

→ Angehörigenpflege: Keine „Ohnehin-Anwesenheit“ bei ständigem Betreuungserfordernis

§ 1325 ABGB

→ Bei der Beurteilung der Kosten der Pflege und Betreuung Geschädigter sind zu den Zeiten tatsächlich notwendiger Pflege und Betreuung die Zeiten der notwendigen Anwesenheit beim Geschädigten und der erforderlichen Rufbereitschaft hinzuzählen.

→ Handelt es sich bei der Betreuungsperson um einen im selben Wohnverband lebenden Angehörigen, so sind Zeiten, während derer sich die Pflege-

Sachverhalt:

Der 1984 geborene Kl erlitt 2003 bei einem Verkehrsunfall schwere Schädelverletzungen. Die Bekl haftet als Haftpflichtversicherer des Unfallgegners dem Kl für sämtliche Schäden und Folgen aus diesem Unfall zu drei Vierteln, beschränkt mit der HaftpflichtVersSumme. Das Verfahren, das (ua) den Ersatz von Pflegekosten bis zum Ende des Jahres 2011 zum Gegenstand hatte, ist mittlerweile rk erledigt (vgl 2 Ob 110/16i).

Der Kl wird seit 2004 von seinen Eltern betreut. Seit 2006 ist er jede Woche von Montag bis Mittwoch von 8.30 Uhr bis 16.00 Uhr und am Donnerstag von 8.30 Uhr bis 13.00 Uhr in einer Pflegeeinrichtung untergebracht. Bis Anfang 2010 war die Anwesenheit einer Betreuungsperson im Ausmaß von 24 Stunden pro Tag erforderlich. Seit Mitte des Jahres 2015 befindet sich der Kl in der Pflegeeinrichtung in einer 1 : 1-Betreuung. Der konkrete Pflegebedarf liegt bei etwa sechs bis sieben Stunden pro Tag. In der Zeit, in der er sich nicht in der Pflegeeinrichtung befindet, wird die Pflege des Kl von seinen Eltern geleistet.

Der Kl wurde nach dem Unfall wieder in der elterlichen Wohnung aufgenommen. Diese Wohnung entsprach jedoch nicht den Anforderungen einer behindertengerechten Betreuung. Der Kl und seine Mutter erwarben daraufhin ein zweigeschossiges Haus, um diese Betreuung zu gewährleisten. Im Erdgeschoß des Hauses befindet sich die Wohnung des Kl, im Obergeschoß jene der Eltern. Eine Rufbereitschaft ist für die Betreuung des Kl nicht ausreichend. Vielmehr ist die Anwesenheit einer Pflegeperson im Nahebereich des Kl erforderlich, um die – vom ErstG detailliert festgestellten – erforderlichen Hilfestellungen leisten zu können. Er ist aufgrund seiner eingeschränkten Selbstkritik nicht in der Lage, selbst Problemstellungen und Defizite wahrzunehmen und selbständig Hilfe einzufordern. Es ist eine vorausschauende und nachgehende Betreuung erforderlich. Der in der Pflegeeinrichtung angewandte Betreuungsschlüssel ist auch auf die häusliche bzw familiäre Versorgung des Kl umzulegen.

Der Kl beehrte von der Bekl die Zahlung von € 355.543,82 an Pflegekosten für die Jahre 2012 bis 2017 sowie von € 6.930,- an diversen sonstigen Spesen und Kosten.

Das ErstG gab der Klage im Betrag von € 358.243,82 sA statt und wies das – die sonstigen Spesen und Kosten betreffende – Mehrbegehren von € 4.230,- (unbekämpft) ab.

person zwar in denselben Räumlichkeiten (und daher beim Geschädigten) befindet, aber nicht wegen des Geschädigten, sondern aus anderen Gründen, nicht zu ersetzen. Ist die Anwesenheit einer Pflegeperson im Nahebereich des Geschädigten aber zu Betreuungszwecken erforderlich und die bloße Rufbereitschaft für die Betreuung des Geschädigten nicht ausreichend, so gibt es auch keine Zeit einer solchen „Ohnehin-Anwesenheit“.

