

weitergeht. Wenn ja, wären dabei dann aber va noch die Steine aus dem Weg zu räumen, dass manchen die Rechtsordnung, gerade wegen der Existenz der (arbeitgeberseitig dotierten) Unfallversicherung, im Hinblick auf § 1014 ABGB überhaupt nicht lückenhaft erscheint,²³ dass ein derartiges Verständnis in einen doch beträchtlichen Gegensatz zur fundamentalen ratio von § 333 Abs 3 ASVG geriete,²⁴ sowie schließlich, dass teleologische Einwände gegen ein derartiges Verständnis auch aus dem Blickwinkel von § 2 KHVG erhoben werden könnten.²⁵

Zum anderen (und vor allem) bleibt die Reaktion der arbeitsrechtlichen Senate auf die jüngste Entwicklung abzuwarten. Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedenfalls zu hoffen, dass diese Reaktion nicht (neuerlich) in einem Zurückweisungsbeschluss einer Rev besteht, sondern (wenn nötig) in die Befassung eines verstärkten Senats mit der gegenständlichen Fragestellung mündet.

Denn darauf, dass der Gesetzgeber selbst Licht in das (ja ausschließlich ihm zuzurechnende!) Dunkel des „dogmatischen Bermudadreiecks“ EKHG – § 333 Abs 3 ASVG – § 1014 ABGB bringt, wird man wohl auf absehbare Zeit vergeblich hoffen.²⁶ Aber wie fragte doch

23) IdS nunmehr eindringlich wieder *Apathy*, JBl 2004, 746 ff.

24) Vgl. etwa *Vonkilch*, ZVR 2004, 40 ff (47 ff).

25) Dazu va *W. Faber*, JBl 2003, 669 ff (672).

*Spielbücher*²⁷ unlängst nicht ganz zu Unrecht: „Dankt der Gesetzgeber ab?“

Andreas Vonkilch

26) Auch der vor kurzem vorgelegte (und gegenwärtig heftig diskutierte) „Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts“ dürfte – so er tatsächlich Gesetz werden sollte – keine Klarheit in der hier interessierenden Frage bringen: Zwar findet sich in den der Haftung für Verkehrsmittel gewidmeten §§ 1324–1328 des Entw kein § 3 Z 3 EKHG-vergleichbarer Haftungsausschluss mehr. Doch bleibt wohl völlig offen, ob, bzw wenn ja, in welchem Umfang, im gegebenen Zusammenhang nicht vielleicht der Haftungsausschluss (bzw die Haftungsminde rung) gem § 1302 Abs 3 des Entw (auf den in § 1327 des Entw ja verwiesen wird) einschlägig ist. Vor allem ließe sich – va aufgrund der zu § 3 Z 3 EKHG vertretenen Auffassungen – wohl auch im Rahmen des vom Entw konstituierten Schadenersatzsystems bis auf weiteres trefflich streiten, ob dem (angestellten) Fahrer des Kfz grundsätzlich deswegen kein (bzw zumindest kein voller) Schadenersatzanspruch gegen den Halter zukommt, weil er (uzw gegen Entgelt) „die Gefahr auf sich nimmt“ (idS ja der 2. Satz von § 1302 Abs 3 des Entw). Vielleicht sollte dieser Umstand, dass nämlich eine besonders strittige Frage des geltenden Haftpflichtrechts (ratio von § 3 Z 3 EKHG und Verhältnis dieser Norm zu § 333 Abs 3 ASVG) offenbar auch im Entw für ein neues Schadenersatzrecht keine (zweifelsfreie) Antwort findet, ja zum Anlass genommen werden, den Entw im gegebenen Zusammenhang noch zu konkretisieren bzw zu präzisieren. Denn mag es auch in der Tat unmöglich sein, ein Schadenersatzrecht zu kreieren, das ausschließlich auf festen Rechtsregeln (und nicht etwa [auch] auf – dann im Einzelfall abzuwägenden – Rechtsprinzipien) aufbaut, so wäre es wohl doch eine – uU auch bloß in den jeweils einschlägigen Mat zu erfüllende – „Bringschuld“ des Gesetzgebers gegenüber der Rechtspraxis, ihr im Rahmen eines neuen Schadenersatzrechts zumindest auf das eine etwas klarere Antwort zu geben, was im geltenden Recht bereits als völlig unklar erkannt wurde (und dementsprechend dann auch für gravierende Rechtsunsicherheit sorgt).

