

FESTSCHRIFT KARL-HEINZ DANZL



Andy

Festschrift

KARL-HEINZ DANZL

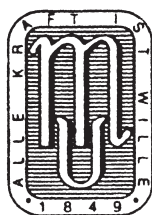
Zum 65. Geburtstag

Herausgeber

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber

Univ.-Prof. Sen.-Präs. Dr. Matthias Neumayr

Dr. Wolfgang Reisinger



Wien 2017

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber
Univ.-Prof. Sen.-Präs. Dr. Matthias Neumayr
Dr. Wolfgang Reisinger

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung von:
Autopreisspiegel Österreich – Fahrzeugbewertung durch Marktanalyse
Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs © VVO
Wiener Städtische Versicherung AG Vienna Insurance Group
Wirtschaftskammer Österreich, Bundesinnung der Fahrzeugtechnik

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autorinnen und Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-03302-6

© 2017 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@manz.at
www.manz.at
Bildnachweis: © Peter Berger
Satzherstellung: Christian Taufer
Druck: FINIDR, s. r. o., Český Těšín

Vorwort

Eine Festschrift ist auch eine Widerspiegelung des Wirkens eines Jubilars. Das ist auch in dieser Festschrift so: Die Autorinnen und Autoren stammen aus Österreich, Deutschland und der Schweiz. Es sind Höchstrichter und Richter der Instanzgerichte, vom Amtsgericht bis zum Oberlandesgericht; Professoren, die zumeist einen Schwerpunkt im Schadenersatz- oder Privatversicherungsrecht bzw. Zivilprozessrecht haben; Entsprechendes gilt für die Praktiker, seien es Ministerialbeamte, Anwälte, Versicherungsjuristen, Vertreter der Kammern oder Kfz-Sachverständige; und auch der Polizeipräsident von Wien hat einen Beitrag beigesteuert. Insgesamt sind es 45 Beiträge von 51 Autorinnen und Autoren geworden, eine beeindruckende Anzahl als Beleg für die Anerkennung, die der Jubilar da wie dort erfahren hat. Die Akquise der Autoren war für die Herausgeber einfach. Auch der Verlag MANZ konnte leicht dafür gewonnen werden, für den Jubilar, der in den letzten Jahrzehnten so vieles für diesen geleistet hat, eine Festschrift herauszugeben; noch mehr wollten mitmachen, haben es aber aus zeitlichen Gründen nicht geschafft, wie das bei solchen Unterfangen nicht unüblich ist. Dass die Beiträge mehr als 700 Seiten füllen, ist freilich für sich eine Benchmark. Schwierig war hingegen das Auftreiben eines Druckkostenzuschusses bei Sponsoren. Immer wieder konnte man hören: Der hat uns auch einmal wehgetan als (Höchst-)Richter. Und im Grunde genommen ist das die höchste Auszeichnung, muss doch ein Richter allen Interessen gerecht werden.

Als der Verlag MANZ im März 2011 *Karl-Heinz Danzl* im „Porträt des Monats“ darstellte, wurden drei Eigenschaften von *Karin Pollack* besonders herausgestrichen: *Karl-Heinz Danzl* beginnt früh zu arbeiten: Um sechs Uhr trifft man ihn schon in seinem Büro im Justizpalast an. *Karl-Heinz Danzl* ist Zivilrechtler, vor allem Schadenersatzrechtler. Die berufliche Laufbahn hat ihn schließlich zum Vorsitz im Senat 2, dem „schadenersatzrechtlichen Senat“ des Obersten Gerichtshofs, geführt. Und *Karl-Heinz Danzl* ist Reisender: Nicht nur ein Pendler zwischen Innsbruck und Wien, sondern ein Reisender auf der ganzen Welt. Nur wenige Staaten fehlen ihm auf seiner persönlichen Landkarte. Als leidenschaftlicher Videofilmer, der nach jedem Urlaub umfangreich schneidet und mischt, lässt er alle an diesen Reisen teilhaben. Es verwundert nicht, dass er seine Frau auf einer Reise kennengelernt hat.

Früh dran war *Karl-Heinz Danzl* immer schon in seinem Leben: Auch dass er Richter werden wollte, wusste er schon sehr bald. Der Berufswunsch wird ihm wohl schon in die Wiege gelegt worden sein: Sein Vater war Grundbuchsrechtspfleger beim Bezirksgericht Schwaz in Tirol. Seine berufliche Laufbahn absolvierte *Karl-Heinz Danzl* immer in der Mindestzeit: das Gymnasium Paulinum in Schwaz in acht Jahren (1962–1970), das Studium in Innsbruck in acht Semestern (1970–1974). Und Richteramtsanwärter wurde er schon nach sechs Monaten Gerichtspraxis im Jahr 1976. Richterliche Ernennungen gab es nicht viele in seinem Leben, ging es doch steil bergauf – wie auf die Tiroler Berge: Sprengelrichter

im OLG-Sprengel Innsbruck (1978), Richter des Bezirksgerichts Innsbruck (1980), Richter des Landesgerichts Innsbruck (1983), Richter des Oberlandesgerichts Innsbruck (1994), Hofrat des Obersten Gerichtshofs (1996) und Senatspräsident des Obersten Gerichtshofs (2008). Zwei Jahre lang war er dem Bundesministerium für Justiz zugeteilt, um das ADV-Firmenbuch zu entwickeln.

In aller Früh auf dem Gericht zu sein, verschafft ruhige Arbeitsstunden. Den Beweis liefern allein schon die zahlreichen Buchbesprechungen. Früher als andere liest *Karl-Heinz Danzl* juristische Fachliteratur und bereitet sie dem Fachpublikum vor allem in der ZVR und der ÖJZ auf. Er ist in gewisser Weise also „Vorleser“. Nicht selten kam es vor, dass ein ZVR-Heft fünf, sechs Besprechungen aus seiner Feder enthielt. Auch die *Geo.*, für deren Herausgeberschaft er bereits 2005 mit dem MANZ-Autorenpreis ausgezeichnet wurde, bedarf laufender Wartung, die allein schon deshalb fordernd ist, weil zahlreiche Rechtsgebiete berührt werden, vor allem das einem Zivilrechtler manchmal fremde öffentliche Recht. Nicht nur die Geschäftsordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz wird von *Karl-Heinz Danzl* betreut, sondern naheliegender Weise auch diejenige des Obersten Gerichtshofs – vermutlich (und hoffentlich) auch über die Versetzung in den Ruhestand hinaus. Für seine Verdienste für die Gerichtsbarkeit hat ihm der Bundespräsident im Jahr 2013 eine selten vergebene Auszeichnung, nämlich das „Große Goldene Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich“, verliehen.

Das Schadenersatzrecht hat *Karl-Heinz Danzl* früh geprägt: Seine ersten Aufsätze – gut erkennbar bis zum beruflichen Ausflug in das Firmenbuch – waren im weitesten Sinne diesem Thema gewidmet, beginnend mit den Rechtsfragen des Vorranges in der ZVR 1987 und der Verunstaltungsschädigung in der Rechtsprechung des OLG Innsbruck in der ZVR 1988. Bald zeigte sich die Hinwendung zum Schmerzensgeld, die in der Mitherausgeberschaft des Standardwerks zu diesem Thema („Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht“) ab der 6. Auflage 1994 mündete. Bemerkenswert ist das alljährlich in der ZVR erscheinende Update „Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr ...“, erstmals verfasst in der ZVR 2003. Die ZVR ist eindeutig zum Hauptpublikationsorgan von *Karl-Heinz Danzl* geworden – kein Wunder, ist das doch die am meisten durch das Schadenersatzrecht geprägte Zeitschrift in Österreich. Im April 1987 wurde er ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift, ab Juni 1996 Mitglied der Schriftleitung und seit 1. Jänner 2006 ist er ZVR-Schriftleiter. Er hat (s)ein Team ausgewählt, *Georg Kathrein*, *Christian Huber* und *Gerhard Pürstl*. Er lässt diesem viel Freiheit und agiert wie ein *primus inter pares*. Er besticht durch exakte Protokolle und präzise Terminlisten; zudem sind das Abrufen von Details von Entscheidungen aus dem Gedächtnis und seine Aktenkenntnis unübertroffen – es gibt gute Gründe zu vermuten, dass dies bei ihm als Senatspräsident nicht anders war. Die Große Gesetzesausgabe zum EKHG betreut er seit der 6. Auflage 1998; schadenersatzrechtliche Bestimmungen kommentiert er seit 2005 im Kurzkomentar zum ABGB, dem „KBB“. Diese ausgeprägte Liebe zum Zivilrecht bringt er auch mit seinem Wunschkennzeichen „IL-ABGB 1“ zum Ausdruck.

Trotz der Bindung an Wien hat er den Kontakt zu seiner Heimat Tirol nie aufgegeben. Seit 1987 ist er Lehrbeauftragter an der Universität Innsbruck, genauer am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der dortigen Juristenfakultät. 1998 wurde ihm von dieser die Lehrbefugnis für dieses Fach als Honorarprofes-

vor verliehen. Zudem lässt er bei seinen Seminaren und Vorträgen die Praktiker daran teilhaben, was den 2. Senat beschäftigt und ihn zu „gerade dieser“ Entscheidung „bewegt“ hat. Stets hatte und hat er dabei im Blick, dass neben der Einzelfallgerechtigkeit ein Judiz des OGH auch x-fache Multiplikatorwirkung hat, was eine ganze Branche erheblich be- oder entlasten kann. Auch die Pflege der Kontakte zu den entsprechenden Fachsenaten des BGH war ihm mehr als bloße Pflichterfüllung. Die dortigen Kolleginnen und Kollegen spürten, dass die wechselseitige Information gerade diesem Senatspräsidenten ein Herzensanliegen ist. Der persönliche Meinungsaustausch in Wien oder Karlsruhe ist förderlich bei der Erkundung des Umgangs einer Nachbarrechtsordnung mit einem ähnlichen oder gleichen Problem. Da er in seinem Senat auch einen Kollegen hatte, der Italienisch spricht, hat sich über die Schweiz hinaus ein besonderes Interesse für das italienische Recht herausgebildet. In der ZVR hat er zudem gefördert, dass regelmäßig über die höchstrichterliche Rechtsprechung Deutschlands und der Schweiz und in Überblicksbeiträgen auch über anderen Rechtsordnungen berichtet wird. Er überschreitet selbst das zivilrechtliche Fachgebiet, um aus Nachbardisziplinen Erkenntnisse zu ziehen, wie das im Standardwerk zum Schmerzensgeld ebenso wie in so mancher Entscheidung sichtbar wurde, die seine Handschrift trägt.

