

# Der Nichtvermögensschaden

## Ersatzpflicht für immaterielle, normative und fiktive Schäden

HARDY LANDOLT

### Zusammenfassung

Nach der herkömmlichen Differenztheorie sind nur unfreiwillige Vermögensnachteile ersatzfähig. Praxisgemäss besteht eine Ersatzpflicht aber auch für freiwillig erlittene Vermögensnachteile, z.B. für nutzlos gewordene Aufwendungen und «unfreiwillige» Kinderunterhaltskosten. Ersatzfähig sind sodann immaterielle, normative und fiktive Nichtvermögensschäden. Die Ersatzpflicht für immaterielle, normative und fiktive Personen-, Sach- und Vermögensschäden wird im vorliegenden Beitrag thematisiert.

### Résumé

Selon la théorie classique de la différence, seules les diminutions du patrimoine d'une personne, qui se produisent sans la volonté de celle-ci, sont réparables. En pratique toutefois, l'exigence du caractère involontaire de la diminution patrimoniale est remise en cause; il existe un devoir de réparer les dépenses faites volontairement et devenues inutiles et le dommage résultant des dépenses d'entretien d'enfants non désirés. De plus les dommages non patrimoniaux, immatériels, normatifs et fictifs sont réparables. Cette contribution traite du devoir de réparer les dommages corporels, matériels et économiques, qu'ils soient immatériels, normatifs ou fictifs.

## Inhaltsübersicht

1.	<b>Einleitung</b> .....	342
2.	<b>Immaterielle Schäden</b> .....	344
	A. Allgemeines.....	344
	B. Ersatzpflicht für immaterielle Sach- und Vermögensschäden?.....	345
3.	<b>Normative Schäden</b> .....	346
	A. Allgemeines.....	346
	B. Normative Personenschäden.....	346
	I. Normative Kosten.....	346
	II. Normativer Einkommensausfall.....	347
	C. Normative Sachschäden.....	348
	I. Allgemeines.....	348
	II. Normativer Autoschaden.....	348
	D. Normative Vermögensschäden.....	350
4.	<b>Fiktive Schäden</b> .....	350
	A. Fiktive Personenschäden.....	350
	I. Fiktive Kosten.....	350
	II. Fiktiver Einkommensausfall.....	352
	B. Fiktive Sachschäden.....	352
	C. Fiktive Vermögensschäden.....	353
5.	<b>Schlussbetrachtung</b> .....	354

## 1. Einleitung

Nach allgemeiner Auffassung entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der *unfreiwilligen Differenz* zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.<sup>1</sup> Der Schadenbegriff ist *subjektiv<sup>2</sup> und konkret<sup>3</sup>*.<sup>3</sup> Massgeblich ist die Vermögensveränderung, die der vom haftungsbegründenden Ereignis rechtserheblich Betroffene erleidet, bzw. dessen *Restitutionsinteresse an seinem Wohnort*.<sup>4</sup> Ob dieses im Vergleich zu einem anderen bzw. durchschnittlichen Geschädigten höher oder geringer ist, spielt keine Rolle. Ein ungewöhnlich hoher

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler BGE 120 II 423 E. 7a, 116 II 441 E. 3a/aa und 115 II 474 E. 3a.

<sup>2</sup> Eine objektive Schadenberechnung erfolgt nur ausnahmsweise, so z.B. bei der Gefährdungshaftung nach EHG (vgl. Art. 12 EHG) und im Luftfahrt- bzw. Transportschadenersatzrecht (vgl. Art. 447 OR), oder bei einer statistisch orientierten Schadenberechnung.

<sup>3</sup> Eine abstrakte Schadenberechnung erfolgt im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR.

<sup>4</sup> Vgl. OFFINGER KARI/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 6 N. 382.

Schaden, insbesondere ein ungewöhnlich hoher Lohnausfall, kann nur gekürzt werden, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht.<sup>5</sup>

Vor dem Hintergrund dieses Vermögensschadenbegriffs stellen freiwillige Vermögenseinbussen und Nichtvermögensschäden keinen Schaden dar. Diese Aussage gilt es sogleich zu relativieren: *Freiwillige Vermögenseinbussen*, namentlich nutzlos gewordene Aufwendungen, werden zwar grundsätzlich als nicht ersatzfähig betrachtet.<sup>6</sup> Mitunter wird – aus Billigkeitsgründen – aber gleichwohl die Ersatzfähigkeit für nutzlos gewordene Aufwendungen im Zusammenhang mit Ferien- und Freizeitvergnügen<sup>7</sup> sowie Planungen<sup>8</sup> bejaht. Ersatzpflichtig sind auch weiterlaufende Fixkosten während der Reparatur bzw. bis zur Ersatzanschaffung eines beschädigten Gegenstandes.<sup>9</sup> Neuerdings müssen auch die Unterhaltskosten «unfreiwilliger» Kinder entschädigt werden.<sup>10</sup>

Ähnlich verhält es sich mit dem *Nichtvermögensschaden*. Ein solcher liegt vor, wenn der vom haftungsbegründenden Tatbestand in rechtserheblicher Weise Betroffene unfreiwillig Nachteile erleidet, die keine Kosten auslösen oder Vermögenseinbussen zur Folge haben. Der Entzug von Nutzungsmöglichkeiten<sup>11</sup> bzw. eine Beeinträchtigung der körperlichen Leistungsfähigkeit stellen an sich keinen Schaden dar.<sup>12</sup> Gleichwohl werden diverse *Nichtvermögensschäden* als ersatzfähig betrachtet. Dass dabei *keine einheitliche Haftungstheorie* besteht, verdeutlichen die nachfolgenden Ausführungen.

