichsen*, Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, *Homburger Tage* 2004, S. 7, 27 ff.; kritisch zur Zulassung eines Teilschmerzensgeldes in solchen Fällen *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁹ [2006], Rn. 302). Zu begründen ist diese Obliegenheit zur Geltendmachung in einem „Aufwasch“ mit dem Interesse des Ersatzpflichtigen, i. d. R. eines Haftpflichtversicherers, an überschaubaren Regulierungskosten sowie dem Gebot der Prozessökonomie, dass also ein Gericht möglichst nur einmal befasst werden soll.

C. Akzentverschiebung beim Kfz-Sachschaden

Dieser sanfte Druck auf den Geschädigten, sein Begehren abschließend zu stellen, wird durch diese Entscheidung für den Kfz-Sachschaden nunmehr beseitigt. Die zentrale Aussage kann so ausgedrückt werden: In der ohne Vorbehalt erklärten Erhebung eines Begehrens in einer bestimmten Höhe liegt kein Verzicht, aus dem schädigenden Ereignis später weitere Forderungen zu stellen. Dogmatisch wird das in der Weise ummantelt, dass es sich bei jeglichem Begehren im Zweifel um eine (verdeckte) Teilforderung handle. Nachforderungen seien so lange möglich, bis das volle wirtschaftliche Äquivalent für das beschädigte Recht zufließe.

Diese Sicht kommt nicht völlig überraschend, sondern hat sich mit der Entscheidung *BGH NJW* 2004, 1943 (= *DAR* 2004, 379 mit zustimmender Anm. *Steffen*), der ersten Entscheidung zur Frage der Ersatzfähigkeit der Mehrwertsteuer bei § 249 Abs. 2 S. 2 BGB, schon angedeutet. Dort wurde ausgesprochen, dass durch die Geltendmachung des Nettobetrags nicht ausgeschlossen sei, später die Mehrwertsteuer nachzufordern. Wer damals A gesagt hat, der muss nun konsequenterweise B sagen. Das tut der VI. Senat auch. Darüber hinaus fügt er hinzu, dass es der Versicherer in der Hand habe, auf eine Erklärung des Geschädigten hinzuwirken, dass durch die geleistete Zahlung die Regulierung endgültig abgeschlossen werde. Versuchen kann das der Haftpflichtversicherer in der Tat. Wenn sich – der anwaltlich vertretene – Geschädigte darauf freilich nicht einlässt, muss der Haftpflichtversicherer den bis dahin geforderten Betrag zahlen, ohne den Akt endgültig schließen zu können. Wie oft der Geschädigte bei Behalten des Kfz nachfordern kann, sei in der Folge anhand der mittlerweile stark ausdifferenzierten *BGH*-Judikatur erläutert. Auch das Alphabet hat nach den Buchstaben A und B noch weitere.

D. Die nunmehrige Mehraktigkeit des Kfz-Sachschadens

In einer ersten Etappe rechnet der Geschädigte auf Total Schadensbasis ab, somit nach der Differenz von Wiederbeschaffungswert und Restwert. Sodann entscheidet er sich für die fiktive Reparaturkostenabrechnung, weil das Sachverständigengutachten über die Reparaturkosten – samt dem merkantilen Minderwert – mehr ausmacht als die Wiederbeschaffungskosten, die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert. Er behauptet, die Verkehrstüchtigkeit des Fahrzeugs sei durch die von ihm veranlasste Teilreparatur gegeben und verlangt die Reparaturkosten zunächst netto. Dann besinnt er sich darauf, dass ihm eigentlich auch noch die Mehrwertsteuer zustünde. Er legt nun für einen Teilbereich eine Werkstattrechnung mitsamt der dabei anfallenden Mehrwertsteuer vor. Dadurch kommt es nun aber zu einem Überschreiten der 100%-Grenze. Der Haftpflichtversicherer ist ob der bereits 3-maligen Befassung verärgert. Er will nun wissen, ob die Reparatur den Anforderungen umfassend und fachgerecht genügt.

Der Geschädigte legt nach und führt den Nachweis, dass der Wert der durchgeführten Reparatur mehr ausmacht als der Wiederbeschaffungsaufwand, nämlich die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert (dazu *BGH NJW* 2005, 1110 = *r+s* 2005, 174 [*Lemcke*] = *NZV* 2005, 245 [*Heß*] = *SVR* 2005, 227 [*Ch. Huber*] = *BGHR* 2005, 698 [*Krischer*] sowie *Höfle VGT* 2006, 61, 65 f. und *Greiner*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [VI. Zivilsenat] zum Fahrzeugschaden seit dem Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetz, *Homburger Tage* 2005, S. 7, 19 ff.). Der Gefahr, auf die tatsächlich aufgewendeten Reparaturkosten oder gar den geringeren Betrag aus der Totalschadensabrechnung unter Berücksichtigung eines vom Ersatzpflichtigen vorgelegten Restwertgutachtens verwiesen zu werden, will sich der Geschädigte schlussendlich nicht aussetzen. Deshalb lässt er letzte – optische – Detailgebrehen durch eine Fachwerkstätte beheben und legt diese Rechnung nun zusätzlich vor, um dem Ersatzpflichtigen jegliche Einwände abzuschneiden. Wie im griechischen Drama befinden wir uns bereits im 5. Akt. Und dabei geht es in concreto bloß um die Regulierung eines simplen Kfz-Sachschadens.