An weiteren Aufgaben – sei es am Obersten Gerichtshof oder für den Verlag MANZ – und vor allem neuen (und irgendwann auch alten) Reisezielen wird es ihm sicher nicht fehlen. In seiner schriftstellerischen und Vortragstätigkeit verlagerte sich bloß das Zimmer, wo die konzeptive Vorbereitung erfolgt, vom OGH in das Gefilde seiner Wohnung. Wir wünschen *Karl-Heinz Danzl* für die kommenden Jahre alles Gute, Gesundheit und auch Schaffenskraft.

In herzlicher fachlicher und vor allem persönlicher Verbundenheit

Christian Huber

Matthias Neumayr

Wolfgang Reisinger

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
I. SCHADENERSATZRECHT	
<i>Hans-Jürgen Ahrens</i>	
Ersatz rechtswidriger Vermögensvorteile	3
<i>Peter Apathy</i>	
Zur Aktivlegitimation bei Beschädigung von Miet- und Leasingobjekten	17
<i>Christoph Eggert</i>	
In Österreich 110 bis 115, in Deutschland 130% – ist der Integritätszuschlag noch zeitgemäß?	27
<i>Andreas Ermacora und Simon Gleirscher</i>	
Zur Wegehalterhaftung im alpinen Gelände: Haftungsrechtliche Problemstellungen im Kontext der Errichtung von „Themenwegen“	39
<i>Friedrich Harrer und Matthias Neumayr</i>	
Die Haftung des Geschäftsführers im Lauterkeitsrecht	57
<i>Monika Hinteregger</i>	
Trauerschmerzensgeld und der Anspruch auf immateriellen Schadenersatz im österreichischen Recht	71
<i>Ernst Karner</i>	
Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz	87
<i>Georg E. Kodek</i>	
Abstrakte Schadensberechnung – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung	117
<i>Helmut Koziol</i>	
Unsoziale schadenersatzrechtliche Regelungen	129
<i>Hardy Landolt</i>	
Der normative Schaden im schweizerischen Recht	139

Nora Michtner

Die Verjährung der Haftung des Abschlussprüfers 157

Thomas Offenloch

Der Fahrradhelm beim Bundesgerichtshof 165

Claudia Rudolf

Ersatz immaterieller Schäden mittelbar Geschädigter nach dem
slowenischen Obligationenrecht 177

Claudia Schubert

Der Ausgleich ideeller Schäden und die wirtschaftlichen Verhältnisse
des Schädigers und des Geschädigten 191

Elfriede Solé und Walter Veith

Aspekte der Schadensrente 203

II. MEDIZINHAFTUNGSRECHT

Erwin Bernat

Medizinisch nicht indizierte ärztliche Eingriffe und Entgeltfortzahlung 229

Iris Herzog-Zwitter

Die Aufklärungspflichtverletzung und die hypothetische Einwilligung
als Haftungskorrektiv – eine rechtsvergleichende Analyse 253

Lothar Jaeger

Neues aus der Rechtsprechung – vier Jahre Patientenrechtegesetz 271

Andreas Spickhoff

Die Haftung des (psychiatrischen) Gerichtssachverständigen 311

III. PRIVATVERSICHERUNGSRECHT

Christian Armbrüster

Bindungswirkung der Preislisten von Schadensnetzen für die
Entschädigungsleistung in der Kfz-Versicherung 327

Gunter Ertl

Zur Fälligkeit und zum Anerkenntnisverbot in der Haftpflichtversicherung ... 349

Robert Fucik

Rechtsverfolgung gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer im Konkurs
des Versicherten 359

Michael Grubmann

Die Entwicklung des Kfz-Haftpflichtversicherungsrechts in Österreich
bis zum Inkrafttreten des KHVG 1994 369

Walter Kath

Zum Spannungsverhältnis zwischen Verletzung von
Sicherheitsvorschriften, grob fahrlässiger Herbeiführung des
Versicherungsfalles und dem Gefahrerhöhungsregime bei
Schadensereignissen im Rahmen der Sachversicherung 389

Wolfgang Reisinger

Das Auto als Waffe 417

Herbert Salficky

Konkurrierende Deckungsansprüche bei der Versicherung für
fremde Rechnung 429

IV. SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Christian Huber

Rechtsfolgen fehlender (spezialgesetzlicher) Legalzessionsnormen 441

Christian Rolfs und Riccarda Marcelli

Gestörte Gesamtschuld 471

V. SONSTIGES VERKEHRSRECHT

Werner Bachmeier

Smartwatches, Smartglasses, sonstige Wearables und das Handy-Verbot
oder Technik und das Fehlen effektiver Normensetzung 487

Joachim J. Janezic

Drohnen über Österreich 499

Gerhard Pürstl

Ist das System der Erteilung von Fahrschulbewilligungen
verfassungswidrig? 511

Othmar Thann

Straßenverkehrsrecht – Basis der Verkehrssicherheit 529

VI. ZIVILGERICHTLICHES VERFAHRENSRECHT

Peter G. Mayr

Die beiden Habilitationen Franz Kleins 543

<i>Hubertus Schumacher und Eva Klingler</i>	
Zustellung im österreichischen Zivilverfahren	559
<i>Wolfgang Wellner</i>	
Der Anscheinsbeweis bei Verkehrsunfällen	579
<i>Wigbert Zimmermann</i>	
Zur Sorgfaltspflicht im Schriftsatzwesen	589
VII. INTERNATIONALES SCHADENERSATZ- UND ZIVILPROZESSRECHT	
<i>Dirk Looschelders</i>	
Abwicklung internationaler Verkehrsunfälle vor deutschen und österreichischen Gerichten – unter besonderer Berücksichtigung des Direktanspruchs	603
<i>Oskar Riedmeyer</i>	
Rechtsprechung des EuGH zu den KH-Richtlinien und den sonstigen Verordnungen und Richtlinien über die Regulierung internationaler Verkehrsunfälle	629
<i>Judith Schacherreiter</i>	
Die internationale Zuständigkeit für Prospekthaftungsklagen nach der EuGVVO	645
<i>Martin Spitzer</i>	
Der Klimawandel als juristische Kategorie – Internationale Perspektiven	655
<i>Alexander Wittwer</i>	
Interventions- und Regressklage der (Sozial-)Versicherung (am gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten) im internationalen Schadensfall	669
VIII. ALLGEMEINES ZIVILRECHT	
<i>Johann Kriegner</i>	
Die Verwendung von rechtswidrigen Vertragsklauseln aus Verbrauchersicht	681
<i>Eike Lindinger</i>	
Verletzung der Aufklärungs- und/oder Informationspflicht – ein selbstständiger Reisemangel?	697

Georg Nowotny

Die Vertretung von kirchlichen katholischen juristischen Personen,
insbesondere von Ordensgemeinschaften und Kongregationen,
im staatlichen österreichischen Recht 707

Wolfgang Pfeffer und Karl-Heinz Wegrath

Benützungsentgelt bei Wandlung 737

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 745

Lebenslauf und beruflicher Werdegang von Karl-Heinz Danzl 749

Publikationsverzeichnis Karl-Heinz Danzl 751

Der normative Schaden im schweizerischen Recht

*Hardy Landolt**), Glarus

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Grundsatz der ausschließlichen Haftung für Vermögensschäden
 - A. Differenztheorie
 - B. Nichtvermögensschaden – normativer Schaden
- III. Ersatzpflicht für den Nutzungsausfall
 - A. Allgemeines
 - B. Nutzungsausfall von Motorfahrzeugen
 - C. Genugtuungsanspruch bei einem Nutzungsausfall?
 - D. Entschädigungspflicht für widerrechtlich erlangte Nutzungsvorteile
- IV. Ersatzpflicht für unentgeltliche Mehraufwendungen
 - A. Allgemeines
 - B. Betreuungs- und Pflegeschaden
 - C. Haushaltschaden
 - D. Normativer und fiktiver Sachschaden
- V. Ersatzpflicht für beeinträchtigte Affektionsinteressen
 - A. Allgemeines
 - B. Genugtuungsanspruch bei Tötung und Körperverletzung
 - C. Genugtuungsanspruch bei Sachschäden
- VI. Ersatzpflicht für nutzlos werdende Aufwendungen
- VII. Ersatzpflicht für verlorene Chancen
 - A. Verlust von Heilungschancen
 - B. Verlust von Erwerbchancen

I. Einleitung

„Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.“¹⁾ – Mit diesem Satz umschreibt der schweizerische Gesetzgeber die Voraussetzungen, die für die Begründung einer haftungsrechtlichen Ersatzpflicht gegeben sein müssen. Der außervertragliche Haftungsanspruch hängt davon ab, dass bei einer Person ein „Schaden“ eingetreten ist und eine andere Person diesen Schaden „widerrechtlich“ verursacht hat und ihr die Schadensverursachung im Sinne eines Verschuldens vorgeworfen werden kann. Im Umkehrschluss bedeutet diese Grundsatznorm, dass keine Ersatzpflicht besteht, wenn entweder kein Schaden eingetreten oder die Schadensverursachung rechtmäßig erfolgt ist oder dem Schadenverursacher die unrechtmäßige Herbeiführung des Schadens nicht persönlich vorgeworfen werden kann.

*) Prof. Dr. *Hardy Landolt*, LL.M., Rechtsanwalt und Notar in Glarus; Universität St. Gallen.

1) Art 41 Abs 1 OR.

Die Absolutheit dieser Aussage verleitet zur Annahme, dass es keine Ausnahmen gibt bzw kein Haftungsanspruch entstehen kann, wenn eine der vier vorgenannten Haftungsvoraussetzungen des Schadens, der Widerrechtlichkeit, der Kausalität und des Verschuldens nicht erfüllt ist. Aber jeder Jurist weiß, dass es auf die Umstände ankommt. Und diese Parömie gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber selber einzelfallweise Ausnahmen mit Bezug auf einzelne Haftungsvoraussetzungen statuiert, aber keine allgemeine Ausnahmebestimmung kennt, die es dem Richter erlauben würde, eine Ersatzpflicht einzelfall- und ausnahmsweise vorzusehen, obwohl nicht alle im Gesetz genannten Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Hinsichtlich des Haftungstatbestandes – im außervertraglichen Bereich die Widerrechtlichkeit, im vertraglichen Bereich die Vertragsverletzung – sieht der Gesetzgeber entweder eine Haftung bei bloßer Sittenwidrigkeit²⁾, eine Zufallshaftung³⁾ oder eine ausnahmsweise Ersatzpflicht bei rechtmäßiger Schadenverursachung⁴⁾ vor. Eine ausnahmsweise Ersatzpflicht trifft auch den urteilsunfähigen Schadensverursacher, wenn es die Billigkeit erheischt,⁵⁾ der haftungsausschließende Zustand der Urteilsunfähigkeit vom Betroffenen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt worden ist⁶⁾ oder der Gesetzgeber anstelle der Verschuldens- eine Kausal-⁷⁾ oder Gefährdungshaftung⁸⁾ vorsieht.

