

Übertragen auf den vom OLG München entschiedenen Fall bedeutet dies: Selbst wenn ausgeschlossen werden könnte, dass an dem Vorfall ein anderes als eines der Schafe des Beklagten und des L. beteiligt war, ist die Klägerin jedenfalls den Beweis fällig geblieben, dass sich bei jedem der infrage kommenden schwarzen Schafe eine spezifische Tiergefahr gezeigt hat. Hierin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zu der genannten Entscheidung des BGH begründet. Dort hatte sich bei sämtlichen Pferdegespannen eine spezifische Tiergefahr, nämlich das Pferd eigene Fluchtverhalten, gezeigt. Eine Haftung des Beklagten nach §§ 833 S. 1, 830 Abs. 1 S. 2 BGB schied in dem vom OLG entschiedenen Fall demnach aus.

Das Urteil des OLG München gibt schließlich noch Anlass, zu der Frage Stellung zu nehmen, welche spezifische Tiergefahr sich in dem dortigen Fall realisiert hatte. Das OLG hat diesbezüglich auf das Entweichen aus dem Pferch abgestellt. Das Entweichen aus dem Pferch mag zwar im Sinne der Äquivalenztheorie kausal für den späteren Verletzungserfolg gewesen sein. Doch in der Rechtsgutverletzung selbst realisierte sich bei wertender Betrachtung vordringlich nicht die Gefahr des Entweichens, sondern die spezifische Gefahr eines Angriffsverhaltens gegenüber Menschen. Man stelle sich den vom OLG München entschiedenen Fall mit der Besonderheit vor, dass sämtliche schwarze Schafe aus dem Pferch entwichen waren, K. jedoch nur von einem Schaf angegriffen wurde. Auch in diesem Fall müsste die Klägerin mit ihrer Klage scheitern, da sich nicht bei jedem der Tiere ein Angriffsverhalten als für die Rechtsgutverletzung relevante spezifische Tiergefahr verwirklicht hätte. Anderes würde dagegen gelten, wenn sich die entwichenen Schafe auf einer Straße niedergelassen hätten und ein Auto sodann mit einem von ihnen kollidiert wäre: Hier käme, da sich in dem Verhalten aller als Schadenverursacher in Betracht kommender Schafe eine spezifische, kausalitätsgeeignete Tiergefahr gezeigt hätte, eine Haftung ihrer Halter nach §§ 833 S. 1, 830 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht.

VI. Zusammenfassung

Seit dem Urteil des BGH vom 15. 12. 1970²⁸ ist anerkannt, dass in entsprechender Anwendung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auch

Tierhalter im Fall ungeklärter Verursachung haften können. Noch wenig erörtert ist jedoch die Frage, unter welchen Voraussetzungen Tierhalter im Fall ungeklärter Verursachung haften, was also im Einzelnen unter einer entsprechenden Anwendung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auf die Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB zu verstehen ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Tierhalterhaftung gem. § 833 S. 1 BGB nach allgemeinem Verständnis um einen Fall der Gefährdungshaftung, nicht aber um einen Fall der Verursachungshaftung handelt: Die Haftung setzt voraus, dass sich im Erfolg eine spezifische Tiergefahr verwirklicht hat. Hieraus folgt, dass die Tierhalterhaftung bei alternativer Kausalität voraussetzt, dass sich bei dem Tier des in Anspruch genommenen Tierhalters eine spezifische Tiergefahr verwirklicht hat, die den eingetretenen Schaden hätte hervorrufen können. Legt man nun das Dogma von der feststehenden Ersatzberechtigung zugrunde und betrachtet einen Fall, in dem als Schadenverursacher ausschließlich Tiere (und damit ausschließlich eine Haftung nach § 833 S. 1 BGB) in Betracht kommen, so ist die Haftung nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB an folgende Voraussetzungen geknüpft²⁹:

1. In dem Verhalten mehrerer Tiere hat sich eine spezifische Tiergefahr verwirklicht.
2. Durch eines der Tiere wurde als Folge der Verwirklichung der spezifischen Tiergefahr der Schaden verursacht, sodass feststeht, dass der Geschädigte gegen einen der Tierhalter einen Anspruch aus § 833 S. 1 BGB hat.
3. Durch jedes der Tiere könnte als Folge der Verwirklichung der spezifischen Tiergefahr der Schaden verursacht worden sein („Kausalitätseignung“).
4. Es lässt sich nicht ermitteln, durch welches der Tiere der Schaden verursacht wurde.

28 BGH VersR 1971, 320 = NJW 1971, 509.

29 In Anlehnung an den Katalog von *Eberl-Borges* aaO (Fn. 10) § 830 Rn. 68.

Fiktiver Schadensersatz für Körperschäden

*Dr. Hans-Berndt Ziegler und Christian Konrad Hartwig, Marburg**

I. Problemaufriss und gesetzliche Ausgangslage

Wird bei einem Verkehrsunfall das Fahrzeug des Anspruchstellers beschädigt und er selbst verletzt, gelangen Rechtsprechung und ein überwiegender Teil der Literatur hinsichtlich des Schadensersatzes für Sachschäden und Körperschäden zu verschiedenen Lösungen, obwohl das Gesetz beide Rechtsgutverletzungen gleich behandelt.

Grundsätzlich schuldet der Schädiger entsprechend § 249 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der jeweiligen Anspruchsgrundlage sowohl in dem einen als auch in dem anderen Fall die Wiederherstellung des Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Das Gesetz geht von einer Naturalrestitution und darauf aufbauend von einer Totalreparation aus¹. Nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB muss sich der Geschädigte in beiden Fällen jedoch nicht auf eine Naturalrestitution des Schädigers verweisen lassen. Der Wortlaut ist eindeutig:

Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

An diesen Wortlaut anknüpfend hat die höchstrichterliche Rechtsprechung die Möglichkeit der sogenannten fiktiven Abrechnung konstituiert. Da nur der zur Herstellung erforderliche und gerade nicht der tatsächlich aufgewendete Betrag vom Gesetz als erstattungsfähig angesehen wird, sei es gerechtfertigt bzw. sogar geboten, dass derjenige, der seine verbeulte Motorhaube nicht reparieren lasse, die dazu erforderlichen Kosten fiktiv abrechnen könne².

* *Dr. Hans-Berndt Ziegler* ist Fachanwalt für Medizinrecht in Marburg; *Christian Konrad Hartwig* ist Referendar am LG Marburg und Doktorand der Philipps-Universität in Marburg.

1 *Medicus* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB 7. Aufl. 2012 § 249 Rn. 3; *Schubert* in Bamberger/Roth, BeckOK zum BGB – Stand 1. 3. 2011 – § 249 Rn. 2; *Schulze* in Handkomm. zum BGB 7. Aufl. 2012 § 249 Rn. 1; *Teichmann* in Jauernig, BGB 14. Aufl. 2011 § 249 Rn. 1.

2 St. Rspr. seit BGHZ 61, 56 (58) = VersR 1973, 964 (965); 154, 395 = VersR 2003, 918; 168, 43 = VersR 2006, 989; zuletzt BGH VersR 2012, 75 = NZV 2012, 219.

Insoweit kann der Rechtsprechung ohne Weiteres gefolgt werden, denn diese Rechtsfolge ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes.

Sobald es jedoch nicht um verbeultes Blech, sondern um Körperschäden geht, wird eine weitere Voraussetzung für die fiktive Abrechnungsmöglichkeit aufgestellt, die so im Gesetz keinerlei Niederschlag gefunden hat. Für die Behandlungskosten wird ein Verwendungsvorbehalt gefordert, nach dem die Behandlung auch tatsächlich durchgeführt werden müsse, bzw. die ernste Absicht einer solchen Behandlung lediglich einen Vorschuss auf die Behandlung rechtfertige³.