Das BerG hob das Urteil des ErstG auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das ErstG zurück. Um die zu ersetzende Pflege- bzw Anwesenheitszeit zu erhalten, seien die Zeiten der „Ohnehin-Anwesenheit“ des pflegenden Angehörigen abzuziehen. Dies gelte auch dann, wenn sich die Wohnung des Kl im Erdgeschoß und jene der Eltern im Obergeschoß befinde, lebe doch der Kl mit seinen Eltern jedenfalls im selben Wohnverband. Da Feststellungen zu den Zeiten der „Ohnehin-Anwesenheit“ der Eltern fehlten, sei eine abschließende Beurteilung des Anspruchs auf Ersatz der Pflege- und Betreuungskosten nicht möglich.

Der OGH hob den Aufhebungsbeschluss des BerG auf und stellte das Urteil des ErstG im angefochtenen Umfang wieder her.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Keine Ersatzfähigkeit der „Ohnehin-Anwesenheit“]

In der [...] VorE 2 Ob 110/16i, die den Zeitraum bis Ende des Jahres 2011 betraf, hat der Senat Folgendes ausgeführt (ErwGr II.2.2. aE):

„Zu den Zeiten tatsächlicher Pflegeleistungen kommt noch jene Zeit, in der zwar keine konkrete Pflege und Betreuung notwendig ist, aber dennoch eine Betreuungsperson anwesend sein muss, zB im Sinne einer Rufbereitschaft bzw um unvorhersehbar auftretende Betreuungsnotwendigkeiten übernehmen zu können. Auch solche Zeiten müssten bei Fremdpflege grundsätzlich abgegolten werden. Handelt es sich bei der Betreuungsperson aber um einen im selben Wohnverband lebenden Angehörigen, so sind Zeiten, während derer die Pflegeperson jedenfalls in der selben Wohnung (und daher auch beim Verletzten) anwesend wäre (insbesondere während der Nacht und während der Hausarbeit), nicht zu ersetzen, weil sie keinen konkreten Schaden darstellen (RIS-Justiz RS0022789 [T 3]; 2 Ob 49/98i ZVR 1998/128; 2 Ob 338/99s; 2 Ob 99/02a; 2 Ob 24/04z; 2 Ob 176/05d ZVR 2007/124 [Huber]; Veith, Pflege von Verletzten durch Familienangehörige: Ein Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des OGH, ZVR 2014, 112 [113]). Damit sind jene Zeiträume gemeint, in denen sich die Pflegeperson in denselben Räumlichkeiten, also beim Verletzten, befindet, aber nicht wegen des Verletzten, sondern aus anderen Gründen, wie eben Hausarbeit oder Nachtruhe, wie jeder andere Benutzer einer Wohnung auch

EvBI 2022/61

§ 1325 ABGB

OGH 21. 10. 2021,
2 Ob 31/21 d
(OLG Linz
3 R 116/20d;
LG Wels
26 Cg 109/18k)

Der OGH präzisiert seine Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit von Zeiten der „reinen“ Anwesenheit/Rufbereitschaft bei der Pflege und Betreuung durch Familienangehörige im selben Wohnverband.

(RIS-Justiz RS0022789 [T 17] 2 Ob 137/09z). Insoweit wird also die „reine Anwesenheit/Rufbereitschaft“ nicht abgegolten.“ [...]

[Keine „Ohnehin-Anwesenheit“ bei ständigem Betreuungserfordernis]

Der nunmehr festgestellte Sachverhalt ist jedoch anders gelagert als jener, der der Vorentscheidung zugrunde lag. Auch nach den damals relevanten Feststellungen war zwar bis Anfang 2010 die Anwesenheit einer Betreuungsperson über 24 Stunden erforderlich, seither aber nur mehr eine „entsprechende Bereitschaft, nicht unbedingt im selben Raum“. Diese Tatsachengrundlage hat sich mittlerweile aber (wieder) entscheidend geändert. Es steht nämlich fest, dass (auch in den „Indoor-Zeiten“) eine „reine Anwesenheit“ der Pflegeperson im Sinn einer bloßen „Rufbereitschaft“ für die Betreuung des Kl nicht ausreicht, sondern dass er vielmehr die ständige Anwesenheit der Pflegeperson in seinem Nahebereich für Hilfestellungen benötigt.