Neben diesen gesetzlichen Ausnahmen hat die Rsp weitere Tatbestände herausgearbeitet, bei welchen einzelne Haftungsvoraussetzungen nicht in idealer Weise erfüllt sein müssen. Eine Haftung ohne Mitwirkung an der Entstehung des Schadens durch ein aktives Verhalten oder ein pflichtwidriges Unterlassen ist nach der bundesgerichtlichen Rsp zwar grundsätzlich ausgeschlossen.⁹⁾ Eine Haftung für ein schadensverursachendes Verhalten einer Drittperson setzt eine gesetzliche Zurechnungsnorm voraus.¹⁰⁾ Immerhin hat die Rsp erkannt, dass der rechtserhebliche Kausalzusammenhang nicht nur im Sozialversicherungsrecht, sondern auch im Haftungsrecht nicht mit dem an sich erforderlichen Beweismaß der annähernden Sicherheit nachgewiesen werden muss. Von einer rechtserheblichen Kausalität darf der Richter bereits dann ausgehen, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Verhalten des präsumtiven Schadenverursachers den bei einer anderen Person tatsächlich eingetretenen Schaden verursacht hat.¹¹⁾

2) Vgl Art 41 Abs 2 OR.

3) Einer Zufallshaftung unterliegen der Verzugsschuldner (vgl Art 103 OR) und der Geschäftsführer ohne Auftrag (vgl Art 422 OR sowie BGE 48 II 490 ff und 61 II 97 f). Eine Zufallshaftung besteht ferner kraft besonderer Vorschriften (vgl zB Art 299b OR [Haftung des Pächters nach Inventar], Art 306 Abs 3 OR [Haftung des Entlehners], Art 474 Abs 2 OR [Haftung des Aufbewahrers], Art 487 OR [Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen] und Art 490 OR [Haftung der Stallwirte für eingebrachte Tiere, Wagen und Sachen] sowie ferner Art 104 f., Art 195 Abs 1, Art 208 Abs 2, Art 237, Art 365 Abs 1 und Art 531 Abs 3 OR).

4) Weiterführend *Landolt*, Haftung für rechtmäßige Schadenverursachung, HAVE 2014, 3 ff.

5) Vgl Art 54 Abs 1 OR.

6) Vgl Art 54 Abs 2 OR.

7) S zB Art 56 ff OR.

8) Vgl zB Art 58 SVG.

9) Vgl BGE 141 III 513 E. 5.3.

10) Vgl Art 55 ZGB sowie Art 55 und 101 OR.

11) Statt vieler BGE 117 V 369 E. 3e und 107 II 272 E 1b.

II. Grundsatz der ausschließlichen Haftung für Vermögensschäden

A. Differenztheorie

Der Gesetzgeber verwendet zwar den Begriff des Schadens und umschreibt den Personenschaden beispielhaft mit „Kosten“, „Nachteilen gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit“ oder „Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens“.¹²⁾ Eine einheitliche Umschreibung dessen, was Schaden ist, fehlt jedoch im Gesetz. Das Bundesgericht betont, dass der Schadensbegriff nach Maßgabe der Differenztheorie zu bestimmen sei: „Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“¹³⁾.

Die Differenztheorie bestimmt – bei einer wortgetreuen Anwendung – den Schaden mittels Subtraktion so, dass in zeitlichen Abständen ein Vermögensvergleich angestellt und anschließend festgestellt wird, ob die Vermögensdifferenz als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetreten ist. Nicht nur die Praxis, sondern auch das Bundesgericht wenden nicht die Subtraktions-, sondern die Additionsmethode an, indem antizipierend der Kausalentscheid getroffen wird und die ersatzfähigen Schadensposten identifiziert und schließlich addiert werden. Nach der bundesgerichtlichen Rsp ist dabei zwischen dem aufgelaufenen und dem zukünftigen Schaden zu unterscheiden, wobei als Rechnungstag der Urteilstag der letztinstanzlichen kantonalen Instanz gilt¹⁴⁾ und innerhalb der beiden Berechnungsphasen unterschiedliche Berechnungsperioden je nach dem Schadenverlauf zu unterscheiden sind.¹⁵⁾

B. Nichtvermögensschaden – normativer Schaden

Die Differenztheorie setzt voraus, dass sich der unfreiwillige Nachteil entweder in der Erfolgsrechnung als unfreiwilliger Aufwand bzw unfreiwilliger Ertragsrückgang oder in der Bilanz als unfreiwillige Verminderung der Aktiven bzw als unfreiwillige Vergrößerung der Schulden niederschlägt. Kann kein derartiger finanzieller Nachteil nachgewiesen werden, ist die Annahme eines Schadens ausgeschlossen und scheidet ein allfälliger Haftungsanspruch von vornherein.

Vor diesem Hintergrund sind Nutzungsausfälle oder Mehraufwendungen, die als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses bei der geschädigten Person oder einer mit ihr faktisch oder rechtlich verbundenen Person eintreten, aber mit keinen finanziellen Nachteilen verbunden sind, nicht ersatzfähig.¹⁶⁾ Ebenso wenig ersatzfähig sind unfreiwillige Nachteile, denen bilanztechnisch kein monetärer Wert zugeordnet werden kann, wie das für verlustig gehende Chancen, Lebensqualitätseinbußen oder Schmerzen und dergleichen „Seelenschäden“ der

12) Vgl Art 46 Abs 2 OR.

13) BGE 132 III 186 E. 8.1.

14) Im Gegensatz zum übrigen Personenschadenersatzrecht, wo der aufgelaufene Schaden bis zum Urteilstag und der zukünftige Schaden getrennt voneinander berechnet werden, ist der Versorgungsschaden rückwirkend auf den Todestag zu berechnen (vgl BGE 124 III 222 E. 4c).

15) Vgl Urteil BGer 4A_511/2012 und 4A_521/2012 vom 25.2.2013 E. 5.3.2 ff.

16) Vgl zB BGE 132 III 379 E. 3.3.2 und 126 III 392 E. 11a.

Fall ist. Wird die Unfreiwilligkeit des finanziellen Nachteils als entscheidungserhebliches Moment betrachtet, sind schließlich auch vor dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses getätigte Investitionen, die sich als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses als nutzlos erweisen, nicht ersatzfähig.

Die Rsp hat gleichwohl für verschiedene der vorgenannten Konstellationen eine Ersatzpflicht bejaht. Im Kontext mit der Ersatzpflicht für solche Nichtvermögensschäden wird der Begriff des normativen Schadens bemüht. Diese auf *Selb* zurückgehende Begriffsdefinition wird allerdings von verschiedenen Autoren unterschiedlich verstanden.¹⁷⁾ Die Mehrheit versteht unter einem normativen Schaden einen von der Rsp „fingierten“ Schaden, welcher zugesprochen wird, obwohl der „Geschädigte“ keinen konkreten Vermögensschaden nachweisen kann.¹⁸⁾ Das Bundesgericht umschreibt den ersatzfähigen Nichtvermögensschaden – mit Ausnahme des immateriellen Schadens – als normativen Schaden.¹⁹⁾ Der normative Personenschaden wird aber einschränkend nur als Mehraufwand-, nicht aber auch als Nutzungsausfallschaden verstanden: „Der ‚normative‘, gleichsam von Gesetzes wegen ohne Nachweis der daraus konkret entstandenen Vermögenseinbuße zu ersetzende Schaden ist am Aufwand zu messen, den eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde.“²⁰⁾

Brehm setzt den normativen mit dem abstrakten Schaden gleich und versteht darunter eine Ersatzpflicht für einen Schaden, „der geltend gemacht wird, jedoch nicht nachgewiesen werden kann“²¹⁾. Nach der persönlichen Auffassung des Autors ist die Gleichsetzung des normativen mit dem abstrakten Schaden verfehlt, weil der abstrakte Schaden einer im Gesetz vorgegebenen für alle Geschädigten gleich hohen Geldsumme entspricht, welche diese anstelle des konkreten Schadens verlangen, letzteren aber nachweisen können.²²⁾ Mitunter sieht der Gesetzgeber lediglich vor, dass eine pauschalierte Geldsumme verlangt werden kann; dies ist insb im internationalen Verkehrsrecht der Fall, wo regelmäßig der ersatzfähige Personen- oder Sachschaden auf einen bestimmten Betrag von Sonderziehungsrechten beschränkt ist.²³⁾ Der normative Schaden demgegen-

17) S etwa *Fellmann*, Normativierung des Personenschadens – der Richter als Gesetzgeber?, in *Personen-Schaden-Forum* 2005 (2005) 13 ff, *Honsell*, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in *Fuhrer* (Hrsg), Festschrift. Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 255 ff, *Landolt*, Der Nichtvermögensschaden. Ersatzpflicht für immaterielle, normative und fiktive Schaden, in *Fuhrer* (Hrsg), Festschrift. Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 341 ff, und *Stoessel*, Schadensberechnung nach der Differenztheorie – sowie kritische Bemerkungen zum „normativen Schaden“, in *Fuhrer* (Hrsg), Festschrift. Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 601 ff.

18) So exemplarisch HGer Zürich HG110226 vom 18.3.2016 E. II/2.2.2, wonach ein „normativer“ Schaden einem Nachteil entspricht, der sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert hat.

19) S zB BGE 127 II 403 E. 4b.

20) Urteil BGer 4C.166/2006 vom 25.8.2006 E. 4.1.

21) *Brehm*, Berner Kommentar, N 70d zu Art 41 OR.

22) Gem Art 191 Abs 3 OR kann der Käufer im kaufmännischen Verkehr bei Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Preise zur Erfüllungszeit als Schadenersatz verlangen, ohne sich den Ersatz anzuschaffen. Er ist aber befugt, den konkret erlittenen Schaden nachzuweisen (vgl Urteil BGer 4A_257/2007 vom 8.11.2007 E. 3).

23) Vgl zB *Landolt*, Haftung für Personenschäden im internationalen Verkehr, HAVE 2016, 269 ff.

über umschreibt unfreiwillige Nachteile, denen a priori keine Geldsumme zugeordnet werden kann. Der normative Schaden hat auch nichts mit der ermessensweisen Festsetzung der Schadenshöhe durch den Richter gem Art 42 Abs 1 OR zu tun, wenn der Geschädigte den konkreten Schaden, den er erlitten hat, ziffernmäßig nicht nachweisen kann. In dieser Konstellation ist ein Vermögensschaden an sich nachgewiesen, nur kann ihn der Geschädigte entweder gar nicht oder zumindest mit zumutbarem Aufwand nicht beziffern.

III. Ersatzpflicht für den Nutzungsausfall

A. Allgemeines

Im Zusammenhang mit Nutzungsausfällen bei Personen und Sachen ist unklar, ob Nutzungsausfälle widerrechtlich sind und ob sie zu einem Schaden führen, auch wenn der vom Nutzungsausfall Betroffene keine vermögensmäßigen Nachteile erleidet. Der Nutzungsausfall einer Person ist, wenn diese getötet oder verletzt wird, gem Art 111 ff StGB bzw Art 45 ff OR rechtswidrig, während bei Nutzungsausfällen, die iZm der Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung von Sachen eintreten, umstritten ist, ob der Funktionsausfall als widerrechtliche Einwirkung auf die Sache qualifiziert werden kann.