Für die Platzwunde auf der Stirn, deren Narbe nicht operativ beseitigt wird, für den ausgeschlagenen Zahn, auf dessen Ersatz durch ein Implantat verzichtet wird, für die Entfernung einer Metallplatte⁴, die nicht durchgeführt wird, gibt es mit anderen Worten keinen Ersatz, obwohl der Schädiger auch diese Körperschäden verursacht hat.

Die Gründe, aus denen heraus bei Körperschäden auf die „Reparatur“ verzichtet wird, können unterschiedlich sein. So kann der Geschädigte schlichtweg Angst vor einer (weiteren) Operation haben, eine solche Operation kann medizinisch schwierig oder aufgrund von Vorerkrankungen kontraindiziert sein oder der Geschädigte gibt sich mit dem bisherigen Ergebnis schlichtweg zufrieden, da er sich physisch und psychisch weiteren gerichtlichen Auseinandersetzungen nicht gewachsen fühlt. Gerade vor diesem Hintergrund wird augenfällig, worin der Nutzen einer fiktiven Abrechnung bestehen kann:

Der Schädiger wird nicht durch einen Umstand leistungsfrei, der seinen Ursprung in der höchstpersönlichen Entscheidung des Geschädigten hat; gleichzeitig wird der Geschädigte nicht überverteilt, da ihm lediglich ein objektiv zu bestimmender Betrag gezahlt werden würde, der für eine Versorgung seines Körperschadens notwendig wäre.

II. Bisherige Lösung

1. Rechtsprechung des BGH

Wie bereits ausgeführt, versagt die höchstrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich eine fiktive Abrechnungsmöglichkeit für Körperschäden, da ein Verwendungsvorbehalt aufgestellt wird.

Dies ist auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1986, also lange vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SchuldRModG) im Jahr 2002 und weiteren Reformen zurückzuführen. Mit seiner Entscheidung, die offensichtlich den Wortlaut des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB – und, wie noch zu zeigen sein wird, seine Zweckrichtung – ignoriert, hat der BGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung klargestellt, dass für zwar notwendige, aber nicht versuchte Heilungsbehandlungsmaßnahmen kein Ersatz verlangt werden könne⁵. Zur Begründung führt er aus, mit der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit solle kein Geschäft gemacht werden. Der Entschluss des Verletzten, sich einer ärztlichen Behandlung – etwa wegen der damit verbundenen Risiken oder des zweifelhaften Erfolgs – nicht zu unterziehen, sondern mit der unbehandelten Verletzung weiterzuleben, beträfe beim Körperschaden im Gegensatz zum Sachschaden eine andere Ebene und sei prinzipiell ebenso wenig kommensurabel wie die Verletzung selbst, mit der der Geschädigte belastet bliebe. Hierfür gewähre ihm das Gesetz eine Geldentschädigung in Form des Schmerzensgeldes. Dementgegen sei der Sachschaden als Wertminderung im Vermögen des Geschädigten – jedenfalls bei einer gedachten Bilanzierung – immer vorhanden; deswegen sei seine fiktive Abrechnung gerechtfertigt, um eben diese gedachte negative Bilanz auszugleichen.

Wenn der Verletzte jedoch die Behandlungskosten verlange, obwohl er die Behandlung nicht durchführen lassen wolle, so verlange er in Wahrheit eine Entschädigung für die fortdauernde Beeinträchtigung seiner Gesundheit. Eine derartige Kompensation billige die Rechtsordnung dem Verletzten gem. § 253 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 847 BGB zu. Wenn man dem Verletzten die fiktiven Kosten einer nicht durchgeführten Heilbehandlung zuerkennen wolle, so würde dies zu einer Umgehung des § 253 BGB führen. In den Fällen, in denen die Voraussetzung des § 847 BGB für die Gewährung eines Schmerzensgeldes nicht vorlägen, würde der Verletzte ein ihm nach dem Gesetz nicht zustehendes Schmerzensgeld erhalten, in anderen Fällen würde er ein ihm nach § 847 BGB zustehendes Schmerzensgeld in einer im Gesetz nicht vorgesehenen Weise aufbessern können⁶.

