

# Integritätsinteresse und Ersatz fiktiver Kosten

## Inhaltsübersicht

<b>I. Einleitung</b> .....	145
<b>II. Restitution und Kompensation</b> .....	146
A. Integritätsinteresse und Wertinteresse .....	147
B. Verhältnis zum Schadensbegriff .....	148
C. Anwendungsbereich .....	149
1. Restitution bei Personenschaden .....	149
2. Nach Wahl des Geschädigten bei Sachschaden .....	150
<b>III. Schranken der Restitution</b> .....	151
A. Unmöglichkeit .....	152
B. Angemessenheit .....	152
C. Objektiver Wert des Gutes? .....	154
D. Freiwilligkeit? .....	155
<b>IV. Schadensberechnung</b> .....	155
A. Schadensberechnung – Schadensbewertung .....	156
B. Restitution .....	156
C. Kompensation .....	157
<b>V. Ersatz zukünftiger Wiederherstellungskosten</b> .....	157
<b>VI. Ersatz fiktiver Wiederherstellungskosten</b> .....	159
<b>VII. Fazit</b> .....	161

## I. Einleitung

Zu einem gerechten Ausgleich von Schädigungen – und damit zum primären Ziel des Haftpflichtrechts – führen im Prinzip zwei Wege: Entweder versucht der Geschädigte den früheren Zustand wiederherzustellen oder er nimmt den erlittenen Nachteil in Kauf und verlangt als Ausgleich wertmässigen Ersatz.

Angesprochen ist damit die Unterscheidung zwischen Kompensation und Restitution. Sie durchzieht das gesamte Schadensrecht und findet folglich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Niederschlag. Zum Beispiel in BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 4a: Danach kann der Umfang eines Sachschadens «entweder nach dem Minderwert des betroffenen Aktivums oder nach der Vergrösserung der Passiven infolge zusätzlicher Beseitigungs- oder Reparaturkosten bestimmt

werden.» In über blosser Beschreibung hinausgehender Manier wird die Unterscheidung zwischen Kompensation und Restitution jedoch selten thematisiert, was in abgeschwächter Form auch auf die schweizerische Lehre zutrifft.<sup>1</sup> Das ist insofern überraschend, als im nahen Ausland, besonders in der österreichischen Lehre, eine genauere Analyse schon vor längerer Zeit stattgefunden hat.<sup>2</sup> Auf sie wird heute – angesichts ihrer Resultate in Form überzeugender Antworten der Rechtsordnung auf verschiedene traditionellerweise umstrittene Fragen des Schadensrechts – mit einiger Zufriedenheit zurückgeblückt.<sup>3</sup>

Die Unterscheidung von Restitution und Kompensation ist dem Schadensrecht inhärent und birgt daher auch für andere Rechtsordnungen das Potential, für schadensrechtliche Problemstellungen überzeugende Argumente zu liefern. Dieser Aufsatz bietet einen Überblick über Anwendungsbereich und Schranken der beiden Konzepte nach schweizerischem Recht (II und III), insbesondere nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Ausgehend von den Modalitäten der Bewertung, in denen sich Kompensation und Restitution wesentlich unterscheiden (IV), sind die letzten zwei Kapitel der Beurteilung von zukünftigen und fiktiven Wiederherstellungskosten gewidmet (V und VI).

## II. Restitution und Kompensation

Restitution und Kompensation sind nach ihrer Funktion Ersatzkonzepte<sup>4</sup> (A), die zum gängigen Schadensbegriff nicht bloss im Einklang stehen, sondern diesen geradezu ausfüllen (B). Der Anwendungsbereich der beiden Konzepte unterscheidet sich unter anderem nach der Schadensart (C).

---

<sup>1</sup> Zu nennen sind immerhin Anne-Sylvie Dupont, *Dommage vers une nouvelle définition?*, SJ 2003 470 ff., 477 ff.; Vito Roberto, *Schadensrecht*, Habil., Basel 1997, 133 ff.; ders., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002, N 674 ff.

<sup>2</sup> Grundlegend Peter Apathy, *Aufwendungen zur Schadensbeseitigung*, Wien 1979; ferner Christian Huber, *Fragen der Schadensberechnung*, 2. A., Wien 1995; Helmut Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht I*, 3. A., Wien 1997, 291 ff. Aus der deutschen Lehre etwa Martin Kolbinger, *Restitution und Kompensation bei Sachschäden*, Diss., Berlin 2005; Hans Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, Heidelberg 1993, N 128 ff.

<sup>3</sup> Zum Beispiel von Christian Huber, *Aktuelle Fragen des Sachschadens*, ÖJZ 2005 161 ff. und 211 ff., anlässlich eines grossangelegten Rechtsvergleiches zwischen dem österreichischen und deutschen Sachschadenersatzrecht.

<sup>4</sup> Stoll (FN 2), N 131, spricht von den Hauptfunktionen des Schadenersatzrechts.

## A. Integritätsinteresse und Wertinteresse

Ziel der Restitution ist die Wiederherstellung des Zustandes, wie er ohne das schädigende Ereignis wäre. Geschützt wird das *Integritätsinteresse* des Geschädigten.<sup>5</sup> Im Rahmen der Restitution lassen sich daher nicht nur Verletzungen von schwierig bewertbaren Interessen wie etwa der körperlichen Unversehrtheit ausgleichen, sondern auch immaterielle Interessen – bis hin zum blossen, auch immateriellen Interesse, eine bestimmte Sache zu haben.<sup>6</sup> Der zu ersetzende Schaden liegt in den Wiederherstellungskosten.<sup>7</sup> Darunter fallen Kosten der Reparatur oder Ersatzbeschaffung, und der Schadensabwicklung, schlechthin alle Auslagen, die dem Geschädigten bei Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes entstehen. Bei der Restitution geht es daher nicht darum, den Schädiger zu Naturalrestitution zu verpflichten,<sup>8</sup> obwohl Naturalrestitution als eine Form der Restitution denkbar ist, sondern nur um die vermögensmässigen Folgen der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes.<sup>9</sup>

Ziel der Kompensation dagegen ist es, die aus der Beeinträchtigung fliessende Werteinbusse direkt zu ersetzen, ohne vorderhand den zugefügten Nachteil auszuräumen. Geschützt ist das *Wertinteresse* des Geschädigten. Der Schaden liegt dann in der wertmässigen Beeinträchtigung des Rechtsgutes selber. Der Ersatz von immateriellen Interessen ist nach diesem Konzept ausgeschlossen, weil sich nur vermögensmässige Beeinträchtigungen, nicht aber immaterielle Schäden als Werteinbusse im Vermögen niederschlagen. Immateriellen Interessen wird im Rahmen der

<sup>5</sup> BGE 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.2. Vgl. Christine Chappuis, Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger, Le préjudice, Zürich 2005, 15 ff., 23. Zum *Integritätsinteresse* vgl. Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, N 2727; Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2005, § 1 N 57; Ernst a. Kramer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1, Bern 1986; N 98 Allg. Einl.; Niklaus Lüchinger, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss., Freiburg 1999, N 368 ff.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, § 14 N 32; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2005, N 394b. Gesprochen wird auch vom *Restitutionsinteresse*; vgl. Roberto, Schadensrecht (FN 1), 136 ff.; ders., Haftpflichtrecht (FN 1), N 674 ff.; oder vom Interesse am Nichteintritt des Schadens, Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. A., Bern 1998, 103 f.