<sup>5</sup> Siehe z.B. Art. 62 Abs. 2 SVG, Art. 4 EHG und Art. 7 KHG.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 115 II 474 E. 3a (Ferienaufwendungen) sowie Urteile OGer ZH vom 16.6.1998 (U/O/NE980003) = SG 1998 Nr. 54 und KGer VS vom 19.6.1985 i.S. Löffel = ZWR 1985, S. 132 E. 3a (vorzeitiger Urlaubsabbruch).

<sup>7</sup> Vgl. Urteile KassGer ZH vom 15.12.1995 = SJZ 1997, S. 419 = ZR 1997 Nr. 16 E. 3 und 4 (zwei Drittel der getätigten Ferienkosten), OGer ZH vom 16.6.1998 (U/O/NE980003) = 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, S. 32; ferner Urteil BGer vom 31.1.2000 (4C.340/1999) E. A (Ersatzfähigkeit von Skipasskosten) und ZVW 1999, S. 37 E. 2.2.2 sowie rechtsvergleichend Urteil BGH vom 22.2.1973 (III ZR 22/71) = BGHZ 60, S. 214 = DAR 1973, S. 154 = MDR 1973, S. 484 = NJW 1973, S. 747 (Ersatzfähigkeit der infolge der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs entgangenen Urlaubsfreude).

<sup>8</sup> Vgl. BGE 117 Ib 497 E. 7b, ferner AGVE 1991, S. 125 E. 2a, BVR 1986, S. 298 E 2, SOG 1985 Nr. 20 E. 3a/b und BVR 1981, S. 414.

<sup>9</sup> Siehe z.B. HANNI R./U. REITER H., Chômage-Entschädigung bei schweren Nutzfahrzeugen, in: SVK 1987, S. 106 ff.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 132 III 359 = AJP 2006, S. 1150 = FamPra.ch 2006, S. 671 = HAVE 2006, S. 224 = Jusletter vom 10.7.2006 F. 4.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, S. 50 E. 2.2 und 126 III 388 E. 11a, siehe aber Urteil BGer vom 6.1.2004 (65-2003) = recht 2004, S. 119 = SJZ 2004, S. 167.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 127 III 103 = pladoyer 2001, 6, S. 63 = ZBJV 2003, S. 46 E. 4a und 95 II 253 E. 4a.

## 2. Immaterielle Schäden

### A. Allgemeines

Ein klassischer Nichtvermögensschaden ist der *immaterielle Schaden*.<sup>13</sup> Auf Bundesebene wurde erstmals mit dem *Eisenbahnhaftpflichtgesetz von 1875* ein Genugtuungsanspruch gesamtschweizerisch eingeführt.<sup>14</sup> Ersetzt wurde dieser Erlass 1905 durch das seit dem 1. Januar 2010 nicht mehr geltende EHG. Dessen Artikel 8 statuiert eine Verschuldenshaftung für den nicht «nachweislichen Schaden».

Die Kompetenz auf dem Gebiet des OR erhielt der Bund 1874 mit der Einführung von Artikel 64 aBV und 1898 auch für das übrige Zivilrecht. Nach langen Vorbereitungsarbeiten trat das Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht am 1. Januar 1883 in Kraft.<sup>15</sup> Es enthielt – ähnlich der heutigen Regelung – in Artikel 54 f. Sonderhaftungsnormen für immaterielle Personenschäden. Die Vorläufer dieser Bestimmungen waren – auf eidgenössischer Ebene – die vorerwähnten Haftungsbestimmungen des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes von 1875, die sich ihrerseits auf die französische Praxis zu Art. 1382 aCCf abstützten.

Die heute noch geltenden Artikel 47 und 49 OR sind mit dem Bundesgesetz vom 3. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) am 1. Januar 1912 in Kraft getreten.<sup>16</sup> Nach Artikel 47 und 49 OR besteht Anspruch auf eine Genugtuung, wenn der haftungs begründende Tatbestand eine Körper- bzw. Persönlichkeitsverletzung verursacht und diese eine immaterielle Unbill zur Folge haben. Eine solche tritt ein, wenn der Betroffene körperliche und seelische Schmerzen,<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Art. 47 und 49 OR definieren den immateriellen Schaden nicht. Lehre und Rechtsprechung verwenden für die Umschreibung des immateriellen Schadens unterschiedliche Begriffe (siehe die Hinweise in BGE 123 IV 145 E. 4b/bb). In der deutschschweizer Rechtssprache hat sich der Begriff der «immateriellen Unbill» (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) eingebürgert, während in den anderen Landesteilen u.a. die Begriffe «tort moral», «préjudice moral», «torto morale», «danno morale» bzw. «danno morale puro» etc. verwendet werden.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 7 Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen- und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875 (AS n. F. 1 787): «Bei nachgewiesener Arglist oder grober Fahrlässigkeit der Transportanstalt kann dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten, auch ganz abgesehen vom Ersatze erweislicher Vermögensnachtheile, eine angemessene Geldsumme zugesprochen werden.»