27) JBl 2006, 341.

ZVR 2007/124

§ 1325 ABGB;
§ 273 ZPO

OGH 27. 4. 2006,
2 Ob 176/05 d
(OLG Innsbruck
25. 05. 2005,
4 R 110/05 s;
LG Feldkirch
17. 2. 2005,
6 Cg 215/02 h)

→ Bemessung von Pflegedienstleistungen Angehöriger „rund um die Uhr“

§ 1325 ABGB; § 273 ZPO

Soweit Angehörige dem Verletzten tatsächliche Pflegedienstleistungen erbringen, gebührt dem Verletzten das professionellen Pflegekräften zu zahlende Bruttoentgelt. Soweit es allerdings darum geht, dass der Angehörige sich in Bereitschaft halten muss, weil der Bedarf an Pflege unregelmäßig

anfällt, gebührt eine Entschädigung nur insoweit, als dadurch Aktivitäten des Angehörigen außer Haus vereitelt werden. Das hat zur Folge, dass Bereitschaftszeiten während der Nacht oder der in der Wohnung erbrachten Haushaltstätigkeit unentschädigt bleiben.

Sachverhalt:

[Anspruch dem Grund nach]

Der 1977 geborene Kl wurde bei einem Verkehrsunfall am 19. 8. 1999 so schwer verletzt, dass er seit seiner Entlassung aus dem Krankenhaus ständig gepflegt und betreut werden muss. Die beklP haften, wie sich aus dem rk TeilzwischenU des ErstG v 15. 11. 2002 ergibt, für 1/3 seines Schadens.

[Erlittene Unfallverletzungen mit vollständiger Pflegebedürftigkeit]

Der Kl erlitt bei dem Unfall ein schweres Schädelhirntrauma mit Subduralhämatom links fronto parietal, multiplen Kontusionsblutungen und Schädelbasisfraktur. Er erlitt ein apallisches Syndrom. Im Rahmen des stationären Aufenthalts kam es zu einem allmählichen Übergang vom apallischen Syndrom in ein höchstgradiges posttraumatisches Psychosyndrom mit hochgradiger Tetraparese, Aphonie und Dysphagie. Nachdem der Kl aus dem RHZ entlassen

worden war, erfolgte seine Überstellung in ein Altersheim in Bregenz. Nach Adaptierung der Wohnung seiner Mutter konnte er schließlich am 20. 12. 2000 in die häusliche Pflege entlassen werden. Seit diesem Zeitpunkt wird der Kl von seiner Mutter betreut. Weitere Spitalsaufenthalte folgten im Jahr 2000, 2001 und 2003.

Als Folge des erlittenen Unfalls besteht bei ihm ein höchstgradiges posttraumatisches Psychosyndrom mit der Möglichkeit zu geringer Kontaktaufnahme unter Verwendung eines Ja-Nein-Codes, welcher aber nicht verlässlich funktioniert und zudem eine geringe Konstanz aufweist. Eine verbale Kontaktaufnahme ist ihm nicht möglich. Der Kl ist in der Lage, die Umgebung wahrzunehmen und auf Außenreize mit Kopfwendungen und geringer Fingerbewegung zu reagieren. Die Schmerz Wahrnehmung ist erhalten, wobei die Schmerzäußerungen in Form eines lauten Zungenschmalzens erfolgen. Die spontane Motorik ist auf geringe Fingerbewegungen und Massenbewegungen an den Extremitäten reduziert. Die Blasenfunktion ist inkontinent