Dem Haftpflichtversicherer könnte man Trost spenden und ihn damit beruhigen, dass nach etwas mehr als 3 Jahren das Theater ja vorbei sei und er den Akt schließen könne, weil 3 Jahre ab dem Schluss des Jahres, in dem der Unfall sich ereignet hat, gemäß § 199 Abs. 1 BGB Verjährung eintritt, sodass jeglichem weiteren Nachschlagsbegehren mit der Einrede der Verjährung begegnet werden könnte. Doch diese Entwarnung ist verfrüht. Der Geschädigte kann sich gegen solche abrupte Einschränkungen seiner Lust, das Fahrzeug kontinuierlich immer stärker dem Zustand, wie er ohne schädigendes Ereignis bestanden hat, anzunähern und die diesbezüglichen Aufwendungen auf den Ersatzpflichtigen zu überwälzen, durch einen Feststellungsantrag zur Wehr setzen (für die Zulässigkeit etwa *Heß*, in: *FS-Kollhosser I* [2004], S. 141, 143 f.). Aus verjährungsrechtlicher Sicht wird damit die Möglichkeit des Nachschlags auf 30 Jahre erstreckt. Dass sich bei einer so langwierigen Reparaturphase neue Probleme stellen wie etwa die der Kausalität oder des Abzugs „neu für alt“ sei nur erwähnt. Der simple Kfz-Sachschaden mutiert zur Dauerbeschäftigung von (Verkehrs-) Anwälten, die das womöglich sogar begrüßen werden, weil sie damit wiederholt Geschäftsgebühren verdienen. Gerichte und Haftpflichtversicherer werden das womöglich weniger lustig finden.

E. Fazit und Ausblick

Roma locuta, causa finita. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Sacra Romana Rota. Auch der *BGH* wird von dieser richtungweisenden, überaus geschädigtenfreundlichen Entscheidung nicht alsbald wieder abweichen. Wenn er andeutet, dass er offen lassen konnte, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn über das erstmalige Begehren durch ein Urteil entschieden worden wäre, weil dann dem Nachforderungsanspruch die Rechtskraft des Urteils entgegenstehen könnte, so soll die Solemnität von Richtersprüchen auch nicht überschätzt werden. Die Maßstäbe müssen m.E. im einen wie anderen Fall die gleichen sein: Sowohl bei der außergerichtlichen Einigung als auch bei einer Gerichtsentscheidung ist es eine Auslegungsfrage, ob mit dem Betrag, auf den man sich geeinigt hat oder der vom Richter infolge des erhobenen Klagebegehrens für berechtigt angesehen und deshalb zugesprochen wurde, eine abschließende Regelung bewirkt werden sollte. Wenn das bei außergerichtlicher Einigung im Zweifel nicht anzunehmen ist, kann für den Fall der Streiterledigung durch Urteil nichts Anderes gelten.

Die sachliche Berechtigung folgender Differenzierung bleibt freilich bestehen: Beim Schmerzensgeld ist der Geschädigte nach wie vor gehalten, seine vorhersehbaren künftigen Schmerzen pauschal geltend zu machen. Nur ausnahmsweise, bei künftiger Unwägbarkeit, ob und in welchem Umfang Nachteile und damit Schmerzen eintreten werden, ist eine Teileinklagung mit Vorbehalt zulässig. Ohne solchen wird ihm eine Nachforderung versagt. Es gilt die Vermutung, dass mit dem geltend gemachten Begehren sämtliche Nachteile abgegolten sind. Demgegenüber wird das – entsprechende – Begehren beim Kfz-Sachschaden generell für zulässig angesehen und zudem im Zweifel als verdeckte Teilforderung qualifiziert, das beliebige Nachschläge erlaubt. Wieso beim im Regelfall komplexeren Personenschaden andere, nämlich restriktivere Voraussetzungen gelten sollen als beim 0815-Kfz-Sachschaden – generelle Zulässigkeit und darüber hinaus im Zweifel Entbehrlichkeit eines Vorbehalts – leuchtet jedenfalls nicht ohne weiteres ein.

Bürgerliches Recht. Arzthaftung

Der VI. Zivilsenat des BGH erlässt ein Grundsatzurteil zu der Pflicht des (Chef)Arztes, bei arbeitsteiliger Behandlung im Krankenhaus eine ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten sicherzustellen. Christian Katzenmeier (JZ 2007, 642) kritisiert die unzureichende Differenzierung zwischen Anleitungs- und Überwachungspflichten des behandelnden Arztes und Organisationspflichten des Behandlungsträgers.