<sup>6</sup> Huber (FN 2), 154; Roberto, Schadensrecht (FN 1), 138 f.; Stoll (FN 2), N 133.

<sup>7</sup> BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 5b.

<sup>8</sup> Vgl. Honsell (FN 5), § 8 N 8a. Eine Bemerkung wert ist aber BGE 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.2, wo Wiederherstellungskosten als Surrogat der Naturalrestitution bezeichnet werden.

<sup>9</sup> Apathy (FN 2), 59 ff., behandelt Wiederherstellungskosten als Folgeschaden der ursprünglichen Beeinträchtigung des Rechtsgutes, gesteht aber ein, dass der ursprüngliche Schaden durch die Wiederherstellung zumindest teilweise beseitigt wird.

Kompensation blosser Affektionswert<sup>10</sup> zuerkannt; ihre Beeinträchtigung ist in der Regel nicht ersatzfähig, ausser sie nimmt das Ausmass einer immateriellen Unbill an.<sup>11</sup> Zudem stellen sich erhebliche praktische Schwierigkeiten bei der Bewertung.

## B. Verhältnis zum Schadensbegriff

Beide Konzepte, Restitution wie Kompensation, stehen mit den Grundsätzen des schweizerischen Schadensrechts im Einklang. Eine Vermögenseinbusse in Form einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder eines entgangenen Gewinns<sup>12</sup> kann nach beiden Konzepten vorliegen.<sup>13</sup>

Der Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR weist zwar eher in die Richtung des Wertersatzgedankens, und so auch die hiesige Umschreibung der Differenztheorie. Danach entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.<sup>14</sup> Da die Differenztheorie im Wesentlichen aber nur in einem rechnerischen Gesamtvermögensvergleich besteht, drückt sie bestenfalls den Grundsatz der Totalreparation aus.<sup>15</sup> Zu den Ersatzkonzepten Restitution und Kompensation steht sie in keiner direkten Beziehung.<sup>16</sup>

Dem Grundsatz der Totalreparation wird aber auch das Konzept der Restitution gerecht, in mindestens ebenbürtiger Weise.<sup>17</sup> Vollen Ersatz erhält der Geschädigte wenn er vermögensmässig so gestellt wird, wie er ohne das schädigende Ereignis

---

<sup>10</sup> Die Abgrenzung ist weniger klar als sie scheint. So ist etwa der am Kunstmarkt bestimmte Wert eines Liebhaberobjekts nichts anderes als der Affektionswert eines Verkäufers und mindestens eines potentiellen Käufers.

<sup>11</sup> BGE 115 II 474, Erw. 3a. Karl Oftinger / Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, Bd. I, § 6 N 379; Rey (FN 5), N 323; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 672.

<sup>12</sup> BGE 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.1; 116 II 444, Erw. 3a.aa; 104 II 198, Erw. a, je mit Hinweisen.

<sup>13</sup> Vgl. Gilles Petitpierre, Le préjudice patrimonial et le tort moral: vers de nouvelles frontières?, in: Christine Chappuis / Bénédicte Winiger (Hrsg.), Le préjudice, Zürich 2005, 63 ff., 66 f.

<sup>14</sup> BGE 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.1; 128 III 26, Erw. 2c.aa; 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 4a.; 115 II 474, Erw. 3a.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 5c.cc; Schwenger (FN 5), § 15 N 7 f. Damit kommt ihr gerade jene Bedeutung zu, das ihr auch vom Urheber – Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855 – zugemessen wurde; vgl. Roberto (FN 1), Schadensrecht, 12; Stoll (FN 2), N 156.

<sup>16</sup> Stoll (FN 2), N 166.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.2. Dupont (FN 1), 480, und Petitpierre (FN 13), 65 ff., begründen dies damit, dass dem Schadensrecht ursprünglich die Idee der Restitution innewohnte.

stehen würde.<sup>18</sup> Im Gesetz und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich daher wenig überraschend zahlreiche Hinweise auf das Restitutionskonzept. Wo die Rechtsordnung einzelne Schadensposten ausdrücklich als ersatzfähig anerkennt, handelt es sich um rechtsgutspezifische Konkretisierungen des Restitutionskonzeptes. In Anwendung von Art. 45 Abs. 2 und 46 Abs. 1 OR werden beim Körperschaden die Heilungskosten ersetzt, da nicht die Verletzungen selber, sondern die Restitutionskosten den ersatzfähigen Schaden darstellen.<sup>19</sup> Und auch beim Sachschaden sieht das Bundesgericht den ersatzfähigen Schaden nicht in der Beeinträchtigung des Gutes, sondern in der dadurch resultierenden Vermögenseinbusse, und damit u.a. in den Kosten zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes.<sup>20</sup> In BGE 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.2, ist dies soweit ersichtlich erstmals explizit mit dem Schutz des Integritätsinteresses begründet worden. Das Wiederherstellungskonzept bei Sachschäden hat mit den Art. 45c und 45f auch in den Vorentwurf zur Revision des Haftpflichtrechts Eingang gefunden, ohne dass damit eine Änderung der Rechtslage intendiert wäre.<sup>21</sup>

Zum Schadensbegriff stehen daher weder Kompensation noch Restitution im Widerspruch. Indem sie angeben, für welches verletzte Interesse Ausgleich notwendig ist, bestimmen sie aber den Gehalt des Schadensbegriffs im Einzelfall.

## C. Anwendungsbereich

Wie erwähnt erschliesst sich der Anwendungsbereich der beiden Konzepte aus dem Gesetz und aus der Rechtsprechung. Die traditionelle Unterscheidung zwischen Personenschaden (1) und Sachschaden (2) ist auch für die Untersuchung, ob Ersatz des Integritätsinteresses oder nur des Wertinteresses geschuldet ist, ein geeignetes Kriterium.

### 1. Restitution bei Personenschaden

Beim Personenschaden ist Kompensation von Gesetzes wegen ausgeschlossen. In Art. 45 f. OR hat der Gesetzgeber ausschliesslich Restitutionskosten als ersatzfähige Schadensposten aufgezählt und sich damit klar zum Schutz des Integritätsinteresses bekannt. Die wertmässige Kompensation von Eingriffen in die Unversehrtheit

<sup>18</sup> Theo Guhl / Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 10 N 2.

<sup>19</sup> BGE 127 III 403, Erw. 4a.

<sup>20</sup> BGE 118 II 176, Erw. 4b; im Resultat 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.2. Oftinger / Stark (FN 11), § 6 N 354; Rey (FN 5), N 306b.

<sup>21</sup> Vgl. Pierre Widmer / Pierre Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, 80.

des menschlichen Körpers und des Lebens scheitert bis heute an den Schwierigkeiten, die eine Bewertung dieser Rechtsgüter mit sich bringt. Zudem wird eine solche Kommerzialisierung aus ethischer Perspektive vielfach als unangemessen empfunden.

