

recht und schaden  
Sonderheft  
Zum 75. Geburtstag von  
Hermann Lemcke

Herausgegeben von den Rechtsanwälten Dr. Rainer Heß, LL. M., Dr. Michael Burmann und Jürgen Jahnke

---

**Geleitwort**

*„Was sagt Lemcke dazu?“*

Dieses Wort des Vorsitzenden Richters a. D. eines entsprechenden Fachsenats in einem Beitrag dieser Schrift ist ungewöhnlicher Ausdruck einer kollegialen Wertschätzung von Hermann Lemcke über die Grenzen von OLG-Bezirken hinweg. Das Wort ist ein respektvolles Bekenntnis zu seinen Leistungen als Vorsitzender Richter eines OLG-Senats, als Referent von Fachseminaren, als Rechtsanwalt, als Autor von Aufsätzen zu aktuellen und fachlichen Problemen und als kritischer Begleiter der Rechtsprechung in der Literatur.

Auf der schriftstellerischen Ebene begegnen der Verlag C. H. Beck und die Schriftleitung der Zeitschrift recht und schaden Hermann Lemcke, seit er im Jahr 1993 in die Schriftleitung der Zeitschrift eingetreten ist und dort die Arbeitsgebiete Haftung und Schadenersatz unter Einschluss des Sozialversicherungsrechts übernommen hat. In dieser vom Zeilenumfang primär versicherungsvertragsrechtlich ausgerichteten Zeitschrift hatten die haftungsrechtlichen Arbeitsgebiete bis dahin nicht mehr als die Aufgabe einer Themenabrundung, die nicht schaden kann. Dann kam Lemcke! Er kam von Anfang an mit vornehmer Zurückhaltung und doch mit liebenswürdiger Offenheit, mit gewinnender Freundlichkeit, aber auch mit überzeugender Bestimmtheit in den Vorstellungen über seine Arbeit in der Zeitschrift. Alles Weitere ergab sich von selbst: Aus den ehemaligen Randgebieten wurde trotz knappen Raums ein Kernbereich der Zeitschrift. Die Auswahl der Entscheidungen geschah und geschieht mit Gespür für das Neue, für das Andere, für das Beachtens- und Bedenkenswerte. Und die Anmerkungen von Lemcke – das sind wesentliche, originäre Beiträge zur Rechtsfindung und zur Rechtsentwicklung. Hermann Lemcke ist dabei nie der Besser-Wisser, sondern der Nach-Denker, der Nach-Arbeit einfordert und den Weg dafür zeigt.

Die Verdienste von Hermann Lemcke um die Zeitschrift recht und schaden haben es dem Verlag C. H. Beck und der Schriftleitung leicht gemacht, dem Vorschlag der Rechtsanwälte Dr. Rainer Heß, Dr. Michael Burmann und Jürgen Jahnke zu einem Sonderheft unserer Zeitschrift als Festschrift für Hermann Lemcke zu seinem 75. Geburtstag zu folgen (den die Mathematiker allerdings, in manchem noch genauer als die Juristen, für den 76. halten). Die Anwälte haben dabei die Rolle der Herausgeber übernommen. Die Lektoren des Verlags und die übrigen Mitglieder in der Schriftleitung haben die Festschrift gerne organisatorisch begleitet, weil auch ihnen daran liegt, einen Kollegen zu ehren, der in die Sprecherrolle der Schriftleitung einbezogen ist, in der gemeinsamen Redaktionsarbeit eine hervorragende Rolle spielt und in liebenswürdiger Weise allen Beteiligten mit seinem Rat zur Verfügung steht.

Verlag und Schriftleitung stimmen daher in den Wunsch der Herausgeber und Autoren ein, dass auch die Zeit nach 75 für Hermann Lemcke lang, glücklich und erfolgreich sein wird.

Hinweis an den Buchbinder: Dieses Sonderheft wird nicht mit eingebunden.

Erscheinungsdatum: 15. April 2011  
Zitervorschlag: r+s, Sonderheft 2011, Seite

#### r+s recht und schaden

Schriftleitung: Prof. Dr. Johannes Wälder, Sprecher der Schriftleitung, Tagetesweg 15, 51143 Köln, Tel.: (022 03) 8 48 19. e-mail: johannes.waelder@unitybox.de

Feuerversicherung und verwandte Zweige, Kraftfahrt-Fahrzeugversicherung, Technische Versicherungen.

RA Hermann Lemcke, Vorsitzende der ARGE, ste. Sprecher, Ossenkampsteige 39, 48163 Münster, Tel.: (02 51) 79 46 31. Straßenverkehrshaftung, Sonstige Haftung, Schadenersatz, Sozialversicherungsrecht.

RA Dr. Ulf Hoenicke, Poststr. 63, 40667 Meerbusch, Tel.: (0 21 32) 7 79 44.

Agenten u. Maklerrecht, Unfallversicherung, Lebensversicherung/Berufsunfähigkeitszusatzversicherung, Transportversicherung, Verfahrensrecht/Kostenrecht.

RAin Monika Maria Risch, Vorsitzende der ARGE Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein, Kyffhäuserstr. 11, 10781 Berlin, Tel.: (030) 2 17 64 83, Fax: (030) 2 18 47 29, e-mail: mrisch@t-online.de

Koordinierung der Zusammenarbeit mit der ARGE Versicherungsrecht.

Prof. Dr. Peter Schimikowski, Dr. Engels-Str. 14, 53359 Rheinbach, Tel.: (0 22 26) 15 77 76.

Allgemeine Haftpflichtversicherung, Rechtsschutzversicherung.

Vorsitzende der ARGE, Wilfried Terno, Bachstr. 2, 26135 Oldenburg, Tel.: (0441) 2 78 80.

Versicherungsvertragsrecht, Kraftfahrt-Haftpflichtversicherung, Krankenversicherung.

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingegeben werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres kann der Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des

Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache, übertragen werden.

**Anzeigenabteilung:** Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: Susanne Raff (0 89) 3 81 89-6 01, Julie von Steuben (0 89) 3 81 89-6 08, Bertram Götz (0 89) 3 81 89-6 10, Telefax: (0 89) 3 81 89-7 82.

Disposition: Herstellung Anzeigen, technische Daten, Telefon: (0 89) 3 81 89-6 04, Telefax: (0 89) 3 81 89-5 89, anzeigen@beck.de  
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Fritz Lebberz.

**Verlag:** Verlag C. H. Beck oHG, Amtsgericht München, HRA 48 045, Besucheradresse: Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postadresse: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München: Kto.-Nr. 6 229-802, BLZ 700 100 80.

**Bestellungen** nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen.

**Abo-Service:** Telefon: (0 89) 3 81 89-7 50, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 58, E-Mail: bestellung@beck.de.

**Bezugspreise 2011:** Jährl.: Inland € 198,- (darin € 12,95 MwSt.); Vorzugspreis für Studenten (gegen Nachweis) € 98,-

(darin € 6,41 MwSt.); Vorzugspreis für Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im DAV € 176,- (darin € 11,51 MwSt.); Einzelheft: € 17,50 (darin € 1,14 MwSt.). Versandkosten: jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitellei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

**Erscheinungsweise:** Monatlich zur Monatsmitte.

**Abbestellungen** müssen 6 Wochen vor Jahresschluss erfolgen.

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gem. § 7 V der Postdienstleistungs-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezahler innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

**Druck:** Druckerei C. H. Beck (Adresse wie Verlag). Lieferanschrift: Versand und Warenannahme, Berger Str. 3-5, 86720 Nördlingen.

Professor Dr. Christian Huber, Aachen\*

## Abgrenzungen und Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten

### A. Einleitung

*Hermann Lemcke* hat ein Vierteljahrhundert (1975 bis 2000) lang dem OLG Hamm angehört. Unter seiner Vorsitzführung war durch 15 Jahre (1985 bis 2000) der von ihm geleitete Haftpflichtsenat Meinungsführer auf vielen Gebieten des Verkehrsunfallrechts. In einem Alter, in dem andere sich zur Ruhe setzen, hat er sich einer neuen Aufgabe gestellt. Der – wohl renommiertesten – Kanzlei, die Abwehrprozesse für Haftpflichtversicherer führt, hat er sein Know-how zur Verfügung gestellt. Diese hätte keinen kompetenteren elder statesman finden können. Die dort gewonnene neue Erfahrung hat aber auch den Jubilar befruchtet. Die Fachwelt sowie die an Aus- und Fortbildung Interessierten konnten aus seiner Feder und seinem Munde in vielfältiger Weise an seinem immensen Erfahrungsschatz sowie seinem treffsicheren Judiz teilhaben. Die hohe Qualität der Zeitschrift *r+s* im Haftpflichtrecht ist untrennbar mit seinem Namen verbunden.

Manche Überkompensationen beim Kfz-Sachschaden hat er schon während seiner Tätigkeit als Richter – literarisch – bekämpft. Das neue Umfeld gab dazu weiteren Stimulus. Zugleich hat(te) er sich für eine gewisse Großzügigkeit beim Personenschaden ausgesprochen. *Hermann Lemcke* hatte – als Richter ebenso wie als Anwalt – stets den konkreten Fall vor Augen; aber auch dessen Einbettung in das Gesamtsystem hat er nie aus dem Blick verloren. Ihm war und ist bewusst: Wer A sagt, muss auch B sagen. Und das Alphabet hat viele weitere Buchstaben. Er ist in seiner westfälischen Umgebung tief verwurzelt; zugleich ist er aber offen für Lösungswege anderer Rechtsordnungen. Es ist deshalb – hoffentlich – nur ein begrenztes Risiko, ein Thema zu wählen, das einerseits Abgrenzungen und Interdependenzen zwischen einzelnen Anspruchskategorien behandelt, also eine zutiefst systematische und dogmatische Fragestellung, andererseits aber rechtsvergleichende Betrachtungen zum österreichischen Recht anstellt, wofür der Jubilar stets ein offenes Ohr hatte<sup>1</sup>.

### B. Kategorien beim Sach- und Personenschaden

Beim Sachschaden steht der Geschädigte häufig vor der Alternative zwischen Reparatur und Ersatzbeschaffung. Bei der Reparatur kommt zu den Kosten der Behebung des Gebrechens der merkantile Minderwert dazu; bei der Total Schadensabrechnung ist vom Wiederbeschaffungswert der Restwert abzuziehen. Neben dem Substanzschaden fällt der Nutzungsausfallsschaden an, bei dem der Geschädigte vor der Alternative steht, zwischen der Anmietung einer vergleichbaren Sache und der pauschalierten Nutzungsentschädigung – vom BGH zugestanden bei Beschädigung oder Zerstörung eines Gebäudes oder Fahrzeugs<sup>2</sup> – zu wählen.