Eine Sachbeschädigung kann nach der Auffassung der deutschen²⁴⁾ und österreichischen²⁵⁾ Praxis nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache erfolgen, sofern die bestimmungsgemäße Verwendung der Sache erheblich beeinträchtigt wird. Die schweizerische Lehre²⁶⁾ ist uneinheitlich. Nach der persönlichen Auffassung des Autors sind auch bloße Funktionsbeeinträchtigungen, insb eine Sachentziehung, die mit Strafe bedroht ist,²⁷⁾ per se rechtswidrig.²⁸⁾

Aus der Rechtswidrigkeit kann allerdings nicht auf das Vorhandensein eines Schadens geschlossen werden. Nach der Differenztheorie stellt der Entzug von Nutzungsmöglichkeiten²⁹⁾ bzw eine Beeinträchtigung der körperlichen

24) S dazu *Rey*, Deliktsrechtliche Ersatzfähigkeit reiner Nutzungsbeeinträchtigungen an Sachen- Ein künftiges Diskussionsthema in der Schweiz?, in *Koziol/Spier* (Hrsg), Tort and insurance law. Vol. 10 (Wien) 283 ff, 285 ff.

25) S zB OGH 25.5.1999, 6 Ob 201/98x: Nach Ansicht des OGH stellt die Blockade einer Zufahrtsstraße zu einem Bauplatz durch Demonstranten, wodurch die Bautätigkeit an einem öffentlichen Bauvorhaben verhindert wird, einen Eingriff in das Eigentumsrecht des Liegenschaftseigentümers dar, wenn die Blockade die dauerhafte Entziehung der Benützung der Bauliegenschaft anstrebte.

26) Zustimmend *Fuhrer*, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Liquidation von Sachschäden, in: Tagungsbeiträge / Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993 (1993) 73 ff, ablehnend *Schaer*, Zurechnungstheorien und Ersatzfähigkeit des Schadens. Bemerkungen zu einem Vorentwurf Gesamtrevision Haftpflichtrecht, SVZ 1997, 166 ff, 176 f. Offengelassen in Urteil HGer ZH vom 30.1.2004 = ZR 2004 Nr 75 E. 5a. Dazu *Hunziker-Blum*, Ein ausgewachsener Sachschaden. Zur Abgrenzung von Sach- und Vermögensschäden. ZR 103 (2004) Nr 75, HAVE 2005, 1238 ff.

27) Vgl Art 141 StGB.

28) S dazu auch BGE 114 II 230 E. 4b (Beeinträchtigung des Zugangs zu einer Liegenschaft) und 102 II 85 ff (Stromunterbruch nach Kabelbruch).

29) Vgl BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr 69 E. 2.2 und 126 III 388 E. 11a.

Leistungsfähigkeit an sich³⁰⁾ keinen Schaden dar. Der Schaden entsteht erst dann, wenn die eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit bzw die beeinträchtigte Leistungsfähigkeit beim Verletzten mit unfreiwilligen finanziellen Nachteilen verbunden ist, die rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses sind.³¹⁾ Die Abgrenzung zwischen einem eigentlichen Vermögensschaden und einem bloßen Nutzungsausfall ist dabei nicht immer klar, wie der vom Bundesgericht beurteilte Fall der beeinträchtigten Nutzung eines Autoabstellplatzes in einer Tiefgarage anschaulich zeigt. Je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles kann ein Mietzins- oder ein bloßer Nutzungsausfall eintreten³²⁾.

B. Nutzungsausfall von Motorfahrzeugen

Wird eine Sache als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses in ihrer Substanz oder hinsichtlich ihrer Funktionalität beeinträchtigt, bezieht sich der Schadensersatzanspruch des Eigentümers auf Ersatz der Reparaturkosten³³⁾ bzw der Wiederbeschaffungskosten³⁴⁾ oder den Ausgleich des Minderwertes³⁵⁾. Eine Gemeinde, in deren Gebiet durch eine rechtswidrige Sprengung eine Lawine ausgelöst wurde, kann nur ihren eigenen Sachschaden, nicht aber auch denjenigen von anderen Geschädigten geltend machen.³⁶⁾ Erleidet der Eigentümer einer zerstörten, beschädigten oder entwendeten Sache keinen Vermögensschaden, stellte der bloße Nutzungsausfall keinen Schaden dar.

Eine haftungsrechtliche Sonderstellung nimmt der Nutzungsausfall von Motorfahrzeugen ein. Unbestritten ist, dass die tatsächlichen Kosten, die iZm einem Nutzungsausfall entstehen, als mittelbarer Sachschaden zu entschädigen sind. Diesbezüglich besteht lediglich Unklarheit, wie der tatsächliche Nutzungsausfall zu berechnen ist³⁷⁾ und ob allfällige Reservekosten ebenfalls zu berücksichtigen sind.³⁸⁾ Verzichtet der geschädigte Eigentümer darauf, ein Ersatzfahrzeug zu mieten, ist demgegenüber umstritten, ob eine „normative“ Nutzungsausfallentschädigung beansprucht werden kann. Die ältere bzw kantonale Rsp

30) Vgl BGE 127 III 403 E. 4a und 95 II 255 E. 7a

31) Vgl BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr 69 E. 2.2.

32) Vgl Urteil BGer 5A_657/2014 vom 27.4.2015 E. 9.4.

33) Vgl BGE 127 III 365 E. 2a und Urteile AppGer FR vom 26.5.1999 = RFJ 1999, 226 E. 2b/aa und Pretore del Distretto di Lugano vom 14.7.1997 i.S. T. M. = SG 1997 Nr 1271.

34) Vgl Urteil BGer 4C.244/2006 vom 30.10.2006 E. 4.2.

35) Wird die beschädigte Sache, namentlich ein Auto, fachgerecht repariert oder ein Ersatzgegenstand angeschafft, kann idR ein technischer Minderwert ausgeschlossen werden (vgl BGE 111 II 162 E. 3c und Urteil Bezirksgerichtsausschuss Plessur GR vom 11.9.2003 = SG 2003 Nr 1579 E. 5). Verbleibt ein merkantiler Minderwert, weil die reparierte Sache oder der Ersatzgegenstand einen geringeren Wiederverkaufswert hat, ist dafür angemessen Ersatz leisten (vgl BGE 84 II 158 E. 2 und 64 II 137 E. 3c).

36) Vgl BGE 100 II 120 E. 7a.

37) Vgl Enderli, Die Haftung bei Unfällen mit schweren Motorfahrzeugen, in Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2013 (2013) 143 ff, 159 ff, und ferner die Empfehlungen „Kalkulation der Chômage-Entschädigung“ des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbandes (www.astag.ch/?rub=709 – zuletzt abgefragt am).

38) Zustimmend *ibid*, 158, und Landolt, Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht für Autoschäden, in Schaffhauser (Hrsg), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2008 (2008) 89 ff, ablehnend Honsell, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in Fuhrer (Hrsg), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 255 ff, 268 f.

bejaht – vorbehältlich eines „cas d’abus manifeste“³⁹⁾ – den Nutzungsausfall eines beschädigten Autos als Schaden, und zwar unabhängig davon, ob ein Ersatzfahrzeug gemietet wurde, jedoch nur für die Dauer vom Zeitpunkt der Beschädigung bis zum Zeitpunkt, in dem die Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs zumutbar ist.⁴⁰⁾ Die Nutzungsausfallentschädigung beträgt bei einem Ersatzwagenmietverzicht 40 bis 50% der mutmaßlichen Ersatzwagenmietkosten.⁴¹⁾

C. Genugtuungsanspruch bei einem Nutzungsausfall?

Der Verzicht auf die Nutzung einer liebgewonnenen Sache ist mit der Frage verbunden, ob der Nutzungsausfall eine immaterielle Unbill verursacht und der betroffene Eigentümer einen Genugtuungsanspruch geltend machen kann.⁴²⁾ Die Rsp bejaht einen Genugtuungsanspruch nur sehr zurückhaltend. Muss sich der Mieter vorübergehend in einer sehr ungemütlichen Ersatzwohnung aufhalten, hat er keinen Anspruch auf eine Genugtuung.⁴³⁾ Eine immaterielle Unbill ist aber zu bejahen, wenn eine mangelhaft erstellte Zahnprothese große Unannehmlichkeiten während rund eines Jahres zur Folge hat bzw sie nicht benutzt werden konnte.⁴⁴⁾ Verdorbener Feriengenuss kann, sofern eine schwere Beeinträchtigung vorliegt, persönlichkeitsverletzend sein und eine immaterielle Unbill verursachen.⁴⁵⁾

D. Entschädigungspflicht für widerrechtlich erlangte Nutzungsvorteile

Widerrechtlich erlangte Nutzungsvorteile sind praxisgemäß zu entschädigen, auch wenn der Nutzungsausfall für den betroffenen Eigentümer keinen Schaden zur Folge gehabt hat. Personen, die auf privaten Grundstücken unerlaubt parkieren, haben dem Eigentümer – als Folge eines von der Rsp fingierten faktischen Vertragsverhältnisses – eine Umtriebsentschädigung zu erstatten.⁴⁶⁾ Zu erstatten sind dem Eigentümer aber nur jene Umtriebe, die ihm durch das Falschparkieren im jeweiligen Fall tatsächlich entstanden sind. Dazu gehören der für die Geltendmachung der Zivilansprüche erforderliche Personalaufwand und die Auslagen für Papier, Porto etc. Hingegen besteht kein Anspruch auf Ersatz von allgemeinen Überwachungs- und Sicherungsmaßnahmen gegenüber Parksündern, da sie nicht dem einzelnen fehlbaren Lenker zugeordnet werden

39) Vgl JdT 1964 I 455 Nr 68.

40) Vgl Urteil Tribunal cantonal NE vom 2.2.1981 i. S Liechti c. La Bâloise = JdZ 1984 I 444 Nr 52 (Zweitfahrzeug) und JdT 1964 I 455 Nr 68.

41) Vgl Urteil Tribunal cantonal NE vom 2.2.1981 i. S Liechti c. La Bâloise = JdZ 1984 I 444 Nr 52.

42) S dazu auch infra Ziffer V/C.

43) Vgl Urteil BGer 4C.169/1998 vom 2.2.1999 = mietrechtspraxis 1999, 125; ferner Urteile OGer ZH vom 17.12.1985 = SJZ 1986, 388 = ZR 1986 Nr 58 E. 8, und vom 25.8.1983 = ZR 1984 Nr 12 E. 12 (beide betreffen Unannehmlichkeiten des Mieters einer Ferienwohnung).