<sup>15</sup> Vgl. AS n. F. 5 635.

<sup>16</sup> Art. 47 OR wurde seither nicht geändert. Art. 49 OR gilt in der Fassung gemäss Ziff. II 1 des Bundesgesetzes vom 16.12.1983, das am 1.7.1985 in Kraft getreten ist (AS 1984 778 782; BBl 1982 II 636). Art. 48 OR wurde durch Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30.9.1943 über den unlauteren Wettbewerb (BS 2 951) aufgehoben.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 120 II 97 = Pra 1995 Nr. 37 E. 2b.

Kränkungen,<sup>18</sup> Leid,<sup>19</sup> Ängste,<sup>20</sup> z.B. Todesangst,<sup>21</sup> oder nachhaltige Beeinträchtigungen des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens bzw. der Lebensqualität<sup>22</sup> erleidet.

### B. Ersatzpflicht für immaterielle Sach- und Vermögensschäden?

Die Beschädigung von Sachen und die Verursachung eines Vermögensschadens stellen weder eine Körper- noch eine Persönlichkeitsverletzung dar, weshalb ein Genugtuungsanspruch für immaterielle Sach- und Vermögensschäden grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>23</sup> Eine Ersatzpflicht setzt voraus, dass der Sach- und Vermögensschaden eine Persönlichkeitsverletzung und als Folge davon eine immaterielle Unbill verursacht.

Die explosionsbedingte Veränderung einer Berglandschaft beeinträchtigt nur ein Affektionsinteresse, nicht aber ein Persönlichkeitsrecht des Eigentümers.<sup>24</sup> Ein Hobbymodellbauer, dessen in langjähriger Arbeit erstelltes, massstabgetreues Modell zerstört wird, kann nicht den Affektionswert bzw. die effektiv aufgewendeten Arbeitsstunden verrechnen, sondern wird höchstens zu dem Wert entschädigt, den man für das intakte Boot auf dem Markt beim Verkauf lösen könnte.<sup>25</sup>

Der *Verlust oder die Beschädigung von Sachwerten*, an denen ein persönlichkeitsrechtlich geschütztes Affektionsinteresse bestand, verursacht eine immaterielle Unbill, sofern ein *Vermögensschaden von einigen tausend Franken* vorliegt.<sup>26</sup> Genugtuungsberechtigt ist ein Galerist, dem kostbare Gallé- und Daum-Vasen gestohlen wurden und der lebensgefährlich geknebelt wurde.<sup>27</sup> Eine immaterielle Unbill entsteht auch, wenn einem Züchterhepaar sämtliche 40 Huskies zu Unrecht enteignet und vier davon kastriert werden,<sup>28</sup> ein Polizeihund bei einem Einsatz von einem Täter getötet wird<sup>29</sup> und in Fällen von Tierquälerei.<sup>30</sup>

<sup>18</sup> Vgl. BGE 125 III 70 = SVK 1999, 38 E. 3a.

<sup>19</sup> Vgl. BGE 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7.3: «Angstzustände, Panik, Schlaflosigkeit, Gefühle der Verunsicherung, Appetitlosigkeit und Melancholie.»

<sup>21</sup> Vgl. BGE 125 III 412 E. 2b/aa und Urteil BGer vom 21.2.2001 (1A.235/2000) E. 5c.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 112 II 131 E. 2 und 4.

<sup>23</sup> Vgl. z.B. Urteil BGer vom 22.9.1998 = CaseTex Nr. 4021 = NZZ vom 28.10.1998, S. 19.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil BGer vom 22.9.1998 = CaseTex Nr. 4021 = NZZ vom 28.10.1998, S. 19.

<sup>25</sup> Vgl. BGH vom 10.07.1984 = VersR 1984, S. 966 = CaseTex-Nr. 1835.

<sup>26</sup> Vgl. Urteil KGer VS vom 10.2.2004 i.S. X c. Y. = ZWR 2004, S. 156 E. 10.

<sup>27</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 24.6.2002, S. 33.

<sup>28</sup> Vgl. Urteil BGer vom 17.05.2002 (2P.25/2002) = NZZ vom 26.7.2002, S. 12.

<sup>29</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 21.12.2006, S. 57.

<sup>30</sup> Vgl. Vergleich ER Aarberg = BZ vom 6.9.2006, S. 21 = NZZ vom 7.9.2006, S. 19 (CHF 1500,- bzw. CHF 1000,- für zwei von einem Tierquäler getötete Katzen).

Im Falle der *Verletzung oder Tötung eines Tieres*, das im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten wird, ist seit dem 1. Januar 2003 dem Affektionswert, den dieses für seinen Halter oder dessen Angehörige hatte, bei der Festsetzung des materiellen Schadens angemessene Rechnung zu tragen.<sup>31</sup> Wird ein Polizeihund bei einem Einsatz von einem Täter getötet, hat dieser dem Hundeeigentümer Schadenersatz in der Höhe von CHF 9000.– und eine Affektionsentschädigung von CHF 10 000.– sowie dem Hundeführer eine Genugtuung von CHF 7000.– zu bezahlen.<sup>32</sup> Beim Tierschaden ist der immaterielle Schaden höher als der materielle Schaden; gerade umgekehrt verhält es sich bei den Personenschäden.<sup>33</sup>

