

Der Umfang des Personenschadens im schweizerischen Recht

Zugleich Besprechung von *Landolt*, Zürcher Kommentar V 1 c (2. Lieferung 2007) Art 45, 46, 47, 49 OR

ZVR 2010/19

§§ 1325, 1326, 1327 ABGB

Statistische Unterlagen;

Kapital und Rente;

Erwerbs-, Pflege- und Haushalts-schaden;

Unterhaltersatz

Das schweizerische Schadenersatzrecht hat auf dem Gebiet des Personenschadens in den letzten Jahren viele eigenständige Lösungsansätze entwickelt, die auch für das österr Recht bedeutsam sein könnten. Die umfassende und gehaltvolle Erläuterung der den §§ 1325–1327 ABGB entsprechenden Normen des schweizerischen OR durch *Landolt* sind der Anlass für eine vergleichende Betrachtung mit dem österr Recht.

Von Christian Huber

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Nutzen der Beschäftigung mit der Rechtslage in der Schweiz
- C. Gleichwertigkeit von Kapital und Rente
- D. Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB bzw § 12 Abs 2 EKHG – Versorgerschaden gem Art 45 Abs 3 OR
 1. Personenkreis
 2. Scheidungs- und Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit
 3. Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit der Witwe
 4. Ersparnisbildung
- E. Vermehrte Bedürfnisse gem Art 46 OR
 1. Normative und fiktive Kosten
 2. Pflegeschaden
 3. Fortlaufende Schadensliquidierung
- F. Einkommensausfallsschaden gem Art 46 OR
 1. Zuständigkeit von medizinischem Sachverständigen und Richter
 2. Abbildung der Erwerbsbiografie
 3. Besonderheit von selbständig Erwerbstätigen
- G. Haushaltsschaden gem Art 46 OR
 1. Ersatzfähigkeit im schweizerischen Recht – ein relativ neuartiges Phänomen
 2. Die drei Faktoren des Haushaltsschadens: Zeitaufwand, Lohnkosten einer Ersatzkraft, haushaltsspezifische Minderung
- H. Schmerzensgeld – Genugtuung gem Art 47 OR
 1. Ausschluss bei Bagatellverletzungen
 2. Entschädigungsniveau bei Schwerstverletzungen
- I. Resümee

A. Einleitung

Während der **deutsche BGH** sich zumeist darauf beschränkt, zur Abstützung des Ergebnisses einer getroffenen Entscheidung auf die **eigene Vorjudikatur** zu verweisen, und allenfalls auf die nationale Literatur Bezug nimmt, ist beim **OGH** häufiger zusätzlich eine –

echte – Auseinandersetzung mit Gegenpositionen der österr Literatur zu beobachten. Darüber hinaus blickt der OGH jedenfalls bei Grundsatzentscheidungen auch über den Tellerrand; er macht sich kundig über die Rechtslage im Ausland, wobei er primär die **deutsche Judikatur** und **Literatur** heranzieht. Vergleichsweise selten ist eine Bezugnahme auf das schweizerische Recht zu beobachten. Was den Umfang des Personenschadens im Haftpflichtrecht betrifft, mag das verschiedene Gründe haben: Es erfolgte eine Orientierung an der größeren Rechtsordnung (ca zehnmal so viele Einwohner in Deutschland gegenüber Österreich). Wenn schon ausländische Literatur angeschafft wurde, dann solche aus Deutschland. Schlussendlich hatte sich die Schweiz auf manchen Gebieten darauf beschränkt, das in Deutschland entwickelte Gedankengut mit einer beträchtlichen Verspätung zu übernehmen.¹⁾ Die Integration anderswo längst gängiger Kategorien in die schweizerische Rechtsordnung war dann aus österr Perspektive nicht gar so spannend.

Anliegen dieses Beitrags ist es, darauf hinzuweisen, dass sich jedenfalls auf dem Gebiet des Personenschadens – und wahrscheinlich auch auf anderen Gebieten – die Situation grundlegend gewandelt hat. Die Schweiz ist vom Rezipienten zum Ideenlieferanten mutiert. Ähnlich wie in Deutschland gibt es eine Vielzahl von Fachzeitschriften, allen voran die Zeitschrift *HAVE* (Haftpflicht und Versicherung),²⁾ in denen nicht nur höchst-, sondern auch tatrichterliche Entscheidungen abgedruckt und – gehaltvoll – besprochen werden. Zudem werden die Probleme auf mehreren Tagungen diskutiert; hervorgehoben sei namentlich das *Personenschaden-Forum*,³⁾ das jeweils Mitte Januar in Zürich stattfindet. Anlass der folgenden Zeilen ist eine herausragende Bearbeitung der einschlägigen Normen durch

1) So etwa beim Haushaltsführerschaden; Näheres dazu unten in Punkt G.1.

2) Seit November 2001, Näheres unter www.have.ch

3) www.weblaw.ch/pdf/prospekt_h3_2009.pdf Die Referate stehen jeweils bereits zum Zeitpunkt der Tagung in einem Band zur Verfügung – schweizerische Präzisionsarbeit!

Hardy Landolt, wie es an Umfang⁴⁾ und Gründlichkeit nichts Vergleichbares in Deutschland und Österreich gibt. Die Art 45, 46, 47 und 49 OR entsprechen im Wesentlichen den §§ 1325, 1326, 1327 ABGB. Es geht somit um die Kernnormen des Personenschadens.