Dazu gibt es jedenfalls gewisse Entsprechungen beim Personenschaden<sup>3</sup>. Der Reparatur des Fahrzeugs entspricht die Heilung der Person. Die vermehrten Bedürfnisse sind eine genuine Kategorie des Personenschadens. Im Fall der Tötung gibt es keinen Ersatz des Substanzschadens, der dem Wiederbeschaffungswert entsprechen würde. Das Schmerzensgeld hat eine gewisse Affinität zum merkantilen Minderwert, auch wenn es sich je um einen immateriellen bzw Ver-

mögensschaden handelt. Bezüglich des Nutzungsausfallsschadens besteht beim Personenschaden immerhin insoweit eine Parallele zum Sachschaden, als der Geschädigte im Verletzungsfall vor der Alternative steht, den Zustand wie ohne Schädigung wiederherzustellen, indem er eine Ersatzkraft einstellt bzw. Familienangehörige oder Bekannte einspringen, oder er es zu einer wirtschaftlichen Einbuße kommen lässt. Dem entspricht beim Kfz-Schaden die Anmietung eines Fahrzeugs bzw die pauschalierte Nutzungsentschädigung.

Der Personenschaden zeichnet sich zusätzlich dadurch aus, dass mit dem schädigenden Ereignis bestimmte Schadensposten auf Sozialversicherungsträger im Wege der Legalzession übergehen. Mit dem schädigenden Ereignis bzw. der dadurch bewirkten Verletzung haben die Ansprüche ein getrenntes Schicksal<sup>4</sup>. Dieser Übergang soll zwar einerseits von der Inanspruchnahme der entsprechenden Sozialversicherungsleistungen unabhängig sein<sup>5</sup>; andererseits ist aber zu bedenken, dass es um den Übergang von beim Geschädigten bestehenden Schadenersatzansprüchen geht. Ist der Schadenersatzanspruch bzw dessen Höhe abhängig von gewissen Dispositionen des Verletzten, hat das selbstverständlich Auswirkungen auf den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers nach § 116 SGB X.

### C. Jeder Anspruchsteil für sich getrennt oder Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen

Eine bisher noch nicht näher untersuchte Frage ist die, ob jeder Anspruchsteil ein Eigenleben führt oder die einzelnen Anspruchsteile mit einander verbunden sind. Außer Streit steht, dass das Schadensrecht geprägt ist vom Spannungsverhältnis zwischen Restitution und Kompensation oder – mit anderen Worten – der Herstellung des realen Zustands, wie er ohne schädigendes Ereignis bestünde, und der globalen Auffüllung der gerissenen Vermögenslücke bzw der Abdeckung des sonst ersatzfähigen immateriellen Schadens. Bei der Art des Ersatzes besteht zwischen Restitution und Kompensation aber nicht bloß ein ausschließliches Verhältnis, sodass die eine Ausprägung die andere ausschließt. Es gibt nicht nur schwarz oder weiß; vielmehr gibt es farbliche Abstufungen, zumindest Grautöne. Eine Naturalrestitution ist selten zu 100% möglich. Im österreichischen Recht ist dafür der Begriff der Schaffung einer Ersatzlage geläufig<sup>6</sup>.

Für die weitere Untersuchung soll folgende Arbeitshypothese aufgestellt werden: Ist eine 100%-ige Restitution möglich und wird diese tatsächlich auch erreicht, ist damit das ge-

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

1 Dem Charakter eines Aufsatzes entsprechend ist lediglich eine punktuelle Betrachtung möglich. Der Fußnotenapparat ist auf wenige Belegstellen beschränkt.

2 BGHZ 98, 212: Abzustellen ist auf die ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebensführung.

3 Dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl. 1994, 10 ff.

4 Dazu OGH, ZVR 2010, 270, Nr. 123: Keine zulässige Nebenintervention des Sozialversicherungsträgers im Haftpflichtprozess zwischen dem Geschädigten und dem Ersatzpflichtigen.

5 Kritisch zum österreichischen Recht, wobei § 332 ASVG dem § 116 SGB X der Struktur nach völlig entspricht *Resch*, JBl 2002, 341 ff.

6 *Reischbauer*, in: Rummel, AGBG, 3. Aufl. 2007, § 1323 Rdnr. 2; *Ch. Huber*, in: Taschenkommentar AGBG, 2010, § 1323 Rdnr. 4.

samte Kompensationsinteresse abgedeckt<sup>7</sup>. Ist eine vollständige Restitution allerdings nicht möglich oder entscheidet sich der Geschädigte für eine geringwertige Form, verbleibt noch ein restliches Kompensationsinteresse. Letzteres ist – in Anlehnung an das System kommunizierender Gefäße<sup>8</sup> – umso höher, je mehr Abstriche bei der Restitution geboten sind oder der Geschädigte solche freiwillig in Kauf nimmt. Die Summe aus Restitution und Kompensation ist freilich dann am höchsten, wenn die Restitution zu 100% gelingt und für ein zusätzliches Kompensationsinteresse kein Raum ist. Das bedeutet mit anderen Worten, dass bei einer nur annäherungsweise Restitution die – zusätzliche – Einbuße im Rahmen des Kompensationsinteresses (meist deutlich) geringer ausfällt als die Mehrkosten für eine perfekte gegenüber einer mittelprächtigen Restitution.

Was zunächst reichlich theoretisch und hoch abstrakt klingt, wie Aussagen eines mikroökonomischen Modells, das wird in den folgenden Fallgruppen mit Leben erfüllt. Das Aufdecken von Strukturparallelen zwischen den einzelnen Fallkonstellationen soll eine höhere Berechenbarkeit der Rechtsfolge des Ersatzumfangs bewirken, ein Ziel, das im Rahmen der Schadensregulierung nicht nur für den (Tat-)Richter, sondern auch für den Anwalt bedeutsam ist. *Hermann Lemcke* wird das in der einen wie auch der anderen Rolle besonders zu schätzen wissen.

## D. Anwendung auf einzelne Fallgruppen

### I. Sachschaden

#### 1. Reparaturkosten

##### a) Die Rechtslage in Deutschland

Im Rahmen des Kfz-Sachschadens geht der Kfz-Sachverständige grundsätzlich<sup>9</sup> von einer Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt aus. Übersteigen die Reparaturkosten samt dem merkantilen Minderwert den Wiederbeschaffungswert nicht, kann der Geschädigte auf Basis eines solchen Sachverständigengutachtens abrechnen<sup>10</sup>, sofern die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs gegeben ist und er das Fahrzeug sechs Monate nach dem Unfall behält<sup>11</sup>. Sofern sich die Summe aus Reparaturkosten und merkantilem Minderwert in der Marge zwischen 100 und 130% bewegt, muss die Reparatur umfassend und fachgerecht sein<sup>12</sup>. Auch insoweit bedarf es nicht der Vorlage einer Werkstattrechnung. Lediglich die Umsatzsteuer ist gemäß § 249 Abs. 2 S. 2 BGB zu kappen, wenn deren Anfall nicht durch Belege nachgewiesen wird. Wird diesen Kriterien genügt, gebührt voller Ersatz; und der merkantile Minderwert ist unter Zugrundelegung einer solchen Reparaturqualität zu schätzen.

Ist in der Marge zwischen 100 und 130% die Reparatur nicht sowohl umfassend als auch fachgerecht, kann der Geschädigte bei Behalten des Fahrzeugs einen Ersatzbetrag verlangen, der über die – verkappte – Totalschadensabrechnung<sup>13</sup> hinausgeht, sofern er nachweist, dass er dafür einen bestimmten Betrag aufgewendet hat oder ohne Vorlage einer Rechnung der Wert der Reparatur den sich aus der Totalschadensabrechnung ergebenden Betrag übersteigt<sup>14</sup>. In solchen Fällen gebührt m. E. ein höherer merkantiler Minderwert. Denn ein Käufer, dem der Verkäufer offenlegt, dass er nach dem Unfall nicht in einer Werkstatt hat reparieren lassen, wird gegenüber einem unfallfreien Fahrzeug einen höheren Abschlag verlangen, wenn er sich bereit erklärt, das Unfallfahrzeug zu erwerben. Wenn dem gegenüber das Fahrzeug nicht in einer normalen Markenwerkstätte repariert wird, sondern bei einem Ferrari unter Produktionsbedingungen eine Wiederherstellung am Herstellungsort des Fahr-

zeugs in Maranello erfolgt<sup>15</sup>, für dessen Kosten der Schädiger aufkommt, muss der merkantile Minderwert dem entsprechend geringer ausfallen. Ein potentieller – rationaler – Käufer würde nämlich gegenüber einem ursprünglich in Maranello hergestellten und einem dort generalüberholten Fahrzeug kaum unterscheiden.

Der Handel mit derartigen hochpreisigen Boliden wird aber im Massengeschäft selten sein. Viel bedeutsamer ist vielmehr die Beschädigung älterer Fahrzeuge, deren Reparatur nicht in einer Fachwerkstätte erfolgt. Unter bestimmten Voraussetzungen hat der BGH<sup>16</sup> ausgesprochen, dass – jedenfalls bei fiktiver Abrechnung – die Stundenverrechnungssätze einer freien Werkstatt zugrunde zu legen sind. Da es sich insoweit um eine minderwertige Reparatur handelt, hat der merkantile Minderwert nach den obigen Grundsätzen höher auszufallen. Zu beachten ist dabei, dass die vom BGH dekretierte Grenze von einem Fahrzeugalter von drei Jahren für die Verweisung auf eine freie Werkstatt durchaus keinen Ausschlussgrund für den Zuspruch eines merkantilen Minderwertes darstellt. Betont wird, dass Organisationen wie *Schwacke* oder *DAT*-Werte von Fahrzeugen bis zu zwölf Jahren ausweisen, wobei betont wird, dass es sich um unfallfreie Fahrzeuge handeln müsse<sup>17</sup>. *Greiner*<sup>18</sup> zieht sogar eine noch weitere Grenze, nämlich bei einem Alter von 15 Jahren<sup>19</sup> und einer Laufleistung von 150 000 km. Zu bedenken ist freilich stets, dass es bei sehr alten Fahrzeugen möglich ist, dass durch die Reparatur eine Wertsteigerung eintritt.