2. Kritik

Diese Auffassung steht mit dem Wortlaut des Gesetzes ersichtlich nicht in Einklang und ist auch durch Auslegung nicht aus dem Gesetz heraus zu lesen. Schließlich ergeben sich auch praktische Anwendungsprobleme, weil offenbleibt, wann eine, wie der BGH sie fordert, „feste Behandlungsabsicht“⁷ vorliegt. Selbst die ernsthafte Absicht rechtfertigt allenfalls eine Vorschusszahlung für die Behandlung⁸.

In Anbetracht der neueren Entscheidungen des BVerfG zur richterlichen Rechtsfortbildung ist die Entscheidung des BGH heute nicht mehr haltbar. Zuletzt mit Kammerbeschluss vom 26. 9. 2011 hat das BVerfG die überragende Bedeutung der richterlichen Gesetzesbindung hervorgehoben⁹. Die Gesetzesbindung sei aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit unverzichtbar. Richterliche Rechtsfortbildung dürfe nicht dazu führen, dass der Richter bzw. das Gericht als Spruchkörper seine eigene materielle Gerechtigkeit vorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers stelle. Auch in Entscheidungen aus den Jahren 2009 und 2011 hat das BVerfG klargestellt, dass der Richter die gesetzgeberischen Grundentscheidungen respektieren und den Willen des Gesetzgebers möglichst zuverlässig zur Geltung bringen müsse¹⁰.

Demnach gilt es zuvorderst festzustellen, welche Zielvorstellung der Gesetzgeber bei der Kodifizierung hatte. Dabei wird schnell klar, dass sich umfangreiche Ausführungen zur Frage der Ersatzfähigkeit fiktiver Körperschäden nicht finden. Geht man in der Gesetzgebungsgeschichte weit zurück, stößt man darauf, dass ein Geldanspruch als Restitutionsform – gleichgültig für welche Rechtsgüterbeschädigung – überhaupt nicht vorgesehen war¹¹. Der Grund, warum ein solcher dann jedoch in § 249 BGB eingeführt wurde, ist in der Erwägung der II. Kommission zu se-

3 Grundlegend: BGH VersR 1986, 550 = NJW 1986, 1538; OLG Hamm VersR 2003, 780 = NZV 2003, 192; OLG Köln VersR 2000, 1021.

4 Mit weiteren Beispielen *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld 6. Aufl. 2012 S. 289.

5 BGH VersR 1986, 550 = NJW 1986, 1538.

6 Diesem Urteil folgt die gesamte obergerichtliche Rechtsprechung sowie das weit überwiegende Schrifttum: OLG Hamm VersR 2003, 780 = NZV 2003, 192; OLG Köln VersR 2000, 1021; *Oetker* in Münch. Komm. zum BGB 6. Aufl. 2012 § 249 Rn. 380; *Schulze aaO* (Fn. 1) § 249 Rn. 3; zu Recht kritisch *Däubler* NJW 1999, 1611; zuvor ablehnend OLG Celle VersR 1972, 468; OLG Stuttgart VersR 1978, 188; sich dem anschließend *Rinke* DAR 1987, 14.