Der konzeptionelle Unterschied ist aber auch in diesem Bereich präsent: Ein Beispiel sind Unfälle mit Todesfolge, in denen häufig tiefere Schadenersatzsummen anfallen als bei blossen Körperverletzungen. Versteht man die Ersatzsumme i.S.e. Kompensation als Bewertung des verletzten Rechtsgutes, führt das zum paradoxen Befund, die Rechtsordnung bewerte das Gut Leben tiefer als jenes der körperlichen Integrität.<sup>22</sup> Wenn man dagegen Restitution als einzig massgebendes Konzept zum Ausgleich von Personenschaden anerkennt, ist einleuchtend, dass nach dem geltenden System<sup>23</sup> die Beeinträchtigung des Rechtsgutes Leben wegen seiner Irreparabilität zu kleineren Schäden führt als eine Körperverletzung ohne Todesfolge.

## 2. Nach Wahl des Geschädigten bei Sachschaden

Im Gegensatz etwa zum deutschen oder zum österreichischen Recht, die beide dem Primat der Restitution folgen,<sup>24</sup> gewährt das Schweizerische Obligationenrecht im Allgemeinen weder der Restitution noch der Kompensation eine Vorrangstellung. Damit entscheidet grundsätzlich der Geschädigte durch seine Reaktion auf das Schadensereignis, ob Wertersatz oder Wiederherstellung geschuldet ist.<sup>25</sup> Das ist sachgerecht, da dem Geschädigten im Ergebnis und von Sachzwängen abgesehen genau jene Handlungsalternativen zugestanden werden, die er bereits vor der schädigenden Beeinträchtigung gehabt hätte. Im Wesentlichen stehen dem Inhaber eines Gutes nicht mehr als zwei Optionen offen: Er kann es behalten und nutzen oder er kann es verkaufen – im ersten Fall will er den *status quo* beibehalten, im zweiten mittels Verkauf den Wert realisieren. Bei einer Schädigung wird im ersten Fall ein Integritätsinteresse des Inhabers verletzt und der Schaden ist in den Kosten der Wiederherstellung oder Wiederbeschaffung zu sehen. Im zweiten Fall wird dagegen ein Wertinteresse verletzt; der Schaden liegt in der Werteinbusse, die dem erzielbaren Verkaufspreis entspricht.<sup>26</sup> Den Schädiger auf Wertkompensation zu beschränken, hiesse, dem für gewisse Rechtsgüter bestehenden absoluten Rechts-

---

<sup>22</sup> Roland Brehm, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/3/1, Bern 1986, N 4 zu Art. 45; Rita Trigo Trindade, Mort d'homme, invalidité et analyse économique du droit, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), *Le préjudice*, Zürich 2006, 93 ff.

<sup>23</sup> Analyse und Auswege *de lege ferenda* bei Helmut Koziol, Die Tötung im Schadenersatzrecht, in: Helmut Koziol/Jaap Spier (Hrsg.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Wien 2003, 203 ff., 211 ff.

<sup>24</sup> § 249 BGB, § 1323 ABGB.

<sup>25</sup> Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 674.

<sup>26</sup> Stoll (FN 2), N 169 ff., drückt diesen Zusammenhang als *Dispositionsrecht* des Geschädigten aus. Es handelt sich beim hier beschriebenen Wahlrecht aber nicht um die Dispositionsfreiheit (vgl. dazu unten VI).

schutz eine adäquate Durchsetzung zu versagen.<sup>27</sup> Aus einer ökonomischen Perspektive wäre es zudem nicht effizient, den Geschädigten von Gesetzes wegen<sup>28</sup> auf die eine oder andere Handlungsalternative festzulegen, da dies zusätzliche Transaktionskosten verursacht.

Wie eingangs erwähnt geht es bei der Wahl zwischen Restitution und Kompensation nicht etwa um die *Art des Ersatzes* gemäss Art. 43 Abs. 1 OR. Dieser Entscheid obliegt dem Richter. Er kann nach freiem Ermessen entweder Natural- oder Geldersatz anordnen.<sup>29</sup> Naturalersatz liegt nur vor, wenn der Richter Ersatzbeschaffung und Reparatur durch den Haftpflichtigen selber anordnet.<sup>30</sup> Restitution dagegen umfasst einen weiteren Bereich und kann sowohl durch Geld- als auch Naturalersatz erfolgen. Sie liegt dann vor, wenn der Geschädigte durch seine Reaktion auf das schädigende Ereignis bestimmt, ob der Schaden im Lichte seines Integritätsinteresses oder seines Kompensationsinteresses beurteilt wird.<sup>31</sup> Es handelt sich dabei auch nicht um die sogenannte *Dispositionsfreiheit*, wonach der Geschädigte die für die Wiederherstellung erstatteten Kosten zur freien Verwendung erhält.<sup>32</sup>

Welches der beiden Konzepte zur Anwendung kommt, bestimmt daher der Geschädigte. Sie lassen sich nötigenfalls kombinieren, indem sie auf unterschiedliche Schadensposten nebeneinander angewendet werden.<sup>33</sup> Im Sinne eines Mischverbotes ausgeschlossen ist aber die gleichzeitige Anwendung innerhalb eines Schadenspostens.<sup>34</sup> Zudem unterliegt die Restitution einer Reihe von Schranken.

### III. Schranken der Restitution

Restitution erlaubt nicht nur den Ersatz immaterieller Werte, sondern lässt grundsätzlich auch eine Wiederherstellung zu, deren Kosten weit über dem objektiven

<sup>27</sup> Haftpflichtrecht dient im Rahmen der Ausgleichsfunktion auch der *Rechtsverwirklichung*, vgl. Apathy (FN 2), 80 f.; Christa Kissling, Dogmatische Begründung des Haushaltschadens, Diss., Bern 2006, 138 ff.; Stoll (FN 2), N 134 und 165. Illustrierend ist BGE 107 II 134 «Terrassenwohnung», Erw. 3: Der ursprüngliche Zustand nach einer Hangabrutschung infolge Erdarbeiten ist nicht nach dem (dinglichen) Beseitigungsanspruch von Art. 679 ZGB, sondern nach (obligatorischem) Schadenersatzrecht wiederherzustellen.

<sup>28</sup> Auf seine eigene Disposition – sei diese vor oder nach der Schädigung erfolgt – muss sich der Geschädigte aber behaften lassen, vgl. Stoll (FN 2), N 170 f.

<sup>29</sup> Guhl/Koller (FN 18), § 10 N 64; Oftinger/Stark (FN 11), § 2 N 87.

<sup>30</sup> Oftinger/Stark (FN 11), § 2 N 96; Rey (FN 5), N 327.

<sup>31</sup> Kolbinger (FN 2), 23 f.; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 674.

<sup>32</sup> Dazu unten VI. Zum Begriff *Dispositionsfreiheit* vgl. Honsell (FN 5), § 8 N 50; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 707.

<sup>33</sup> Zum Beispiel der kompensatorische Ersatz des merkantilen Minderwertes nach Reparatur, vgl. Oftinger/Stark (FN 11), § 6 N 370.

<sup>34</sup> Vgl. unten VI.

Wert eines Gutes zu liegen kommen.<sup>35</sup> Daher sind aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz Schranken notwendig. Nach schweizerischem Recht sind neben den allgemeinen Schranken der Haftung<sup>36</sup> die folgenden zu beachten:

## A. Unmöglichkeit

Schon rein sachnotwendig ausgeschlossen ist Restitution, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nicht möglich ist, etwa nach der Zerstörung von Einzelstücken oder bei entgangenem Gewinn<sup>37</sup>. In diesen Beispielen lässt sich ein über den wertmässigen Ersatz hinausgehendes Interesse nicht verwirklichen. Es ist in diesen Fällen daher nicht gerechtfertigt, den Ersatz nach dem Konzept der Restitution zu bestimmen.

