

aufgrund des erhaltenen Zusammenhangs zwischen Verletzung und Schaden bestehen. Der im Fall des Dazwischentretens eines Dritten vorgesehene Innenausgleich ist ersetzt durch § 254 BGB, nach dem eine Aufteilung des Schadens zwischen Schädiger und Geschädigtem zu erfolgen hat.

Eine andere Lösung ist möglich, wenn der Geschädigte eine zumutbare Ersatzfähigkeit verweigert, die zu einer Minderung des Verdienstaufschlags geführt hätte. Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht wird jedenfalls dann angenommen, wenn der Schädiger eine konkrete, zumutbare Arbeitsmöglichkeit benannt hat und der Geschädigte diese ausschlägt.²⁰ In diesem Fall ist nach der Lebenserfahrung nicht nachzuvollziehen, warum der Geschädigte diese Möglichkeit nicht nutzt. Zu verneinen ist dann das Vorliegen haftungsausfüllender Kausalität, so dass der Schädiger vom Ersatz des vermeidbaren Verdienstaufschlags freigestellt ist. Im Ergebnis entscheidet die Rechtsprechung auf der Grundlage von § 254 BGB ebenso, ohne jedoch auf die fehlende haftungsausfüllende Kausalität einzugehen.

III. Schadensminderung als Problem der Schadensberechnung

Gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR wird in der schweizerischen Literatur erwogen, die Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit bei der Berechnung des Schadens zu berücksichtigen. Nach dieser Vorschrift kann der Richter den eingetretenen Schaden schätzen, wenn ein ziffernmäßiger Nachweis nicht möglich ist.²¹ Zur Ermittlung des Schadens mit Hilfe der Differenzhypothese wird dazu auf den Zustand abgestellt, wie er bei Vornahme der zumutbaren Maßnahmen zur Schadensminderung bestehen würde. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten setzt sich dann zusammen aus den Aufwendungen für tatsächlich vorgenommene Maßnahmen zur Schadensbehebung, den hypothetischen Aufwendungen für zumutbare, aber nicht vorgenommene Maßnahmen und dem Ersatz für Einbußen, die auch durch zumutbare Maßnahmen nicht vermeidbar waren bzw. sind.²²

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich dieser Auffassung zwar nicht ausdrücklich angeschlossen und sieht die Verletzung der Schadensminderungsoblie-

20 So sehr deutlich die Rechtsprechung in Österreich, 3. Kap. III. 2. Im deutschen Haftpflichtrecht hat der Geschädigte sich grundsätzlich selbst um eine zumutbare Ersatzfähigkeit zu bemühen und ist davon nur befreit, wenn für ihn wegen seiner unfallbedingten Einschränkungen keine Chance auf dem regulären Arbeitsmarkt besteht. Allerdings trägt der Schädiger die Behauptungs- und Beweislast, welche zumutbaren Erwerbsmöglichkeiten dem Geschädigten offen gestanden hätten. Vgl. hierzu BGH VersR 1971, 348; *Lange/Schiemann*, Schadensersatzrecht, § 10 X 3. b); OLG Düsseldorf VRS 92 (1997), 166

21 Für das deutsche Recht erleichtert § 287 BGB ebenfalls die Beweisanforderungen für die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser ist. Bei Bejahung eines Mitverschuldens ist nach freiem richterlichen Ermessen zu ermitteln, ob und inwieweit sich dieses auf die Entstehung und die Höhe des Schadens ausgewirkt hat, BGH NJW 86, 2941, 2943.

22 4. Kap. I. 3.

genheit als einen Fall des Selbstverschuldens nach Art. 44 OR an. Sie greift im Ergebnis gelegentlich auf diesen Ansatz zurück, um den Umfang des Schadensersatzes zu bemessen.²³ Im Ergebnis erhält der Geschädigte beispielsweise fiktive Heilbehandlungskosten ersetzt, muss sich aber mit einem reduzierten Verdienstausschlag zufrieden geben, wenn seine Erwerbsfähigkeit durch die Heilbehandlung gebessert worden wäre.