##### b) Ein Seitenblick zur Rechtslage in Österreich

Für das österreichische Recht ist der Anwendungsbereich des höheren restlichen Kompensationsinteresses bei einer minderwertigen Form der Reparatur noch größer als im deutschen Recht. Während im deutschen Recht die fiktive Abrechnung im Kfz-Schadensrecht dominiert, gebührt nach österreichischem Recht Ersatz grundsätzlich nur nach Maßgabe der nachgewiesenen Aufwendungen, im Regelfall somit der Reparaturrechnung. Der OGH<sup>20</sup> hat sogar angenommen, dass selbst bei einer Reparatur eines Busses in Afghanistan bei einem dabei bewirkten verkehrssicheren Zustand die getätigten Aufwendungen Obergrenze des Ersatzes seien. Gerade dieses Beispiel macht deutlich, dass in solchen Fällen der merkantile Minderwert gegenüber der Reparatur in einer österreichischen Markenwerkstätte deutlich höher ausfallen muss<sup>21</sup>. Denn jeder potentielle rationale Käufer in Deutschland oder Österreich würde bei einem in Afghanistan reparierten Unfallbus einen deutlich höheren Preisabschlag machen, wenn er vor der Alternative steht, diesen zu erwerben oder einen in einer österreichischen Markenwerkstätte reparierten Bus.

7 *Apatby*, ZVR 1981, 257, 258.

8 *Ch. Huber*, in: FS Welser, 2004, 303, 323.

9 So auch BGHZ 183, 21: Bloß im Ausnahmefall Verweis auf die Stundenverrechnungssätze einer freien Werkstatt.

10 BGHZ 154, 395: Karosseriebaumeister.

11 BGHZ 168, 43 = NJW 2006, 2179; zum Ausnahmefall einer konkreten Abrechnung, also der Vorlage einer Werkstattrechnung, bei der es auf die 6-Monatsfrist nicht ankommt BGH, NJW 2007, 588.

12 BGHZ 162, 161.

13 BGH, NJW 2007, 2918 = r+s 2007, 434.

14 BGHZ 162, 170 = NJW 2005, 1110 = r+s 2005, 174.

15 So im Sachverhalt der OLG Jena, NZV 2004, 476; Ferrari F 50.

16 BGHZ 183, 21.

17 *A. Jaeger*, zfs 2009, 602, 605; vgl. auch BGHZ 161, 151 = NJW 2005, 277.

18 *Homburger Tage* 2005, 7, 27.

19 Viel restriktiver *Born/K. Schneider*, in: *Berz/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 25. Aufl. 2010, 5 B Rdnr. 53.

20 OGH, ZVR 1982, 174, Nr. 194.

21 *Ch. Huber*, ÖJZ 2005, 211, 213.

Bedeutung haben die verschieden weitreichenden Formen der Restitution im österreichischen Recht nicht bloß für die Bemessung des restlichen Kompensationsinteresses und das Ausmaß des Gesamtersatzes, sondern auch für die Tunlichkeits- oder Wirtschaftlichkeitsschwelle. Das sei an einer konkreten OGH-Entscheidung<sup>22</sup> verdeutlicht: Nach einer Hangrutschung, für die der Schädiger einstandspflichtig war, stand der Geschädigte vor der Alternative, entweder auf die Restitution zu verzichten oder eine solche vorzunehmen; und sollte er sich für eine Restitution entscheiden, kam eine Sanierung durch Anschüttung oder durch eine Stützmauer in Betracht.

Plastisch werden diese Handlungsalternativen erst durch Nennung der jeweiligen Zahlen: Die Sanierung durch Anschüttung konnte mit 220 000 öS bewerkstelligt werden, während die Stützmauer 415 000 öS gekostet hätte. Die Entwertung der Liegenschaft, auf der sich einer Fremdenpension befand, wurde ohne jegliche Restitutionsmaßnahme auf 131 000 öS geschätzt. Das Bemerkenswerte der Entscheidung liegt nun darin, dass nach Ansicht des OGH die Kosten für eine Stützmauer wohl unverhältnismäßig gewesen wären, weshalb bloß die Wertminderung zuerkannt worden wäre. Durch Wahl der weniger aufwendigen Sanierungsmaßnahme wurden die dabei anfallenden 220 000 öS zuerkannt und dazu noch die verbleibende Werteinbuße des Grundstücks von 50 000 öS. Wenn auch einzuräumen ist, dass das Integritätsinteresse bei einem Grundstück besonders hoch zu veranschlagen ist, gibt es m.E. gute Gründe, eine solche Vorgangsweise auch bei Kfz-Schäden zu billigen; und das nicht nur im österreichischen Recht.

## 2. Wiederbeschaffungswert

Im Rahmen der Totalschadensabrechnung haben die unter Punkt C. angestellten Überlegungen einen viel geringeren Anwendungsbereich. Der Geschädigte hat Anspruch auf den Wiederbeschaffungswert – abzüglich des Restwertes – und zwar unabhängig davon, ob er irgendeine Restitutionsmaßnahme tätigt. Der Begriff Mobilitätsinteresse ist insofern irreführend, als die Abrechnung nach dem bei einer Privatperson gegenüber dem Veräußerungswert weitergehenden Wiederbeschaffungswert in jedem Fall zulässig ist, also auch ohne irgendein Interesse, mit einem eigenen Fahrzeug mobil zu bleiben<sup>23</sup>.

Auch bei der Totalschadensabrechnung muss der Geschädigte wie bei der Reparatur aber die Möglichkeit haben, fiktiv oder konkret abzurechnen. Bei der Reparaturkostenabrechnung ist anerkannt, dass der Geschädigte, der in der Werkstätte seines Vertrauens das beschädigte Fahrzeug reparieren lässt, die dabei getätigten Aufwendungen auch dann ersetzt verlangen kann, wenn sie über dem vom Sachverständigen geschätzten Betrag liegen<sup>24</sup>. Das gilt nicht nur in Fällen des Prognoserisikos, sondern auch dann, wenn die lokale Werkstätte einen Deut teurer ist. Im Rahmen der Totalschadensabrechnung stellt sich das besondere Problem, dass es eine Entsprechung zum – total – beschädigten Fahrzeug häufig nicht gibt. Völlig zutreffend hat der BGH<sup>25</sup> entschieden, dass der Geschädigte keine Kumulation vornehmen darf zwischen dem vom Sachverständigen geschätzten Wiederbeschaffungswert und den zusätzlichen Beschaffungskosten im Ausmaß der Zustellung sowie der Maklercourtage, wenn dieser Betrag geringer ist als die die Differenz zwischen dem vom Sachverständigen geschätzten Wiederbeschaffungswert und den geringeren Aufwendungen für ein typengleiches Gebrauchtfahrzeug. Wenn aber die konkreten Aufwendungen darüber hinaus gehen, wäre m.E.

nicht einzusehen, weshalb er sich einen Abstrich gefallen lassen müsste.

## 3. Nutzungsausfallsschaden

### a) Rückgriff auf ein Zweitfahrzeug

Im Rahmen des Nutzungsausfallsschadens steht der Geschädigte beim Kfz-Schaden vor der Alternative der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs und der Liquidierung der pauschalieren Nutzungsentuschädigung. Sofern dem Geschädigten ein Zweitfahrzeug zur Verfügung steht, ist umstritten, ob er überhaupt einen Nutzungsausfallsschaden geltend machen kann<sup>26</sup>. M.E. ist auch in einem solchen Fall die Betätigung eines Integritätsinteresses gegeben; der Geschädigte bleibt ja unter Einsatz eines Kfz mobil. Die Versagung unter Hinweis darauf, dass die Nutzung des Zweitfahrzeugs zumutbar sei<sup>27</sup>, greift zu kurz. Vielmehr aktiviert der Geschädigte ein ansonsten womöglich brach liegendes Nutzungspotential, deren Anschaffung bzw. Unterhaltung nicht zum Nulltarif möglich ist. Wie bei den Betriebsreservekosten<sup>28</sup> steht ihm daher ein Ersatzbetrag zu, der über die pauschalierte Nutzungsentuschädigung hinausgeht. Den Verkehrsbetrieben wird zugestanden, dass sie im Rahmen der Betriebsreserve einen Unterauslastungszuschlag verlangen können, weil sie die ständige Einsatzfähigkeit ihres Fuhrparks gewährleisten müssen<sup>29</sup>. Das wird bei einer Privatperson oder einem Unternehmer, der nicht Fahrzeuge mit einer spezifischen Nutzung benötigt, unangebracht sein. Jeglichen Ersatz bei Rückgriff auf das Zweitfahrzeug zu versagen, ist aber unzutreffend.

### b) Anmietung eines klassentiefere Fahrzeug

Entscheidet sich der Geschädigte für die Anmietung eines Fahrzeugs mit geringerer Ausstattung oder Leistungsfähigkeit, wird einerseits darauf verwiesen, dass es sich dabei um einen nicht ersatzfähigen ideellen Schaden handle<sup>30</sup>, andererseits wird dafür plädiert, dass dann die Eigensparnis wegen des Nichtgebrauchs des eigenen Fahrzeugs nicht angerechnet werde<sup>31</sup>. Letzteres erscheint prima vista sachgerecht unter dem Gesichtspunkt, für den Geschädigten einen Anreiz zur Benutzung eines Mietwagens mit geringeren Kosten zu schaffen, werden doch nur die tatsächlichen Kosten erstattet, aber auch nicht mehr. Dogmatisch begründbar ist die Versagung des Abzugs nicht; dies entspricht allenfalls der Billigkeit. Was den Abzug der Eigensparnis betrifft, ist in der Rechtsprechung eine große Bandbreite zu beobachten. Die Marge

22 OGH, SZ 68/101.

23 Kritisch zum Begriff Mobilitätsinteresse und zum Abstellen auf den Wiederbeschaffungswert ohne Wenn und Aber *Ch. Huber*, SVR 2005, 241, 242.