Das Integritätsinteresse wird aber in vielen Fällen bereits durch die Herstellung eines adäquaten Zustandes gewahrt werden können.<sup>38</sup> An der Wahrung des Integritätsinteresses orientiert sich daher der Begriff der Unmöglichkeit, der in diesem Zusammenhang folglich untechnisch verstanden werden muss. Nach BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 5f, ist selbst die Beschädigung eines 70-jährigen Baumes restitutionsfähig, obwohl die Pflanzung eines gleichaltrigen Ersatzbaumes schlicht unmöglich ist. Ausschlaggebend war, dass mit der Pflanzung eines jüngeren, im Handel gerade noch erhältlichen und entsprechend geeigneten Baumes das Integritätsinteresse ausreichend gewahrt wird. Obwohl der Fall besonders gelagert ist, lässt sich daraus allgemein schliessen, dass von Unmöglichkeit erst auszugehen ist, wenn sich das Interesse des Geschädigten im konkreten Fall nicht durch die Herstellung eines gleichwertigen Zustandes wahren lässt.

## B. Angemessenheit

Die Schadensberechnung nach dem Integritätsinteresse kann zu Wiederherstellungskosten führen, die weit über dem Wert der Sache zu liegen kommen. Wenn der Geschädigte einen zu hohen Aufwand bei der Wiederherstellung betreibt, darf diese Last nicht dem Schädiger auferlegt werden – Schranken sind sowohl ihm

---

<sup>35</sup> Zudem besteht die Vermutung, dass eine Person, die eine Sache hat und die zu Schaden kommt, mehr in die Reparatur der Sache investieren wird, als es alle anderen täten, die die Sache nicht haben (*endowment effect*).

<sup>36</sup> Wiederherstellungskosten müssen insbesondere auf ihre adäquate Verursachung und Widerrechtlichkeit hin überprüft werden.

<sup>37</sup> Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 676; Stoll (FN 2), N 242.

<sup>38</sup> Vgl. Huber (FN 2), 169 ff.; Koziol (FN 2), N 296 f.; Roberto, Schadensrecht (FN 1), 140; Stoll (FN 2), N 137 ff.



gegenüber, als auch aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz geboten.<sup>39</sup> Der Grundsatz des vollen Schadensausgleichs und die Angemessenheitsprüfung stehen insofern in einem Spannungsverhältnis, welches häufig unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht des Geschädigten<sup>40</sup> behandelt wird.<sup>41</sup>

Lehre und Rechtsprechung arbeiten mit ausfüllungsbedürftigen Kriterien wie Notwendigkeit<sup>42</sup>, Angemessenheit<sup>43</sup>, Verhältnismässigkeit<sup>44</sup> oder Zumutbarkeit<sup>45</sup>. Die unterschiedlichen Begriffe, mit denen je nach Bereich operiert wird, sollten nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Sache immer dem gleichen Bedürfnis Rechnung getragen wird.<sup>46</sup> Die Angemessenheitsprüfung erlaubt es, die unter den konkreten Umständen nach Massgabe des Integritätsinteresses sachgerechten und

<sup>39</sup> Zur Konkurrenz zwischen Effizienz und Integritätsinteresse vgl. Huber (FN 2), 61 ff.

<sup>40</sup> Vgl. etwa Lüchinger (FN 5), N 1053 ff.; Oftinger/Stark (FN 11), § 6 N 37 ff.; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 797 ff. Bei Wiederherstellungskosten geht es primär um den negativen Aspekt der Schadenminderungspflicht, vgl. dazu Thierry Luterbacher, Die Schadenminderungspflicht, Diss., Zürich 2005, N 183.

<sup>41</sup> Es handelt sich bei der Minderungsobliegenheit daher um eine Frage der Schadensberechnung, vgl. Luterbacher (FN 40), N 250 ff.; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 802; Rol and Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadensgleichsystemen, Habil., Basel 1984, N 316 ff. und 333 ff.

<sup>42</sup> Gefordert wird, dass *Heilungsmassnahmen* erforderlich (Roberto, Haftpflichtrecht [FN 1], N 653), resp. notwendig sind (Oftinger/Stark [FN 11], § 6 N 113), dass *Krankenvisiten* bei Angehörigen notwendig sind (BGE 97 II 259, Erw. III.4), oder dass der *Beizug eines Anwaltes*, resp. *Dritter* im Allgemeinen notwendig ist (Peter Gauch, Der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, 189 ff., 191 f.; Oftinger/Stark, § 6 N 113 und 378).

<sup>43</sup> In allgemeiner Weise halten Oftinger/Stark (FN 11), § 6 N 377 und Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 679, alle angemessenen Aufwendungen für ersatzwürdig. Guhl/Koller (FN 18), § 10 N 19, sprechen von «vernünftigerweise» veranlassten Aufwendungen. Das BGer hat in BGE 129 III 331 «Baumschaden II», Erw. 2.2, ein «sachliches Interesse» vorausgesetzt.

<sup>44</sup> In BGE 119 II 411 «Gassenzimmer», Erw. 7a, überprüfte das BGer die vorgenommenen Massnahmen auf ihre Verhältnismässigkeit (Eignung und Erforderlichkeit). BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 5e, darf daher nicht dahingehend verstanden werden, dass der Grundsatz des vollen Ausgleichs die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips generell ausschliesse. Das BGer stellt bloss eine unrichtige Anwendung des Prinzips durch die Vorinstanz fest sowie, dass sich die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht auf Art. 43 Abs. 1 OR stützen lasse. Gemäss Roberto, Schadensrecht (FN 1), 146 ff., sind bei Sachschäden die Reparaturkosten auf ihre Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen. Nach deutschem Recht ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung nach § 251 Abs. 2 BGB notwendig, dazu Kolbinger (FN 2), 197 ff.

<sup>45</sup> Mit dem Kriterium der Zumutbarkeit wird häufig das Ausmass der Schadenminderungspflicht bestimmt, vgl. Lüchinger (FN 5), N 1053 ff.; Luterbacher (FN 40), N 185 ff.; zum Beispiel die Zumutbarkeit einer Abtreibung oder einer Freigabe zur Adoption (BGE 132 III 359 «Sterilisationsfehler», Erw. 4.3), oder einer Operation (BJM 2000 306 ff., Erw. 4). Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei Schaer (FN 41), N 315 FN 8.