Fortführung der Rsp zu den Bemessungsansätzen von Pflegedienstleistungen durch Angehörige.

und die Stuhlentleerung wird mittels Medikamentenverabreichung erzielt. Das Zustandsbild des Kl ist als Endzustand zu betrachten. Im Rahmen regelmäßiger physio- und ergotherapeutischer sowie logopädischer Behandlung können sich lediglich noch geringfügige Funktionsänderungen ergeben bzw dienen sie zur Erhaltung des derzeitigen Zustands und der Hintanhaltung sekundärer Komplikationen.

Der Kl ist vollständig pflegeabhängig und muss rund um die Uhr betreut werden. Der Tagesablauf mit Füttern, Befreiung von Urin und Stuhl, Verabreichung von Medikamenten, Mundpflege, Waschungen, Ausfahrten, Vorlesen, Therapien, Umbetten udgl von 6.00 Uhr bis 22.00 Uhr wird im Detail geschildert. In der Nacht muss der Kl alle 2 Stunden umgebettet werden. Zweimal monatlich leidet der Kl jeweils an ca vier bis fünf Tagen an Krampfanfällen. An diesen Tagen bekommt er zusätzlich noch alle 1,5 Stunden Lioresal verabreicht. Dazu kommt die normale Haushaltsführung für den Verletzten.

[Kosten bei Betreuung durch professionelle Pflegekräfte]

Die Betreuung des Kl würde, falls ihn die Mutter nicht pflegen würde, 2,2 Diplomschwestern bzw -pfleger und drei Pflegehelfer erfordern. Die Kosten, die für 2,2 diplomierte Pflegekräfte aufzuwenden wären, beliefen sich auf monatlich € 6.235,13 brutto. Für drei Pflegehelfer wären monatlich € 7.316,67 aufzuwenden. Dazu ist eine Nachtdienstzulage von € 930,- monatlich hinzuzuzählen. Die Kosten einer „Rund-um-die-Uhr-Betreuung“ des Kl würden somit insgesamt € 14.481,80 pro Monat betragen. Von der „Sozialversicherung“ erhält der Kl monatlich € 1.531,50 an Pflegegeld ausbezahlt.

[Begehren]

Nach den TeilerkenntnisU v 13. 5. 2004 und 9. 9. 2004 begehrt der Kl zuletzt noch Zahlung von € 91.797,02 sA und einer monatlichen Rente von € 1.393,50 ab 1. 9. 2004. Dazu brachte er vor, er sei vollständig pflegebedürftig und werde seit seiner Entlassung aus der stationären Behandlung am 20. 12. 2000 mit Ausnahme von weiteren Krankenhausaufenthalten in der Dauer von insgesamt etwa einem Monat von seiner Mutter rund um die Uhr betreut. Seiner Berechnung legte er die monatlichen Kosten von drei bis vier Pflegepersonen, dies seien zumindest € 8.000,- zugrunde.

[Einwendungen der bekIP]

Die bekIP wandten ein, die fiktive Berechnung des Pflegeaufwands komme nicht in Betracht, weil die Mutter des Kl keine Fachkraft sei. Es sei der tatsächliche Pflegeaufwand konkret zu ermitteln und sodann der objektive Wert der erbrachten Leistungen heranzuziehen, wobei die Zeit, welche die Mutter jedenfalls beim Kl anwesend sei, unberücksichtigt bleiben müsse. Gehe man vom Nettolohn einer angelesenen Hilfskraft aus, so sei der bei einer Pflegebedürftigkeit von tgl ca 10 Stunden angefallene Pflegeaufwand durch die kongruenten Leistungen des „SozVersTr“ bereits konsumiert. Dem Kl mangle es hinsichtlich dieses Aufwands daher an der aktiven Klagslegitimation.