7 BGH VersR 1986, 550 (551) = NJW 1986, 1538 (1539) a. E.

8 OLG Hamm NZV 2002, 370 (371) a. E.

9 BVerfG NJW 2012, 669.

10 BVerfG NJW 2011, 836; 2009, 1469 (1476 ff.).

11 Vgl. dazu *Greger* NZV 2000, 1 (2).

hen, dass dem Geschädigten nicht zugemutet werden könne, seine Sache zum Zweck der Reparatur dem Schädiger zu überlassen¹². An eine fiktive Abrechnungsmöglichkeit, gleich ob für Sach- oder gar Körperschäden, hat der Gesetzgeber im seinerzeitigen Gesetzgebungsverfahren allerdings gar nicht gedacht. Gleichwohl ergab sich eine Möglichkeit aus der Auslegung des Gesetzes, weil nach § 249 S. 2 BGB a. F.¹³ der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen – nicht aber den tatsächlich aufgewandten – Geldbetrag verlangen kann. In der jüngeren Vergangenheit beschäftigte sich der Bundestag im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften in Kenntnis der inzwischen ergangenen Rechtsprechung mit der Frage der fiktiven Abrechnung. Hierzu führt er aus:

Für den Ersatz von Personenschäden oder Sachfolgeschäden (wie z. B. Sachverständigenkosten oder Kosten für die Anmietung einer Ersatzsache während der Dauer der Reparatur des Sachschadens), ist anerkannt¹⁴, dass der Geschädigte den für die Herstellung erforderlichen Geldbetrag stets nur dann und insoweit verlangen kann, als er zur Herstellung des ursprünglichen Zustands auch tatsächlich angefallen ist. Hieran soll nichts geändert werden¹⁵.

Durch das Abstellen auf das, was anerkannt ist, macht sich der Gesetzgeber ohne weitere Erwägungen die Argumente des BGH aus seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1986 zu eigen.

Es wäre für den Gesetzgeber ein Leichtes gewesen, im Zuge der Reformierung des § 249 BGB durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. 7. 2002 klarzustellen, dass und vor allem warum eine fiktive Abrechnungsmöglichkeit von Körperschäden nicht von § 249 Abs. 2 S. 1 BGB umfasst sein soll. Dies hat er jedoch gerade nicht getan; es wurde lediglich S. 2 hinzugefügt, der die Erstattung der Umsatzsteuer bei Sachschäden nur bei einer tatsächlich durchgeführten Reparatur zuspricht.

Da die Gesetzesmaterialien letztlich also für die Frage, ob auch fiktive Körperschäden zu ersetzen sind, unergiebig sind, ist es notwendig, den Inhalt des § 249 BGB durch die hergebrachten und bewährten juristischen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Dabei ist der Wortlaut Ausgangspunkt und gleichzeitig Grenze der Auslegung.

Die reine Wortlautauslegung lässt – wohl unbestreitbar – die Möglichkeit einer fiktiven Abrechnung auch für Körperschäden zu („ist wegen der Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten“). Dies gilt selbst vor dem Hintergrund, dass der Geschädigte nach der im Jahr 2002 erfolgten Gesetzesänderung gem. § 249 Abs. 2 S. 2 BGB nur bei tatsächlich durchgeführter Reparatur die Umsatzsteuer verlangen kann. Im Umkehrschluss könnte aus § 249 Abs. 2 S. 2 BGB geschlossen werden, dass der Gesetzgeber damit die fiktive Abrechnungsmöglichkeit von Körperschäden ausschließen wollte. Dieser naheliegende Schluss ist jedoch falsch, weil nach § 14 Nr. 14 UStG Heilbehandlungen gerade nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Insoweit hat der Gesetzgeber – bewusst oder unbewusst – Weitblick bewiesen, indem er die Regelung des § 249 Abs. 2 S. 2 BGB nur auf Sachschäden bezog. Jedenfalls fügt sich die fiktive Abrechnungsmöglichkeit von Körperschäden auch unter dem Gesichtspunkt der Umsatzsteuer problemlos in das systematische Gefüge des § 249 BGB ein. Jedoch auch im Hinblick auf Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich keine Rechtfertigung für die Versagung der fiktiven Abrechnungsmöglichkeit von Körperschäden.