B. Nutzen der Beschäftigung mit der Rechtslage in der Schweiz

So mancher Leser mag nach den ersten beiden Absätzen die Sinnfrage stellen: Welchen Nutzen bringt das einem österr Leser? Dieser liegt auf mehreren Ebenen: Gerade das Schadenersatzrecht enthält bloß rudimentäre gesetzliche Rahmenbedingungen, die zudem im schweizerischen und österr Recht vergleichbar ausgestaltet sind. Das dogmatische Fundament ist ähnlich. (Fast) alles hängt vom Einzelfall und dem (höchststrichterlichen) Temperament der zur Entscheidung Berufenen ab. Die faktischen Gegebenheiten sind ähnlich; freilich werden sie in unterschiedlicher Weise wahrgenommen und für die Entscheidung der konkreten Causa verwertet.

Ein **fundamentaler Unterschied** zwischen dem schweizerischen und österr Recht liegt im **Regel-Ausnahme-Verhältnis** von **Kapital** und **Rente** bei **Dauerschäden**. Während im österr Recht die Rente dominiert und die Kapitalabfindung – jedenfalls nach der gesetzlichen Konzeption (§ 14 Abs 3 EKHG) – auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleibt, ist es in der Schweiz gerade andersherum. Die Rente als Form der Ersatzleistung wurde erst in den letzten Jahren entwickelt; davor gab es ausschließlich die Kapitalabfindung, die weiterhin in der Praxis dominiert.⁵⁾ Der unterschiedliche Ausgangspunkt beeinflusst die Sensibilität für die Berücksichtigung künftiger Änderungen:

Bei der Kapitalabfindung bleibt gar nichts Anderes übrig, als künftige Umstände a priori zu berücksichtigen. Bei der Rente verschließt man davor häufig die Augen. Man verweist darauf, dass man die Zukunft nicht vorhersehen könne⁶⁾ und jeder negativ Betroffene ja die Möglichkeit habe, bei Änderung wesentlicher Umstände eine Anpassung zu verlangen. Bei näherer Betrachtung ist es mit einer solchen Anpassung dann gar nicht so weit her; jedenfalls wirken sich die bis zum zulässigen Anpassungszeitpunkt akkumulierten Nachteile zu Lasten des Betroffenen – typischerweise des Geschädigten – aus.⁷⁾ Die andere Sichtweise des schweizerischen Rechts schärft insofern die Wahrnehmung dessen, was als voller Ausgleich geschuldet ist.

Das mag man als Eigentümlichkeit der einen oder anderen Rechtsordnung wahrnehmen und es dabei bewenden lassen. Der Nutzen geht aber darüber hinaus: Auch nach österr Recht wird häufig – außergerichtlich – eine Kapitalabfindung vereinbart. Der Ersatzpflichtige, namentlich der Haftpflichtversicherer, kann den Akt schließen. Der Geschädigte kann beurteilen, was ihm schlussendlich zusteht und entsprechend disponieren. Welche Risiken damit verknüpft sind, welche Umstände in eine solche Rechnung einbezogen werden müssen, dafür fehlt namentlich dem Geschädigten und dessen Anwalt mangels Vorliegens einschlägiger österr – und deutscher – Judikatur das einschlägige Er-

fahrungswissen. Da kann ein Blick ins schweizerische Recht, insb in die vorzügliche Erläuterung der einzelnen Normen durch *Landolt* im besprochenen Kommentar, die Wissens- und Erfahrungslücke schließen.

Nicht nur bei einer Kapitalabfindung ist der Barwert der voraussichtlichen Ersatzpflicht bedeutsam. Gar nicht so selten ist die Haftpflichtversicherungssumme erschöpft. Bei einem **Deckungskonkurs** muss der Haftpflichtversicherer gem § 155 Abs 1, § 156 Abs 3 VersVG bei der Auszahlung einer Rente eine Kürzung vornehmen. Und dann inspiriert ihn der Blick ins schweizerische Haftpflichtrecht, was tatsächlich künftig von ihm zu leisten ist. Zudem ist bei der Regulierung von Schadenersatzansprüchen mitunter schweizerisches Recht anzuwenden. Dann ist es bedeutsam, inwieweit sich die schweizerische Rechtsordnung von der Österreichs – und Deutschlands – unterscheidet. Eine zentrale Botschaft kann an die Spitze gestellt werden: So mancher **Vermögensschaden** wird dort nach großzügigeren Ansätzen bemessen. Das **Schmerzensgeld** – dort „Genugtuung“ genannt – fällt jedoch abgesehen vom Angehörigenschmerzensgeld viel kärglicher aus.⁸⁾

Schließlich könnte die etwas anders gelagerte Interpretation des Ausgleichsprinzips auch Auswirkungen de lege ferenda haben. In Österreich liegen immerhin die Vorschläge von **Expertengruppen** zur **Reform des Schadenersatzrechts** vor.⁹⁾ Die eine oder andere Ausgestaltung oder auch Gewichtung des schweizerischen Rechts – so etwa mehr Großzügigkeit beim Vermögensschaden und mehr Zurückhaltung beim Immaterialschaden – könnte de lege ferenda durchaus ein Bezugspunkt sein für die Ausgestaltung des österr Rechts. Ob der Gesetzgeber eines (fernen) Tages eine Schadenersatzreform in Angriff nehmen wird, ist ungewiss; derzeit haben Regierung und Parlament in Österreich andere Sorgen. Was im Moment jedenfalls verwertbar ist, das sind für das österr Recht de lege lata bedenkenswerte Gedanken sowie Spezifika bei der Regulierung eines Schadensfalls nach schweizerischem Recht. Einige solche sollen kaleidoskopartig herausgegriffen werden:

C. Gleichwertigkeit von Kapital und Rente

Im **schweizerischen Recht** steht dem Geschädigten bei sämtlichen Schadensarten des Personenschadens

4) Die Bearbeitung von *Landolt* umfasst 975 Seiten. Der entsprechende Band des umfangreichsten deutschen Kommentars, nämlich *Staudinger/Vieweg, Röthel* (§§ 840–853 BGB), umfasst in der Neubearbeitung 2007 410 Seiten, also weniger als die Hälfte. Der Erläuterung der darüber hinausgehenden Normen der §§ 840, 841 BGB entspricht in etwa dem Umfang der Kommentierung der §§ 252, 253 BGB bei *Staudinger/Schiemann* in der Neubearbeitung 2005.