Die Ersatzfähigkeit fiktiver Heilbehandlungskosten war in Österreich lange umstritten. Der OGH sprach dem Geschädigten in ständiger Rechtsprechung auch Kosten für eine Heilbehandlung als Schadensersatz zu, die er tatsächlich nicht durchführen lassen wollte. Die Literatur lehnte diese Rechtsprechung lange Zeit ab, weil der Geschädigte über seine körperliche Integrität nicht beliebig disponieren könne und aus seiner Verletzung kein Geschäft machen soll.²⁴ Ein weiteres Problem ergibt sich, wenn der Geschädigte zunächst auf die Heilbehandlung verzichtet und die fiktiven Kosten als Schadensersatz kassiert und diese später zu Lasten eines Sozialleistungsträgers durchführen lässt. Dem Sozialleistungsträger steht dann kein Regressanspruch gegen den Schädiger mehr, da der Schadensersatzanspruch des Geschädigten bereits mit den fiktiven Kosten erfüllt ist.²⁵ Die bleibende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität sei durch ein höheres Schmerzensgeld auszugleichen. Letztlich rückte auch der OGH von seiner Linie ab.²⁶ Kosten für eine Heilbehandlung stellen nur dann einen ersatzfähigen Schaden dar, wenn sie entweder schon aufgewendet wurden oder der Geschädigte die Vornahme der Heilbehandlung ernstlich beabsichtigt.

Bedeutung hat der Ersatz fiktiver Aufwendungen zur Schadensminderung vor allem für den Ersatz künftiger Schäden, die durch eine Prognose zu ermitteln sind. Im deutschen Haftpflichtrecht wäre eine solche Handhabung denkbar, wenn die §§ 249 ff. BGB eine abstrakte, vom tatsächlichen Schadensverlauf losgelöste Schadensberechnung zulassen.

1. Schadensberechnung nach den §§ 249 ff. BGB

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der Schädiger den Zustand herzustellen, wie er ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Im Falle der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache kann der Geschädigte nach § 249 Abs. 2 BGB auch den zur Herstellung dieses Zustandes erforderlichen Geldbetrag verlangen. Ist die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich, ist der Geschädigte gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu entschädigen. Der Schadensersatz ist damit zweispur-

23 So BGE 28 II 216, 224; in diesem Sinn auch BGE 130 II, 182, 191 f.

24 *Gschnitzer*, Anm. zu OGH 12.01.1955, Az. 1 Ob 5/55, JBL 1955, 305; *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung, S. 82; *ders.*, EKHG-Kommentar, § 13, Rn. 8; *Rummel*, Ersatz fiktiver Heilungskosten, VR 1992, 72.

25 *Huber*, Schadensberechnung, S. 267.

26 OGH vom 23.10.1997, ZVR 1998, Nr. 32.

rig und besteht aus Restitutions- und Kompensationsleistungen. Der Restitution gebührt dabei der Vorrang. Die Entschädigung immaterieller Schäden ist eine Kompensationsleistung und erfolgt nach § 253 Abs. 1 BGB durch Schmerzensgeld.

Der zu ersetzende Vermögensschaden ist grundsätzlich konkret zu bestimmen und berechnet sich aus der Differenz zwischen der hypothetischen Vermögenslage ohne die Schädigung und der tatsächlichen Vermögenslage nach der Schädigung.²⁷ Eine Ausnahme von der konkreten Berechnung des Schadens bildet allein § 252 S. 2 BGB, der für den Ersatz entgangenen Gewinns eine abstrakte Berechnung zulässt.

Nach diesen Grundsätzen wäre der Ersatz von Aufwendungen für die Behebung der Schädigung, die bisher nicht vorgenommen wurde, nicht ersatzfähig. Zwar ließe § 249 Abs. 2 S. 1 BGB das zu, der Anspruch würde aber daran scheitern, dass sich die Vermögenslage des Geschädigten zumindest hinsichtlich der Herstellungskosten noch nicht verschlechtert hat und Kompensation nach § 251 BGB ausgeschlossen ist, weil die Herstellung gerade noch möglich ist. Gleichwohl ist die Ersatzfähigkeit fiktiver Herstellungskosten bei der Beschädigung einer Sache anerkannt.²⁸ Die sei am – sicher häufigsten – Fall der Beschädigung eines Kfz erläutert: Der Geschädigte kann vom Schädiger gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB den Geldbetrag verlangen, der zur Reparatur in einer Fachwerkstatt erforderlich ist. Ob er das beschädigte Kfz dann selbst, in einer günstigen oder einer Fachwerkstatt repariert oder auf die Reparatur verzichtet, steht ihm frei.

Dies steht auf den ersten Blick im Widerspruch zu dem Gebot konkreter Schadensberechnung anhand eines tatsächlich eingetretenen Vermögensnachteils, der wie folgt aufgelöst werden kann: Zu ersetzen ist dem Geschädigten die Vermögenseinbuße, die sich aus der Beschädigung des Kfz ergibt. Diese entspricht den Aufwendungen, die zur Behebung der Beschädigung notwendig wären und wird somit durch den Schadensersatz in Höhe der fiktiven Reparaturkosten ausgeglichen.²⁹ Bei dieser Herangehensweise wird für Sachschäden dem Geschädigten volle Dispositionsfreiheit über den Schadensersatz eingeräumt. Der Gesetzgeber hat diese Entwicklung grundsätzlich anerkannt und mit dem 2. SchadÄndG³⁰ lediglich die Ersatzfähigkeit der Umsatzsteuer auf den tatsächlich angefallenen Betrag beschränkt.