[E der Vorinstanzen]

Das ErstG verpflichtete die bekIP zur ungeteilten Hand, dem Kl € 90.515,97 sA und ab 1. 9. 2004 eine monatliche Rente von € 1.393,50 zu bezahlen.

Rechtlich erörterte das ErstG, nach der neueren Rsp seien Pflegekosten gem § 1325 ABGB auch dann zu ersetzen, wenn die Pflege unentgeltlich von Angehörigen durchgeführt werde.

Das BerG bestätigte den Zuspruch an den Kl hinsichtlich eines Teilbetrages von € 80.182,64 sA und einer monatlichen Rente von € 1.135,17 ab 1. 9. 2004 als (weiteres) TeilU und hob das U des ErstG hinsichtlich des Zuspruchs von € 10.333,33 sA und eines Rententeilbetrages von monatlich € 258,33 (jeweils betreffend den begehrten Pflegesachaufwand) zur Verfahrensergänzung und neuerlichen E auf.

Das TeilU des BerG erwuchs in RK, soweit der erstinstanzliche Zuspruch von € 30.235,16 (restliches Schmerzengeld; restliche Kosten eines Pflegerollstuhls) sA bestätigt wurde. Im Übrigen, soweit mit dem TeilU auch der Zuspruch von € 49.947,48 sA und einer monatlichen Rente von € 1.135,17 ab 1. 9. 2004 bestätigt wurde, wird es von den bekIP mittels ao Rev bekämpft, deren Rechtsmittelantrag dahin lautet, die angefochtene E im bekämpften Umfang im klagsabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise werden Aufhebungsanträge gestellt.

Der OGH gab der Rev der Bekl statt, hob die E der Vorinstanzen im noch strittigen Umfang auf und verwies die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Verhandlung und E an das ErstG zurück.

Aus der Begründung:

[RM-Vorbringen]

Die bekIP verweisen auf die E 6 Ob 143/98 t, wonach fiktive, tatsächlich nicht erbrachte Pflegeleistungen nicht zugesprochen werden könnten. Im vorliegenden Fall wäre der tatsächliche Pflegebedarf konkret zu ermitteln und sodann der objektive Wert der von dritter Seite erbrachten Leistungen zu klären gewesen. Die Zeiten, welche die Mutter beim Verletzten anwesend sei, insb während der Nacht oder während der Hausarbeit, wären nicht zu ersetzen gewesen, weil insoweit kein konkreter Schaden bestehe. Außerdem sei die Pflege durch die Mutter nicht jener durch qualifiziertes Pflegepersonal gleichzusetzen, sodass bei der Ermittlung der Pflegekosten nicht auf die Kosten qualifizierten Pflegepersonals abzustellen, sondern nach § 273 ZPO vorzugehen gewesen wäre. Soweit in der E 5 Ob 50/99 k die Rechtsansicht des 6. Senats nicht geteilt worden sei, liege divergierende Rsp des OGH vor.

[Wiedergabe der stRsp]

Hiezu wurde erwogen:

Der OGH vertritt in stRsp die Auffassung, dass die Kosten einer Pflegeperson ein positiver Schaden und grundsätzlich subjektiv-konkret zu berechnen sind, sodass dem Geschädigten alle tatsächlich entstandenen Kosten zu ersetzen sind, selbst wenn sie durch individuelle Umstände besonders hoch sein sollten (RIS-Justiz RS0030213). Werden Pflegeleistungen von Angehörigen des Verletzten erbracht, so geschieht dies nicht, um den

Schädiger zu entlasten. Es tritt vielmehr bloße Schadensverlagerung ein, sodass an der Anspruchsberechtigung des Verletzten insoweit kein Zweifel besteht (vgl 2 Ob 49/98 i, ZVR 1998/128; 2 Ob 99/02 a, ZVR 2003/47; RIS-Justiz RS0022789).