<sup>46</sup> Vgl. etwa BGE 117 II 101, Erw. 6b, wonach Anwaltskosten nur zum Schaden gehören, wenn der Beizug «giustificata, necessaria e appropriata» war. Schaer (FN 41), N 313 ff., spricht gesamthaft von aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip fließenden und dem Schadensbegriff immanenten «Standards».

folglich nach der Rechtsordnung ersatzfähigen Wiederherstellungskosten zu eruieren.<sup>47</sup> Neben Sach- und anderem Schaden<sup>48</sup> gelangt dieses Prinzip – in engeren Grenzen – auch bei Körperschaden zur Anwendung.<sup>49</sup>

### C. Objektiver Wert des Gutes?

Eine stärkere Einschränkung stellt die Begrenzung auf einen objektiv bestimmten Wert des verletzten Gutes dar. Resultat ist eine Vereinfachung des Konzepts, da unterstellt wird, das Integritätsinteresse des Geschädigten liesse sich in jedem Fall durch eine Ersatzbeschaffung wahren. Aus diesem Grund lässt sich ein objektiver Wert nur bei beliebig austauschbaren Gütern über den subjektiven Wert stellen – die Beschränkung ist dagegen unzulässig, sobald der Geschädigte ein besonderes subjektives Interesse an der Wiederherstellung hat.<sup>50</sup>

Von vorneherein ausgeschlossen ist diese Beschränkung daher bei allen Körperschäden. Für den Tierschaden ist neuerdings in Art. 42 Abs. 3 OR festgehalten, dass Wiederherstellungskosten den Wert des Tieres übersteigen dürfen. Für andere Schäden liesse sich daraus der Schluss ziehen, dass *e contrario* alle Wiederherstellungskosten, die über dem Wert einer Sache liegen, als unangemessen gelten. Dass dies nicht so verstanden werden darf, ist im Bericht der Kommission ausdrücklich festgehalten worden.<sup>51</sup> Der objektive Wert eines Gutes ist als generelle Beschränkung des Restitutionsanspruches nicht geeignet.<sup>52</sup> Im konkreten Fall kann sich eine Beschränkung der Restitution auf den Wiederbeschaffungswert dagegen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung aufdrängen.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> Trotzdem wird die Frage häufig im Rahmen der (haftungsausfüllenden) Adäquanz behandelt, vgl. Oftinger/Stark (FN 11), § 3 N 20; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 212 ff.; ders., Schadensrecht (FN 1), 144; Schaer (FN 41), N 246 ff.

<sup>48</sup> Selbst entgangener Feriengenuss oder andere gegenwärtig als Frustrationsschaden besprochene Beeinträchtigungen sind im Prinzip restitutionsfähig (vgl. den Vorschlag von Peter Gauch, ZSR 1986 II, 569 f.), die Kosten für nachgeholte Ferien müssen im konkreten Fall jedoch als notwendig erscheinen; skeptisch dazu Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 717 ff.

<sup>49</sup> Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 652 ff. Huber (FN 2), 62 f., stellt dafür eine Rangskala auf.

<sup>50</sup> Vgl. Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 679.

<sup>51</sup> BBl 2002 4171 f.

<sup>52</sup> Hinweise finden sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, etwa in BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 6: Ein beschädigter, aber erst in Zukunft zu ersetzender Baum erleidet Totalschaden, wenn die bis zur Fällung notwendigen Pflegekosten den Betrag des Diskonts für zukünftigen Schaden übersteigen. Ausdrücklich ausgenommen sind aber Fälle, in denen der Eigentümer ein besonderes Interesse an der Lebensverlängerung des beeinträchtigten Baumes hat.

<sup>53</sup> Vgl. oben III.B.

## D. Freiwilligkeit?

Gelegentlich wird gegen den Ersatz gewisser Wiederherstellungskosten auch der Einwand vorgebracht, diese seien freiwillig verursacht worden.<sup>54</sup> Dazu ist zu bemerken, dass der Begriff «Freiwilligkeit» eine Unschärfe aufweist, die im vorliegenden Zusammenhang relevant ist. Freiwilligkeit kann sich nämlich auf die Widerrechtlichkeit, auf die Adäquanz oder auf die Schadensberechnung beziehen.

Die Unterscheidung lässt sich gut am kürzlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts, BGE 132 III 359 «Sterilisationsfehler», aufzeigen: In Erw. 4.3 erachtet das Bundesgericht nur jene Kosten als unfreiwillig, auf die nicht in zumutbarer Weise verzichtet werden könnte. Es geht dabei um das Kriterium der Angemessenheit, das im oben dargestellten Sinne von Beachtung ist und das – der Verständlichkeit zuliebe – am besten auch entsprechend bezeichnet werden würde. In Erw. 4.2 behandelt das Bundesgericht dagegen das Argument, Kosten der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes seien freiwillig, da sie der Geschädigte mit Wissen und Willen aufwende. Dieser grundsätzliche Einwand, dass quasi eine Einwilligung vorliege, könnte gegen jeden Ersatz von Wiederherstellungskosten geführt werden. Das Bundesgericht lehnt ihn mit der verallgemeinerungsfähigen Begründung ab, die Kosten der Schwangerschaft und des Kindesunterhalts gälten als ungewollt, wenn das schadensstiftende Ereignis ungewollt ist (i.c. die unterlassene Sterilisation).

Insgesamt erscheint das Argument der Freiwilligkeit wegen der begrifflichen Unschärfe daher als unzulänglich. Soweit es aber im Ergebnis auf die Voraussetzung der Angemessenheit abzielt, ist der Einwand im oben erwähnten Sinne von Bedeutung.<sup>55</sup>

## IV. Schadensberechnung

Angesichts der verschiedenen Schranken, die einen Ersatz nach dem Restitutionskonzept ausschliessen, stellt der Ersatz nach Massgabe der Kompensation in der Anwendung das universellere Konzept dar. Rückschlüsse für eine Beurteilung verschiedener Schadensposten nach dem einen oder anderen Konzept lassen sich jedoch erst nach einem Vergleich der den Konzepten zugrunde liegenden Methoden der Schadensberechnung ziehen.

<sup>54</sup> Vgl. Guhl / Koller (FN 18), § 10 N 19 (unter Vorbehalt von Ausnahmen); HonseIl (FN 5), § 8 N 19.

<sup>55</sup> Eine entsprechende Verknüpfung ist auch bei Guhl / Koller (FN 18), § 10 N 19; Luterbacher (FN 40), N 100 und 117; Petitpierre (FN 13), 67; StoIl (FN 2), N 320 ff., ersichtlich. Vgl. zur Angemessenheit oben III.B.

## A. Schadensberechnung – Schadensbewertung

Geldersatz ist weitaus praktikabler als Naturalersatz und daher die Regel, er macht aber eine Bewertung des Schadens in Geld notwendig. «Rein kalkulatorisch»<sup>56</sup> ist dieser Vorgang, die sog. Schadensberechnung, vielleicht am Schluss, wenn der hypothetische Vermögensstand mit dem tatsächlichen verglichen wird. Die Ausgangswerte aber sind nur mittels Wertung eruierbar.<sup>57</sup> Da nach dem Grundsatz der subjektiven Schadensberechnung<sup>58</sup> nicht ein objektiver Allgemeinwert, sondern das Interesse des Geschädigten massgebend ist, stellt sich der Vorgang der Schadensberechnung zu einem grossen Teil als Informationsproblem dar. Um das Informationsdefizit zu beheben, stellt der Richter auf ein Referenzverhalten des Geschädigten ab. Die für die verschiedenen Schadenskategorien gebildeten Schadensposten betreffen solche Referenzverhalten, die die subjektive Werteinschätzung des Geschädigten mit einer gewissen Zuverlässigkeit offenbaren.<sup>59</sup>

## B. Restitution

Soweit Restitution möglich ist, liegt ein grosser Vorteil dieses Konzepts auf der Hand. Sie kommt zwar wie oben gesehen<sup>60</sup> nicht wertungsfrei, immerhin aber praktisch ohne Bewertung aus. Mit der Wiederherstellung betätigt und belegt der Geschädigte sein Integritätsinteresse zugleich. Die Kosten der Wiederherstellung stellen eine gesicherte Information über die Werteinschätzung des Geschädigten dar. In besonderem Masse aussagekräftig ist der Wiederherstellungsaufwand, den der Geschädigte bereits vor der Schadensregelung betrieben hat, da er diesbezüglich auch das Kostenrisiko trägt.<sup>61</sup>

Bei einem versicherten Geschädigten ist das nicht anders, zumindest soweit vorgängig repariert wird. Beansprucht der Geschädigte vor der Wiederherstel-

---

<sup>56</sup> Oftinger/Stark (FN 11), § 2 N 82.