Das vom Kl und seinen Eltern gemeinsam bewohnte Haus verfügt über zwei Wohneinheiten, von denen eine (im Erdgeschoß) der Kl und die andere (im Obergeschoß) seine Eltern bewohnen. Die Feststellungen

zur Unfähigkeit des Kl, Hilfe einzufordern, indizieren, dass einer der Elternteile (vorwiegend die Mutter) ständig, dh auch des Nachts, in der Wohneinheit des Kl anwesend sein und zu seiner Betreuung zur Verfügung stehen muss. Dabei handelt es sich keineswegs um Zeiten, die der betroffene Elternteil „sowieso“ in dieser Wohnung zugebracht hätte, etwa um dort zu nächtigen oder Hausarbeiten zu verrichten, wie es die Rsp für die fehlende Ersatzfähigkeit dieser Zeiten fordert (RS0022789 [T 3 und T 6]).

Ist daher – zusammengefasst – bei Tag und bei Nacht die Anwesenheit einer Pflegeperson im Nahebereich des Kl zu Betreuungszwecken erforderlich und die bloße Rufbereitschaft für die Betreuung des Kl nicht ausreichend, so gibt es auch keine Zeit einer „Ohnehin-Anwesenheit“.

[Ergebnis]

Da sich aufgrund dieser Erwägungen die Beurteilung durch das ErstG als zutreffend erweist, ist die vom BerG angeordnete Verfahrensergänzung nicht notwendig. Es ist somit in der Sache dahin zu entscheiden, dass das Urteil des ErstG wiederhergestellt wird.

[...]

Hinweis:

Erbringt ein Dritter aufgrund familienrechtlicher Verpflichtungen Leistungen an oder für den Geschädigten, um dessen unfallbedingt vermehrte Bedürfnisse zu befriedigen, dann geschieht dies nicht zu dem Zweck, den Schädiger zu entlasten. Solche Leistungen werden nicht auf den Schaden angerechnet. Es handelt sich hier um einen Fall der Schadensverlagerung, nicht aber um einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Schaden (RIS-Justiz RS0022789 [T 26]). Der Schaden ist nicht objektiv-abstrakt zu berechnen, sondern es ist der tatsächliche Pflegebedarf konkret zu ermitteln und sodann der objektive Wert der von dritter Seite erbrachten Sach- oder Arbeitsleistung zur Grundlage der Vergütung zu nehmen. Dabei ist von den Kosten einer professionellen Pflegekraft auszugehen (RS0022789 [T 5]). Der Ersatzanspruch umfasst die Bruttolohnkosten. Ob als Kl der Geschädigte selbst auftritt oder die die Pflege tatsächlich leistenden Angehörigen, auf die der Schaden verlagert wurde, spielt keine Rolle (RS0022789 [T 11, T 12, T 20]).

Herbert Painsi

Anmerkung:

Das ErstG hat den Katalog der Betreuungsleistungen, derer der Geschädigte mit einer schweren Hirnverletzung bedarf, eindrucksvoll – und wohl auch vollständig – beschrieben. Um es auf den Punkt zu bringen: Seine Erkrankung, für die der Schädiger (hier zu ¾) verantwortlich ist, ist dergestalt, dass er keine Minute ohne fremde Hilfe auskommt. Bei solchen Pflegeleistungen steht im österr Recht (zum noch restriktiveren Ansatz im deutschen Recht *Ch. Huber*, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten

Bedürfnisse einer verletzten Person, in FS G. Müller [2009] 35ff) außer Streit, dass Maßstab des Ersatzes die Kosten einer fremden Pflegekraft sind – und zwar mit allem, was dazugehört: Lohnnebenkosten, Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, 13. und 14. Bezug, Zuschläge für die Nacht sowie die Sonn- und Feiertage. Im konkreten Fall war der Stundenlohn von € 14,37 nicht strittig. Realistisch dürfte er – unter Berücksichtigung der genannten Determinanten – kaum sein. Schon eine Putzhilfe in Mondsee ist zu diesem Stundenlohn nicht zu bekommen.