24 LG Heilbronn, SP 2005, 13.

25 BGH, NJW 2006, 2320.

26 BGH, NJW 1975, 256: Nutzungsausfallentschädigung, wenn Dritter dem geschädigten Fahrzeug leih; LG Nürnberg-Fürth, zfs 1987, 137; LG Hamburg, zfs 1987, 137; LG München I, DAR 2004, 155: Nutzungsausfallentschädigung, wenn Zweitwagen innerhalb des Familienverbandes von anderen Familienmitgliedern benutzt wird; BGH, NJW 1976, 286; OLG Köln, SP 2000, 204: jeglichen Ersatz versagend, sofern Zurückgreifen auf Zweitfahrzeug zumutbar: *Halbgewachs*, NZV 1997, 467; *Halm/Fitz*, in: *Himmelreich*, Handbuch der Kfz-Sachschadensregulierung, 2009, Rdnr. 129: insbesondere bei kürzerer Reparaturdauer Rückgriff auf Zweitwagen zumutbar; BGH, NJW 2008, 913 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, NJW 2008, 1785 ff.: Ersatz versagend, wenn Kfz-Händler Fuhrpark zur Verfügung steht. Jeglichen Ersatz versagend auch OGH, ZVR 1991/92; kritisch dazu schon *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 1993, 439 f.

27 So BGH, NJW 1976, 286; OLG Köln, VRS 99 (2000) 18.

28 Zur Ersatzfähigkeit solcher *Halm/Fitz*, aaO, Rdnr. 38 ff.

29 BGH, NJW 1960, 1339; OGH, SZ 60/65.

30 OLG Celle, VersR 1981, 934.

31 OLG Hamm, VersR 1999, 769; OLG Nürnberg, VersR 1995, 929; OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 664.

reicht von 3%<sup>32</sup> bis 15%<sup>33</sup>, ja sogar 20%<sup>34</sup>. Bei Licht betrachtet dürften selbst die 3% zuviel sein<sup>35</sup>: Welchen Vermögensvorteil hat denn der Geschädigte tatsächlich dadurch, dass er mit seinem Fahrzeug während eines gewissen Zeitraums nicht fahren kann?

Die altersbedingte Abnutzung wird dadurch nicht beeinflusst. Er mag einen geringeren Ölverbrauch und Reifenabrieb haben. Sofern es sich nicht um eine besonders lange Reparaturdauer handelt, wird diese homöopathische Dosis kaum messbar sein. Das Argument des Hinausschiebens des Service dürfte ebenfalls kaum tragen, da dieses sich eher an Zeitintervallen denn an der Fahrleistung orientiert. Sollte es anders sein, ist auch diese Ersparnis marginal gering. Zusätzlich führt die Reparaturdauer dazu, dass der km-Stand des in der Werkstatt wieder instandgesetzten Unfallfahrzeugs geringer ist, als wenn damit gefahren worden wäre. Wie wirkt sich aber das vermögensmäßig aus? Der wirtschaftlich verständige Geschädigte veräußert sein Fahrzeug am Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer. Manche Vielfahrer tun das schon früher, womöglich sogar schon nach einem Jahr. Wirkt es sich dann auf den Veräußerungserlös tatsächlich aus, dass mit dem Fahrzeug nicht 150 000 km, sondern 151 000 km gefahren worden sind? Diese rhetorische Frage ist mit nein zu beantworten. Und selbst wenn sie mit „ja, in einem ganz geringfügigen Ausmaß“ zu beantworten sein sollte, ist zu bedenken, dass es sich um einen künftigen Vorteil handelt, der abzuzinsen wäre. Ungeachtet des Umstands, dass sich die Ersparnis an den seit 2004<sup>36</sup> geringeren Mietwagenkosten orientiert, was m. E. ein wenig tauglicher Bemessungsansatz ist, zeigt die nähere Betrachtung, dass die angerechnete Eigensparnis gleichwohl noch zu hoch ist. Dem Geschädigten wird ein Anreiz geboten, der in Wahrheit keiner ist, weil eine Anrechnung ohnehin nur in marginal geringem Ausmaß sachlich berechtigt ist.

## II. Personenschaden

### 1. Heilungskosten

#### a) Verhältnis zum Erwerbsschaden

##### aa) Konkurrenz des Regresses von gesetzlicher Krankenversicherung und Arbeitgeber

Wird eine im Erwerbsleben stehende Person verletzt, wofür ein Schädiger einstandspflichtig ist, werden bei Behandlung der verletzten Person in einem Krankenhaus zweierlei Leistungen ausgelöst: Der Arbeitgeber zahlt das Entgelt fort. Die gesetzliche Krankenversicherung trägt die Kosten der Heilbehandlung. Bei einem stationären Aufenthalt beinhalten die Kosten der Heilbehandlung auch die Verpflegungskosten, die der Geschädigte ohne Verletzung aus seinem Erwerbseinkommen bestritten hätte. Da schadensrechtlich nur die durch das schädigende Ereignis verursachten Aufwendungen ersatzfähig sind, ist der Schadenersatzrechtlich geschuldete Betrag bei den Heilungskosten um die ersparten Verpflegungskosten zu vermindern<sup>37</sup>. Sofern die gesetzliche Krankenversicherung die Heilungskosten trägt, nimmt der BGH<sup>38</sup> an, dass insoweit deren Regress dem des Arbeitgebers vorgehe: Die gesetzliche Krankenversicherung erbringe nämlich während der Phase des stationären Krankenhausaufenthalts eine existenzsichernde Leistung, die sachlich kongruent zum Erwerbsschaden sei. Zudem gehe der Schadenersatzanspruch auf sie nach § 116 SGB X im Zeitpunkt des Unfalls über, während der Anspruchsübergang auf den Arbeitgeber nach § 6 EFZG erst im Zeitpunkt der Erbringung der Leistung erfolge. Für den Arbeitgeber verbleibe deshalb nur ein um die Verpflegungskosten reduzierter Anspruch. Bei einer pri-

vaten Krankenversicherung sei das anders, weil deren Leistungen sich auf die Heilbehandlung beschränken<sup>39</sup>.

Das Argument des Vorrangs des Sozialversicherungsträgers wegen der Priorität des Anspruchsübergangs ist wenig überzeugend. Von dieser Zufälligkeit kann die Wertungsfrage, wem ein Regress zustehen soll, m. E. nicht abhängen. Als wenig sachgerecht ist zudem anzusehen, dass der Umfang des Regresses des Arbeitgebers davon abhängen soll, ob sich der Arbeitnehmer gesetzlich oder privat krankenversichert hat. Die Differenzierung zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung in der Weise, dass die Leistungen ersterer sich auf die Heilbehandlung beschränken, die letzterer auch der Existenzsicherung dienen, erscheint zudem m. E. eher künstlich<sup>40</sup>. Das Kriterium des Zeitpunktes des Anspruchsübergangs schlägt schließlich fehl, wenn anstelle der Arbeitgeberleistung eine Lohnersatzleistung eines anderen Sozialversicherungsträgers als der gesetzlichen Krankenversicherung oder des Dienstherrn tritt; dann kommt es jeweils zum Anspruchsübergang im Zeitpunkt des Unfalls. Pragmatische Gründe würden m. E. für einen Anspruchsübergang auf denjenigen sprechen, der „eigentlich“ den Erwerbsschaden ersetzt<sup>41</sup>. Wenn der gesetzliche Krankenversicherer eine überschießende Leistung erbringt und keinen Selbstbehalt verlangt, erscheint es sachgerecht, dass diese Überkompensation ihm beim Regress zur Last fällt. Komplikationen, ob eine gesetzliche oder private Krankenversicherung einstandspflichtig ist, würden dadurch entfallen.

#### bb) Das Ausmaß der anzurechnenden Ersparnis

Darüber hinaus stellen sich knifflige Bewertungsfragen: Obergrenze der Anrechnung von Verpflegungskosten stellen einerseits die im Krankenhaus erbrachten und andererseits die ersparten Verpflegungskosten<sup>42</sup> dar. Mehr als den Ersatz der tatsächlichen Aufwendungen kann der Regressgläubiger nicht verlangen. Umgekehrt ist vom Erwerbsschaden aber bloß die tatsächliche Ersparnis von Verpflegungskosten anzurechnen. Bei genauer Betrachtung wäre eine zusätzliche qualitative Differenzierung vorzunehmen: Essen ist – für die Mehrzahl der Menschen – auch mit Genuss verbunden. Eine Anrechnung ist daher nur insoweit sachgerecht, als die Verpflegung des Verletzten im Krankenhaus dem Standard seiner Verpflegung als Gesundem entspricht. Sofern die Nahrung aus therapeutischen Gründen zugeführt werden muss, etwa Sondenernährung, bei der mit dem Verzehr oder vielmehr deren Zuführung kein Genuss verbunden ist, handelt es sich um Heilungskosten im engeren Sinn, für die eine sachliche Kongruenz zum Erwerbsschaden ausscheidet. Eine Anrechnung von Verpflegungskosten wäre allenfalls zu er-

32 OLG Düsseldorf, VersR 1996, 987; Meinig, DAR 1993, 281 ff.

33 OLG Frankfurt, zfs 1991, 374. Für einen pauschalen Wert von 10% Greger, NZV 1996, 430, 432.

34 OLG München, VersR 1970, 67; OLG Köln, VersR 1993, 372. Wallentowitz/Diekamp, SP 1995, 12. Dazu auch Pauge, VersR 2007, 569, 578.

35 Zur Akzeptanz dieses niedrigeren Wertes durch die Rechtsprechung Born/K. Schneider, in: Berz/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, Stand: 26. Erg.-Lfg. 5 C Rdnr. 50.

36 BGHZ 160, 377 = NJW 2005, 51: Damit Reduzierung auf ca. ein Drittel des bis dahin gebührenden Kosten.

37 Durch Einführung von Selbstbehalten in der gesetzlichen Krankenversicherung ist das Problem entschärft, aber nicht beseitigt.

38 BGH, NJW 1984, 2628.

39 BGH, VersR 1971, 127.

40 Für eine Gleichbehandlung ohne Bezugnahme auf BGH, VersR 1971, 127 Heß, in: Berz/Burmann, aaO, 6 B III Rdnr. 19.

41 Kritisch zur BGH-Rechtsprechung auch Küppersbusch, Eratzansprüche bei Personenschäden, 10. Aufl. 2010, Rdnr. 244 Fn. 72.

42 Zu den reduzierten Verpflegungskosten eines Kindes KG, VersR 1979, 137.

wägen, soweit dadurch die Nahrungsgrundversorgung substituiert wird<sup>43</sup>.