Der erk Senat hat zu den Kosten der Angehörigenpflege in der E 2 Ob 49/98 i, ZVR 1998/128 unter Hinw auf einschlägige Lehrmeinungen ausgeführt, dass es sich hierbei nicht um einen Fall der objektiv-abstrakten Schadensberechnung handle, sondern dass 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 sei. Es sei sohin festzustellen, welche Kosten die Befriedigung dieser Bedürfnisse durch professionelle Kräfte erfordern würde. Zu den Zeiten tatsächlicher Pflegeleistungen komme noch jene Zeit, die die Person, die den Verletzten pflegt, sonst außer Haus als Freizeit verbringen würde und auf die sie nunmehr verzichte. Die Zeit, die die Pflegeperson aber jedenfalls beim Verletzten anwesend wäre (insb während der Nacht und während der Hausarbeit), sei dagegen nicht zu ersetzen, weil sie keinen konkreten Schaden darstelle.

Im damaligen Anlassfall wurde der Verletzte von seiner Ehefrau gepflegt. Bei einem tgl Pflegeaufwand von (komprimiert) vier Stunden und Phasen mit erhöhtem und vermindertem Pflegeaufwand zu nicht vorhersehbaren Zeiten während des Tages und der Nacht wurde der Ersatz der Kosten von drei Pflegepersonen für eine Pflege „rund um die Uhr“ mit der Begründung abgelehnt, es käme zu einem Zuspruch fiktiver Pflegekosten, weil eben die Ehefrau des Verletzten diesen nicht konkret rund um die Uhr gepflegt habe. Es bedürfe daher konkreter Feststellungen, welche Pflegeleistungen die Ehefrau erbracht und auf welche sonst außer Haus verbrachte Freizeit sie verzichtet habe. Für diese Zeiten seien die Kosten professioneller Pflegekräfte zuzusprechen.

In der von den RevWerbern zit E 6 Ob 143/98 t, SZ 71/146 vertrat der OGH den von der zit E abw Standpunkt, familiäre Betreuungsleistungen könnten nicht fiktiv anhand der Kosten einer Betreuung durch familienfremde Fachkräfte bewertet werden. Es komme auf die tatsächlich erbrachten Leistungen der Familienangehörigen an, die unter Heranziehung des § 273 ZPO zu bewerten seien. Insoweit ist diese E jedoch, worauf schon das BerG zutreffend verwies, vereinzelt geblieben.

Vielmehr hat sich der 5. Senat in der E 5 Ob 50/99 k, ecolex 1999/270 (Rabl) = ZVR 1999/109 der E des 2. Senats 2 Ob 49/98 i, ZVR 1998/128 angeschlossen und unter Hinw auf die hL dargelegt, dass die Pflegeleistungen nicht als fiktiver Schaden bzw als fiktive Aufwendungen zur Schadensbeseitigung zu qualifizieren seien, weil die Pflege tatsächlich durchgeführt werde. Fiktiv sei lediglich die Berechnungsmethode, weil der Berechnung Leistungen durch professionelle Kräfte zugrunde gelegt werden, die in dieser Form nicht erbracht worden seien.

Dieser Rechtsansicht ist der erk Senat in den E 2 Ob 338/99 s, ecolex 2000/120; 2 Ob 99/02 a, ZVR 2003/47 und zuletzt 2 Ob 24/04 z gefolgt (vgl auch 5 Ob 38/

04 f sowie die Rsp-Übersicht bei Danzl, EKHG⁷ § 13 E 156 a); daran ist auch weiterhin festzuhalten. Mit dem Hinw auf die E 6 Ob 143/98 t, SZ 71/146 vermögen die RevWerber demnach keine vom OGH aufzugreifende Divergenz der höchstgerichtlichen Rsp darzulegen (vgl Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 § 502 Rz 31 mwN).