5) *ZürchKomm/Landolt*, Vorbemerkungen zu Art 45, 46 Rn 248; Art 45 Rn 398.

6) Abschreckend für Deutschland RG RGZ 145, 196: Das Höchstgericht wagte 1933 die Prognose, dass wegen der erfolgreichen Anstrengungen der Reichsregierung der Geschädigte im Jahr 1943 trotz seiner Verletzung nicht ohne Arbeit sein werde. *Steffen* (DAR 1984, 1, 2) bemerkte sarkastisch, dass es ein „Treppenwitz der Geschichte“ sei, dass die national verengte Pupille der Richter fast ins Schwarze getroffen hätte, nur, dass auf den Mann nicht die Lohntüte wartete, sondern das Soldbuch.

7) BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = ZVR 2008, 303 (*Ch. Huber*).

8) Näheres unter Punkt H.

9) *Griss/Kathrein/Kozioł*, Entwurf eines österr Schadenersatzrechts (2006); *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts Band III – Vorschläge eines Arbeitskreises (2008).

unter Einschluss des immateriellen Schadens ein Wahlrecht zwischen Kapital und Rente zu.¹⁰⁾ Idealtypischerweise soll jeweils voller Ausgleich geleistet, aber eine ungerechtfertigte Bereicherung des Geschädigten vermieden werden. Seit 1946 legt das schweizerische Höchstgericht¹¹⁾ einen **Abzinsungsfaktor** von **3,5%** für die Ermittlung des Barwerts der Abzinsung der künftigen Rentenbeträge zugrunde. Die in Deutschland und Österreich oft beschworene Unsicherheit der zukünftigen Entwicklung wird in der Schweiz pragmatisch gelöst: Für die Zukunft wird im Ausgangspunkt die Inflationsrate zugrunde gelegt, die dem Durchschnitt des entsprechenden Zeitraums der Vergangenheit entsprach.¹²⁾ Es wird nur dann anders verfahren, wenn greifbare Anhaltspunkte für eine abweichende Entwicklung gegeben sind. Im Zeitraum von 1960 bis 2000 sind in Relation zu den Konsumentenpreisen die Gesundheitskosten um 0,75%, die Behandlungskosten sogar um 2% stärker gestiegen. Auch wenn das schweizerische BG trotz Kritik der Literatur am Abzinsungsfaktor von 3,5% bis zuletzt festgehalten hat,¹³⁾ ergibt sich für die Gesundheitskosten ein Abzinsungsfaktor von 2%, für die Pflegekosten sogar ein negativer.¹⁴⁾

Diese faktischen Entwicklungen stellen sich für Österreich nicht anders dar. Der in **Österreich** – und **Deutschland**¹⁵⁾ – geläufige **Abzinsungsfaktor** von **5%** begünstigt über Gebühr den Ersatzpflichtigen.¹⁶⁾ Er ist angesichts der in den letzten Jahren viel geringeren Nettorendite auf den Kapitalmärkten und der höheren Inflation bei bestimmten Schadensarten – Gesundheitskosten im Allgemeinen, Pflegekosten im Besonderen – nach unten zu korrigieren. Da es in Österreich kaum Juristen mit Know-how auf diesem Gebiet gibt¹⁷⁾ und zudem solche außergerichtlichen Vereinbarungen der richterlichen Kontrolle entzogen sind, dürfte in der Mehrzahl der Fälle der Geschädigte ungebührlich benachteiligt werden. Der Blick ins schweizerische Recht öffnet dafür die Augen. Das **Berechnungsprogramm LEONARDO**¹⁸⁾ stellt für den in der Versicherungsmathematik unzureichend Gebildeten ein Hilfsmittel dar, das eine Orientierung erlaubt, ob der in der Regel vom Haftpflichtversicherer vorgeschlagene Abfindungsbetrag einigermaßen angemessen oder meilenweit davon entfernt ist. Übernahmewürdig könnte entsprechend den schweizerischen Gepflogenheiten eine Ermittlung eines Veranlagungszinssatzes von 3,5% und eine Inflation nach dem Durchschnitt des Zeitraums der Vergangenheit sein, für den eine Abzinsung in der Zukunft zu erfolgen hat. ME dürften die Unterschiede zur Schweiz allenfalls marginal sein.

D. Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB bzw § 12 Abs 2 EKHG – Versorgerschaden gem Art 45 Abs 3 OR

1. Personenkreis

Anders als nach deutschem (§ 844 Abs 2 BGB) und österr Recht (§ 1327 ABGB bzw § 12 Abs 2 EKHG) kommt es nicht auf das Bestehen einer **gesetzlichen Unterhaltspflicht** an; ausreichend ist vielmehr eine **faktische Alimentierung**. Einbezogen sind somit auch Verlobte, Konkubinatspartner, Geschwister sowie Ver-

schwägerte.¹⁹⁾ Erfasst ist auch die Mitversorgung von Kindern des Partners. Wegen der hohen Verbreitung von Patchworkfamilien in der heutigen Zeit ist gerade dieser Aspekt besonders bedeutsam. Wer im Todeszeitpunkt faktisch versorgt wurde, bei dem wird angenommen, dass das auch in Zukunft der Fall gewesen wäre; andere Anspruchsteller haben den Nachweis zu erbringen, dass dies künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit passiert wäre.²⁰⁾