*Schmalz*<sup>44</sup> vertritt die Ansicht, dass ein Regressanspruch des gesetzlichen Krankenversicherers insoweit nicht gegeben sei, als der Verletzte zusätzliche Ansprüche im Rahmen der Heilungskosten geltend machen könne, etwa Besuchskosten oder Trinkgelder für das Personal. Dem ist nach der Prämisse des BGH nicht zu folgen<sup>45</sup>. Wenn es sich im Ausmaß der Verpflegungskostensparnis um einen übergangsfähigen Erwerbsschaden handelt, kann dieser nicht durch zusätzliche Heilungskosten des Verletzten erlöschen. Insoweit ist die sachliche Kongruenz gewiss nicht gegeben. Das hat zur Folge, dass im Ausmaß der ersparten Verpflegungskosten nach Ansicht des BGH ein Anspruchsübergang auf den gesetzlichen Krankenversicherer stattfindet und die zusätzlichen Heilungskosten wie Besuchskosten für Angehörige oder Trinkgelder für das Personal beim Verletzten verbleiben.

### cc) Besonderheiten bei nicht im beruflichen Erwerbsleben stehenden Verletzten

Es werden aber nicht nur im beruflichen Erwerbsleben stehende Personen verletzt. Beim Anspruch eines als „Nur-Haushaltsführer“ tätigen Ehegatten oder eines Kindes ist der Abzug der Verpflegungskosten im Rahmen der Heilungskosten ebenfalls beachtlich. Beim Kind kommt es nicht darauf an, dass sich dieses etwas erspart, trägt doch das Kind seinen Unterhalt gerade nicht selbst. Vielmehr ist beachtlich, dass der Schädiger nur die durch die Verletzung verursachten Mehrkosten schuldet; und das sind eben nur die um die Verpflegungskosten zu Hause vermehrten Aufwendungen. Mangels eines Erwerbsschadens des verletzten Kindes kommt insoweit ein zusätzlicher Regress der gesetzlichen Krankenkasse nicht in Betracht<sup>46</sup>.

Beim Haushaltsführer wird danach differenziert, ob er den Haushalt für sich führt oder für andere. Insoweit sind vermehrte Bedürfnisse gegeben oder ein Erwerbsschaden. Die Rechtslage ist freilich nicht allein von dieser Einteilung abhängig. Maßgeblich ist zunächst, welcher Schadenersatzanspruch gegeben ist, wenn man die Sozialleistung gedanklich in einem ersten Schritt ausklammert. Dann kann man allenfalls bei einem „Nur-Haushaltsführer“ als Ehegatten – oder auch einem Lebensabschnittsbegleiter<sup>47</sup> – annehmen, dass er dem berufstätigen (Ehe-)Partner den Haushalt führt als Gegenleistung oder jedenfalls korrespondierende Leistung für den Unterhaltsempfang<sup>48</sup>. Das mag man auch noch auf die Betreuung von Kindern ausdehnen, wenn diese (auch) vom berufstätigen (Ehe-)Partner stammen. Wenn der Haushaltsführer aber – etwa in einem Singlehaushalt oder in einer Patchworkfamilie – bloß die eigenen Kinder betreut, läge zwar insoweit wegen der Haushaltsführung zugunsten Dritter ein Erwerbsschaden vor, eine Quasi-Synallagma-Beziehung wäre aber nicht gegeben. Das hätte zur Folge, dass auch insoweit kein Regressanspruch des gesetzlichen Krankenversicherers hinsichtlich der ersparten Verpflegungskosten gegeben wäre.

### b) Verhältnis zum Schmerzensgeld

Namentlich bei – bloß – kosmetischen Beeinträchtigungen werden die Kosten für entsprechende Heileingriffe nicht vom Sozialversicherungsträger übernommen. Die verletzte Person muss in solchen Fällen daher die entsprechenden Aufwendungen selbst gegenüber dem Ersatzpflichtigen durchsetzen. Sowohl nach deutscher<sup>49</sup> als auch österreichischer<sup>50</sup> höchstrichterlicher Rechtsprechung setzt aber die Ersatzfähigkeit die tatsächliche Durchführung eines derartigen Heileingriffs voraus. Der Geschädigte muss zwar nicht mit Eigenkapital

in Vorlage treten; er kann vom Ersatzpflichtigen aber einen Vorschuss verlangen. Über dessen widmungsgemäße Verwendung innerhalb angemessener Frist muss er freilich abrechnen.

Anders als im Kfz-Sachschadensrecht kommt eine fiktive Abrechnung auf Basis eines Sachverständigengutachtens nicht in Betracht. Unterlässt der Verletzte den Heileingriff, für den er einen Vorschuss begehrt hat, muss er diesen wieder zurückerstatten. Die verbliebene Beeinträchtigung ist freilich dann durch ein höheres Schmerzensgeld abzugelten, wobei der Zuschlag deutlich geringer ausfällt als die Kosten des Heileingriffs. Zu bedenken ist, dass auch der Heileingriff selbst häufig mit Schmerzen verbunden ist. Das hat zur Folge, dass auch für die dabei erlittenen Schmerzen eine Abgeltung gebührt, was die Differenz des mit und ohne Eingriff gebührenden Schmerzensgeldes weiter reduziert.

## 2. Vermehrte Bedürfnisse

### a) Verhältnis zum Erwerbsschaden

#### aa) Ersparnis bei Wohnsitz und Verpflegungskosten

Heilungskosten sind vorübergehender Natur; sie sind dadurch definiert, dass es um Aufwendungen in der Phase geht, bis der Zustand wie ohne schädigendes Ereignis erreicht ist oder doch eine weitere Linderung der Verletzungsfolgen eintritt, bei denen sich dann ein Endzustand einstellt. Vermehrte Bedürfnisse setzen demgegenüber ab diesem Zeitpunkt ein. Ihr Ziel ist die Annäherung der privaten Lebensführung an den Zustand ohne schädigendes Ereignis.

Wird die verletzte Person in einem Pflegeheim untergebracht oder von Familienangehörigen betreut, stellt sich – wie bei den Heilungskosten – die Frage der Anrechnung einer Ersparnis. Handelt es sich bei den Heilungskosten bloß um ersparte Verpflegungskosten, geht es bei den vermehrten Bedürfnissen zusätzlich um die Kosten des Wohnsitzes. Im Regelfall werden die Kosten für Verpflegung als auch Wohnsitz aus dem Erwerbseinkommen beglichen. Würde der verletzten Person der gesamte Erwerbsschaden zugebilligt und zusätzlich die Kosten für das Wohnen und die Verpflegung, käme es insoweit zu einer partiellen Doppelliquidation und damit zu einer Überentschädigung. Wie bei den Heilungskosten ist freilich nicht bloß eine mechanische Betrachtung anzustellen; vielmehr sind normative Korrekturen vorzunehmen:

Ist eine Person schwer verletzt, sodass sie in einem Pflegeheim, einer Wohngemeinschaft oder einer Behindertenwerkstätte untergebracht ist, stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß eine Anrechnung der ersparten Wohnkosten vorzunehmen ist. Das OLG Hamm hat in einer richtungweisenden Entscheidung<sup>51</sup> die maßgeblichen Gesichtspunkte he-

43 Jegliche Anrechnung ablehnend jedoch OLG Zweibrücken, GesR 2010, 406; OGH, Zak 2010, 138, Nr. 240.

44 VersR 1995, 516, 517.

45 So auch OLG München, VersR 1978, 373.

46 OLG Celle, NZV 1991, 228 mit Besprechungsaufsatz *D. Schröder*, NZV 1992, 139.

47 Zu der höchstrichterlich noch nicht geklärten Frage des Lebensgefährten für die verletzungsbedingt vereitelte Haushaltsführung für den Partner *Ch. Huber*, NZV 2007, 1 ff.

48 OLG Zweibrücken, NZV 1992, 150; GesR 2010, 406; a. A. *Schmalz*, VersR 1976, 421, 422 mit der Begründung, dass der Unterhalt des „Nur-Haushaltsführers“ nicht aus diesem „Hausfrauenerwerb“ bestritten werde, sondern aus dem Arbeitseinkommen des Ehemannes; *Küppersbusch*, aaO, Rdnr. 248.

49 BGHZ 97, 14 = JZ 1986, 638 (*Zeuner*).

50 OGH, SZ 70/220 = ZVR 1998/32 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, ZVR 1998, 74 ff.

51 OLG Hamm, NZV 2001, 473.

rausgearbeitet: Der Verletzte wohnte aufgrund seiner schweren Kopfverletzung in einem Heim zusammen mit einer weiteren Person in einem Zimmer. Strittig war, in welchem Ausmaß auf die Kosten der Heimunterbringung in Höhe von 6000 DM die Ersparnisse für Wohnmöglichkeit und Verpflegung anzurechnen seien. Der Anspruchsteller hat 650 DM zugestanden, der Ersatzpflichtige hat 1500 DM abgezogen. Die entscheidende Frage war, ob darauf abzustellen ist, was der Verletzte als Gesunder für Wohnen und Verpflegung ausgegeben hätte oder darauf, welche Kosten im Rahmen der Heimunterbringung anfallen. Völlig zutreffend hat das OLG unter Berufung auf *Grunsky*<sup>52</sup> für maßgeblich angesehen, dass der dem Verletzten aufgedrängte Konsumverzicht sich nicht zu dessen Nachteil auswirken dürfe. Wer verletzungsbedingt sich weniger Komfort beim Wohnen und weniger Luxus bei der Verpflegung leisten kann, weil er nicht allein leben und keine Schlemmergerichte zu sich nehmen kann, soll sich nicht auch Aufwendungen in dieser Höhe anrechnen lassen müssen. Das überzeugt.

Das OLG hat den täglichen Bedarf des Heimträgers von 9,58 DM für Lebensmittel-, Betreuungs- und Sachaufwand auf 15 DM nach oben korrigiert, weil das Marktentgelt bei Unterbringung in einem solchen Heim 15 DM betrage. Das ist allerdings fragwürdig. Bei einem Regressanspruch des gesetzlichen Krankenversicherers kann der Sozialversicherungsträger bloß seine tatsächlichen Aufwendungen ersetzt verlangen, nicht aber, was eine solche Behandlung kosten würde, wenn der Verletzte diese Leistungen als Privatpatient in Anspruch nehmen würde. Der wirtschaftliche Vorteil, dass bestimmte Leistungen, wenn sie nicht einzeln, sondern in einer großen Anzahl in Anspruch genommen werden, kostengünstiger sind, kommt dem Ersatzpflichtigen zugute. Würde man im Sachverhalt dieser Entscheidung freilich die höheren Marktkosten bei Inanspruchnahme dieser Leistungen als Einzelperson bei der Anrechnung berücksichtigen, würden diese zu einer Schmälerung des Regressanspruchs des Sozialversicherungsträgers führen, was nach dem Prinzip des guten und bösen Tropfens wenig ausgewogen erscheint.