Die Möglichkeit nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB fiktiven Schadensersatz verlangen zu können, ergibt sich zunächst aus der Grundüberlegung, dass die Naturalrestitution vor der Erstattung steht.

Damit wird jedoch auch klar, dass es sich bei der Naturalrestitution einerseits und bei einem Erstattungsanspruch andererseits um ein qualitatives *aliud* handelt. Die Wiederherstellung des früheren Zustands ist sowohl tatsächlich als auch rechtlich anders zu qualifizieren als die Erstattung¹⁶. Daher heißt es in § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch „statt der Herstellung“ und nicht „für die Herstellung“. Die Rechtfertigung, aus der heraus der Wiederherstellungsanspruch letztlich doch kommerzialisiert wird, ist in einer Billigkeitserwägung zu sehen, die ihrerseits wiederum den besonderen Interessenlagen bei der Konstellation Schädiger–Geschädigter gerecht wird. Denn der Geschädigte soll den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag vom Schädiger verlangen können, ohne ihm Rechenschaft darüber geben zu müssen, wofür er das Geld verwendet¹⁷. Damit soll dem Geschädigten der (weitere) Streit mit dem Schädiger über das Ergebnis der Reparation vom Leibe gehalten und Dispositionsfreiheit für ihn begründet werden¹⁸.

Dies wurde im Schrifttum als „Magna Charta“ für den Geschädigten im Schadensrecht bezeichnet¹⁹. Auch der BGH bedient sich eindrucksvoller Worte, um die Dispositionsfreiheit des Geschädigten herauszustellen: Der Geschädigte sei „Herr des Restitutionsgeschehens“²⁰.

Im Bereich der Körperschäden soll dies nun jedoch gerade nicht gelten; vielmehr sei ein Verwendungsvorbehalt für Geldzahlung in diesen Bereichen gegeben. Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Billigkeitserwägung als Rechtfertigung der fiktiven Abrechnungsmöglichkeit überrascht dies, zumal zudem der Körperschädiger gegenüber dem Sachschädiger damit privilegiert würde.

Gegen eine fiktive Abrechnungsmöglichkeit für Körperschäden wird angeführt, dass dadurch die Voraussetzungen des § 253 BGB umgangen würden und damit faktisch ein weiterer Schmerzensgeldanspruch konstruiert würde. Ferner könne der Geschädigte ein ihm nach § 847 BGB a. F. zustehendes Schmerzensgeld aufbessern können²¹. Das Argument aus § 847 BGB a. F. ist obsolet, da die Vorschrift 2002 aufgehoben wurde. Ob die fiktive Abrechnungsmöglichkeit für Körperschäden letztlich nichts anderes als eine weitere Schmerzensgeldzahlung ist, gilt es zu untersuchen.

Es wurde bereits herausgearbeitet, dass jede Form der Rechtsgutverletzung zunächst in Form der Naturalrestitution auszugleichen ist. Bestehen darüber hinaus Verletzungen, die gerade nicht durch diese Restitution kompensiert werden können, so ist Schmerzensgeld zu zahlen. Die grundsätzliche Verschiedenheit dieser beiden Positionen wird auch dadurch deutlich, dass für die Naturalrestitution ein objektivierbarer Betrag ermittelt werden kann, für die Zahlung von Schmerzensgeld gerade nicht. Vielmehr ist hier eine „billige Entschädigung“ zu zahlen.

12 *Mugdan* II S. 513.

13 Inhaltsgleich mit der aktuellen Fassung des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB.

14 Hervorhebung durch die Autoren.

15 BR-Drucks. 742/01 S. 52.

16 So ebenfalls OLG Celle VersR 1972, 468; OLG Stuttgart VersR 1978, 188.

17 BGH VersR 1986, 550 f. = NJW 1986, 1538 (1539); VersR 2006, 989 f. = NJW 2006, 2179 (2180).

18 So auch *Rinke* DAR 1987, 14 (15).

19 *Steffen* NJW 1995, 2057 (2059).