BGB § 823 Abs. 1.+

Der Chefarzt, der die Risikoaufklärung eines Patienten einem nachgeordneten Arzt überträgt, muss darlegen, welche organisatorischen Maßnahmen er ergriffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherzustellen und zu kontrollieren.

BGH, Urteil v. 7. 11. 2006 – VI ZR 206/05 (OLG Schleswig).

Die Klägerin nimmt den Beklagten nach einer Divertikeloperation am Zwölffingerdarm auf Ersatz immateriellen Schadens in Anspruch.

Die Klägerin stellte sich am 22. 1. 2002 wegen Oberbauchbeschwerden in der chirurgischen Klinik E. vor, deren Chefarzt der Beklagte ist. Am folgenden Tag wurde sie stationär aufgenommen, über das Wochenende vorübergehend entlassen und am 6. 2. 2002 von dem Beklagten operiert. Infolge einer Nahtinsuffizienz kam es danach zu einer schweren Bauchfellentzündung und einer eitrigen Bauchspeichel-

drüsenentzündung. Die Klägerin musste 49 Tage auf der Intensivstation behandelt werden, davon etwa drei Wochen in einem künstlichen Koma unter Offenhaltung des Bauchraums. Sie wurde fünf weitere Male operiert. Nach der Entlassung am 19. 6. 2002 trat sie eine Reha-Maßnahme an. Als Folge des langen Liegens auf der Intensivstation leidet sie unter einer Critical Illness Polyneuropathie am linken Unterschenkel und am Fuß.

Vor der Operation führte der Stationsarzt Dr. S. zwei Gespräche mit der Klägerin. Zwischen den Parteien ist streitig, ob dabei eine ordnungsgemäße Risikoaufklärung erfolgte. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten – nunmehr nur noch gestützt auf den Vorwurf unzureichender Aufklärung – ein angemessenes Schmerzensgeld in der Größenordnung von 75 000 €.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob vor dem Eingriff über das Risiko einer Bauchspeicheldrüsenentzündung aufzuklären war und die Klägerin vor der Operation ordnungsgemäß über eingriffsspezifische Risiken aufgeklärt worden ist. Es hat auch dahinstehen lassen, ob sich der Beklagte gegebenenfalls auf eine hypothetische Einwilligung der Klägerin berufen kann. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, ein etwaiger Aufklärungsfehler sei dem Beklagten jedenfalls nicht zuzurechnen, denn dieser habe die Aufklärung in zulässiger Weise dem Stationsarzt Dr. S. übertragen, der als Facharzt hierfür ausreichend qualifiziert und mit den medizinischen Gegebenheiten vertraut gewesen sei. Anhaltspunkte dafür, dass es an einer hinreichenden Kontrolle gefehlt oder der Beklagte konkreten Anlass zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit des Stationsarztes gehabt habe oder hätte haben müssen, seien nicht erkennbar.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht stand. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann eine Haftung des Beklagten nicht mit der Begründung verneint werden, ein etwaiger Aufklärungsfehler sei ihm nicht zurechenbar. Das verkennt die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur ärztlichen Zusammenarbeit.

1. Im Ansatz zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass ein Arzt grundsätzlich für alle den Gesundheitszustand des Patienten betreffenden nachteiligen Folgen haftet, wenn der ärztliche Eingriff nicht durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gedeckt und damit rechtswidrig ist. Indessen setzt eine wirksame Einwilligung des Patienten dessen ordnungsgemäße Aufklärung voraus. Diese kann nicht durch die irrige Annahme des Operateurs, der Patient sei ordnungsgemäß aufgeklärt worden, ersetzt werden. Auch dann, wenn der behandelnde Arzt irrig von einer ordnungsgemäßen Aufklärung und damit irrig von einer wirksamen Einwilligung des Patienten ausgeht, bleibt die Behandlung insgesamt rechtswidrig. Jeder behandelnde Arzt ist verpflichtet, den Patienten hinsichtlich der von ihm übernommenen Behandlungsaufgabe aufzuklären. Die Erfüllung dieser Aufklärungspflicht kann er zwar einem anderen Arzt übertragen, den dann die Haftung für Aufklärungsversäumnisse in erster Linie trifft (*Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., Rn. 424 f.). Jedoch entlastet das den behandelnden Arzt nicht von der vertraglichen (§ 278 BGB) und nicht ohne weiteres von der deliktischen (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB) Haftung.

Wenn der behandelnde Arzt entschuldbar eine wirksame Einwilligung des Patienten angenommen hat, kann zwar seine Haftung für nachteilige Folgen der Behandlung nicht wegen fehlender Rechtswidrigkeit seines Verhaltens, möglicherweise aber mangels Verschuldens entfallen (vgl. Senats-