### 3. Normative Schäden

#### A. Allgemeines

Der vom haftungsbegründenden Tatbestand Betroffene erleidet mitunter Nachteile oder sieht sich mit einem Mehraufwand konfrontiert, die bei anderen Geschädigten in vergleichbarer Lage einen Vermögensschaden verursacht hätten. Fällt ausnahmsweise bzw. umstande halber kein Vermögensschaden an, stellt sich die Frage, ob der *ingesparte Vermögensschaden* zu entschädigen ist. Zu unterscheiden sind *normative und fiktive Schäden*.<sup>34</sup> Der normative Schaden umfasst insbesondere normative Kosten, die aus den eingesparten Kosten trotz angefallenem Mehraufwand beim Geschädigten oder einem Dritten, z.B. im Rahmen einer Eigen- bzw. Gratisreparatur, bestehen. Um fiktive Kosten handelt es sich demgegenüber, wenn weder beim Geschädigten noch bei einem Dritten ein Mehraufwand angefallen ist, andere Geschädigte in vergleichbarer Lage aber einen Vermögensschaden erlitten hätten.

#### B. Normative Personenschäden

##### I. Normative Kosten

Der normative Personenschaden umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn der haftungsbegründende Tatbestand bzw. die dadurch verursachte Körper- oder

<sup>31</sup> Vgl. Art. 43 Abs. 1<sup>bis</sup> OR.

<sup>32</sup> Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 21.12.2006, S. 57.

<sup>33</sup> Statt vieler LANDOLT HARDY, ZH-K, N 206 ff. zu Art. 47 OR.

<sup>34</sup> Weiterführend FELLMANN WALTER, Normativierung des Personenschadens. Der Richter als Gesetzgeber?, in: Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich 2005, S. 13 ff.; JAKOB OLIVER, Ersatz fiktiver Kosten nach Allgemeinem Schadensrecht? Eine Untersuchung zu § 249 Satz 2 BGB, Diss. Tübingen 1997, und MERICUS-DITTMER, Normativer Schaden, in: JuS 1979, S. 233 ff.

Persönlichkeitsverletzung beim Verletzten oder Dritten einen Mehraufwand verursacht, der ausnahmsweise nicht mit finanziellen Nachteilen verbunden ist, weil der Verletzte oder der Dritte den Mehraufwand unentgeltlich tragen.

Ursprünglich verneinte das Bundesgericht die Ersatzfähigkeit von unentgeltlicher Arbeit, insbesondere der Haushaltarbeit, nicht zuletzt mit dem Argument, der Mann sei der ausschliessliche Versorger der Familie.<sup>35</sup> Allmählich wurde die unentgeltliche Arbeit bzw. die Hausarbeit als ersatzfähig anerkannt.<sup>36</sup> Die ältere Rechtsprechung auferlegte sich aber der Zurückhaltung, indem die Vorbehalte gemacht wurden, dass dieser Versorgungsschaden nur «je nach den Umständen»<sup>37</sup> zugesprochen werden dürfe, in gutbürgerlichen Verhältnissen in der Regel aber eine Ersatzpflicht ausgeschlossen sei.<sup>38</sup>

Seit dem Entscheid «Blein»<sup>39</sup> gilt eine uneingeschränkte Ersatzpflicht für unentgeltlich erbrachte Dienstleistungen des Versorgers, die zur Aufrechterhaltung des bisherigen bzw. mutmasslichen Lebensstandards notwendig sind. Diese Rechtsprechung zum *Versorgungsausfallschaden Hinterbliebener* wurde mittlerweile auf die Verletzten übertragen. Der Verletzte kann gestützt auf Artikel 46 OR insbesondere für *ingesparten Lohnkosten einer unentgeltlich tätigen Ersatzkraft* bei einer Hausarbeitsunfähigkeit (Haushaltschaden)<sup>40</sup> oder einer Hilflosigkeit (Betreuungs- und Pflegeschaden)<sup>41</sup> Ersatz verlangen. Zu entschädigen sind auch die *ingesparten Kosten im Zusammenhang mit Schadenminderungsmassnahmen, zu denen der Geschädigte nicht verpflichtet war*.<sup>42</sup>

#### II. Normativer Einkommensausfall

Der Ersatz des normativen Lohnausfalls ist gerechtfertigt, wenn der Verletzte *freiwillig auf einen Lohn verzichtet* hat bzw. eine Arbeit, die üblicherweise nur gegen Lohn verrichtet wird,<sup>43</sup> unentgeltlich erbracht hat, weil er den Dienstleistungsempfänger begünstigen wollte, wie das z.B. für eine unentgeltlich für einen Orden arbeitende Krankenschwester der Fall ist, oder durch *aussergewöhnliche Anstren-*

<sup>35</sup> Vgl. BGE XVIII 394/400.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 53 II 125, 57 II 180/182, 66 II 175/177, 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4 und 82 II 132 = Pra 1956 Nr. 71 E. 3, 101 II 257 = Pra 1975 Nr. 239 E. 1a, 102 II 90 E. 2a.

<sup>37</sup> BGE 53 II 123, 125.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4a.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54.

<sup>40</sup> Vgl. z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

<sup>41</sup> Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 E. 6.

<sup>42</sup> Vgl. Urteil BGer vom 2.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = NJZ 1999, S. 38 und 49 = IdZ 2001 I, S. 489 E. 2c (Einsparungen bei einem Wohnsitzwechsel).