2. Scheidungs- und Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit

Beim hinterbliebenen Partner wird der Anspruch nicht nur bei einer Kapitalabfindung, sondern auch bei einer Rente abschließend gekürzt, uzw wegen einer potentiell gegebenen Scheidungs- sowie einer Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit von mehr als 50%.²¹⁾ Im Fall der Wiederverheiratung wird geprüft, wie sich die wirtschaftliche Stärke des neuen Partners im Vergleich zum getöteten verhält. Ist der neue – wirtschaftlich – schwächer, gebührt immerhin die Differenz zu dem vom getöteten Partner geleisteten Unterhalt.²²⁾ Trotz abnehmender Eheschließungsfreudigkeit der Schweizer sowie der Ersatzfähigkeit von Unterhaltsleistungen des getöteten Konkubinatspartners wird die Wahrscheinlichkeit der **Eingehung einer außerehelichen Lebensgemeinschaft nicht anspruchsmindernd** berücksichtigt.²³⁾

Die Einbeziehung der Eheschließungswahrscheinlichkeit, von der man erfährt, dass sie nur bei verwitweten Männern zwischen 20 und 39 Jahren bei über 50% liegt, bei verwitweten Frauen hingegen nur bei solchen zwischen 20 und 30 Jahren,²⁴⁾ mutet aus österr Perspektive etwas mulmig an. Umso mehr, als im schweizerischen Recht umstritten ist, ob lediglich objektive Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein sollen oder die jeweilige Überzeugung des Richters²⁵⁾ – frei nach der Devise, ob eine Person in dessen Augen so ansehnlich ist, dass er sie nach seinem Kalkül auf dem Heiratsmarkt für wettbewerbstauglich hält. Bedenkt man, dass maßgeblich der Zeitpunkt der Urteilsfällung ist²⁶⁾ und lediglich Wahrscheinlichkeiten von mehr als 50% sich dämpfend auswirken, wird damit für den Anspruchsberechtigten ein Anreiz geschaffen, den Anspruch möglichst

10) ZürichKomm/Landolt, Vorbemerkungen zu den Art 45, 46 Rn 246.

11) Nachw bei ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45, 46 Rn 259.

12) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45, 46 Rn 263.

13) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45, 46 Rn 271 ff.

14) ZürichKomm/Landolt, aaO Rn 267; Art 46 Rn 342.

15) *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁹ (2006) Rn 869.

16) Je höher der der Abzinsung zugrunde gelegte Zinssatz, umso geringer der Barbetrag. Diese Aussage ist auch für einen mathematisch mäßig gebildeten Haftpflichtjuristen noch einigermaßen plausibel nachvollziehbar.

17) Im Arbeitskreis zur Reform des Schadenersatzrechts gab es außer dem Autor kein weiteres Mitglied, das sich der Brisanz des Problems bewusst gewesen ist. Auch die Arbeitsgruppe hat dieses Problem nicht aufgegriffen.

18) www.leonardo-forum.ch

19) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 90.

20) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 73.

21) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 123 ff.

22) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 127.

23) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 141.

24) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 135.

25) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 144.

26) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 130f.

spät geltend zu machen und den Prozess zu verschleppen: Die Wiederverheiratungschance nimmt nämlich mit zunehmendem Alter ab; und womöglich sind einige Wochen oder Monate gerade dafür ausschlaggebend, dass die 50%-Schwelle unterschritten wird.

Jedenfalls aus der Perspektive des **österr Rechts** erscheint das allzu schematisch. Für den Haftpflichtversicherer mag eine solche Durchschnittsbetrachtung zu einem richtigen Kalkül führen. Dem Einzelnen wird aber nur ausnahmsweise Gerechtigkeit widerfahren. Schon bei der Gruppenbildung lässt sich eine gewisse Willkür nicht vermeiden. Vorzugswürdig erscheint insofern die österr Lösung, dass – unabhängig von allgemeinen Scheidungs- oder Wiederverheiratungskalkülen – zunächst voller Ersatz geleistet wird. Angemessen wäre freilich, auch bei Wiederverheiratung den Differenzbetrag zur Alimentierung des getöteten Partners weiterbestehen zu lassen. Denn das Schadenersatzrecht soll kein ökonomisches Hindernis dafür darstellen, dass die neuen Partner für ihr Zusammenleben die Form wählen, die der Gesetzgeber dafür vorgesehen hat, nämlich die Ehe.

3. Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit der Witwe

Während die schweizerische höchstrichterliche Rsp die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Witwe beim Versorgerschaden verneint hat, geht die Unterhaltsrechtsprechung davon aus, dass lediglich eine Erwerbstätigkeit nach dem 45. Lebensjahr nicht mehr zumutbar sei.²⁷⁾ *Landolt*²⁸⁾ verweist auf die Scheidungsreform 2000, die den nahehelichen Unterhalt vom Verschulden entkoppelt hat. Er stellt daher die – rhetorische – Frage, ob unterschiedliche Zumutbarkeitsregeln Sinn machen. Das ist mE zu bejahen. Ungeachtet der Tendenz, dass die naheheliche Solidarität durch den Gesetzgeber – aus durchaus nachvollziehbaren Gründen – im Unterhaltsrecht aufgeweicht wird,²⁹⁾ ist zu betonen, dass im Schadenersatzrecht eine andere Wertung zu beachten ist. Im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht geht es darum, dass jeder Partner wieder von Neuem beginnt und grundsätzlich nach einer Schonfrist wirtschaftlich auf eigenen Beinen stehen soll. Die wirtschaftlich sinnvolle Zweckgemeinschaft ist – aus welchen Gründen immer – aufgelöst worden; per saldo ergibt sich jedenfalls zunächst eine Verschlechterung des Lebensstandards für beide Partner, weil Fixkosten doppelt anfallen. Das Schadenersatzrecht hat die andere Zielsetzung der Aufrechterhaltung des Status im Zeitpunkt der Tötung. Der Witwe ist eine berufliche Erwerbstätigkeit nur insoweit zuzumuten, als ihre Arbeitskraft infolge von dem getöteten Ehemann persönlich erbrachten Arbeitsleistungen frei geworden ist. Dabei geht es meist nur um wenige Stunden pro Woche,³⁰⁾ die meist nicht einmal das Ausmaß einer Teilzeitstelle erreichen, ganz abgesehen davon, dass sich die Witwe nicht auf jede x-beliebige Tätigkeit verweisen lassen muss.³¹⁾