27 BGHZ 27, 181, 183 f; 40, 345, 347; 75, 366, 371; 86, 128, 130; 99, 182, 196; *Oetker*, in: MünchKomm, 249 BGB, Rn. 18; *Schiemann*, in: Staudinger, § 249 BGB, Rn. 4 ff.

28 BGHZ 61, 56, 58; 66, 239 ff.; 76, 216, 221; 81, 385, 391; 154, 395, 396 ff.; *Oetker*, in: MünchKomm, 249 BGB, Rn. 348 ff., 354 ff; *Kuckuk*, in: Erman, § 249 BGB, Rn. 80; *Steffen*, Der normative Verkehrsunfallsschaden, NJW 1995, S. 5027, 2059 ff.

29 *Steffen*, Der normative Verkehrsunfallsschaden, NJW 1995, S. 2057, S. 2060; *Kuckuk*, in: Erman, § 249 BGB, Rn. 80.

30 BGBl. 2002 I 2674, Ergänzung des § 249 Abs. 2 BGB dahingehend, dass Umsatzsteuer nur noch insoweit ersetzt wird, als sie tatsächlich angefallen ist; dazu *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 47 f.

2. Ersatz fiktiver Heilbehandlungskosten

Den Schadensersatzanspruch des Geschädigten auch auf fiktive Heilbehandlungskosten auszudehnen, wird in der deutschen Literatur und Rechtsprechung abgelehnt.³¹ Zwar ist allein aufgrund von § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch im Fall der Körperverletzung ein Ersatz fiktiver Kosten wie bei der Sachbeschädigung denkbar. Allerdings kann hier der Vermögensschaden nicht in gleicher Weise ermittelt werden. Die körperliche Integrität des Geschädigten stellt keinen Vermögenswert an sich dar.³² Ein Vermögensschaden ergibt sich erst aus einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit, dem Bedarf an medizinischer Behandlung oder Pflege. Der Ersatz fiktiver Heilbehandlungskosten würde damit keine Vermögensdifferenz des Geschädigten ausgleichen. Die körperliche Integrität des Geschädigten ist vielmehr ein immaterieller Wert, dessen Beeinträchtigung im Wege des Schmerzensgeldes nach § 253 BGB ausgeglichen wird. Nimmt der Geschädigte eine zur Heilung der Verletzung geeignete Behandlung nicht in Anspruch, sind die deshalb bestehen bleibenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. Dabei wäre dann aber ebenfalls zu bedenken, dass für den Geschädigten eventuell eine Obliegenheit nach § 254 Abs. 2 BGB zur Vornahme dieser Behandlung bestand.

Eine Berechnung des Schadensersatzes unter der Annahme, der Geschädigte werde die zumutbaren Maßnahmen zur Schadensminderung ergreifen und somit der Ersatz fiktiver Heilbehandlungskosten, wie er in der schweizerischen Literatur vorgeschlagen und vom BG teilweise vorgenommen wird, ist somit im deutschen Haftpflichtrecht nicht möglich. In Betracht kommt allerdings, im Falle einer Verletzung der Schadensminderungsobligiegenheit diese Überlegungen auf der Rechtsfolgenreise zu berücksichtigen. Dies wird später bei den Rechtsfolgen erörtert werden.

IV. Die Zumutbarkeit der Schadensminderung

Die Obliegenheit des Geschädigten, für die Geringhaltung des Schadens zu sorgen, wird in den verglichenen Rechtsordnungen durch Erwägungen zur Zumutbarkeit eingeschränkt.³³ Den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen ist dies allerdings nicht zu entnehmen. Zumutbarkeitserwägungen wurden vielmehr durch die Rechtsprechung eingeführt und von der Literatur zustimmend aufgenommen.

31 BGHZ 97, 14, 18ff = NJW 1986, 1538; OLG Köln, VersR 2000, 1021 ff.; *Oetker*, in: MünchKomm, § 249 BGB, Rn. 358; *Kuckuk*, in: Erman, § 249 BGB, Rn. 46; *Rixecker*, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, 4. Kap., Rn. 119; *Huber*, Fragen der Schadensberechnung, S. 267.

32 *Huber*, Schadensberechnung, S. 263; *Steffen*, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, S. 2057, 2060.

33 2. Kap. II. 2.; 3. Kap. II. 2.; 4. Kap. II.