44) Vgl Urteil BGer 4C.170/1996 vom 1.7.1997 = Assistalex 1997 Nr 3447 = NZZ vom 11.8.1997, 12.

45) Vgl BGE 115 II 474 E. 3; ferner Urteile OGer ZH vom 17.12.1985 = SJZ 1986, 388 = ZR 1986 Nr 58 E. 8, vom 25.8.1983 = ZR 1984 Nr 12 E. 12 und vom 13.11.1980 = SJZ 1981, 79 = ZR 1980 Nr 131 E. 3 sowie ferner *Roberto*, Ersatzpflicht für verdorbenen Feriengenuss, HAVE 2016, 276 ff.

46) Vgl Urteil BGer 6S.77/2003 vom 6.1.2004 E. 4.2.

können. Demgegenüber zählt eine Belohnung, die für die Ermittlung des Falschparkierers bezahlt wurde (sog Fangprämie), zu den erstattungsfähigen Rechtsverfolgungskosten.⁴⁷⁾

IV. Ersatzpflicht für unentgeltliche Mehraufwendungen

A. Allgemeines

Nach der bundesgerichtlichen Rsp sind Mehraufwendungen, die Drittpersonen an Stelle der getöteten Person bzw für die körperverletzte Person unentgeltlich ausführen, zu entschädigen. Eine Ersatzpflicht wird für den Haushaltschaden⁴⁸⁾ sowie den Betreuungs- und Pflegeschaden⁴⁹⁾ anerkannt. Die ausnahmsweise Ersatzpflicht für unentgeltlich ausgeführte Mehraufwendungen soll nach der Meinung der Bundesrichter jedoch auf den Haushalts- sowie Betreuungs- und Pflegeschaden beschränkt bleiben.⁵⁰⁾

Der normative Personenschaden war nach der Rsp auch im Rahmen des Opferhilferechtes ersatzfähig.⁵¹⁾ Das Opfer einer Straftat hatte insb einen opferhilferechtlichen Anspruch auf Ersatz des normativen Haushaltschadens.⁵²⁾ Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Revision des Opferhilfegesetzes im Jahr 2009 einerseits den Genugtuungsanspruch auf maximal CHF 70.000,- für die Opfer von Straftaten bzw CHF 35.000,- für die Angehörigen des Opfers beschränkt⁵³⁾ und andererseits eine Entschädigung für normative Personenschäden ausgeschlossen. Haushaltschaden und Betreuungsschaden werden seither nur berücksichtigt, wenn sie zu zusätzlichen Kosten oder zur Reduktion der Erwerbstätigkeit führen.⁵⁴⁾

B. Betreuungs- und Pflegeschaden

Das Bundesgericht und kantonale Gerichte bejahen die Ersatzfähigkeit des Betreuungs- und Pflegeschadens seit je.⁵⁵⁾ Art 46 OR gewährt der verletzten Person insb Anspruch auf Ersatz der Kosten, die sie aufwenden muss, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens einzuschränken. Darunter fallen die tatsächlichen Kosten dauernder Betreuung und Pflege. Aber auch die Pflege zu Hause geht, soweit sie rechtserhebliche Folge des haftungsbegrün-

47) Ibid.

48) Dazu BGE 127 III 403 E. 4.

49) S zB Urteile BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2002 = Pra 2002 Nr 212 E. 6 und ferner 4A_48/2010 vom 9.7.2010 E. 1.3.4.2. und 4A_500/2009 vom 25.5.2010 E. 2.

50) So explizit BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

51) Das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 23.3.2007 (SR 312.5) gewährt verschiedene Ansprüche. Der Opferhilfe umfasst gem Art 2 OHG Beratung und Soforthilfe, längerfristige Hilfe der Beratungsstellen, Kostenbeiträge für längerfristige Hilfe Dritter, Entschädigung, Genugtuung und Befreiung von Verfahrenskosten.

52) Vgl BGE 131 II 656 E. 6.

53) Vgl Art 23 Abs 2 OHG.

54) Vgl Art 19 Abs 4 OHG.

55) Statt vieler Landolt, Pflege- und Betreuungsschaden, in Weber/Münch (Hrsg), Haftung und Versicherung. Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht² (2015) 467 ff.

denden Ereignisses ist, zulasten des Haftpflichtigen, und zwar unabhängig davon, ob bereits tatsächlich Kosten entstanden sind oder entstehen werden.⁵⁶⁾

Der normative Betreuungs- und Pflegeschaden ist nach der Rsp des Bundesgerichts unter Zugrundelegung des erforderlichen Stundenaufwandes nach dem ortsüblichen Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln, wobei der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung maßgeblich ist⁵⁷⁾ und auch Stellvertretungskosten zu berücksichtigen sind. Es ist auf die tatsächlichen Kosten abzustellen, die eine entsprechende Betreuung verursachen würde, bzw auf deren Marktwert. Ein darüber hinausgehender Erwerbsausfall des Pflegenden ist dagegen idR nicht zu ersetzen.⁵⁸⁾ Es macht dabei keinen Unterschied, ob der normative Schadenersatz für die Vergangenheit oder für die Zukunft verlangt wird.⁵⁹⁾

In einem Entscheid aus dem Jahr 2010 hat das Bundesgericht mit der Bemerkung, dass der Besuchsschaden nicht als Teil des Pflegeschadens „normativ“ betrachtet bzw nach einem objektiven Wert der Besuche bestimmt werden könne, für Verwirrung gesorgt. Die Bundesrichter hielten explizit fest: „Besuche im Spital oder Pflegeheim haben ihren Grund in jedem Fall in der persönlichen Beziehung und können nicht als Leistung Dritter bewertet werden; sie haben keinen Marktwert.“⁶⁰⁾ Man mag dieser allgemeinen Bemerkung allein deswegen

56) Vgl BGE 28 II 200 ff (Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau), BGE 33 II 594 ff (Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben durch Mutter), BGE 35 II 216 ff (Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte), BGE 57 II 94 ff (Krankenbesuche des Ehemannes), BGE 97 II 259 ff (Pflege und Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter), BGE 108 II 422 ff (Pflege und Betreuung einer 15-jährigen Tochter durch Mutter) sowie Urteile BGer 4C.412/1998 vom 23.6.1999 = Pra 1999, Nr 171 (Pflege und Betreuung eines Knaben durch Eltern) und BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2002 = HAVE 2002, 276 ff, 4A_500/2009 vom 25.5.2010 = HAVE 2011, 3 E. 2 und 3 (Pflege einer 8-jährigen mit unfallbedingtem apallischem Syndrom mit Wachkoma durch Eltern), 4A_48/2010 vom 9.7.2010 E. 1.3.4.2 (Abklärung des Betreuungs- und Pflegebedarfs) und BGer 4A_225/2011 vom 15.7.2011 E. 2 (Pflege einer 8-jährigen mit unfallbedingtem appallischem Syndrom mit Wachkoma durch Eltern) sowie ferner KGer VS vom 2.3./6.9.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr 16 (Betreuung und Pflege eines Paraplegikers durch Angehörige und Hausangestellte), VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S (Pflege und Betreuung durch Ehemann), BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen (Pflege und Betreuung durch Ehemann), Cours Civiles NE vom 6.11.1995 i.S. B. K. (Pflege und Betreuung durch Angehörige und Dritte), HGer ZH E01/O/HG950440 vom 12.6.2001 = plädoyer 2001/6, 66 und 2002/1,67 = ZR 2002 Nr 94 = ZBJV 2003, 394 (Pflege und Betreuung einer 21-jährigen durch Mutter) und HG030230/U/ei vom 23.6.2008 = SG 2010 Nr 1634 (Pflege einer Paraplegikerin durch Konkubinatspartner), Appellationshof BE vom 13.2.2002 = ZBJV 2002, 831 ff und 2003, 394 ff (Besuche und Betreuung eines achtjährigen Verkehrsunfallopfers durch Mutter), OGer LU 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 (Pflege eines betagten Unfallopfers durch erwachsene Tochter), 11 04 163 vom 27.9.2006 = SG 2008 Nr 1612 (Pflege eines 20-jährigen Verkehrsunfallopfers mit funktioneller Triplegie und einem schweren Schädelhirntrauma) und 11 08 127 vom 27.8.2009 = LGVE 2010 I Nrn. 12 und 20 (Pflege einer 8-jährigen mit unfallbedingtem apallischem Syndrom mit Wachkoma durch Eltern) sowie KGer GR ZK2 09 49 vom 23.11.2009 E. II/7 (Betreuung und Pflege durch Angehörige nach Skiunfall).

57) Vgl Urteile BGer 4A_500/2009 vom 25.5.2010 E. 2.1 und 4C.276/2001 vom 26.3.2002 = Pra 2002 Nr 212 E. 6b/dd.

58) Ibid.

59) Vgl Urteil BGer 4A_500/2009 vom 25.5.2010 E. 2.1.

60) Ibid. E. 3.3.

zustimmen, um einen unerwünscht besuchende Angehörige nicht entschädigen zu müssen; weil aber im fraglichen Entscheid der Mutter, nicht aber auch dem Vater ein Ersatz für die Besuche im Spital zugesprochen worden ist, wird seither in der Schadenerledigungspraxis – je nachdem, auf welcher Seite man sich befindet – von der Nichtersatzfähigkeit der Besuchsbemühungen oder von einem Fehlurteil gesprochen. Nach der persönlichen Meinung des Autors sind Besuche genauso wie unentgeltlich erbrachte Betreuungs- und Pflegeleistungen normativ ersatzfähig.⁶¹⁾

Bislang wurde seitens der Gerichte noch nicht entschieden, ob auch der Selbstversorgungsmehraufwand ersatzpflichtig ist. Gegen eine Ersatzpflicht des Selbstversorgungsmehraufwandes spricht der Umstand, dass der bloße Zeitverlust (sprich: Freizeitverlust) kein Vermögensschaden ist, wohl aber einen Umstand darstellt, der bei der Bemessung der Genugtuung zu berücksichtigen ist. Trotz dieser Vorbehalte ist eine Ersatzpflicht für den normativen Selbstversorgungsschaden zu bejahen. Beim Haushaltschaden wird der Selbstversorgungsmehraufwand entschädigt.⁶²⁾ Aus Gründen der Gleichbehandlung ist deshalb auch der Selbstpflegemehraufwand zu entschädigen. Der pflegerische Selbstversorgungsmehraufwand wird sodann im Geltungsbereich der Sozialversicherung bei der Hilflosenentschädigung leistungserhöhend angerechnet, insb bei einer unüblich auszuführenden Selbstpflege.⁶³⁾ Die Rsp anerkennt zudem, dass Querschnittgelähmte sich nicht selbst versorgen müssen, sondern sich durch Dritte betreuen bzw pflegen lassen dürfen,⁶⁴⁾ weshalb in schweren Körperverletzungsfällen ein Substitutionsrecht zu bejahen und die Selbst- wie die Drittpflege zu entschädigen ist. Betrifft die Selbstversorgung allerdings einen Zeitraum, in welchem der Geschädigte erwerbstätig oder hauswirtschaftlich tätig gewesen wäre, ist eine Entschädigung ausgeschlossen, weil der Geschädigte für diesen Zeitraum entschädigt wird und es ihm zumutbar ist, den Zeitgewinn mit dem Selbstversorgungsmehraufwand zu kompensieren.⁶⁵⁾

C. Haushaltschaden

1. Allgemeines

Art 46 Abs 1 OR nennt die „Arbeitsunfähigkeit“, die als Folge einer Körperverletzung verursacht worden ist, als Schadensposten. Ursprünglich verneinte das Bundesgericht die Ersatzfähigkeit von unentgeltlicher Arbeit, insb der Haushaltarbeit, nicht zuletzt mit dem Argument, der Mann sei der ausschließliche Versorger der Familie.⁶⁶⁾ Allmählich wurde die unentgeltliche Arbeit bzw die Hausarbeit als ersatzfähigen Personenschaden anerkannt. Das

61) Vgl Landolt, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden, HAVE 2011, 3 ff.