4. Ersparnisbildung

Ersatzfähig sind im Rahmen des Versorgerschadens die Beträge, die zur Aufrechterhaltung des bisherigen Le-

bensstandards erforderlich sind. Auszuklammern sind Beträge, die der Ersparnisbildung dienen. Wie lassen sich diese aber ermitteln? Auch diesbezüglich behilft sich das schweizerische Recht mit pauschalen Annahmen. Die durchschnittlichen **jährlichen Lebenshaltungskosten** werden mit **SFr 96.000,-**³²⁾ angenommen.³³⁾ Bei einem Erwerbseinkommen, das diesen Betrag nicht übersteigt, erfolgt keine Berücksichtigung einer Sparquote. Darüber hinaus wird angenommen, dass 10% des Erwerbseinkommens der Ersparnisbildung dient. Diese wird aber gleichwohl einbezogen, wenn es für die Bestreitung der Lebenshaltungskosten nach der Pensionierung erforderlich gewesen wäre.³⁴⁾

Das ist zunächst einmal sehr pauschal. Den Postulaten der konkreten Schadensberechnung wird ein solcher Ansatz nur unzureichend gerecht. Zutreffend ist indes, dass eine Ersparnisbildung umso weniger möglich ist, je geringer das Erwerbseinkommen ist. Darüber hinaus tätig – von exorbitant hohen Erwerbseinkommen abgesehen – auch ein fürsorglicher pater familias oder eine fürsorgliche mater familias keine Ersparnisse, sofern diese nicht letztendlich für den eigenen Unterhalt oder eine Starthilfe für die Kinder – im österr Recht gem § 1220 ABGB – vorgesehen sind. Die Vermutung spricht jedenfalls nicht für einen Konsumverzicht, um den Erben ein möglichst großes Vermögen zu hinterlassen. Trifft das zu, erscheint es aber wenig folgerichtig, den Unterhaltersatzgläubiger auf Dauer auf den genügsamen Lebensstandard zum (zufälligen) Todeszeitpunkt zu verweisen. Die privatautonome Festlegung eines unterschiedlichen Unterhaltsniveaus in den einzelnen Lebensstadien muss sich daher auch beim – gesetzlichen – Unterhaltersatzanspruch widerspiegeln.

E. Vermehrte Bedürfnisse gem Art 46 OR

1. Normative und fiktive Kosten

Verdienstvoll ist die terminologische Unterscheidung zwischen normativen und fiktiven Kosten.³⁵⁾ **Normative Kosten** sind solche, bei denen beim Geschädigten kein rechnerischer Schaden feststellbar ist, weil Dritte Leistungen, die am Markt nur gegen Entgelt zu haben sind, ohne solches erbringen. „Das Entgegenkommen Dritter soll den Schädiger nicht entlasten.“ So lautet einer der ehernen Grundsätze des Schadenersatzrechts, mag er vom Gesetzgeber auch nur für eine bestimmte Fallgruppe positiviert worden sein³⁶⁾ oder auch gar nicht. Anhaltspunkt für den Ersatz sind die Kosten einer zu einem marktkonformen Entgelt beschäftigten Ersatzkraft. Der durch das schädigende Ereignis ausgelöste Bedarf wird faktisch befriedigt. Davon zu unter-

27) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 220f.

28) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 223.

29) So auch die Tendenz nach der Familienrechtsreform in Deutschland. Dazu *Born*, NJW 2008, 1 ff.

30) Dazu ZürichKomm/Landolt, Art 46 Rn 1003:5–7 Stunden pro Woche.

31) So bereits *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1994) 574 ff.

32) Monatlich sind das immerhin ca € 5.300,-.

33) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 242.

34) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 45 Rn 248.

35) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 119 ff, 124 ff.

36) So im österr Recht in § 14 Abs 4 EKHG sowie im deutschen Recht in § 843 Abs 4 BGB.

scheiden sind die **fiktiven Kosten**. Diese bemessen sich danach, was der Verletzte ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht aufwenden hätte dürfen, was aber tatsächlich unterblieben ist. Die Kosten dafür sollen nur dann ersatzfähig sein, wenn die Aufwendungen infolge des Verzugs des Ersatzpflichtigen nicht getätigt worden sind.³⁷⁾ Ansonsten erfolgt eine – marginale – Berücksichtigung im Rahmen des Schmerzensgelds.

2. Pflegeschaden

Eine Determinante ist beim Pflegeschaden der **maßgebliche Stundenlohn**. *Landolt*³⁸⁾ plädiert für das schweizerische Recht für die Maßgeblichkeit der **Arbeitskraftkosten**, nicht jedoch den **Brutto- oder Nettostundenlohn**. Der Unterschied besteht darin, dass ein Arbeitnehmer nicht 52 Wochen im Jahr seine Arbeitskraft einsetzt; wegen Urlaubs, Feiertagen, Krankenständen und anderen entgeltpflichtigen Verhinderungen ist seine Arbeitsleistung viel geringer. Den für solche Verhinderungen erforderlichen, von *Landolt* als „**Stellvertretungszuschlag**“ bezeichneten Aufschlag beziffert er für das schweizerische Recht mit **18%**.³⁹⁾ Während im deutschen Recht ohne Einstellung einer fremden Pflegekraft, somit bei unentgeltlichem Einspringen eines Angehörigen, eine Begrenzung auf die Nettolohnkosten erfolgt,⁴⁰⁾ wird der von *Landolt* befürwortete Ansatz vom OGH⁴¹⁾ zu Recht gebilligt, sofern der Geschädigtenanwalt das Einmaleins der Lohnverrechnung und Kostenrechnung beherrscht und zu einem derartigen Vorbringen in der Lage ist.