Die Kernfrage dieser Entscheidung war aber: Welche Abzüge sind bei Erbringung derartiger Leistungen durch Familienangehörige vorzunehmen? Die Termini, auf die Bezug genommen wird, sind die „Sowieso-Kosten“, die „Anwesenheit“ oder vereitelte „Outdoor-Aktivitäten“. Das hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass die Zeiten der Rufbereitschaft, in denen sich die Betreuungsperson ohnehin in den eigenen vier Wänden aufgehalten hätte, sowie Zeiten der Indoor-Aktivitäten wie Fernsehen oder Ein-Buch-Lesen unentschädigt blieben. Eine Abgeltung erfolgte nur für konkrete Verrichtungen. Das Abstellen auf vereitelte Outdoor-Aktivitäten während des Tages habe ich an anderer Stelle (*Ch. Huber*, Das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr, ÖJZ 2007, 625 [632]) als „anwaltschaftliche Kreativitätsprämie“ geißelt.

In solchen Fällen ist der Schlaf aber kaum erholsam, wenn er dreimal oder öfter unterbrochen wird, noch dazu, wenn das nicht vorhersehbar ist. Der Verweis darauf, dass das auch bei Babys vorkomme, trifft zwar zu und wird von den Eltern bewältigt. Der Unterschied liegt aber darin, dass das Hand in Hand geht mit dem



mit Enthusiasmus wahrgenommenen Heranwachsen des Kindes und auf eine bestimmte Phase begrenzt ist. Bei schwer(st) Hirnverletzten ist das indes ein Dauerzustand – und wird eher schlimmer als besser.

Das deutsche BAG (24. 6. 2021, 5 AZR 505/20 NZA 2021, 1398; dazu *Ch. Huber*, Abgeltung von Pflegeleistungen unter Einschluss von Bereitschaftszeiten, *Zak* 2021, 367 ff; ebenso die *VorE LAG Berlin* 17. 8. 2020, 21 Sa 1900/19 NJOZ 2021, 97; dazu *Ch. Huber*, Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thönneßen*, *Fachtagung Personenschaden* 2021, 179 [185 ff]) hat unter Bezugnahme auf europarechtliche Vorgaben vor kurzem ausgesprochen, dass auch die Bereitschaftszeiten Arbeitszeiten und als solche abzugelten sind. Für das österr Recht kann – gerade wegen der europarechtlichen Vorgaben – nichts anderes gelten. Es ging dabei um den Entgeltanspruch einer bulgarischen Pflegekraft in Berlin. Die dort judizierten Mindeststandards sollten für die Pflege schwerstverletzter Familienangehörigen keine geringeren sein.

Dem hat der OGH in der konkreten Entscheidung auch Rechnung getragen, allerdings (nur) für einen konkret gelagerten Sachverhalt: Errichtet wurde ein Haus mit einer Wohnung des Verletzten im Erdgeschoss und einer Wohnung der betreuenden Eltern im ersten Stock. Wer immer sich zur Pflege des Sohnes im Erdgeschoss aufgehalten hat, der konnte darauf verweisen, dass er das beim volljährigen Sohn ohne Unfallverletzung nicht getan hätte. Das ist zutreffend. Aber kann es darauf ankommen? Kann die Abgeltung derartiger Bereitschaftszeiten davon abhängig sein,

dass der Verletzte und seine Eltern so finanzkräftig sind, um eine solche bauliche Separierung der Sphären zu ermöglichen? Würde man das bejahen, käme das einer Klassenjustiz sehr nahe.

Auch wenn die Entscheidung betont, dass der „nunmehr festgestellte Sachverhalt“ anders gelagert sei, sollte sich der OGH bei der demnächst sich bietenden Gelegenheit von dem *Judiz* distanzieren, dass eine Rufbereitschaft während der „Sowieso-Anwesenheit“ der Betreuungsperson im gleichen Haushalt grundsätzlich nicht ersatzfähig ist. Die ökonomische Wertigkeit der erbrachten Arbeitsleistung ist nämlich keine andere, ob sie – um es mit *Nestroy* auszudrücken – „zu ebener Erd“ oder im ersten Stock“ erbracht wird, im gemeinsamen Haushalt mit dem Verletzten oder in separierten Wohnungen.