62) S dazu IV.C.1 infra.

63) Vgl BGE 121 V 88 E. 6b/c und 106 V 153 E. 2 sowie Urteile EVG H 128/03 vom 4.2.2004 E. 3.1 und i.S. Sch. vom 3.2.1988 E. 2d.

64) Vgl Urteile HGer ZH HG030230/U/ei vom 23.6.2008 = SG 2010 Nr 1634 E. 6.5 a und BGE 35 II 216 E. 5 und Urteil KGer VS i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union vom 2.3./6.9.1979 = SG 1979 Nr 136 E. 5a/bb und 5b/bb.

65) Vgl Landolt, Zürcher Kommentar, N 391 zu Art 46 OR und N 177 zu Art 47 OR.

66) Vgl BGE XVIII 394/400.

Bundesgericht erwog dabei, dass gem Art 46 Abs 1 OR die Nachteile gänzlicher oder teilweise Arbeitsunfähigkeit zu entschädigen seien und sich die Arbeitsvon der Erwerbsunfähigkeit unterscheide, weshalb auch eine nicht erwerbstätig gewesene bzw mutmaßlich nicht erwerbstätige, sondern ausschließlich im Haushalt tätige Hausfrau entschädigungsberechtigt sei.⁶⁷⁾

Ebenso wurde die Ersatzfähigkeit der iZm der Tötung einer im Haushalt tätig gewesenen Personen, mithin des Versorgungsausfallschadens gem Art 45 Abs 3 OR, dem Grundsatz nach bejaht.⁶⁸⁾ Die ältere Rsp auferlegte sich aber Zurückhaltung, indem die Vorbehalte gemacht wurden, dass Ersatz nur „je nach den Umständen“⁶⁹⁾ zugesprochen werden dürfe, in gutbürgerlichen Verhältnissen idR aber eine Ersatzpflicht ausgeschlossen sei.⁷⁰⁾ Seit dem Entscheid „Blein“⁷¹⁾ – dieser betraf den Ersatzanspruch eines Mannes, dessen Frau getötet wurde – gilt eine uneingeschränkte Ersatzpflicht für vom Verletzten oder Getöteten unentgeltlich erbrachten hauswirtschaftliche Dienstleistungen.⁷²⁾ Die Ersatzpflicht für den Haushaltschaden ist in der Lehre nicht unbestritten.⁷³⁾

Das Bundesgericht zeigt sich von dieser Kritik unbeirrt und umschreibt den normativen Haushaltschaden in konstanter Rsp wie folgt:

„Der Schaden aus eingeschränkter oder entfallener Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushalts wird nach der Rechtsprechung nicht bloss ersetzt, wenn konkret Kosten für Haushalthilfen erwachsen, die wegen des Ausfalls der Haushalt führenden Person beigezogen werden; auszugleichen ist vielmehr der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt. Der ‚normativ‘, gleichsam von Gesetzes wegen ohne Nachweis der daraus konkret entstandenen Vermögenseinbusse zu ersetzende Schaden ist am Aufwand zu messen, den eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde.“⁷⁴⁾

Kann der Verletzte nicht mehr im Betrieb seines Ehegatten unentgeltlich mithelfen, waren nach der älteren Rsp ebenfalls die mutmaßlichen Lohnkosten einer Ersatzkraft zu entschädigen.⁷⁵⁾ Nach der neueren Rsp soll der tatsächliche Schaden des Unternehmerehegatten, sei es in Form von effektiven Kosten einer Ersatzkraft oder eines Gewinnausfalls, der durch den Ausfall oder die Beeinträchtigung der Mitarbeit verursacht worden ist, entschädigt werden.⁷⁶⁾ Die nor-

67) Vgl BGE 57 II 94 E. 4b.

68) Vgl BGE 53 II 124 E. 4, 57 II 180/182, 66 II 175/177, 82 II 36 E. 4 und 82 II 132 E. 3, 101 II 257 E. 1a und 102 II 90 E. 2a.

69) Vgl BGE 53 II 123/125.

70) Vgl BGE 82 II 36 E. 4a.

71) Vgl BGE 108 II 434 ff.

72) Vgl BGE 131 III 360, 131 III 12, 129 II 145 und 129 III 135

73) Vgl z. B. *Chappuis*, Le préjudice ménager. Encore et toujours ou les errances du dommage normatif, HAVE 2004, 282 ff, *Herzog-Zwitter*, Haushaltschaden, normativer Schadenbegriff und der allgemeine Rechtsgrundsatz der Schadenminderung im Haftpflichtrecht, ibid 2005, 275 ff, und *Pergolis/Brunner*, Ungereimtheiten beim Haushaltschaden, ibid 202 ff.

74) BGE 127 III 403 E. 4b.

75) Vgl BGE 99 II 221 E. 2.

76) Vgl BGE 127 III 403 E. 4c/aa; ferner Urteil BGer 4P.1/2006 vom 6.4.2006 E. 2.2–2.4.

mativen Substitutionskosten sind demgegenüber bei landwirtschaftlichen Unternehmen zu entschädigen, wenn der Angehörige an Stelle des verletzten Unternehmerehegatten einspringt⁷⁷⁾ bzw der in einem Betrieb mitarbeitende Angehörige getötet wird.⁷⁸⁾

2. Haushaltsführungsaufwand

Der durch die Hausarbeitsunfähigkeit im relevanten Validenhaushalt entstehende Zeitausfall kann gestützt auf statistische Daten festgelegt oder konkret ermittelt werden.⁷⁹⁾ Der statistisch abgestützte Haushaltsführungsaufwand bestimmt sich nach Maßgabe der Erhebungen im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE).⁸⁰⁾ Diese unterscheidet die eigentlichen Hausarbeiten von der Kinderbetreuung bzw Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltmitgliedern, wobei die Hausarbeiten in acht und die Kinderbetreuung in drei Kategorien unterteilt werden. Die verfügbaren Tabellen unterscheiden den Haushaltsführungsaufwand je nach Geschlecht und der Anzahl der Mitglieder des jeweiligen Haushaltes.⁸¹⁾

Die konkrete Methode ist heranzuziehen, wenn die Statistiken keine Angaben zum Haushaltsführungsaufwand des mutmaßlichen Validenhaushalts enthalten oder der statische Referenzhaushalt wesentlich vom tatsächlichen Validenhaushalt abweicht. Die Berechnung des Zeitausfalls muss dann anhand anderer Hilfsmittel, zB eines individuellen Gutachtens, erfolgen.⁸²⁾ Aufgrund des Wahlrechts kann der Geschädigte auch bei Vorhandensein statistischer Erfahrungswerte den Zeitausfall konkret nachweisen. Wird der Stundenausfall konkret ermittelt, liegt eine Tatfrage vor, die vom Bundesgericht nicht überprüft werden kann.⁸³⁾ Bei Geschädigten, die den früheren Validenhaushalt weiterführen, hat eine Analyse des konkreten Haushaltes zu erfolgen.⁸⁴⁾

3. Monetäre Bewertung

Der durch die Hausarbeitsunfähigkeit verursachte Zeitausfall im mutmaßlichen Validenhaushalt ist mittels eines Stundenansatzes, der in der Wohnregion des Geschädigten einer Ersatzkraft bezahlt wird bzw werden müsste, zu multiplizieren, wobei 52 Wochen zu entschädigen sind.⁸⁵⁾ Praxisgemäß gilt ein Brut-

77) Vgl Urteile BGer 4C.83/2006 vom 26.6.2006 E. 3 und 4C.324/2005 vom 5.1.2006 E. 3.4 und 4P.65/2000 vom 31.8.2000 E. 3b sowie AmtsGer LU vom 27.12.1996 i.S. B. = SG 1996 Nr 94 E. 6.2.1/a.

78) Vgl Urteile BGer 4C.479/1994 vom 19.12.1995 = Pra 1996 Nr 206 E. 4b/bb und 4C.495/1997 vom 9.9.1998 = plädoyer 1999, 65 E. 5b sowie OGer ZH vom 21.4.1972 = ZR 1972 Nr 72 E. 6a.

79) Statt vieler BGE 132 III 321 E. 3.1.

80) S www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/unbezahlte-arbeit/haus-familienarbeit.html (zuletzt abgefragt am).

81) Ibid.

82) Vgl Urteil BGer 4C.166/2006 vom 25.8.2006 E. 5.2.

83) Vgl BGE 113 II 345 E. 2a.

84) Vgl BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr 69 E. 4.2.1.

85) Vgl BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr 119 E. 5, 129 II 145 E. 3.2.1, 108 II 434 = Pra 1983 Nr 54 E. 2b und 3; sowie Urteil BGer 4C.195/2001 vom 12.3.2002 = JdT 2003 I, 547 E. 5f/aa, vom 23. Februar 1994 = SJ 1994, 589 = JdT 1994 I, 727 E. 4b und 4C.239/1993 vom 11.2.1994 (Halbtagesangestellte).

to-brutto-Stundenansatz von CHF 30,-⁸⁶⁾, zudem ist eine Realloohnerhöhung von 1% pro Jahr zu berücksichtigen.⁸⁷⁾ Beschäftigt der Geschädigte eine hauswirtschaftliche Ersatzkraft, sind die effektiven Lohnkosten zu entschädigen.⁸⁸⁾

D. Normativer und fiktiver Sachschaden

1. Allgemeines

Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass nach geltendem Recht kein Anlass bestehe, die Ersatzpflicht für normative Personenschäden auf Sach- bzw Vermögensschäden auszudehnen.⁸⁹⁾ Entsprechend besteht gem Art 41 Abs 1 OR grundsätzlich kein Schadensersatzanspruch für normative Sachschäden. Das Bundesgericht betont, dass die Zerstörung, die Beschädigung und der Verlust der Sache nicht selbst den Schaden darstellen, sondern lediglich Ursache eines solchen sein können.⁹⁰⁾

2. Unentgeltliche Fremd- oder Eigenreparatur

Nicht nur iZm dem Nutzungsausfall, sondern auch hinsichtlich unentgeltlicher Mehraufwendungen nehmen Motorfahrzeuge eine Sonderstellung ein. Die Rsp anerkennt die Ersatzfähigkeit von normativen Fahrzeugschäden.⁹¹⁾ Im Fall einer Eigenreparatur – durch einen Garagisten – können nach der Meinung des Luzerner Obergerichts aber nicht die normativen Reparaturkosten, sondern nur die tatsächlichen Selbstkosten geltend gemacht werden. Die Stundenansätze, die bei einer Fremdreparatur verrechnet werden, sind um 10% zu reduzieren. Beim Material können nur die Anschaffungskosten, nicht aber die um 25% höheren Wiederverkaufspreise geltend gemacht werden.⁹²⁾ Bis anhin musste die schweizerische Rsp noch nicht klären, ob im Fall einer Gratisreparatur durch einen Dritten ebenfalls nur die Selbstkosten eines Garagisten oder die eingespar-

86) Ein Stundenansatz von CHF 30,- ist in jedem Fall für städtische Verhältnisse gerechtfertigt (vgl BGE 131 III 360 = Pra 2006 Nr 18 E. 8.3).