<sup>57</sup> Christine Chappuis, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, ZSR 2003 II 237 ff., 267 f.; Walter Fellmann, Normativierung des Personenschadens – der Richter als Gesetzgeber? in: Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich 2005, 13 ff., 33; Roberto, Schadensrecht (FN 1), 113 ff.; Schaer (FN 41), N 270 ff.; Stoll (FN 2), N 144.

<sup>58</sup> BGE 89 II 214, Erw. 5b. Vgl. Brehm (FN 22), N 14 ff. zu Art. 42; Keller (FN 5), 103 f.; Oftinger/Stark (FN 11), § 6 N 357 ff.; Rey (FN 5), 205 f.; Widmer/Wessner (FN 21), 80.

<sup>59</sup> Vgl. die Kategorisierung von Frustrationsschäden anhand von Referenzverhalten in Form eines Aufwandsäquivalents bei Thomas Schobel, Der Ersatz frustrierter Aufwendungen, Diss., Wien 2003, 91 ff.

<sup>60</sup> Vgl. oben III.A und III.B.

<sup>61</sup> Die vom Grundsatz «casum sentit dominus» geschaffene Rollenverteilung kann daher nicht nur als notwendiges Übel gesehen werden, vgl. Roland Brehm, Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts, ZBJV 2006 325 ff., 327 f.

lung Versicherungsleistungen, liegt das Kostenrisiko zwar bei der Versicherung. Die Tatsache, dass repariert wurde, ist dann weniger eine direkte Aussage über die Werteschätzung des Geschädigten, als über die Geschäftspraktik der Versicherung resp. die Versicherungsabrede. Trotzdem liegt auch der von der Versicherung bezahlten Reparatur die Werteschätzung des Geschädigten zugrunde. Ein Referenzverhalten des Geschädigten ist im Abschluss einer Versicherung gegen Bezahlung einer Prämie zu sehen. Trägt er zudem einen Selbstbehalt oder eine Prämien-erhöhung, spiegelt die Abwicklung des Schadenfalles über die Versicherung ein Referenzverhalten.

### C. Kompensation

Ist reiner Wertersatz verlangt, bereitet die Bewertung dagegen häufig Schwierigkeiten, da nicht auf ein Referenzverhalten abgestellt werden kann. Einziger anerkannter Massstab ist die wirtschaftliche Messbarkeit einer Auswirkung, die in der Voraussetzung der Vermögenseinbusse Niederschlag findet.<sup>62</sup> Wegen dieser durch das Kompensationskonzept bedingten Objektivierung in der Bewertung kann das Interesse des Geschädigten nur als Wertinteresse berücksichtigt werden; sein Integritätsinteresse fällt ausser Betracht.<sup>63</sup> Ausschlaggebend ist daher nicht der Wiederbeschaffungswert, sondern der in der Regel geringere Veräusserungswert.<sup>64</sup> Immaterielle Interessen, die per Definition ohne Veräusserungswert sind resp. deren mögliche Veräusserung als unethisch angesehen wird, kommen für Kompensationsersatz daher nicht in Betracht.<sup>65</sup> Das führt aber immerhin in Fällen, wo Wiederherstellung möglich wäre und der Geschädigte darauf zugunsten der Kompensation verzichtet, zu einem befriedigenden Ergebnis.

### V. Ersatz zukünftiger Wiederherstellungskosten

Aus diesen Überlegungen lassen sich Rückschlüsse auf die Modalitäten und die Praktikabilität des Ersatzes zukünftiger Wiederherstellungskosten ziehen. Zukünftiger Schaden wird nach ständiger Praxis des Bundesgerichts jedenfalls bei Körperschaden ersetzt;<sup>66</sup> für anderen Schaden hat es die Zulässigkeit soweit ersichtlich

<sup>62</sup> Guhl / Koller (FN 18), § 10 N 34.

<sup>63</sup> Apathy (FN 2), 80; Stoll (FN 2), N 148.

<sup>64</sup> Apathy (FN 2), 86 f.; Huber (FN 2), 74; Kolbinger (FN 2), 98; Koziol (FN 2), 314; Schobel (FN 59), 66 FN 94.

<sup>65</sup> Rechtsvergleichend Stoll (FN 2), N 153 ff.

<sup>66</sup> BGE 114 II 153, Erw. 2a; 95 II 255, Erw. 6; 86 II 41, Erw. 4.

nicht verneint.<sup>67</sup> Das Bundesgericht setzt zumindest voraus, dass das schadensstiftende Ereignis abgeschlossen ist, damit sich der zu erwartende Schaden abschätzen lasse.<sup>68</sup>

Wer Ersatz für erst in Zukunft anfallende Wiederherstellungskosten verlangt, macht sein Integritätsinteresse geltend. Da es sich um eine Anwendung des Restitutionsprinzips handelt, wird man zusätzlich voraussetzen müssen, dass später tatsächlich repariert wird. Die Zuspreehung zukünftiger Wiederherstellungskosten ist daher in der Sache eine Bevorschussung: Sie wäre zweckgebunden und an eine entsprechende Abrechnungspflicht geknüpft.<sup>69</sup> Im Ergebnis müsste der Urteilspruch mit Rektifikationsvorbehalt erfolgen<sup>70</sup> – ein Instrument, das gemäss herrschender Lehre allerdings der Beurteilung von Personenschaden vorbehalten ist.<sup>71</sup> Während bei Körperschaden typischerweise zukünftige Wiederherstellungskosten als Heilungskosten auftreten, besteht bei anderem Schaden in der Regel keine Notwendigkeit, mit der Wiederherstellung zuzuwarten.<sup>72</sup> Eine Ausnahmeregelung wie für Körperschaden wäre daher kaum zu rechtfertigen. Wenn der Geschädigte sein Integritätsinteresse geltend machen will, ist ihm in der Regel zuzumuten, dass er die Wiederherstellung bereits vor der Schadensregelung mindestens in verbindlicher Weise in die Wege leitet. Zudem betrifft die grosse Mehrzahl der Schädigungen Beträge, die den Geschädigten kaum vor Liquiditätsprobleme stellen.<sup>73</sup> Wo für den Ersatz grösserer Schäden keine Versicherung besteht, können nach der Lehre die erforderlichen Kreditkosten zum Schaden geschlagen werden.<sup>74</sup> Eine richterliche Schätzung des zukünftigen Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR darf sich in diesen Fällen daher nicht an in Zukunft möglicherweise anfallenden Wiederherstellungskosten orientieren, sondern muss auf der Basis von Wertersatz erfolgen.

Eine Ausnahme drängt sich auch angesichts der systematischen Schwächen der Bewertung anhand zukünftiger Wiederherstellungskosten nicht auf. Im Gegensatz

<sup>67</sup> BGE 88 II 498; 122 III 219, Erw. 3a/b. Vgl. Oftinger/Stark (FN 11), § 6 N 7; Roberto, Schadensrecht (FN 1), 189.