<sup>43</sup> Siehe Art. 40 Abs. 2 und Art. 94 Abs. 3 OR.

gungen, die über die Schadenminderungspflicht hinausgehen, einen tatsächlichen Lohnausfall verhindert hat.<sup>44</sup>

Kann der Verletzte nicht mehr im Betrieb seines Ehegatten unentgeltlich mithelfen, waren nach der älteren Rechtsprechung ebenfalls die mutmasslichen Lohnkosten einer Ersatzkraft zu entschädigen.<sup>45</sup> Nach der neueren Rechtsprechung 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.<sup>46</sup> Die *normativen Substitutionskosten* sind demgegenüber bei *landwirtschaftlichen Unternehmen* zu entschädigen, wenn der *Angehörige anstelle des verletzten Unternehmerehegatten* einspringt<sup>47</sup> bzw. der in einem Betrieb mitarbeitende Angehörige getötet wird.<sup>48</sup>

## C. Normative Sachschäden

### I. Allgemeines

Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass nach geltendem Recht kein Anlass besteht, die Ersatzpflicht für normative Personenschäden auf Sach- bzw. Vermögensschäden auszudehnen.<sup>49</sup>

### II. Normativer Autoschaden

Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, das beschädigte Auto entgeltlich reparieren zu lassen. Er kann es selbst reparieren oder durch einen Dritten unentgeltlich reparieren lassen. Bei einer Eigen- oder Gratisreparatur fragt es sich, ob die eingesparten bzw. normativen Reparaturkosten gleichwohl zu entschädigen sind.

<sup>44</sup> Vgl. Urteile BGer vom 13.07.2000 (4C.278/1999) E. 3c und vom 14.11.1978 i.S. B. c. R. = SG 1978 Nr. 26 E. 10.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 99 II 221 E. 2.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, S. 65 = ZBJV 2003, S. 46 E. 4c/aa; ferner Urteil BGer vom 6.4.2006 (4P.1/2006) E. 2.2–2.4.

<sup>47</sup> Vgl. Urteile BGer vom 26.6.2006 (4C.83/2006) E. 3 und vom 5.1.2006 (4C.324/2005) = AJP 2006, S. 606 = HAVE 2006, S. 126 E. 3.4 und vom 31.8.2000 (4P.65/2000) E. 3b sowie AmtsGer LU vom 27.12.1996 i.S. B. = SG 1996 Nr. 94 E. 6.2.1/a.

<sup>48</sup> Vgl. Urteile BGer vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 E. 4b/bb und vom 9.9.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, S. 65 E. 5b sowie OGer ZH vom 21.4.1972 = ZR 1972 Nr. 72 E. 6a.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

Die deutsche Rechtsprechung anerkennt die Ersatzfähigkeit von *normativen und fiktiven Autoreparaturkosten* im Fall einer Gratis- bzw. Eigenreparatur<sup>50</sup> sowie bei einer Veräusserung<sup>51</sup> bzw. Weiternutzung<sup>52</sup> des beschädigten Autos und beim Vorliegen eines Totalschadens.<sup>53</sup> Eingesparte Reparaturkosten sind jedoch nur bis zur Höhe der mutmasslichen Wiederbeschaffungskosten ohne Toleranzzuschlag zu entschädigen,<sup>54</sup> wobei jedoch die eingesparte Mehrwertsteuer nicht zu entschädigen ist.<sup>55</sup>

Eine Ersatzpflicht wird auch für *normative Mietwagenkosten* bejaht. Wurde dem Geschädigten ein Ersatzwagen zu einem «Freundschaftspreis» bzw. gratis, z.B. vom Reparaturbetrieb, zur Verfügung gestellt, kann nach der Meinung des BGH nur Ersatz für die mutmasslichen Ersatzwagenmietkosten, nicht aber die pauschalierte Nutzungsausfallentschädigung verlangt werden.<sup>56</sup> Der Schadenberechnung ist der günstigste Miettarif für ein vergleichbares Ersatzauto zugrunde zu legen. Wenn der Ersatzwagen privat zu Sonderkonditionen gemietet wurde, ist ein Abzug von 50% vorzunehmen.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> Vgl. Urteil BGH vom 17.03.1992 (VI ZR 226/91). Der Geschädigte, der fiktive Reparaturkosten abrechnet, darf der Schadensberechnung die Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zugrunde legen. Er ist nicht verpflichtet, mehrere Offerten einzuholen (vgl. Urteil BGH vom 29.4.2003 [VI ZR 398/02] = DAR 2003, S. 373 = VersR 2003, S. 920).

<sup>51</sup> Auch bei einer Abrechnung nach fiktiven Reparaturkosten und einer Veräusserung des unreparierten Autos wird der Schadenersatzanspruch durch den Wiederbeschaffungswert begrenzt (vgl. z.B. Urteil BGH vom 7.6.2005 [VI ZR 192/04] = VersR 2005, S. 1257). A. A. Urteil LG Hannover vom 26.2.1998 (3 S 237/97) = NJW-RR 1999, S. 251 (kein Ersatz fiktiver Reparaturkosten nach Kfz-Veräusserung).

<sup>52</sup> Der Geschädigte kann zum Ausgleich des durch einen Unfall verursachten Fahrzeugschadens, der den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigt, die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswertes ohne Abzug des Restwerts verlangen, wenn er das Fahrzeug, ggf. unrepariert, mindestens sechs Monate nach dem Unfall weiter nutzt (vgl. z.B. Urteil BGH 23.5.2006 [VI ZR 192/05] = NJW 2006, S. 2179 = VersR 2006, S. 1236).