Wird ein Kind im Elternhaus gepflegt, kommt es häufig vor, dass die Eltern für die Bedürfnisse der Pflege des Kindes einen Anbau errichten und diese Kosten vom Schädiger ersetzt verlangen, häufig in Form eines Kapitalbetrags<sup>53</sup>. Der ungekürzte Zuspruch solcher Kosten ist freilich des Guten zuviel. Zu bedenken ist, dass das Kind beim fiktiven Eintritt ins Erwerbsleben aus dem Erwerbseinkommen die Kosten seines Wohnsitzes bestritten hätte. Da die Wohnversorgung bei Verbleib in der elterlichen Umgebung bescheidener ist als bei einem Gesunden, sind nur die tatsächlichen Kosten zugrunde zu legen. Ohne Anrechnung ersatzfähig sind aber die Kosten für eine behindertengerechte Sonderausstattung. In soweit ist ebenso zu verfahren wie bei den Kosten für Essen und Trinken, bei denen medizinisch indizierte Ergänzungsnahrung ohne Anrechnung gebührt. Da meist ein Kapitalbetrag verlangt wird, stellt sich die Frage der Korrektur. Ein sachgerechter Maßstab könnte sein, eine Aufspaltung vorzunehmen zwischen dem Zeitraum bis zum Eintritt ins Erwerbsleben und der Zeit bis zur voraussichtlichen Lebenserwartung eines derart Verletzten. Zu berücksichtigen ist dabei, dass künftige Belastungen entsprechend abzuzinsen sind, was dazu führt, dass die Anrechnung beim Kapitalbetrag geringer ausfällt.

Dass die Aufwendungen für die Verpflegung aus dem Erwerbseinkommen bestritten werden, dürfte so gut wie immer zutreffen. Für das Wohnen sind Ausnahmefälle denkbar, wenn etwa eine Person ein Haus oder eine Wohnung ge-

schenkt bekommt oder erbt, was heutzutage gar nicht mehr so selten sein dürfte. Es verbleiben in einem solchen Fall immerhin die Betriebs- und Instandhaltungskosten. Wenn eine Person, die bisher in ihrem Haus oder ihrer Wohnung gelebt hat, sich verletzungsbedingt in ein Pflegeheim begeben muss, stellt sich die Frage, ob das Freiwerden des Bewohnens im angestammten Zuhause zu einer Anrechnung führt. Jedenfalls wenn unterhaltsberechtigten Familienangehörigen dieses Wohnobjekt weiterhin benutzen, wird man das verneinen müssen<sup>54</sup>.

Es ist ohnehin schon schlimm genug, wenn ein Unterhaltsschuldner, etwa der Ehegatte oder ein Elternteil, das angestammte Zuhause verlassen und in ein Pflegeheim umziehen muss. Es wäre geradezu pietätlos, würde man in einer solchen Situation auch den verbliebenen Familienangehörigen – wirtschaftlich – dazu zwingen, das Zuhause aufzugeben, indem man den Mietwert des ins Pflegeheim wechselnden Verletzten als Vorteil anrechnen würde. Auch darüber hinaus gibt es Schamgrenzen. Abzustellen ist darauf, ob eine einigermaßen realistische Chance besteht, dass die verletzte Person wieder in ihr Zuhause zurückkehren kann. Nur wenn das mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist, kommt eine Anrechnung im Ausmaß des Wohnwertes des Pflegeheims in Betracht.

#### bb) Subventionierung des Arbeitsplatzes

In den letzten Jahren gibt es eine Fülle von Publikationen, die sich mit der Frage beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine (schwer) verletzte Person durch finanzielle Unterstützung des Haftpflichtversicherers zurück ins berufliche Erwerbsleben geführt werden kann. Es geht dabei um Investitionen, die sich – wie für jeden Investor – rechnen müssen. Das eingesetzte Kapital – in die verletzte Person – soll bewirken, dass durch deren Reintegration ins Erwerbsleben die Ersparnis künftiger Ersatzleistungen größer ist als die zunächst getätigten Aufwendungen. Diese Zielrichtung ist durchaus legitim, sind doch Haftpflichtversicherer auf Gewinnmaximierung ausgerichtete Wirtschaftsunternehmen und anders als die Caritas Socialis nicht dem Leitprinzip des barmherzigen Samariters verpflichtet. Es stellt sich indes die Frage, ob die Kosten der Subventionierung eines Arbeitsplatzes nur bei Verwirklichung der ex ante erwartbaren Zielsetzung der Minimierung der Belastung des Ersatzpflichtigen gebühren. Diese Problematik stellt sich namentlich an der Schnittstelle zwischen vermehrten Bedürfnissen und Erwerbsschaden.

Wird eine Person verletzt, sind es häufig auch die Sozialversicherungsträger, die die Rehabilitation des Verletzten auf ihre Fahnen heften. Freilich sind deren Fördermaßnahmen zeitlich begrenzt. Zudem stellt sich die Frage, wo die Grenze zwischen vermehrten Bedürfnissen und Erwerbsschaden verläuft. Das ist einerseits wegen der sachlichen Kongruenz der von ihnen erbrachten Leistungen bedeutsam; andererseits werden in einem Abfindungsvergleich zwischen der verletzten Person und dem (Kfz-)Haftpflichtversicherer mitunter bestimmte Schadensposten ausgespart. Auch dafür ist eine präzise Abgrenzung zwischen Erwerbsschaden und vermehrten Bedürfnissen hilfreich, um Rechtsklarheit zu schaffen, was – endgültig – abgefunden wurde und welcher Restbereich noch zu weiteren Ansprüchen führen kann. Die Ab-

52 *Grunsky*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1994, Vor § 249 Rdnr. 97; ebenso *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 249 Rdnr. 235. Tendenziell ebenso *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, 2004, § 249 Rdnr. 169.

53 BGH, NJW 1982, 757.

54 So auch KG, KGR 2009, 776.

grenzung zwischen Erwerbsschaden und vermehrten Bedürfnissen ist m. E. in der Weise zu ziehen, ob bestimmte Maßnahmen ex ante geeignet sind, eine verletzte Person wieder in den primären Arbeitsmarkt zu integrieren. Ist das der Fall, sind die Aufwendungen im Rahmen des Erwerbsschadens. Geht es dem gegenüber um eine „bloße“ Beschäftigungstherapie, die ebenfalls sinnvoll und geboten sein kann, liegen vermehrte Bedürfnisse vor. Das soll an wenigen prototypischen Entscheidungen verdeutlicht werden:

Der OGH<sup>55</sup> hatte folgenden Fall zu beurteilen: Ein Arbeitnehmer eines Schornsteinfegerbetriebs war wegen einer Beinverletzung beim Hochklettern auf Schornsteine gehandicapt. Der Sozialversicherungsträger bezahlte für einen begrenzten Zeitraum einen Zuschuss an den Arbeitgeber, damit dieser einen Helfer finanzieren konnte. Ungeachtet des Umstands, dass die Zahlung an den Arbeitgeber erfolgte<sup>56</sup>, bejahte der OGH die Regressfähigkeit dieses Zuschusses gemäß § 332 ASVG, der dem § 116 SGB X entspricht. Stellt man die Entscheidung in einen größeren Zusammenhang, geht es insoweit um die Subventionierung eines Arbeitsplatzes auf Kosten des Schädigers<sup>57</sup>. Beim Kfz-Sachschaden wird durch die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland<sup>58</sup> und Österreich<sup>59</sup> nicht allein die Wiederherstellung der Fahrbereitschaft durch irgendein Fahrzeug geschützt; vielmehr ist das Integritätsinteresse des Geschädigten am Behalten des konkreten Unfallfahrzeugs geschützt. Das hat zur Folge, dass der Ersatzpflichtige bei Durchführung einer umfassenden und fachgerechten Reparatur doppelt so stark belastet wird wie im Fall der Totalschadensabrechnung, namentlich wenn der Ersatzpflichtige vor der Disposition des Geschädigten über das Wrack diesem ein Restwertangebot aus der Wrackbörse auf dem Silbertablett präsentiert<sup>60</sup>.

Da die körperliche Integrität bzw. Arbeitsfähigkeit ein Rechtsgut mit wesentlich höherer Wertigkeit als das Eigentum am Blech ist, kann es nicht zweifelhaft sein, dass dem Integritätsinteresse des Geschädigten eine mindestens ebensolche Beachtung zuteil werden muss. Die Subventionierung eines Arbeitsplatzes, um den Neigungen und Vorlieben des Verletzten gerecht zu werden, ist somit auch in den Fällen zu befürworten, in denen eine Umschulung auf einen anderen Beruf zu einer geringeren Belastung des Haftpflichtigen führen würde, der Verletzte aber ein anerkennenswertes Integritätsinteresse an der Fortführung seiner bisherigen Tätigkeit hat.

Hat man diese Prämisse akzeptiert, kann dieses Prinzip naturgemäß nicht auf Arbeitnehmer beschränkt bleiben. Vielmehr kann auch ein Landwirt auf einem Bergbauernhof, dessen wirtschaftlicher Ertrag geringer als der Marktlohn einer Ersatzkraft sein mag, bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit verlangen, dass der Schädiger diese Kosten übernimmt, wenn die durch den Verletzten vereitelten Arbeitsleistungen tatsächlich erbracht werden und der Hof fortgeführt wird. Insoweit handelt es sich freilich eindeutig um einen Erwerbsschaden, weil die verletzte Person ihre Arbeitskraft auf dem primären Arbeitsmarkt einbringt, sei es auch mithilfe einer Bezuschussung des Haftpflichtversicherers. Zudem ist die verletzte Person in der Lage, ihre (Rest-)Arbeitskraft auf dem primären Arbeitsmarkt sinnvoll einzusetzen.