87) Nach der Auffassung des Bundesgerichts sind nach Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters des Geschädigten keine Realloohnerhöhungen mehr zu berücksichtigen, weil der Entlohnungsaufwand für „eine Ersatzkraft mit entsprechend nachlassender Leistungskraft“ maßgeblich sei (BGE 132 III 321 E. 3.7.2.3).

88) Vgl BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr 119 E. 5, 127 III 403 E. 4b, 102 II 90 E. 2a, 99 II 221 E. 2 und 69 II 324 E. 3c („Dienstbotenkosten“).

89) Vgl BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

90) Vgl BGE 118 II 176 E 4b: „Sachschaden entsteht infolge Zerstörung, Beschädigung oder Verlusts einer Sache. Dabei stellen die Zerstörung, die Beschädigung und der Verlust nicht selber den Schaden dar, sondern sind die Ursache eines solchen. Der Schaden ist die daraus resultierende Vermögenseinbusse. Reiner Vermögensschaden liegt demgegenüber vor, wenn eine Vermögenseinbusse eintritt, ohne dass eine Person verletzt oder getötet oder eine Sache beschädigt oder zerstört worden, beziehungsweise verlorengegangen ist.“

91) S Urteile OGer LU vom 20.11.1985 i. S Bissig c. Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft = CaseTex Nr 15 = JdT 1986 I 459 Nr 41 = SG 1985 Nr 384 E. 4 (Eigenreparatur zu Selbstkosten eines ohnehin nicht in Betrieb gewesenen Cars) und BezGer Winterthur vom 16.5.1963 = SJZ 1964, 207 (Reparaturverzicht infolge Anschaffung eines Neuwagens).

92) Vgl Urteil OGer LU vom 20.11.1985 i. S B. c. Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft = JdT 1986 I 459 Nr 41 = SG 1986 Nr 384.

ten Reparaturkosten, welche der Fahrzeugeigentümer zu bezahlen hätte, entschädigt werden müssen.⁹³⁾

3. Reparaturverzicht

Die schadenersatzrechtliche Sonderstellung von Fahrzeugen äußert sich ferner darin, dass nicht nur normative, sondern auch fiktive Autoschäden als ersatzfähig qualifiziert werden. Während bei einer Eigen- oder unentgeltlichen Fremdreparatur ein Mehraufwand entsteht, stellt sich bei einem Reparaturverzicht bzw einem Verzicht auf ein Ersatzfahrzeug die Frage, ob gleichwohl die eingesparten Kosten ersetzt werden müssen. Während der fiktive Personenschaden, insb die mutmaßlichen Kosten von unterbliebenen Heilbehandlungsmaßnahmen, keinen Schadensersatzanspruch begründet,⁹⁴⁾ bejaht das Bezirksgericht Winterthur eine Ersatzpflicht für eingesparte Reparaturkosten, wenn der Geschädigte auf eine Reparatur verzichtet und sein beschädigtes Auto der Garage, bei der er ein neues Fahrzeug bestellt, als Anzahlung überlässt.⁹⁵⁾

V. Ersatzpflicht für beeinträchtigte Affektionsinteressen

A. Allgemeines

Der Gesetzgeber sieht mit Bezug auf den immateriellen Schaden eine Ausnahme von der Nichtersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden explizit vor. Im Fall der Tötung eines Menschen oder einer Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen.⁹⁶⁾ Ein Genugtuungsanspruch steht sodann Personen zu, deren Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, sofern die Schwere der Verletzung die Leistung einer Geldsumme als Genugtuung rechtfertigt.⁹⁷⁾ Die Praxis hat erkannt, dass Angehörige von schwer verletzten Personen ebenfalls eine Persönlichkeitsverletzung erleiden und folglich auch einen Genugtuungsanspruch geltend machen können; die immaterielle Beeinträchtigung muss jedoch genauso schwer wie im Fall der Tötung einer nahestehenden Person sein.⁹⁸⁾

93) Weiterführend *Landolt*, Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht für Autoschäden, in *Schaffhauser* (Hrsg), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2008 (2008) 89 ff.

94) Ein fiktiver Personenschaden wird in den Fällen entschädigt, in welchen körperverletzte Personen, die von ihrem Arbeitgeber nicht leistungsgerecht bezahlt bzw überentlohnt werden, den gesamten Lohnausfall ohne Anrechnung des „Soziallohnes“ vom Haftpflichtigen geltend machen können. Ein fiktiver Schadensersatz wird ferner dann geleistet, wenn finanzielle Zuwendungen von Dritten, insb Spenden, nicht als vermögensmäßige Vorteil angerechnet werden (vgl *Landolt*, Der Nichtvermögensschaden. Ersatzpflicht für immaterielle, normative und fiktive Schaden, in *Fuhrer* [Hrsg], Festschrift. Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht [2010] 341 ff).

95) Vgl Urteil BezGer Winterthur vom 16.5.1963 = SJZ 1964, 207.

96) Vgl Art 47 OR.

97) Vgl Art 49 OR.

98) Vgl BGE 112 II 121 ff und 220 ff.

B. Genugtuungsanspruch bei Tötung und Körperverletzung

Art 47 und 49 OR definieren den immateriellen Schaden nicht. Lehre und Rsp verwenden für die Umschreibung des immateriellen Schadens unterschiedliche Begriffe⁹⁹⁾. In der deutschschweizer Rechtssprache hat sich der Begriff der „immateriellen Unbill“¹⁰⁰⁾ eingebürgert, während in den anderen Landesteilen ua die Begriffe „tort moral“, „préjudice moral“, „torto morale“, „danno morale“ bzw „danno morale puro“ etc verwendet werden.¹⁰¹⁾ Eine immaterielle Unbill setzt eine Beeinträchtigung von persönlich-ideellen Rechtsgütern voraus.¹⁰²⁾ Mit der Genugtuung soll für das iZm dem haftungsbegründenden Ereignis empfundene Unrecht ein Ausgleich geschaffen werden, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder dessen Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird.¹⁰³⁾ Die Genugtuungssumme entschädigt letztlich einen „in Geld an sich nicht messbaren Schaden“¹⁰⁴⁾. Die schweizerische Genugtuungspraxis ist – vergleicht man sie mit derjenigen in Deutschland oder Österreich – sehr zurückhaltend; bei schwersten Personenschäden werden maximal CHF 300.000,- zugesprochen.¹⁰⁵⁾

C. Genugtuungsanspruch bei Sachschäden

Der Verlust oder die Beschädigung von Sachen, an denen ein persönlichkeitsrechtlich geschütztes Affektionsinteresse bestand, verursacht eine immaterielle Unbill, sofern ein Vermögensschaden von einigen tausend Franken vorliegt.¹⁰⁶⁾ Die explosionsbedingte Veränderung einer Berglandschaft beeinträchtigt nur ein nicht persönlichkeitsrechtlich geschütztes Affektionsinteresse des Eigentümers.¹⁰⁷⁾ Genugtuungsberechtigt ist demgegenüber ein Galerist, dem kostbare Gallé- und Daum-Vasen gestohlen wurden und der lebensgefährlich geknebelt wurde.¹⁰⁸⁾ Eine immaterielle Unbill entsteht auch, wenn einem Züchterhepaar sämtliche 40 Huskies zu Unrecht enteignet und vier davon kastriert werden,¹⁰⁹⁾ ein Polizeihund bei einem Einsatz von einem Täter getötet wird¹¹⁰⁾ und in Fällen von Tierquälerei¹¹¹⁾.

Im Falle der Verletzung oder Tötung eines Tieres, das im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten wird, ist seit

99) S die Hinweise in BGE 123 IV 145 E. 4b/bb.

100) Z.B. BGE 123 II 210 E. 3b/cc, 123 III 204 E. 2e, 123 III 10 E. 4b/cc, 123 IV 145 E. 4b/bb, 118 Ia 101 = Pra 1993 Nr 224 E. 4b, 116 Ia 387 E. 2b, 112 II 131 = Pra 1986 Nr 157 E. 2 und 89 II 38 E. 5.

101) Vgl zB BGE 138 III 337 E. 6 sowie Urteile BGer 4A_29/2008 vom 27.2.2008 E. 6 und 4C.355/1997 vom 8.3.2005 E. 10.

102) Vgl BGE 123 IV 145 E. 4 b/bb.

103) Vgl BGE 123 III 10 E. 4c/bb.

104) BGE 123 III 210 E. 213 2c.

105) Weiterführend *Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht II: Genugtuung nach Körperverletzung (2013) und *Landolt*, Stand und Entwicklung des Genugtuungsrechts, HAVE 2009, 125 ff.

106) Vgl Urteil KGer VS vom 10.2.2004 i.S. X c. Y. = ZWR 2004, 156 E. 10.

107) Vgl Urteil BGer vom 22.9.1998 = CaseTex Nr 4021 = NZZ vom 28.10.1998, 19.

108) Vgl Urteil OGer ZH = NZZ vom 24.6.2002, 33.

109) Vgl Urteil BGer 2P.25/2002 vom 17.5.2002 = NZZ vom 26.6.2002, 12.

110) Vgl Urteil OGer ZH = NZZ vom 21.12.2006, 57.