Auch beim Pflegeschaden ist eine **Kapitalabfindung der Regelfall**. Für die zukünftige Entwicklung werden folgende pauschale Annahmen getroffen:⁴²⁾ Die Angehörigen sind lediglich bis sie 70 Jahre alt sind in der Lage, einen Schwerverletzten zu pflegen. Ein Kind wechselt mit 30 Jahren aus der elterlichen Betreuung in ein Heim. Bei der Pflege durch einen Ehegatten führt die Scheidungswahrscheinlichkeit der Ehe zu einer Kürzung des Anspruchs. Wegen dieser typisierten Annahmen tut sich die schweizerische Praxis schwer, einen über die Kosten einer fremden Ersatzkraft hinausreichenden Erwerbsausfall einer Betreuungsperson für ersatzfähig zu erklären. *Landolt*⁴³⁾ befürwortet das für die Vergangenheit, sofern die Kosten die einer fremden Ersatzkraft **nicht wesentlich**⁴⁴⁾ übersteigen; für die Zukunft hält er aber allein die jeweiligen Kosten einer fremden Ersatzkraft für maßgeblich, weil fraglich ist, wie lange ein Angehöriger die Pflege übernimmt.

3. Fortlaufende Schadensliquidierung

Selbst wenn sich der Geschädigte nach schweizerischem Recht für eine – indexgebundene – Rente entscheidet, bleiben Unwägbarkeiten, insb im Zusammenhang mit der „Reformfreudigkeit im Sozialversicherungsrecht“, im Klartext dem zunehmenden, infolge des demografischen Wandels bedingten Sparprogramm der Sozialversicherungsträger.⁴⁵⁾ *Landolt*⁴⁶⁾ schlägt deshalb als zusätzliche Form neben Kapital und Rente eine „fortlaufende Schadensliquidation“ vor, die abschnittsweise eine Neubemessung unter Berücksichtigung wesentlicher Änderungen vornimmt. Er verweist freilich darauf, dass eine solche nur bei **Einvernehmen beider Par-**

teien möglich ist. Besteht ein solches Bedürfnis, ist im **schweizerischen Recht** eine **Rechtsschutzlücke** gegeben, wenn eine solche Form der Schadensliquidierung das Einverständnis beider Parteien erfordert. Der dadurch benachteiligte Partner – im Regelfall der Haftpflichtversicherer – wird sich dem nämlich idR widersetzen. Nach österr Recht ist demgegenüber bei einer Rente eine solche Anpassung bei wesentlicher Änderung der Umstände stets möglich. Die Kunst des Geschädigtenanwalts besteht freilich darin, die Determinanten der erstmaligen Festsetzung der Rente präzise genug zu beschreiben – und dazu noch den Maßstab zu postulieren, nach dem eine Abänderung der Rente zu erfolgen hat. Zwar erwächst lediglich der Spruch eines Urteils in Rechtskraft; bei einem Abänderungsbegehren sind aber auch die Entscheidungsgründe heranzuziehen.

F. Einkommensausfallsschaden gem Art 46 OR

1. Zuständigkeit von medizinischem Sachverständigen und Richter

Bei dem Pflegeschaden zum **medizinischen Sachverständigen** eine diplomierte Pflegefachperson hinzugezogen werden muss,⁴⁷⁾ ist es beim Erwerbsschaden lediglich Aufgabe des medizinischen Sachverständigen, die Verletzung und die dadurch hervorgerufenen Funktionseinbußen zu beschreiben. Die Auswirkungen der medizinisch-theoretischen Leistungsfähigkeit hat hingegen der **Richter** vorzunehmen.⁴⁸⁾ Es handelt sich um eine **Rechtsfrage** mit der Folge, dass die daraus gezogenen Schlussfolgerungen durch ein Rechtsmittel an das Höchstgericht überprüfbar sind.⁴⁹⁾ Das kann für das österr Recht nicht anders sein. In der Praxis dürfte es hingegen gelegentlich vorkommen, dass die Frage der Auswirkungen der Verletzung auf den Erwerbsschaden zu Unrecht ebenfalls dem medizinischen Sachverständigen überantwortet wird.

2. Abbildung der Erwerbsbiografie

Die schweizerische Regulierungspraxis ist in der Lage, statistische Erhebungen wie die Lohnstrukturerhebung für die Abschätzung von Erwerbsbiografien nutzbar zu machen.⁵⁰⁾ Wiederum erfordert der Regelfall der Kapitalentschädigung eine intensivere Beschäftigung mit der Zukunft. Die Bezugnahme auf solche typisierten Erwerbsbiografien und Lohnprofile führt dazu, dass der

37) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 126 uHa BG BGE 28 II 216; ebenso die Stärkungsmittel-E des BGH NJW 1958, 627.

38) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 375f.

39) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 1152.

40) *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁹ (2005) Rn 848.

41) Nachw bei KBB²/Danzl, § 1325 Rn 8.

42) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 310f.

43) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 375.

44) Zu einer vergleichbaren Konstellation OGH iFamZ 2008/125 und dazu *Ch. Huber*, iFamZ 2009, 27 ff sowie OLG Bamberg HAVE 2006, 238 (*Landolt*) = VRR 2006, 25 (*Luckey*).