Abgesehen davon, dass der angesetzte Stundenlohn in keiner Weise marktkonform ist, keine Hilfskraft für € 14,37 für solche Tätigkeiten zu solchen Zeiten zu bekommen ist, wird deutlich, wie groß die Spanne ist zwischen dem, was der Ersatzpflichtige für abgeltungswürdig hielt, nämlich allein die konkreten Verrichtungen in Höhe von € 138.000,-, und dem vom Verletzten geforderten und vom OGH auf der Basis einer 100%igen Haftung zuerkannten Ersatzbetrag von € 623.198,16. Das ist mehr als das 4,5-Fache. Dass das Pflegegeld von € 87.004,80 nicht einmal 14% des in concreto unter Zugrundelegung eines maßvoll angesetzten Stundenlohns zuerkannten Ersatzes ausmacht, sei noch erwähnt.

*Christian Huber,
Berlin/Mondsee*



→ Sachkunde von Dolmetschern

§ 126 StPO Abs 4 zweiter Satz StPO (§ 281 Abs 1 Z 3 und 4, § 345 Abs 1 Z 4 und 5 StPO)
Mit ausdrücklicher Nichtigkeit bedroht § 126 Abs 4 StPO nur das Unterbleiben der Enthebung eines

Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen, auf dem Wahrspruch der Geschworenen beruhenden U wurde A des Verbrechens des Mordes nach § 75 StGB schuldig erkannt. Danach hat er am 4. 7. 2020 in G B vorsätzlich getötet, indem er mit einer Faustfeuerwaffe aus geringer Entfernung sechs Schüsse auf den Rumpf und den Kopf des Genannten abgab.

Der OGH hat die aus § 345 Abs 1 Z 4, 6 und 10a StPO ergriffene NB des Angekl zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Verfahrensrüge (Z 4) wendet ein, der Angekl habe weder der HV folgen noch sich „geeignet zu seiner Verteidigung äußern“ können, weil die „beigezogene Dolmetscherin“ „lediglich Dolmetscherin für die russische Sprache“ sei, er selbst aber – als Tschetschene – der russischen ebenso wie der deutschen Sprache „kaum mächtig“ sei. Hiervon ausgehend wäre die Dolmetscherin mangels „ausreichende[r] Sachkunde der tschet-

Dolmetschers trotz Vorliegens eines Befangenheitsgrundes gem § 47 Abs 1 Z 1 oder 2 StPO.

schenischen Sprache“ gem § 126 Abs 4 StPO ihres Amtes zu entheben gewesen. Indem dies unterblieben sei, habe das Gericht die angeführte Bestimmung „missachtet bzw verletzt“. Dass in der HV eine Bestimmung verletzt oder missachtet worden wäre, deren Einhaltung das Gesetz bei sonstiger Nichtigkeit anordnet, wird damit nicht behauptet (zu den von § 345 Abs 1 Z 4 StPO erfassten ges Bestimmungen *Ratz*, *WK-StPO* § 281 Rz 193). Mit ausdrücklicher Nichtigkeit bedroht § 126 Abs 4 StPO nämlich nur das Unterbleiben der Enthebung eines Dolmetschers trotz Vorliegens eines Befangenheitsgrundes gem § 47 Abs 1 Z 1 oder 2 StPO, was hier nicht in Rede steht. Auf eine – aus § 345 Abs 1 Z 5 StPO geschützte – zweckentsprechende Antragstellung (*Ratz*, *WK-StPO* § 281 Rz 195) des durch einen Verteidiger vertretenen Angekl in der HV beruft sich das RM übrigens nicht (s zudem den AV des Vorsitzenden 30. 9. 2021, wonach es in der HV „keine wie immer gearteten Anzeichen dafür“ gegeben habe, „dass der Angekl, der auch der dt. Sprache

EvBl 2022/62

§ 126 Abs 4
zweiter Satz StPO
(§ 281 Abs 1
Z 3 und 4,
§ 345 Abs 1 Z 4
und 5 StPO)

OGH 14. 12. 2021,
13 Os 113/21 y
(LG Korneuburg
703 Hv 1/21 d)

Die Entscheidung macht den Unterschied von mangelnder Sachkunde und Befangenheit von Dolmetschern klar.