<sup>53</sup> Übersteigt der Kraftfahrzeugschaden den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs, können dem Geschädigten Reparaturkosten, die über dem Wiederbeschaffungsaufwand des Fahrzeugs liegen, grundsätzlich nur dann zuerkannt werden, wenn diese Reparaturkosten konkret angefallen sind oder wenn der Geschädigte nachweisbar wertmässig in einem Umfang repariert hat, der den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigt. Anderenfalls ist die Höhe des Ersatzanspruchs auf den Wiederbeschaffungsaufwand beschränkt (siehe Urteil BGH vom 15.2.2005 [VI ZR 172/04] = NJW 2005, S. 1110).

<sup>54</sup> Vgl. z.B. Urteil BGH vom 15.2.2005 (VI ZR 172/04) E. II/1. Ferner Urteil BGH vom 29.4.2003 (VI ZR 393/02).

<sup>55</sup> Vgl. statt vieler Urteil BGH vom 19.6.1973 (VI ZR 46/72) = DAR 1973, S. 267 = NJW 1973, S. 1641.

<sup>56</sup> Vgl. Urteil BGH vom 4.12.2003 (VI ZR 241/06) E. III/3a.

<sup>57</sup> Vgl. Urteil OLG Hamm vom 14.2.1993 (13 U 182/92).

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich bislang nur vereinzelt mit der Ersatzpflicht für normative Autoschäden auseinandergesetzt.<sup>58</sup> Im Fall einer *Eigenreparatur* – durch einen Garagisten – können nach der Meinung des Luzerner Obergerichts 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.<sup>59</sup>

## D. Normative Vermögensschäden

Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass nach geltendem Recht kein Anlass besteht, eine Ersatzpflicht für normative Vermögensschäden anzunehmen.<sup>60</sup> Eine solche besteht aber gestützt auf Artikel 45 Absatz 3 OR für den *Versorgungsausfallschaden der Angehörigen getöteter Personen*, die unentgeltlich für sie hauswirtschaftliche Leistungen erbracht haben bzw. hätten.<sup>61</sup> Der *Versorgungsausfallschaden der Angehörigen verletzter Personen* wird als *normativer Erwerbsausfall- oder Haushaltschaden des Verletzten* abgegolten.<sup>62</sup> Angehörige verletzter Personen können deshalb den Versorgungsausfall, den sie vom Zeitpunkt der Verletzung bis zum vorzeitigen Tod erleiden, nicht geltend machen, wenn sie die Erbschaft ausschlagen.<sup>63</sup>

## 4. Fiktive Schäden

### A. Fiktive Personenschäden

#### I. Fiktive Kosten

Der fiktive Personenschaden umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungs begründende Ereignis bzw. die dadurch verursachte Körper- oder Persön-

<sup>58</sup> Siehe Urteile OGer LU vom 20.11.1985 i.S. Bissig c. Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft = CaseTex Nr. 15 = JdT 1986 I S. 459 Nr. 41 = SG Nr. 384 E. 4 (Eigenreparatur zu Selbstkosten eines ohnehin nicht in Betrieb gewesenen Cars) und BezGer Winterthur vom 16.5.1963 = SJZ 1964, S. 207 (Reparaturverzicht infolge Anschaffung eines Neuwagens).

<sup>59</sup> Vgl. Urteil OGer LU vom 20.11.1985 i.S. B. c. Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft = JdT 1986 I S. 459 Nr. 41 = SG Nr. 384.

<sup>60</sup> Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

<sup>61</sup> Grundlegend BGE 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54 (Fall «Blein»).

<sup>62</sup> Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, S. 65 = ZBJV 2003, S. 46 E. 4b/aa.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 58 II 127 E. 4b und Urteil Cour de Justice Civile GE vom 3.5.1974 i.S. Ligue genevoise contre le Cancer c. Hoirs Wenger = SJ 1975, S. 55 E. XX.

lichkeitsverletzung weder beim Verletzten noch bei Dritten einen Mehraufwand verursacht, weil der Verletzte auf die Inanspruchnahme von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen verzichtet, die ein andere Person in vergleichbarer Lage beanspruchen würde. Die Rechtsprechung bejaht bald die *Ersatzfähigkeit fiktiver Heilungskosten*,<sup>64</sup> bald wird sie verneint.<sup>65</sup> Ausländische Urteile, die fiktive Heilungskosten zusprechen, sind jedoch in jedem Fall vollstreckbar.<sup>66</sup>

Ein Schaden tritt als Folge einer *Freizeitarrbeitsunfähigkeit* erst dann ein, wenn geldwerte Arbeiten ausgeführt wurden, deren Nutzen der Betroffene nicht mehr ziehen kann<sup>67</sup> oder im Eigen- bzw. Drittinteresse ausgeführt worden wären. Schadenersatz wegen unterbliebener Eigenleistungen im Zusammenhang mit einem Hausbau kann aber nur verlangen, wer Umstände beweist, aus denen sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ergibt, dass er ohne den Unfall tatsächlich gebaut und Eigenleistungen erbracht hätte.<sup>68</sup> Der *Eigenleistungsausfallschaden* umfasst die Handwerkskosten, die hätten aufgewendet werden müssen,<sup>69</sup> und der Verlust von Einsparungen.<sup>70</sup>