45) Dazu *Ch. Huber*, NZV 2008, 431 ff.

46) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 447.

47) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 302.

48) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 461, 465.

49) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 466.

50) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 649.

Erwerbsschaden idR bis zum 50. Lebensjahr beträchtlich anwächst, während danach lediglich ein Reallohnzuwachs von 1% stattfindet.⁵¹⁾ An den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für solche stärkeren Einkommenssteigerungen in dieser Phase werden zu Recht keine übertriebenen Anforderungen gestellt.⁵²⁾ Die Dichotomie von positivem Schaden und entgangenem Gewinn im österr Recht verstellt womöglich den Blick für diese durchaus sachgerechte Betrachtung.

3. Besonderheit von selbständig Erwerbstätigen

Bei selbständig Erwerbstätigen wird angenommen, dass sich diese **über das gesetzliche Pensionsalter hinaus** beruflich betätigt hätten, weshalb bei diesen danach eine 50%ige Erwerbstätigkeit unterstellt wird.⁵³⁾ Das mag eine Mentalitätsfrage sein. Womöglich hat der Genuss des Lebens im katholischen Österreich einen höheren Stellenwert als die Erfüllung einer ethischen Pflicht in der von *Zwingli* und *Calvin* geprägten sittenstrengen protestantischen Schweiz. In jedem Fall ist auf die **voraussichtliche tatsächliche Entwicklung** abzustellen und nicht auf das gesetzliche Pensionsalter.⁵⁴⁾ Ob die generelle Privilegierung von selbständig Erwerbstätigen durch die Bank gerechtfertigt ist, ist nach den Postulaten der konkreten Schadensberechnung zu bezweifeln.

G. Haushaltsschaden gem Art 46 OR

1. Ersatzfähigkeit im schweizerischen Recht – ein relativ neuartiges Phänomen

In **Deutschland und Österreich** hat die Ersatzfähigkeit des Haushaltsführerschadens eine über ein **Jahrhundert zurückreichende Tradition**. Das ist in der Schweiz anders. Lange Zeit wurde die Ersatzfähigkeit mit der Begründung versagt, dass ausschließlich der im **Berufsleben stehende Ehemann der Versorger der Familie** sei.⁵⁵⁾ Es erfolgte sodann ein Zuspruch „nach den Umständen“.⁵⁶⁾ Später wurde ein Ersatz immerhin „in gut bürgerlichen Kreisen“ ausgeschlossen,⁵⁷⁾ ehe die uneingeschränkte Ersatzfähigkeit seit dem Entscheid „*Blein*“⁵⁸⁾ gefestigte Rsp geworden ist, die Ersatz für die Beeinträchtigung der Haushaltsführung sogar einer im Erwerbsleben stehenden Person zuerkennt.⁵⁹⁾ Wie ein Konvertit in seiner neuen Religion sich mitunter durch besondere Frömmigkeit auszeichnet, hat die Schweiz in den letzten Jahren Originelles und Neuartiges bei der Ermittlung des Haushaltsführerschadens geleistet:

2. Die drei Faktoren des Haushaltsschadens: Zeitaufwand, Lohnkosten einer Ersatzkraft, haushaltsspezifische Minderung

Eine Hauptschwierigkeit beim Nachweis des Haushaltsführerschadens ist das für die vereitelten Haushaltsdienstleistungen erforderliche Zeitbudget. Von österr Gerichten wird das über den Daumen gepeilt oder auf die – veraltete – Untersuchung von *Schulz-Borck/Hofmann*⁶⁰⁾ Bezug genommen. Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) bietet dem gegenüber eine **umfassendere und jüngere Untersuchung**.⁶¹⁾ Da kaum

anzunehmen ist, dass die Haushaltsführung in Österreich sich signifikant von der Schweiz unterscheidet,⁶²⁾ bietet sich an, auch für die Regulierung des Haushaltsführerschadens im österr Recht auf die in der Schweiz ermittelten Werte zurückzugreifen, solange keine entsprechende österr statistische Untersuchung vorliegt. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die – ex post – durchaus einleuchtende Beobachtung, dass der Zeitaufwand der Haushaltsführung mit dem Alter zunimmt.⁶³⁾ Jüngere Menschen haben kleinere Haushalte und mehr Outdoor-Aktivitäten und vice versa: Ältere Menschen haben größere Wohnungen oder Häuser und investieren demgemäß mehr Zeit für Haushalt und Garten – oder müssen das tun, weil sie in einer bestimmten Lebensetappe eine solche Disposition getroffen haben.

Bedeutsam ist zusätzlich, dass der **Stundenlohn** wie beim Pflegeschaden nach den Arbeitskraftkosten zu ermitteln ist.⁶⁴⁾ ME durchaus realistisch und trotz Kritik der Lehre billigt das schweizerische Höchstgericht dem Haushaltsführer im eigenen Haushalt gegenüber einer fremden Ersatzkraft einen **Qualitätszuschlag** zwischen 25 und 50% zu.⁶⁵⁾ Die verletzungsbedingte Beeinträchtigung der Hausarbeitsfähigkeit wird erleichtert durch die Aufteilung der Hausarbeit in sieben verschiedene Arbeitsbereiche.⁶⁶⁾ Für die Spezifizierung dürfte aber das in Deutschland entwickelte Verfahren zur Ermittlung der Minderung der haushaltsspezifischen Erwerbsminderung⁶⁷⁾ noch immer das Nonplusultra sein.