20 BGH VersR 2007, 1145 (1146) = NJW 2007, 1674 (1676).

21 BGH VersR 1986, 550 f. = NJW 1986, 1538 (1539).

Das Schmerzensgeld soll dabei Ausgleich für das Erlittene bieten und Genugtuung sein²². Das Schmerzensgeld tritt nicht im Sinne einer Alternativität an die Stelle des Wiederherstellungsanspruchs, sondern als *aliud*, unter bestimmten Voraussetzungen, daneben.

Die Kosten für eine nicht durchgeführte Behandlung, die der Geschädigte fiktiv abrechnen möchte, haben mit dem Schmerzensgeld bereits dem Grunde nach nichts zu tun. Die Operation würde einzig und allein der Wiederherstellung des *status quo ante* dienen. Der dazu erforderliche Geldbetrag steht dem Geschädigten damit nicht als Erstattungsanspruch, sondern vielmehr als der ursprüngliche Herstellungsanspruch zu, der nunmehr lediglich in Geld auszuzahlen ist²³. Dieses Ergebnis entspricht auch offensichtlich der Billigkeit und löst den oben dargelegten Wertungswiderspruch zwischen Sach- und Körperschäden auf. Die körperliche Unversehrtheit ist im Vergleich zu Sachwerten das vornehmere Rechtsgut. Deshalb müssen auch hier die Wiederherstellungsaufwendungen gleichbehandelt werden.

In diesem Zusammenhang kann dann auch dem Argument des BGH entgegengetreten werden, dass bei einer fiktiven Abrechnung von Sachschäden vor Abrechnung eine gedachte negative Bilanz im Vermögen des Geschädigten zu verzeichnen sei. Gerade der Ausgleich dieser negativen Bilanz sei jedoch laut BGH wesensmäßig bei der Herstellung der körperlichen Integrität nicht möglich, da das eine Vermögen, das andere den nicht kommerzialisierbaren Körper betreffe. Die Feststellung, dass der Körper grundsätzlich nicht kommerzialisierbar ist, ist richtig und wichtig, führt letztlich jedoch dazu, dass das, was eigentlich von der Rechtsordnung zuvorderst geschützt werden sollte und auch größtenteils wird, im Schadensfall schlechter behandelt wird, als nachrangige Rechtsgüter. Somit kann der am Körper Verletzte bereits aus dieser Erwägung heraus nicht schlechter gestellt werden, als der, dessen Sachwerte beschädigt wurden.

Schließlich wird gegen eine fiktive Abrechnungsmöglichkeit von Körperschäden angeführt, dass eine objektive Bestimmung des zu zahlenden Betrags als Äquivalent für den ursprünglichen Wiederherstellungsanspruch äußerst schwierig sei, da jeder Behandlungsverlauf individuell und damit kaum vorhersehbar sei²⁴. Dieser Gedanke ist sicherlich nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen; jedoch ist die heutige Medizin eine in monetärer Hinsicht bis ins kleinste Detail durchgeplante und aufgeschlüsselte Heilwissenschaft – jeder erdenklichen Behandlung wird in sogenannten Diagnosis Related Groups (kurz: DRG) ein daraus zu errechnender Geldbetrag zugewiesen²⁵. Damit ist eine Objektivierbarkeit der fiktiven Abrechnung gegeben.

III. Zusammenfassung

Es gibt damit insgesamt keine Rechtfertigung, die fiktive Abrechnung von Sach- und Körperschäden unterschiedlich zu behandeln. Nimmt man den Wortlaut des § 249 BGB ernst und ergänzt

ihn um die durchaus aner kennenswerte Erwägung der höchst richterlichen Rechtsprechung zu der besonderen Interessenlage bei Körperschäden, so ergibt sich, dass ein Verwendungsvorbehalt für Zahlungen, die als Äquivalent für den ursprünglichen Anspruch auf Wiederherstellung von Körperschäden geleistet werden, nicht zu rechtfertigen ist.