Keine fiktiven Kosten stellen «vertagte» Kosten dar. Will der Verletzte eine notwendige Sach- bzw. Dienstleistung in Anspruch nehmen, war dazu aber aus finanziellen Gründen<sup>71</sup> oder anderen Gründen bislang noch nicht in der Lage, liegt zwar kein Mehraufwand vor, gleichwohl rechtfertigt sich eine Ersatzpflicht. Voraussetzung ist, dass der Geschädigte, sobald er dazu in der Lage ist, die fragliche Massnahme vornehmen wird.<sup>72</sup> Die «vertagten» Kosten stellen insoweit einen Anwendungsfall der zukünftig zu erwartenden effektiven Kosten dar.<sup>73</sup>

<sup>64</sup> Vgl. Urteil OGH vom 4.12.1986 = CaseTex Nr. 1437 = VersR 1989, S. 90.

Vgl. Urteile OLG Köln vom 19.5.1999 = CaseTex Nr. 5461 = VersR 2000, S. 1021 (Kosten eines Zahnimplantats) und BGH vom 14.1.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, S. 14 = NJW 1986, S. 1538 = MDR 1986, S. 486 = JZ 1986, S. 638 E. II/2b sowie APATHY PETER, Fiktive Operationskosten, in: RZ 1986, S. 265 ff., und RINKE WINFRIED, Kein Ersatz fiktiver Operationskosten? Anmerkung zu BGH, DAR 1986, 141, in: DAR 1987, S. 14 f.

Vgl. Urteil BGH vom 4.6.1992 (IX ZR 149/91) = BGHZ 118, 312 = EWiR 1992, S. 827 = NJW 1992, S. 1935 = ZIP 1992, S. 1256.

Diese Ersatzpflicht ist ein Anwendungsfall des Ersatzes nutzloser Aufwendungen (vgl. Urteil BGH vom 24.11.1995 [V ZR 88/95] = MDR 1996, S. 1113 = NJW 1996, S. 921).

Vgl. Urteil OLG Hamm vom 28.6.1995 (13 U 12/95) = NZV 1995, S. 480.

Vgl. Urteil BGH vom 6.6.1989 (VI ZR 66/88) = DAR 1989, S. 341 = NJW 1989, S. 2539 = VersR 1989, S. 837.

Vgl. Urteil OLG Hamm vom 20.9.1988 (9 U 22/88) = VersR 1989, S. 152.

Vgl. Urteil BGH vom 29.10.1957 = NJW 1958, S. 627 = VersR 1958, S. 176.

Vgl. Urteile BGH vom 14.1.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, S. 14 = NJW 1986, S. 1538 = MDR 1986, S. 486 = JZ 1986, S. 638 = VersR 1986, S. 550 und BGer vom 10.6.1982 i.S. Anna C. c. Clinique S. S. A. = CaseTex Nr. 838 = SG Nr. 219.

Vgl. BGE 131 III 411 f. und 211 1981 3a.

## II. Fiktiver Einkommensausfall

Ein *Soziallohn* liegt in dem Umfang vor, in dem die Arbeitsleistung vor oder nach Eintritt des haftungsbegründenden Tatbestands nicht dem ausbezahlten Lohn entspricht.<sup>74</sup> Als Indizien für eine freiwillige Sozialleistung fallen insbesondere verwandtschaftliche Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Versicherten und eine lange Dauer des Arbeitsverhältnisses in Betracht.<sup>75</sup>

Der Soziallohn ist praxisgemäss weder als Validen- noch als Invalidenerwerbseinkommen heranzuziehen.<sup>76</sup> Freiwillige Zuwendungen, insbesondere *freiwillige Lohnzahlungen des Arbeitgebers*, die dieser dem Verletzten als Soziallohn bezahlt, sind deshalb nicht als Invalideneinkommen anrechenbar,<sup>77</sup> weil der freiwillig Zuwendende in aller Regel nur den Geschädigten, nicht aber den Schädiger begünstigen will und Letzterer nicht vom Altruismus Dritter profitieren soll.<sup>78</sup> Eine *Aufwertung des Validensoziallohns* ist vorzunehmen, wenn das *fragliche Erwerbseinkommen unter dem sozialen Existenzminimum* liegt.<sup>79</sup> In beiden Fällen erhält der Verletzte trotz eines fehlenden Vermögensschadens Ersatz.

## B. Fiktive Sachschäden

Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, das beschädigte Auto reparieren zu lassen. Er kann es in unrepariertem Zustand behalten oder veräussern bzw. beim Kauf eines Ersatzautos eintauschen.<sup>80</sup> In all diesen Fällen entstehen keine Reparaturkosten und fragt es sich, ob die eingesparten bzw. fiktiven Reparaturkosten gleichwohl

<sup>74</sup> Vgl. BGE 104 V 90 E. 2. Die Annahme eines Soziallohns unterliegt strengen Beweisanforderungen (vgl. BGE 117 V 8 E. 2c/aa und 110 V 273 E. 4c sowie Urteil BGer vom 28.9.2006 [2A.236/2006] E. 5.4).

<sup>75</sup> Vgl. SUVA-Jahresbericht 1986, S. 9.