H. Schmerzensgeld – Genugtuung gem Art 47 OR

1. Ausschluss bei Bagatellverletzungen

Im Zuge des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes hat der deutsche Gesetzgeber – vornehmlich zur Abwehr vor missbräuchlichen Schmerzensgeldbegehren im Zusammenhang mit HWS-Verletzungen – darüber nachgedacht, bei **Bagatellverletzungen** ein Schmerzensgeld zu versagen.⁶⁸⁾ Eine solche Einschränkung ist schlussendlich unterblieben. In der Schweiz wird eine **deutlich höhere Erheblichkeitsschwelle** seit Jahrzehnten von der Rsp – offenbar ohne Murren der Literatur – praktiziert. Knochenbrüche, die ohne Kompl-

51) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 628.

52) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 641.

53) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 748.

54) AnwKomm/Ch. Huber §§ 842, 843 Rn 82f.

55) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 891.

56) BG BGE 53 II 123, 125.

57) BG BGE 82 II 36 = Pra 1956 Nr 70.

58) BG BGE 108 II 434 = Pra 1983 Nr 54: Tötung des Haushaltsführers.

59) Abl noch BG BGE 85 II 350. Anders die neuere Rsp, Nachw bei ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 976.

60) *Schulz-Borck/Hofmann*, Schadenersatz bei Ausfall von Müttern im Haushalt⁶ (2000).

61) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 1063ff.

62) Zu den Unterschieden bei der Ermittlung des Haushaltsführerschadens in Deutschland und der Schweiz *Ch. Huber*, HAVE 2009, 109ff.

63) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 981.

64) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 1125ff.

65) BG BGE 131 III 360 = HAVE 2005, 140 (*Pribnow/Zimmermann*).

66) ZürichKomm/Landolt, aaO Art 46 Rn 950, 958.

67) Dazu *Ludwig*, DAR 1991, 401ff.

68) Zum Ringen um eine solche Bagatellklausel *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht (2003) § 2 Rn 93ff.

kationen verheilen, Verletzungen mit Spitalsaufenthalten von wenigen Tagen sowie bei einer Arbeitsunfähigkeit von bis zu einem Monat berechtigen zu keinem Schmerzensgeld.⁶⁹⁾ Das kann man nur so kommentieren: Die Schweizer beißen eben die Zähne zusammen und sind keine Weicheier.

2. Entschädigungsniveau bei Schwerstverletzungen

Die Schmerzensgelder bei Schwerstverletzungen bewegen sich zwischen SFr 100.000,- und 150.000,-, wobei die kantonale Rsp mitunter Beträge bis SFr 200.000,- zuerkannt hat.⁷⁰⁾ *Landolt*,⁷¹⁾ weist zu Recht darauf hin, dass das Entschädigungsniveau namentlich unter Berücksichtigung der Kaufkraft sehr bescheiden, unter Hinweis auf die militärversicherungsrechtliche Entschädigung in der Größenordnung von SFr 500.000,- zu bescheiden ausfalle. Der Befund im Vergleich zu den Nachbarrechtsordnungen Deutschlands und Österreichs ist zutreffend.⁷²⁾ Bedacht werden sollte freilich, ob eine voll angemessene Abgeltung des Vermögensschadens für den Verletzten bzw den hinterbliebenen Anspruchsberechtigten nicht wertvoller ist als eine Aufblähung des immateriellen Schadens, dessen Bemes-

sungsdeterminanten in höherem Maße vom richterlichen Judiz abhängen, was die Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit für alle Beteiligten erschwert.

I. Resümee

Die kaleidoskopartigen Streiflichter auf die Besonderheiten des schweizerischen Rechts haben deutlich gemacht, dass beim Blick über den Tellerrand nicht nur die deutsche Rechtsordnung betrachtet werden sollte. Auch die der Schweiz hat viel zu bieten. Auf dem Gebiet des Personenschadens steht in der Kommentarbearbeitung von *Landolt* ein vorzügliches Werk zur Verfügung, das die Besonderheiten umfassend und klar beschreibt.

69) ZürichKomm/*Landolt*, aaO Art 47 Rn 7.

70) Nachweise bei ZürichKomm/*Landolt*, aaO Art 47 Rn 206.

71) ZürichKomm/*Landolt* aaO Art 47 Rn 212, 221.

72) Zu den Höchstbeträgen beim Schmerzensgeld in Österreich s OGH 2 Ob 237/01 v ZVR 2002/66 (*Danzl*): € 218.018,50; *ders* in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ (2008) 477: OLG Innsbruck: € 210.000,-. Zu denen in Deutschland *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld⁵ (2010) Rn 952: LG Kiel: € 614.000,-. Zu bedenken, dass es sich bei den schweizer Werten um Frankenbeträge handelt. Dazu kommt, dass diese nach der Kaufkraftparität um mindestens ein Drittel, wenn nicht 50% höher liegen müssten.

→ In Kürze

Im Schadenersatzrecht zieht der OGH fallweise deutsche Judikatur und Literatur heran. Auf dem Gebiet des Personenschadens, namentlich beim Haushaltsführer- und Pflegeschaden, aber auch der Kapitalabfindung, ist ein Blick ins schweizerische Recht durchaus lohnend. Zudem steht ein umfassendes Werk zur Verfügung, das eine rasche Orientierung in der fremden Rechtsordnung erlaubt.

→ Zum Thema

Über den Autor:

o.Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der

Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen, Templergraben 55, D-52056 Aachen. Tel: 0049/241/80/94769, Fax: 0049/241/80/92638, E-Mail: huber@wiwi.rwth-Aachen.de, Internet: www.privatrecht.rwth-aachen.de

Vom selben Autor erschienen:

Das neue Schadenersatzrecht (2003); Fragen der Schadensberechnung² (1995).

Literatur:

Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006); *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts Band III – Vorschläge eines Arbeitskreises (2008); *Reischauer*, Reform des Schadenersatzrechts? ÖJZ 2006, 391; *ders*, Schadenersatzreform – Verständnis und Missverständnisse, JBI 2009, 405 und 484.