Dieses Ergebnis ist auch unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien nicht unbillig. Dem Schädiger wird keine zusätzliche Belastung auferlegt; der Geschädigte erhält vielmehr eine nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Leistung im Gegenzug für seinen Verzicht auf den ihm zustehenden Wiederherstellungsanspruch.

Hierdurch wird auch kein „verdeckter“ Schmerzensgeldanspruch konstruiert. Das etwaig zusätzlich zu zahlende Schmerzensgeld hat mit dem Wiederherstellungsanspruch nichts zu tun.

Schließlich wird auch keinesfalls eine „Horrorvision“ für die Versicherer²⁶ durch die fiktive Abrechnungsmöglichkeit von Körperschäden hervorgerufen. Der Geschädigte muss sich, wenn er sich für die fiktive Abrechnung entscheidet, auch beim Wort nehmen lassen und kann dann dementsprechend für das Ertragen weiter gehender Schmerzen, die mit hinreichender Sicherheit durch die durchgeführte Operation hätten vermieden werden können, kein zusätzliches Schmerzensgeld verlangen²⁷. Darüber hinaus kann im Einzelfall die vom Geschädigten gewählte fiktive Abrechnung auch für den Schädiger von (geldwertem) Vorteil sein. Denn bei dieser gewählten Art des Wiederherstellungsanspruches bleiben dem Schädiger zusätzliche Kosten bei Verwirklichung etwaiger Fehlschlags- und Komplikationsrisiken erspart²⁸.

Damit ist die fiktive Abrechnungsmöglichkeit von Körperschäden eine interessengerechte Lösung. Sie steht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang und fügt sich in die Begründungserwägungen der Rechtsprechung zur fiktiven Abrechnungsmöglichkeit von Sachschäden ein.

22 BGH VersR 1952, 397 = NJW 1953, 99; VersR 1955, 615 = NJW 1955, 1675 (noch unter Geltung des § 847 BGB a. F.); *Medicus* aaO (Fn. 1) § 253 Rn. 11 f.; *Teichmann* aaO (Fn. 1) § 253 Rn. 3.

23 So ebenfalls OLG Celle VersR 1972, 468; OLG Stuttgart VersR 1978, 188.

24 *Steffen* NJW 1995, 2057 (2060).

25 Im Jahr 2011 gab es laut dem GKV Spitzenverband 1194 DRG-Fallpauschalen und 146 Zusatzentgelte.

26 So jedoch *Steffen* NJW 1995, 2057 (2060).

27 So auch OLG Stuttgart VersR 1978, 188.

28 Insoweit in Übereinstimmung mit *Rinke* (DAR 1987, 14 [15]), der jedoch auch bei der fiktiven Abrechnung von Körperschäden von einer Vermögensdisposition ausgeht, im Ergebnis jedoch richtig auf die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung abstellt.

Kleinere Beiträge

Verkehrssicherungspflichten bei Laub

Alexander Werner, München*

I. Gemeinden

Die Mehrzahl der ergangenen Urteile zu Unfällen wegen Laub behandelt die Verkehrssicherungspflicht von Gemeinden. In einem vom OLG Frankfurt/M. entschiedenen Fall war die Klägerin auf einem abschüssigen Fußgängerweg gestürzt und hatte sich ver-

letzt. Der Weg war nass und mit Laub und Blattstängeln übersät. Das OLG Frankfurt/M. führte im Urteil aus:

Das Herabfallen von Laub kann ein Verkehrssicherungspflichtiger ebenso wie Witterungseinflüsse nicht aufhalten und seine

* Der Autor ist Mitarbeiter einer großen Versicherung in München und dort insbesondere mit Haftpflichtschäden befasst. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.