Davon sind Konstellationen zu unterscheiden, in denen die Betätigung der Arbeitskraft nur dazu dient, dem Verletzten eine Daseinsberechtigung zu verschaffen, wobei freilich die Kosten einer solchen Beschäftigung den wirtschaftlichen Ertrag deutlich übersteigen. Worum es der Sache nach geht, soll durch zwei Entscheidungen wiederum des OLG Hamm,

dessen Rechtsprechung der Jubilar ein Vierteljahrhundert nachhaltig geprägt hat, verdeutlicht werden: In der ersten Entscheidung<sup>61</sup> wurde ein Gabelstaplerfahrer so schwer verletzt, dass er infolge der Gedächtnis- und Merkstörungen weder ein Buch noch eine Zeitung lesen konnte. Dem Verletzten war daran gelegen, dass er in einer Behindertenwerkstätte beschäftigt wurde, was freilich mehr kostete, als er an wirtschaftlichem Nutzen bewirkte. Die Ausführungen des OLG Hamm haben geradezu leitbildartigen Charakter, weshalb sie in ihren Kernaussagen wiedergegeben werden sollen<sup>62</sup>:

Wenn der Behinderte nicht über die nötigen Mittel verfüge, habe er Anspruch darauf, dass der Sozialhilfeträger die Kosten für die Beschäftigung in einer Behindertenwerkstätte übernehme. Das sei Ausdruck des Sozialstaatsprinzips. Davon sei aber nicht abhängig, ob der Schädiger die Kosten zu erstatten habe. Das sei bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit zu bejahen. Die Ausübung einer Arbeit sei längst nicht mehr allein Mittel zur Befriedigung von Bedürfnissen; vielmehr habe diese wesentliche Bedeutung für das Selbstwertgefühl sowie die gesellschaftliche Anerkennung. Deziert abgelehnt wurde der Einwand des Ersatzpflichtigen, dass der Verletzte zu Hause bleiben und sich dort zerstreuen möge, weil das billiger komme. Dabei würde der hohe Stellenwert, den die Arbeit als solche habe, verkannt. Schließlich verweist das OLG Hamm darauf, dass es durch die Beschäftigung zu einem Aggressionsabbau komme und der Verletzte die Chance habe, dem Leben wieder einen Sinn zu geben.

In der zweiten Entscheidung<sup>63</sup> werden diese Leitsätze bestätigt und vertieft: Eine ehemalige Sozialpädagogin wurde schwerst verletzt. Sie erlitt ein Schädelhirntrauma und eine komplette linksseitige Lähmung. Die Verletzte arbeitete zwei Jahre lang in einem Heim einer Evangelischen Stiftung und führte dort Verpackungstätigkeiten aus. Für diesen Zeitraum übernahm die Berufsgenossenschaft die Kosten, die auch in diesem Fall höher waren als der durch die Arbeitsleistung bewirkte wirtschaftliche Ertrag durch die Arbeitsleistung der Verletzten. Danach stellte die Berufsgenossenschaft diese berufsfördernden Leistungen ein, weil weder eine Besserung noch eine Integration in den primären Arbeitsmarkt zu erwarten war. Die Verletzte setze dessen ungeachtet ihre Tätigkeit fort und begehrte für die beiden Folgejahre vom Ersatzpflichtigen für die fortgeführte Beschäftigung in der Stiftung die von dieser in Rechnung gestellten 56 400 DM. Vorsichtshalber hatte der kundige klägerische Anwalt diesen Schadensposten vom Abfindungsvergleich ausgenommen. Das OLG Hamm verwarf den Einwand des Beklagten, dass es sich insoweit um eine medizinisch nicht indizierte Freizeitgestaltung handle.

Wiederum sprach das OLG Hamm mit mustergültiger Deutlichkeit aus, dass die Versagung der weiteren Kosten im Sozialrecht für das Schadenersatzrecht nicht präjudiziell sei.

55 OGH, ZVR 2009, 300, Nr. 157 (Ch. Huber).

56 Zum Auseinanderfallen von formalem Empfänger einer Leistung und demjenigen, für dessen Rechnung sie getätigt wird, sei auf § 119 SGB X verwiesen.

57 So Ch. Huber, in: FS Binder, 2010, 583 ff.

58 BGHZ 91, 364.

59 OGH, ZVR 2008, 116, Nr. 45 mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber, ZVR 2008, 92 ff.

60 BGH, NJW 1992, 903 = r+s 1992, 122; NJW 1993, 1849 = r+s 1993, 301; NJW 2000, 800 = r+s 2000, 107 (Lemcke).

61 OLG Hamm, VersR 1992, 459, vermutlich unter dem Vorsitz von Hermann Lemcke; Nichtannahme durch den BGH (11. 6. 1991 – VI ZR 307/90).

62 Das schon deshalb, weil derartige Entscheidungen – zufällig? – in kaum einem der Handbücher zum Personenschaden angeführt sind.

63 OLG Hamm, DAR 2001, 308 = OLG 2002, 226.

Inhalt des Schadenersatzanspruchs sei die Erhaltung und Verbesserung der Lebensqualität, was nicht durch das medizinisch Gebotene bestimmt sei. Die Aufnahme einer solchen Tätigkeit sei ein angemessenes Mittel, um die persönliche Lebensführung des Verletzten wieder der früheren anzunähern. Gerade angesichts der früheren Erwerbstätigkeit sei ein Verzicht auf jegliche Erwerbstätigkeit nicht zu erwarten. Das Bedürfnis, arbeiten zu wollen, sei zu befriedigen, namentlich in Fällen, in denen die Möglichkeit sinnvoller Freizeitgestaltung – wie hier – stark eingeschränkt waren. Auch diese Verletzte war nicht mehr in der Lage zu lesen. Das OLG Hamm betonte die Bedeutsamkeit der Schaffung sozialer Kontakte. Zudem sei die Beschäftigung hilfreich zur Vermeidung eines weiteren geistigen Abbaus sowie gegen Depressionen. Schließlich verwies es darauf, dass die Verletzte die Konditionen der Beschäftigung in der Stiftung nicht frei aushandeln könne. Maßgeblich sei allein, dass es sich um eine angemessene Maßnahme handle, was in concreto bejaht wurde.

Der OGH hat demgegenüber in einer neueren Entscheidung<sup>64</sup> unter Berufung auf die Unschlüssigkeit des Klagebegehrens einen vergleichbaren Sachverhalt gerade gegenteilig beurteilt: Ein schwerst verletzter 19-Jähriger war in einer geschützten Werkstatt des Vereins zur Förderung von Arbeit und Beschäftigung tätig. Die Kosten wurden vom Land Oberösterreich getragen. Das Bundesland, das sich vorsichtshalber den Schadenersatzanspruch des Verletzten hat abtreten lassen, verlangte die Differenz zwischen Aufwendungen und wirtschaftlichem Ertrag, und zwar bemessen nach Tagessätzen nach Maßgabe der Anwesenheit des Verletzten. Der OGH wies das Begehren ab, weil nicht klar sei, wie sich der Klagsbetrag zusammensetze. Zudem sei die Zusammensetzung des Tagessatzes nicht nachvollziehbar.

Das Ergebnis der Entscheidung ist erklärbar mit dem tollpatschigen Vorbringen des klägerischen Anwalts. Ein „alter Fuchs“ als Anwalt auf Seiten des Ersatzpflichtigen hat das ausgenutzt und dem OGH soviel Sand in die Augen gestreut, dass dieser den Blick für die maßgeblichen Zusammenhänge verloren und das Begehren abgewiesen hat. Hätte doch der OGH in Wien die Einfühlsamkeit des OLG Hamm besessen! Dann wäre er wohl zum gegenteiligen Ergebnis gelangt. Und bei den Tagessätzen, die m. E. einen durchaus plausiblen Berechnungsmodus darstellen, hätte er eine Anleihe bei den Betriebsreservekosten der Verkehrsbetriebe nehmen können.

Abschließend sei darauf verwiesen, dass die hier gezogene Grenzlinie zwischen vermehrten Bedürfnissen und Erwerbsschaden nicht bloß für die Ausklammerung gewisser Bereiche aus einem Abfindungsvergleich bedeutsam ist. Diese Grenze ließe sich womöglich auch ohne Bezugnahme auf diese Schadenskategorien mit ausreichender Deutlichkeit umschreiben. Bedeutsam ist die Qualifizierung vielmehr dafür, ob die verletzte Person daneben einen Verdienstentgang geltend machen kann. Bei der Subventionierung eines Arbeitsplatzes ist das grundsätzlich zu verneinen, ist die Subventionierung des Arbeitsplatzes doch gerade eine Ausprägung des Erwerbsschadens<sup>65</sup>. Bei Beschäftigung in einer geschützten oder Behindertenwerkstätte ist das anders. Neben der dort vom Schädiger zu finanzierenden Beschäftigungstherapie steht der verletzten Person der ungeschmälernte Verdienstentgang zu. Wäre sie nicht verletzt worden, könnte sie ihre Arbeitskraft betätigen und würde ein entsprechendes Erwerbseinkommen erzielen. Nur durch eine solche Ersatzleistung wird eine vollständige Annäherung an den Zustand ohne schädigendes Ereignis bewirkt; und gerade darum geht es im Schadenersatzrecht.

## b) Verhältnis zum Schmerzensgeld

Das Schmerzensgeld stellt das restliche Kompensationsinteresse dar, soweit eine Wiederherstellung des Zustands ohne schädigendes Ereignis nicht möglich ist bzw. in der Phase bis dahin Unlustgefühle und Unannehmlichkeiten auftreten. Bei diesem Ausgangspunkt sollte es selbstverständlich sein, dass die Höhe des Schmerzensgeldes in einer Wechselwirkung steht zum Ausmaß der Annäherung des Zustands an die Verhältnisse ohne schädigendes Ereignis. Um es auf den Punkt zu bringen: Wie im Verhältnis zwischen Reparaturkosten und merkantilem Minderwert verhält es sich bei der Relation zwischen vermehrten Bedürfnissen und Schmerzensgeld: Das Kompensationsinteresse ist umso geringer, je vollkommener die Restitution gelingt und umgekehrt. Die Praxis beachtet diesen Zusammenhang häufig nicht. Vielmehr wird für das Schmerzensgeld die der Körperverletzung entsprechende „Taxe“ zuerkannt; zudem wird die Zubilligung von Schmerzensgeld zum Anlass genommen, um die Ersatzfähigkeit einer bestimmten Restitutionsmaßnahme mit der Begründung zu versagen, dass die Unlustgefühle pauschal abgefunden worden seien:

In einer schon geraume Zeit zurückliegenden Entscheidung hatte der OGH<sup>66</sup> folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Ein Jugendlicher wurde so schwer verletzt, dass ihm beide Beine amputiert werden mussten. Der bis dahin sehr sportliche Jugendliche konnte und wollte kein öffentliches Schwimmbad besuchen: Einerseits hätte er dafür eine Begleitperson benötigt und andererseits wollte er seine Stümpfe nicht ohne Bekleidung dem Blick der Öffentlichkeit preisgeben. Deshalb verlangte er die Kosten für die Errichtung eines beheizten Schwimmbades auf der Liegenschaft seines Großvaters, was 258 628 öS (ca. 18 500 €) gekostet hätte. Der OGH wies das Begehren ab, weil die Unlustgefühle bereits durch das Schmerzensgeld abgegolten seien.