<sup>68</sup> BGE 88 II 498, Erw. 7.

<sup>69</sup> Apathy (FN 2), 89 ff.; Huber, Sachschaden (FN 3), 216; Kolbinger (FN 2), 180 ff.; Roberto, Schadensrecht (FN 1), 188 f.; offener Lüchinger (FN 5), N 1056 f. Eine Bevorschussung sieht der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechtes in § 1315 Abs. 2 vor, die folgerichtig einer Abrechnungspflicht unterliegt.

<sup>70</sup> Eine Alternative wäre die Gewährung von vorsorglichen Massnahmen, wie sie Art. 56h des Vorentwurfs zum BG über die Revision des Haftpflichtrechts vorsieht.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 46 Abs. 2 OR. Guhl/Koller (FN 18), § 10 N 41; Oftinger/Stark (FN 11), § 6 N 231, N 386.

<sup>72</sup> Ausnahmen sind bei objektiver Unmöglichkeit einer vorhergehenden Reparatur denkbar; zum Beispiel BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 6, wo der beschädigte Baum erst in ca. 18 Jahren ersetzt werden musste.

<sup>73</sup> Roberto, Schadensrecht (FN 1), 189 f.

<sup>74</sup> Apathy (FN 2), 66; Koziol (FN 2), 44, 292; Roberto, Schadensrecht (FN 1), 190.

zu einer bereits erfolgten Wiederherstellung offenbart eine bloss geäusserte Wiederherstellungsabsicht die subjektive Wertschätzung des Geschädigten nicht, da nur unter Vorbehalt der Kostenabwälzung restituiert wird. Aus prozessualer Sicht stellen sich zudem erhebliche Substantiierungsschwierigkeiten. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erstaunlich, dass vom Bundesgericht Ersatzbegehren betreffend zukünftige Restitutionskosten verschiedentlich abgewiesen worden sind,<sup>75</sup> und umgekehrt jenen Klägern Erfolg beschieden war, die zuvor Restitutionsaufwendungen getroffen hatten.<sup>76</sup>

## VI. Ersatz fiktiver Wiederherstellungskosten

Angesichts der aufwandfreien Bewertung im Rahmen der Restitution ist es nahelegend, die Überlegung mit den Wiederherstellungskosten auf Kompensationsbegehren zu übertragen, um die nach diesem Konzept bestehenden Bewertungsschwierigkeiten zu überwinden. Der Geschädigte erhalte wie bei einer zukünftigen Wiederherstellung Ersatz in der Höhe der voraussichtlich anfallenden Kosten, wäre in der Verwendung der Mittel aber frei. Gesprochen wird daher von «fiktiven Kosten», von «Abrechnung auf Gutachtenbasis» oder von der «Dispositionsfreiheit» des Geschädigten.

Mit dem Ersatz fiktiver Kosten werden die beiden Ersatzkonzepte Restitution und Kompensation jedoch in unzulässiger Weise miteinander vermischt.<sup>77</sup> Während die Erwerbsperspektive bei der Restitution dem subjektiven Interesse an der Wiederherstellung Ausdruck gibt, handelt es sich im Rahmen der Kompensation höchstens um einen möglichen Anhaltspunkt für eine objektive Bewertung. Es ist aber nicht sachgerecht, den rein kompensatorischen Ersatz am Wiederherstellungsgedanken auszurichten.<sup>78</sup> Das Kompensationskonzept kommt zur Anwendung, wenn Wiederherstellung entweder nicht möglich ist oder wenn der Geschädigte

<sup>75</sup> Anschaulich ist BGE 129 III 18, Erw. 2.4, wonach die Einreichung eines Kostenvoranschlages nicht geeignet ist, einen eingetretenen Schaden zu beweisen. Die bloss entgangene Nutzungsmöglichkeit eines Zimmers wurde in BGE 126 III 388, Erw. 11a, u.a. mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Bewertungsproblematik nicht ersetzt. Ersatz für zukünftige Wiederherstellungskosten wurde der Einwohnergemeinde Bern dagegen in BGE 127 III 73 «Baumschaden I» zugesprochen, was wohl auf den besonderen Umstand zurückgeführt werden darf, dass der beschädigte Baum voraussichtlich erst in 18 Jahren ersetzt werden muss (vgl. oben FN 72).

<sup>76</sup> Als Beispiel ist BGE 119 II 411 «Gassenzimmer» zu erwähnen, wo in den Kosten einer Securitas-Überwachung und der Installation einer Umgebungsbeleuchtung, die der Kläger gegen negative Immissionen vom benachbarten Gassenzimmer aufgewendet hatte, ein Schaden gesehen wurde.

<sup>77</sup> Apathy (FN 2), 79 ff.; Huber (FN 2), 74 f.; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 707.

<sup>78</sup> Kolbinger (FN 2), 87 f. An dieser Inkonsistenz leiden alle Bewertungskonzepte, die an der Kommerzialisierungsthese ausgerichtet sind; vgl. Schobel (FN 59), 62 ff.

darauf verzichtet. Gerade im zweiten Fall ist aber offensichtlich, dass der Geschädigte der Wiederherstellung des bisherigen Zustandes weniger Wert beimisst. Er liefert damit gleich selber den Nachweis, dass Restitution in seinem Fall nicht notwendig ist. Unter diesen Bedingungen besteht aber kein Anlass, dem Geschädigten die Wiederherstellung zu ermöglichen. Im Gegenteil würde der Ersatz für ein bloss fingiertes Integritätsinteresse zu einer Bereicherung des Geschädigten führen<sup>79</sup> und damit gegen Grundfesten des schweizerischen Haftpflichtrechts<sup>80</sup> verstossen. Im Übrigen führt auch eine Beurteilung anhand des tradierten Schadensbegriffs zum gleichen Resultat. Wenn nicht die Beeinträchtigung des Rechtsgutes, sondern erst die daraus entstehenden Kosten ein Schaden sind, stellen fiktive Kosten auch nur einen «fiktiven Schaden» dar. Weil sie keine Vermögensverminderung verursachen, liegt kein ersatzfähiger Schaden vor.

Eine Dispositionsfreiheit des Geschädigten ist aus diesen Gründen abzulehnen; fiktive Wiederherstellungskosten dürfen nicht für die Bewertung des kompensatorischen Ersatzes herangezogen werden.<sup>81</sup> Auch als Obergrenze für die kompensatorische Schadensberechnung sind fiktive Kosten ungeeignet.<sup>82</sup> In Betracht kommen sie dagegen für die näherungsweise Bewertung des Ersatzes für den Einsatz eigener Ressourcen in der Form von Eigenreparatur oder Vorhaltekosten, da der Geschädigte mit diesem Verhalten durchaus ein Restitutionsinteresse betätigt.<sup>83</sup> In der schweizerischen Lehre ist der Ersatz fiktiver Kosten umstritten,<sup>84</sup> die Gerichte haben sich soweit ersichtlich bisher nicht ausdrücklich zur Schadensqualität fiktiver Restitutionskosten geäußert.<sup>85</sup> Vereinzelt gibt es aber Hinweise, dass das Bun-

<sup>79</sup> Apathy (FN 2), 81 f.; Huber (FN 2), 77.