111) Vgl Vergleich ER Aarberg = BZ vom 6.9.2006, 21 = NZZ vom 7.9.2006, 19 (CHF 1.500,- bzw CHF 1.000,- für zwei von einem Tierquäler getötete Katzen).

dem 1.1.2003 dem Affektionswert, den dieses für seinen Halter oder dessen Angehörige hatte, bei der Festsetzung des Vermögensschadens angemessen Rechnung zu tragen.¹¹²⁾ Wird ein Polizeihund bei einem Einsatz von einem Täter getötet, hat dieser dem Hundeeigentümer Schadenersatz in der Höhe von CHF 9.000,- und eine Affektionsentschädigung von CHF 10.000,- sowie dem Hundeführer eine Genugtuung von CHF 7.000,- zu bezahlen.¹¹³⁾

VI. Ersatzpflicht für nutzlos werdende Aufwendungen

Hat der Geschädigte vor dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses Auslagen oder Investitionen getätigt, zB eine Ferienreise gebucht oder einen nicht rollstuhlgängigen Garten angelegt, die sich als Folge der erlittenen Verletzung als nutzlos herausstellen, liegen zwar effektive Kosten vor, nur wurden diese freiwillig vor dem haftungsbegründenden Ereignis getätigt. Die nutzlosen Aufwendungen stellen mangels Unfreiwilligkeit keinen Vermögensschaden dar; zudem fehlt ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang.¹¹⁴⁾ Nutzlos gewordene Aufwendungen sind deshalb – im Gegensatz zu den Anpassungskosten – nicht ersatzpflichtig.¹¹⁵⁾

Mitunter wird – aus Billigkeitsgründen – die Ersatzfähigkeit für nutzlos gewordene Aufwendungen iZm Ferien- und Freizeitvergnügen¹¹⁶⁾ sowie Planungen¹¹⁷⁾ bejaht. Das Bundesgericht hat sodann entschieden, dass der unbezahlte Urlaub eines Sportlers, denn dieser für die Erfüllung der Qualifikationskriterien für eine Teilnahme an den Weltmeisterschaften bezogen hat, entschädigt werden muss, wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine Teilnahme von vornherein nicht möglich war, worüber der Sportler vom Sportverband nicht aufgeklärt worden ist.¹¹⁸⁾

Soweit die Ersatzfähigkeit nutzlos gewordener Aufwendungen bejaht wird, sind nur die bereits getätigten effektiven Auslagen zurückzuerstatten. Die Kosten für die Wiederholung des nutzlos gewordenen Vorhabens sind nicht ersatzpflichtig. Ein Journalist, der verletzungsbedingt eine geplante Afrikareise nicht unternehmen konnte, kann gestützt auf Art 46 Abs 1 OR nur den Gewinnausfall und bereits getätigte Aufwendungen, nicht aber die Kosten für das Nachholen der Reise geltend machen.¹¹⁹⁾

112) Vgl Art 43 Abs 1^{bis} OR.

113) Vgl Urteil OGer ZH = NZZ vom 21.12.2006, 57.

114) Vgl BGE 115 II 474 E. 3a.

115) Vgl BGE 115 II 474 E. 3a (Ferienaufwendungen) sowie Urteile OGer ZH U/O/NE980003 vom 16.6.1998 = SG 1998 Nr 54 und KGer VS vom 19.6.1985 i.S. Löffel = ZWR 1985, 132 E. 3a (vorzeitiger Urlaubsabbruch).

116) Vgl Urteile KassGer ZH vom 15.12.1995 = SJZ 1997, 419 = ZR 1997 Nr 16 E. 3 und 4 (zwei Drittel der getätigten Ferienkosten), OGer ZH U/O/NE980003 vom 16.6.1998 = SG 1998 Nr 54 E. 2.1 und vom 13.11.1980 = ZR 1980 Nr 131 E. 3 und HGer ZH vom 20.3.1987/2.6.1988 = SJZ 1990, 32; ferner Urteil BGer 4C.340/1999 vom 31.1.2000 E. A (Ersatzfähigkeit von Skipasskosten) und ZVW 1999, 37 E. 2.2.2.

117) Vgl BGE 117 Ib 497 E. 7b, ferner AGVE 1991, 125 E. 2a, BVR 1986, 298 E 2, SOG 1985 Nr 20 E. 3a und b sowie BVR 1981, 414.

118) Vgl BGE 121 III 350 = Pra 1996 Nr 168 E. 5 f.

119) Vgl Urteil OGer ZH U/O/NE980003 vom 16.6.1998 = SG 1998 Nr 54 E. 2.1.

VII. Ersatzpflicht für verlorene Chancen

A. Verlust von Heilungschancen

Die Vertreter der Theorie der „Perte d’une chance“¹²⁰⁾ sind der Meinung, dass Schadenersatz nach Maßgabe der Wahrscheinlichkeitsquote zuzusprechen ist. Das Bundesgericht lehnt eine Proportionalhaftung ab.¹²¹⁾ 2007 hatten die Bundesrichter einen Spitalhaftungsfall zu beurteilen. Der nachmalig Geschädigte litt an einer Hirnhautentzündung und begab sich notfallmäßig ins Spital, wo die Diagnose einer Grippe gestellt und dem Patienten Schmerzmittel verschrieben wurden. Diese brachten keine Linderung. Der Geschädigte musste erneut notfallmäßig ins Spital. Dieses Mal erhielt er Antibiotika. Er fiel alsbald ins Koma und erwachte Monate später mit einem Gehörschaden. Die Vorinstanz¹²²⁾ verneinte eine Haftung. Die Verwaltungsrichter ließen die auch gutachterlich umstrittene Frage der Sorgfaltspflichtverletzung (Diagnose- und Behandlungsfehler) letztlich offen und verneinten die natürliche Kausalität, weil auch bei recht- bzw frühzeitiger Gabe der Antibiotika ein hohes Ohnehinrisiko für Folgeschäden bestanden habe.

Der Geschädigte wollte eventualiter Schadenersatz für die durch die verspätete Medikamentenvergabe erfolgte Erhöhung des Risikos. Die Verwaltungsrichter verneinten einen anteilmäßigen Schadenersatz. Das Bundesgericht erachtete diese zum kantonalen Staatshaftungsrecht vertretene Auffassung als nicht willkürlich, nicht zuletzt deshalb, weil die Theorie der „Perte d’une chance“ umstritten sei und bislang weder ein höchstrichterliches noch ein kantonales Urteil vorliege, das trotz des verneinten natürlichen Kausalzusammenhangs Schadenersatz zugesprochen habe.¹²³⁾ Das Bundesgericht bekräftigte 2013 seinen Entscheid und hielt fest, dass es die Einführung einer Teilhaftung für verlorene Chancen iZm einer medizinischen Behandlung weiterhin ablehne, auch wenn in der Lit abweichende Meinungen vertreten würden.¹²⁴⁾

Die Befürworter der Theorie der „Perte d’une chance“ verweisen auf ein Urteil des Zürcher Obergerichts vom 17.11.1988¹²⁵⁾ bzw des Zürcher Kassationsgerichts vom 30.10.1989¹²⁶⁾. Das Zürcher Obergericht qualifizierte bei einem Krebskranken die Genesungs- bzw Überlebenswahrscheinlichkeit bei rechtzeitiger Behandlung mit 60%, kürzte aber den Schadenersatz wegen des Ohnehinrisikos, trotz rechtzeitiger Behandlung am Krebs zu sterben, um 40%. Das Bundesgericht meint, dieses Urteil sei kein Anwendungsfall der „Perte d’une chance“;¹²⁷⁾ die überwiegende Lehre ist anderer Meinung, wertet dieses Präjudiz aber als einen Einzelfallentscheid.¹²⁸⁾ Das Bundesgericht hat immerhin klargestellt, dass voller Schadenersatz dann geschuldet wird, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass das haftungsbegründende Ereignis zu einer Körperverletzung geführt hat, bloß 60% beträgt.¹²⁹⁾

120) Statt vieler Müller, Hat die „perte d’une chance“ in der Schweiz noch eine Chance? BGE 133 III 462, ZBJV 2007, 862 ff.

121) Vgl BGE 133 III 462 ff.

122) Urteil des VGer FR 1A 02 39 vom 12.2.2006 = RFJ 2007, 31 ff.

123) Vgl BGE 133 III 462 E. 4.2 ff.

124) Vgl Urteil BGer 4A_516/2012 vom 8.2.2013 E. 9.

125) ZR 1989, 209.

126) ZR 1989, 216.

127) Vgl BGE 133 III 462 E. 4.3.

128) So zB Dupont, Dommage vers une nouvelle definition?, SJ 2003 II, 471 ff, 476.

129) Vgl BGE 133 III 462 E. 4.3.

B. Verlust von Erwerbschancen

Gem Art 46 Abs 1 OR ist iZm der Bestimmung des Personenschadens von körperverletzten Personen der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens gebührend Rechnung zu tragen. Der mutmaßlich erwerbstätig gewesene Verletzte kann nicht nur Ersatz für den von ihm nachgewiesenen überwiegend wahrscheinlichen Lohn- oder Gewinnausfall (Erwerbsausfallschaden) fordern, sondern wird auch für die Gefährdung des zukünftigen Invalidenerwerbseinkommens durch konjunkturelle Faktoren entschädigt, die erfahrungsgemäß Personen mit eingeschränkter Erwerbsfähigkeit treffen können (Erschwerungsschaden).¹³⁰⁾

Das Bundesgericht hat einem selbstständigerwerbenden Taxifahrer mit dem Hinweis auf die Nichtersatzfähigkeit der „Perte d’une chance“ Ersatz für den nicht überwiegend wahrscheinlichen Erwerbsausfall verweigert,¹³¹⁾ einem anderen selbstständigerwerbenden Taxifahrer, der bis zum Unfall als unselbstständigerwerbender Elektriker tätig war, demgegenüber einen Erschwerungsschaden von 10% zugesprochen, weil er infolge von Hals- und Rückenschmerzen vermehrt pausieren und Ruhetage einlegen muss.¹³²⁾ Es ist bezeichnend, dass die Erschwerungsquoten praxisgemäß nie über 50% liegen¹³³⁾ – dann nämlich läge ein (zukünftiger) Erwerbsausfallschaden vor. Die neuere Rsp bejaht sogar die Ersatzfähigkeit von Erschwerungsschäden unterhalb von 10%.¹³⁴⁾ Der Erschwerungsschaden ist so besehen nichts anderes als ein Anwendungsfall der „Perte d’une chance“. Der Geschädigte erhält nämlich Ersatz für einen nicht überwiegend wahrscheinlichen zukünftigen Erwerbsausfallschaden nach Maßgabe der vom Gericht festgelegten Wahrscheinlichkeitsquote.

130) Weiterführend z. B. *Landolt*, ZH-K, N 1210 ff zu Art 46 OR.

131) S Urteil BGer 4A_227/2007 vom 26.9.2007 E. 3.5.

132) Vgl Urteil BGer 4C.234/2006 vom 16.2.2007 E. 4.2 f.

133) S zB die Hinweise bei *Landolt*, Zürcher Kommentar, N 1242 ff zu Art 46 OR.

134) Vgl Urteil BGer 4C.108/2003 vom 1.7.2003 E. 4 (8%).