Das OLG Nürnberg<sup>67</sup> hatte einen vergleichbaren Fall gegenteilig entschieden. Der Unterschied lag wohl darin, dass der klägerische Anwalt dort vorgetragen hatte, dass das regelmäßige Schwimmen eine Prophylaxe gegen Beschwerden an den Amputationsstellen darstelle. Insofern wurde dort eine Qualifizierung als Heilungskosten vorgenommen, bei denen eine Investition auch nach dem ökonomischen Kalkül Sinn machte. Die Vermeidung der Verschlimmerung des Gesundheitszustands durch eine Investition in ein privates Schwimmbad war womöglich mit geringeren Aufwendungen zu erreichen als die später drohenden Folgekosten durch weiteres Schmerzensgeld sowie medizinische Maßnahmen unter Einschluss von Rehabilitationskosten.

Darauf kommt es aber m. E. nicht an. Maßgeblich ist die Annäherung an den bisherigen Lebensstandard. Dazu kommt wie in den obigen Fällen der Beschäftigung in einer Behindertenwerkstätte, dass eine solche Maßnahme umso weniger dann wegen Unverhältnismäßigkeit abgelehnt werden kann, wenn andere Freizeitbetätigungen nicht mehr möglich sind. Der Jugendliche war vorher womöglich Schi-

64 OGH, Zak 2010, 258 Nr. 450.

65 Denkbar ist freilich auch in diesem Zusammenhang, dass durch die Einstellung einer Ersatzkraft nicht der gesamte Schaden abgedeckt wird. Außer bei Rank Xerox bleibt die Kopie häufig hinter dem Original zurück. Denkbar ist somit, dass es auf einem Bergbauernhof trotz Einstellung einer Ersatzkraft zu einem Einnahmerückgang kommt. Diese Differenz ist dann neben den Kosten einer Arbeitskraft, die die Tätigkeiten ausführt, zu denen der Verletzte nicht mehr in der Lage ist, zu ersetzen.

66 OGH, VersR 1992, 259 mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber, VersR 1992, 545.

67 OLG Nürnberg, VersR 1971, 260.

fahrer und Bergsteiger; mit zwei abgetrennten Beinen ist so etwas nicht mehr möglich, sodass das Schwimmen eine der ganz wenigen Sportarten ist, die ihm verblieben sind. In solchen Fällen ist das Schmerzensgeld einen Deut geringer zu bemessen; die Kosten für die Errichtung des Schwimmbades machen aber erheblich mehr aus. Der Zuspruch wäre berechtigt gewesen, wenn das entsprechende Integritätsinteresse auch betätigt worden wäre. Bis dahin gebührt ein Zuspruch – wie bei den Heilungskosten – nur auf Vorschussbasis.

Eine ähnliche Konstellation hatte der BGH<sup>68</sup> zu entscheiden, als es um die Kosten für die behindertengerechte Umrüstung eines Motorrades in Höhe von 23 600 € ging. Der BGH wies ab, weil die Mobilität des Geschädigten schon durch ein behindertengerechtes Fahrzeug gegeben war und die Unlustgefühle, mit einem Motorrad durch die Landschaft brausen zu können, bereits durch das Schmerzensgeld abgedeckt worden seien. Allerdings hatte der BGH<sup>69</sup> keine Bedenken, einer Schlossfrau 379 000 € für die behindertengerechte Ausgestaltung des Zweitwohnsitzes, eines Schlosses in der Schweiz, noch dazu auf fiktiver Basis zuzubilligen.<sup>70</sup> Auch für diese Fälle wäre zu beachten gewesen, dass ein Abschlag beim Schmerzensgeld berechtigt gewesen wäre, die Kosten der jeweiligen Restitutionsmaßnahme aber durchaus nicht unverhältnismäßig waren. Das Dahinbrausen mit einem Motorrad – wie einst im Film *Easy Rider* – ist dabei gewiss nicht weniger schützenswert als die Hofhaltung im Schloss. Bei der abschließenden Regulierung des Schmerzensgeldes könnte es für den Geschädigten angezeigt sein, einen Vorbehalt und seine Bereitschaft zu erklären, einen korrespondierenden Teil des Schmerzensgeldes zurückzuerstatten, wenn in weiterer Folge eine zusätzliche Restitutionsmaßnahme auf Kosten des Ersatzpflichtigen zu finanzieren ist.

### 3. Erwerbsschaden – Nutzung der Arbeitskraft wegen Freiwerdens im angestammten Bereich

Wird eine Person verletzt und kann sie ihre Arbeitskraft nicht mehr im Rahmen ihrer ursprünglichen beruflichen Erwerbsarbeit einsetzen oder wird sie infolge der Verlegung des (schwer) verletzten Kindes in ein Pflegeheim von Betreuungsleistungen befreit, stellt sich die Frage, ob es sich insoweit um einen anrechnungspflichtigen Vermögensvorteil handelt. Wie geht die Judikatur damit um? Das sei wiederum anhand von zwei prototypischen Beispielen verdeutlicht:

Als eine Arbeitnehmerin nach einer Unterschenkelamputation die Arbeitsstelle wechselte, wodurch sie zwar weniger verdiente, sich aber drei Stunden tägliche Fahrzeit ersparte, wendete der Beklagte ein, dass sie diese jedenfalls für die Haushaltsführung nutzen könne, weshalb ihr pro Stunde 7 € anzurechnen seien. Der OGH<sup>71</sup> ist dem zu Recht entgegengetreten. Er begründete die versagte Anrechnung damit, dass es sich insoweit um einen immateriellen Vorteil handle, der außer Betracht zu bleiben habe. Das OLG München<sup>72</sup> entschied in einer vergleichbaren Konstellation gegenteilig: Infolge der Verlegung des bei Geburt schwerst verletzten Kindes in ein Pflegeheim wurde beim Regress des Sozialhilfeträgers nicht nur die Verpflegungsersparnis von 5 € pro

Tag in Abzug gebracht. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung im Unterhaltsrecht sowie die zu § 843 BGB bzw. § 844 Abs. 2 BGB wurde ein weiterer Abschlag dafür vorgenommen, dass die Eltern sich die Zeit für die Zubereitung der Mahlzeiten, die Versorgung des Kindes mit frischer Wäsche sowie die gelegentliche Pflege im Krankheitsfall ersparen, Dienstleistungen, die sie einem gesunden Kind erbringen müssten. Diese Anrechnung ist bedenklich, weil das Freiwerden der Arbeitskraft der Eltern zu keinem Vermögensvorteil bei diesen führt. Dass sie nun mehr Zeit für den Haushalt oder ihre anderen Kinder aufwenden können oder ihnen mehr Freizeit zur Verfügung steht, muss daher m. E. unbeachtlich bleiben. Anderes gilt nur dann, wenn dadurch die Einstellung einer Haushaltshilfe erspart wird<sup>73</sup> oder eine andere berufliche Erwerbstätigkeit möglich ist und zumutbarerweise wahrgenommen wird.

### E. Resümee

Die punktuelle Untersuchung hat gezeigt, dass die Abgrenzung der Schadensposten mehr ist als ein akademisches Glasperlenspiel. Das Ausmaß des Ersatzes sowie der Regress von Dritten sind häufig von dieser Grenzziehung abhängig. Auch hat sich erwiesen, dass die einzelnen Schadensposten nicht isoliert neben einander, sondern vielmehr in einer Wechselwirkung zu einander stehen. Das Mehr beim einen wird mit einem Weniger beim anderen „erkauft“ und umgekehrt. Die angeführten Beispiele erheben keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Beispielsweise sei ergänzend angeführt, dass ein dem merkantilen Minderwert vergleichbares Phänomen auch beim Erwerbsschaden auftritt, wenn etwa ein selbstständiger Unternehmer, namentlich ein Freiberufler, nach längerer Verletzung ins Berufsleben zurückkehrt. Seine – potentiellen – Klienten werden mit der Betrauung von Mandaten womöglich zurückhaltend sein, weil sie nicht abschätzen können, ob der körperlich und geistig wiederhergestellte Verletzte auf dem neuesten Stand ist und seine ursprüngliche Leistungsfähigkeit in vollem Umfang gegeben ist. Auch gibt es gerade beim Erwerbsschaden verschiedene Annäherungen an den Zustand ohne Schädigung, von der Einstellung einer Ersatzkraft bis zur Hinnahme der Erwerbseinbuße. Sofern kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht gegeben ist, hat die Reaktion des Verletzten auch der Sozialversicherungsträger – auch zu seinen Lasten – hinzunehmen, ist doch der Geschädigte nicht nur Herr des Restitutionsgeschehens, sondern zudem derjenige, der bestimmt, ob es zur Restitution kommt und zudem in welcher Art oder ob er sich mit der Abgeltung der globalen Einbuße begnügt. ■

68 BGH, NZV 2004, 195.

69 BGH, NZV 2005, 629.

70 Kritisch dazu *Ch. Huber*, NZV 2005, 620 ff.

71 OGH, ZVR 2009, 369, Nr. 206 (*Ch. Huber*).

72 OLG München, NJW-RR 2007, 653.

73 *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Auflage 2007, § 29 Rdnr. 102; *Diehl*, zfs 2000, 532; BGHZ 74, 221, 226: Der verletzte Gastarbeiter heiratete nach der Verletzung und führte den Haushalt, obwohl ihm eine Verwertung seiner Arbeitskraft im Erwerbsleben nicht mehr zumutbar war.