<sup>80</sup> Zum Bereicherungsverbot vgl. BGE 71 II 86, Erw. 4; 132 III 321, Erw. 2.2.1; 131 III 360, Erw. 6.1; 131 III 12, Erw. 7.1; Brehm (FN 22), N 25 zu Art. 43; Guhl / Koller (FN 18), § 10 N 14 f.; Keller (FN 5), 27 f.; Oftinger / Stark (FN 11), § 2 N 79; Rey (FN 5), N 13.

<sup>81</sup> Die gegenüber dem Ersatz fiktiver Kosten angebrachte Skepsis spricht aber nicht gegen die Schadensabwicklung auf pauschaler Basis oder anhand von Gutachten mittels Vergleich. Insbesondere im Massengeschäft der Schadensversicherung können die Vorzüge einer raschen und kostengünstigen Abwicklung die Nachteile der drohenden Überkompensation überwiegen, vgl. Huber (FN 2), 100.

<sup>82</sup> Vgl. dazu Kolbinger (FN 2), 100 f.

<sup>83</sup> Umfassende Analyse bei Huber (FN 2), 105 ff.; ferner Koziol (FN 2), 293; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 735 ff.

<sup>84</sup> Zustimmend Keller (FN 5), 105; Oftinger / Stark (FN 11), § 2 N 27; Rey (FN 5), N 328; Oscar Vogel, ZSR 1986 II, 577. Ablehnend Gauch (FN 48), 570; Honsell (FN 5), § 8 N 50; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 1), N 712 ff.; ders., Schadensrecht (FN 1), 181 ff.

<sup>85</sup> Zu klären wäre, wie sich der Ersatz fiktiver Kosten in Einklang bringen lässt mit dem Grundsatz der *konkreten Schadensberechnung*, von dem das BGER ausgeht; BGE 113 II 345, Erw. 1a; 129 III 135, Erw. 3.1; 127 III 403, Erw. 4c. Auch in BGE 127 III 73 «Baumschaden I», Erw. 5d, wird die Notwendigkeit einer konkreten Schadensberechnung betont, gleichzeitig aber für bloss zukünftige Wiederherstellungskosten Ersatz gewährt, Erw. 6. Um darin keinen Hinweis auf die Dispositionsfreiheit zu sehen, muss man dem BGER Vertrauen in die Restitutionswilligkeit der Einwohnergemeinde Bern unterstellen; vgl. aber Vito Roberto, AJP 2001 723 ff., 725 f. Wenn



desgericht kaum bereit wäre, etwa fiktive Mehrwertsteuerzuschläge<sup>86</sup> als Schaden zu sehen.<sup>87</sup>

Eine Sonderstellung nehmen diesbezüglich Haushalts- und Pflegeschaden ein. In diesen Bereichen sprechen die Gerichte ausdrücklich Ersatz der bloss theoretisch für Pflege und Haushaltführung notwendigen Kosten zu, ohne dass diese tatsächlich anfallen müssten.<sup>88</sup> Mit einer solchen abstrakten Schadensberechnung<sup>89</sup> wird das Wertinteresse des Geschädigten nach dem Restitutionskonzept bewertet und ihm im Ergebnis Dispositionsfreiheit gewährt. Die damit einhergehenden Gefahren einer Kommerzialisierung der Gesundheit lassen sich nicht von der Hand weisen.<sup>90</sup> Zu Recht wird daher mit einigem Aufwand nach einer Begründung gesucht, die die Nachteile des Ersatzes fiktiver Kosten aufzuwiegen vermag.<sup>91</sup> Eine Ausweitung des Ersatzes fiktiver Personalkosten bei Körperschaden hat das Bundesgericht mit BGE 127 III 403, Erw. 4c, abgelehnt.

## VII. Fazit

Die Unterscheidung von Restitution und Kompensation ist dem schweizerischen Schadensrecht inhärent, dem Schadensbegriff verleiht sie erst den notwendigen Gehalt: Nur durch die Auseinanderhaltung der beiden Ersatzkonzepte lässt sich beurteilen, ob der Betroffene nach seinem Integritätsinteresse oder nach seinem Wertinteresse zu entschädigen ist.

---

das BGER in BGE 129 III 331 «Baumschaden II», nicht publizierte Erw. 3, vier Eiben als Ersatz für eine gefällte Fichte (unter Vorteilsanrechnung) gelten liess, lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, Ersatz sei unabhängig von der Wiederherstellung durch Anpflanzung und es bestehe daher Dispositionsfreiheit; vgl. aber Ellen Guggisberg, AJP 2003 1246 ff., 1248.

<sup>86</sup> Dieser Praxis hat der deutsche Gesetzgeber mit § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB einen Riegel geschoben.

<sup>87</sup> Etwa BGE 119 II 411 «Gassenzimmer», Erw. 7b.bb, wonach der Skonto-Abzug auf einer bezahlten Rechnung im Prinzip beachtlich ist.

<sup>88</sup> Zum *Haushaltschaden* BGE 108 II 434, Erw. 2b; Entscheid des BGER vom 13.12.1994 (= Pra 1994 Nr. 172, Erw. 5a); BGE 127 III 403, Erw. 4b; zum *Pflegeschieden* Entscheid des BGER vom 26. März 2002, 4C.267/2001, Erw. 6b.cc. Ein umfassender Überblick findet sich bei Kissling (FN 26), 9 ff.

<sup>89</sup> Eingehend Rolf Widmer / Thomas Geiser / Alfonso Sousa-Poza, Gedanken und Fakten zum Haushaltschaden aus ökonomischer Sicht, ZBJV 2000 1 ff., 17 f.

<sup>90</sup> Auf die nicht genesungsfördernde Anreizwirkung weist Brehm (FN 61), 328, hin.

<sup>91</sup> Vgl. Kissling (FN 26), passim. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden verschiedene Gründe angeführt, u.a. die Unzumutbarkeit, eine aussenstehende Person beizuziehen und die traditionellerweise unentgeltliche Verrichtung von Hausarbeit (BGE 127 III 403, Erw. 4b), oder bemerkenswerterweise gerade auch der Umstand, dass eine betroffene Person bei Auslagen, deren Ersatz ungewiss ist, zögern wird (BGE 131 II 656, Erw. 6.4).

Diese Perspektive legt die entscheidenden Fragen offen, die vor dem Ersatz zukünftiger und fiktiver Wiederherstellungskosten gestellt werden müssen. In beiden Fällen würde der Schaden nach Massgabe des Integritätsinteresses des Geschädigten ersetzt, obwohl nur ein Wertinteresse ausgewiesen ist. Was sich beim Ersatz zukünftiger Wiederherstellungskosten noch durch Massnahmen zur Sicherstellung der Zweckgebundenheit beheben liesse, ist bei fiktiven Wiederherstellungskosten eine systematische Fehlkonzeption. Die gegenüber diesem Schadensposten angebrachte Skepsis hat beim Haushaltschaden, den einzigen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ersatzfähigen fiktiven Wiederherstellungskosten, daher zu Recht zu einem erheblichen Begründungsaufwand geführt.

Eine nähere Untersuchung der beiden Konzepte enthielte auch für weitere traditionellerweise umstrittene Fragen des Schadensrechts Lösungspotential und wäre als Grundlage für eine methodenehrliche Begründung von Entscheiden von Bedeutung.