<sup>76</sup> Vgl. BGE 126 V 75 E. 3b/aa, 117 V 8 E. 2c/aa, 116 V 246 E. 3, 114 V 119 E. 2b und 109 V 25 E. 3c.

<sup>77</sup> Vgl. BGE 58 II 239 E. 1 und 249 E. 4, 52 II 392 und 49 II 163 E. 3; ferner Urteile BGer vom 3.8.2004 (6P.58/2003, 6S.159/2003 und 6S.160/2003) = Pra 2005 Nr. 29 E. 11.2, vom 21.8.1995 (4C.379/1994) = SG 1995 Nr. 48 E. 9b und vom 16.9.1975 i.S. *Assicuratrice c. Stéphane Bernard* = JdT 1977 I, S. 447 = SG 1975 Nr. 21 E. 5b und c sowie KGer VS vom 7.9.1982 i.S. *Jacques-Louis Isoz c. La Compagnie Helvetia-Accidents* = ZWR 1983, S. 174 E. 4d (im Familienbetrieb tätiger Geschädigter).

<sup>78</sup> Vgl. BGE 62 II 290 und Urteile BGer vom 26.3.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 E. 6b/aa und vom 7.4.1936 i.S. *Weissen c. Mengis*.

<sup>79</sup> Vgl. Urteile BGer vom 24.7.2000 (4P.85/2000) E. 2 (Annahme eines Monateinkommens von CHF 4700.–) und EVG vom 4.4.2002 (I 696/01) = plädoyer 2002/3, S. 73 E. 4b/bb (Annahme eines Validenlohnes als qualifizierter Automechaniker bei einem selbständigerwerbenden Garagisten).

<sup>80</sup> Unterbleibt eine Reparatur, entsteht in einem zweiten Schadenfall ein Beweisproblem. Der Geschädigte trägt die Beweislast für das Ausmass des Zweitschadens (siehe dazu Heide Klum, *Schadenersatzansprüche rund um das Auto*, 2. Teil, in: SJZ 1987, S. 323 ff., 324 ff.).

zu entschädigen sind. Die deutsche Rechtsprechung bejaht die Ersatzfähigkeit nicht nur der normativen, sondern auch der fiktiven Autosachschäden.<sup>81</sup>

Das Bezirksgericht Winterthur bejaht 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.<sup>82</sup> Der Geschädigte, der fiktive Reparaturkosten abrechnet, darf der Schadenberechnung die *Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt* zugrunde legen.<sup>83</sup>

Die ältere bzw. kantonale Rechtsprechung bejaht – vorbehaltlich eines «cas d'abus manifeste»<sup>84</sup> – 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.<sup>85</sup> Die Nutzungsausfallentschädigung beträgt bei einem Ersatzwagenmietverzicht 40 bis 50% der mutmasslichen Ersatzwagenmietkosten.<sup>86</sup>

Mitunter wird nur bei einer *Unmöglichkeit der Miete eines Ersatzfahrzeugs*, z.B. bei Fahrschulfahrzeugen, Taxis oder Cars, ein Ersatzanspruch bejaht. Der Geschädigte soll in diesem Fall zwar nicht die mutmasslichen Mietkosten eines gleichwertigen Fahrzeugs,<sup>87</sup> sondern die weiterlaufenden Fixkosten als Nutzungsausfallentschädigung erhalten.<sup>88</sup>

## C. Fiktive Vermögensschäden

Die schweizerische Rechtsprechung verneint grundsätzlich eine Ersatzpflicht für fiktive Vermögensschäden.<sup>89</sup>

Supra Ziffer 3/C/II.

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

Vgl. Urteile BGH vom 29.4.2003 (VI ZR 398/02) = MDR 2003, S. 1046, und OLG Düsseldorf vom 15.10.2007 (11 U 64/07), LG Münster vom 11.12.2007 (9 S 187/07) und LG Berlin vom 26.11.2007 (58 S 203/07).

Vgl. IdE 1964 I S. 455 Nr. 68.

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

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

Siehe aber z.B. Urteil OLG Bamberg vom 16.9.1975 (5 U 67/75) = VersR 1976, S. 972 (60% der Bruttomiet für vergleichbares gewerblich genutztes Fahrzeug).

Vgl. BHE – ZR – U. Rente H., *Chomage* – Entschädigung bei schweren Nutzfahrzeugen, in: SVK 1990, S. 196 ff.

Vgl. Urteil BGH vom 6.11.1998 (I ZR 2001 Nr. 31) (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Marktwertminderungen) und VGH 1999 Nr. 211 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Reisekosten).

## 5. Schlussbetrachtung

Das Vermögensschadendogma bzw. die Differenztheorie ist gute alte Tradition, aber überholt. Praxisgemäss besteht eine Ersatzpflicht für nutzlos gewordene Aufwendungen und unfreiwillige Kinderunterhaltskosten. Ersatzfähig sind sodann immaterielle und normative, nicht aber bzw. nur eingeschränkt fiktive Personenschäden. Bei den Sachschäden sind nur fiktive Sachschäden, nicht aber immaterielle und nur eingeschränkt normative Sachschäden ersatzfähig, während bei den Vermögensschäden eine Ersatzpflicht nur für den normativen Versorgungsausfall Angehöriger besteht. Es wäre an der Zeit, einen Schadenbegriff zu definieren, der auch den Nichtvermögensschaden berücksichtigt.