[Bloße Bereitschaftszeiten der Mutter]

Zutreffend relevieren sie jedoch, dass die Zeiten, während der die Mutter des Kl ohnehin (ohne Pflegeleistungen) beim Verletzten anwesend ist, bei der Berechnung der Kosten nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Sie folgen damit der wiedergegebenen Rsp des 2. Senats, wonach insoweit kein konkreter Schaden vorliegt. Die Berechnung des Ersatzanspruchs des Kl auf der Grundlage der fiktiven Beschäftigung von 5,2 Pflegekräften, die zur Betreuung des Kl einschließlich eines Bereitschaftsdienstes „rund um die Uhr“ erforderlich wären, birgt den Zuspruch fiktiver Pflegekosten in sich (vgl 2 Ob 49/98 i, ZVR 1998/128; 2 Ob 99/02 a, ZVR 2003/47; 2 Ob 24/04 z).

[Wesentliche Feststellungsmängel]

Es bedarf daher entgegen der Auffassung des BerG ergänzender Feststellungen über das zeitliche Ausmaß der Pflegeleistungen der Mutter des Kl sowie über jene Zeiten, welche sie sonst außer Haus als Freizeit verbringen würde und auf die sie infolge der aufopfernden Pflege ihres Sohns nunmehr verzichtet. Der Beweis dafür, welche Zeit die Pflegeperson sonst außer Haus als Freizeit verbracht hätte, ist vom Kl zu erbringen, wobei auch die Anwendung des § 273 ZPO in Betracht kommt. Auch für diese Zeit gebührt der Ersatz der Kosten einer professionellen Pflegekraft, die ja ohne Hilfe des Angehörigen anwesend sein müsste (2 Ob 99/02 a, ZVR 2003/47 mwN).

Der objektive Wert der Betreuungsleistungen wird sodann anhand der Kosten für den Einsatz professioneller Pflegekräfte in der Dauer der nach den aufgezeigten Kriterien zu berücksichtigenden, komprimierten Zeiten rechnerisch zu ermitteln sein, wobei nach hRsp jedenfalls von den Bruttolohnkosten auszugehen ist (5 Ob 50/99 k, ecolex 1999/270 [Rabl] = ZVR 1999/109; 2 Ob 338/99 s, ecolex 2000/120; 2 Ob 38/00 b). Zeiten, in denen – etwa wegen der (nicht aber in ihrer Dauer) festgestellten Krankenhausaufenthalte des Kl – Betreuungsleistungen durch die Mutter nicht möglich waren, sind aus der Berechnung auszuklammern. Hingegen wären allfällige Kosten tatsächlicher professioneller Hilfe, wie sie der Kl, wenn auch nur in geringfügigem, so doch regelmäßigem Ausmaß durch diplomierte Krankenpflegepersonen des Krankenpflegevereins Lustenau erhält, zusätzlich zu ersetzen (vgl 2 Ob 338/99 s, ecolex 2000/120).

Die U der Vorinstanzen sind daher im angefochtenen Umfang aufzuheben. Im fortgesetzten Verfahren wird das ErstG die angesprochenen Fragen mit den Parteien zu erörtern und nach der gebotenen Ergänzung des Beweisverfahrens Feststellungen hierüber zu treffen haben. Erst danach wird eine E über das auf den Ersatz der Kosten der Angehörigenpflege gerichtete Begehren des Kl möglich sein.

Anmerkung:**A. Einleitung**

Die vorliegende E ist die letzte in einer Kaskade, die sich mit der Frage der Bemessung des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse bei Erbringung von Pflegedienstleistungen durch Familienangehörige beschäftigt. Der zugespitzteste Fall ist der, in dem eine Betreuung rund um die Uhr erforderlich ist. Ungeachtet der Befassung verschiedener Senate hat sich eine einheitliche Rsp herausgebildet. In der Lit¹⁾ wird diese Rsp als **zu großzügig** kritisiert. ME ist sie **zu restriktiv**. Verwiesen sei an dieser Stelle auf meine umfangreichere Stellungnahme in der ÖJZ.²⁾ Einige Kernpunkte sollen in dieser Ann zusammengefasst werden:

B. Verhältnis zwischen Schmerzensgeld und vermehrten Bedürfnissen

Einer schwerstverletzten Person, die rund um die Uhr gepflegt werden muss, stehen ein Anspruch auf Schmerzensgeld und einer wegen vermehrter Bedürfnisse zu. Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse ist aus mehreren Gründen besser geeignet, einen angemessenen Ausgleich für den Verletzten zu bewirken. Mag dieses Argument auch an der Grenze der Pietät liegen, so seien die beiden Schadensposten unter **Anreizgesichtspunkten** verglichen: Das Schmerzensgeld wird als Kapitalbetrag ausbezahlt. Es kann häufig nicht mehr widmungsgemäß für den Verletzten verwendet werden. Womöglich haben manche Erben ein Interesse, rasch die Rechtsnachfolge in den möglichst ungeschmälernten Kapitalbetrag anzutreten. Die vermehrten Bedürfnisse werden als Rente ausbezahlt. Je länger der Verletzte lebt, umso höher ist der Betrag.

Bei vermehrten Bedürfnissen entfällt das **Prognose-Risiko**. Sie gebühren, solange der Bedarf besteht. Verstirbt der Verletzte, ist die Rente einzustellen. Beim Schmerzensgeld sollte – bei einer gleich schweren Verletzung – dessen Höhe von der Dauer des Leidens abhängig sein. Es müsste daher eine Abschätzung der restlichen Leidensphase erfolgen. Das wird in der Praxis freilich nicht immer beachtet.

Schließlich sollte sich über die korrekte Bemessung von erbrachten Pflegeleistungen eher ein Konsens erzielen lassen als bei der Umrechnung von Schmerzen in Geld, wo das diskretionäre richterliche Ermessen stets eine große Rolle spielt. Insofern sollte der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse **leichter berechenbar** sein, was der Rechtssicherheit dient. In der Praxis ist freilich zu konstatieren, dass die Vorstellungen von Kl und Bekl, was gefordert werden kann bzw geschuldet ist, oft weit auseinanderliegen. Entsprechendes gilt für die Zusprüche von Tatgerichten und OGH. Die Tatgerichte sind tendenziell großzügiger, was damit zusammenhängen könnte, dass diese bei einem Lokalaugenschein vom erbärmlichen Gesundheits-(besser: Leidens-)zustand der verletzten Person emotional ergriffen sind, während der OGH nach Aktenlage entscheidet.

C. Abstufung innerhalb des Integritätsinteresses

Innerhalb des Integritätsinteresses lassen sich Abstufungen vornehmen, bei denen sich **Parallelen zur Beschä-**

digung einer Sache, namentlich eines Kfz, ergeben: Der Geschädigte bevorzugt häufig die Reparatur gegenüber der Ersatzbeschaffung. Ihm ist es lieber, sein vertrautes Fahrzeug zu behalten. Dessen Vorzüge kennt er; die möglichen Macken eines Ersatzfahrzeugs sind ihm unbekannt. Die Rsp billigt es, dass die Belastung des Ersatzpflichtigen bei Reparatur das Doppelte gegenüber der Restitution durch Ersatzbeschaffung betragen kann. Für die Pflege durch Angehörige lässt sich daraus folgender Schluss ziehen: Wenn das schon beim **Eigentum** so ist, muss das bei der **körperlichen Integrität** erst recht gelten. Die verletzte Person zieht häufig die Pflege durch Angehörige in den eigenen 4 Wänden der Betreuung in einem Pflegeheim vor. Da die körperliche Integrität gegenüber dem Eigentum das höherwertige Rechtsgut ist, sollte der Zuschlag mehr betragen dürfen, somit eher das **3-Fache** als das Doppelte.

Bedeutsam ist auch, welche Bezugsgrößen man einander gegenüberstellt. Beim Kfz-Schaden sind das die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs von einem **seriösen Gebrauchtwagenhändler mit Werkstattgarantie** sowie die Reparatur in einer dem Geschädigten **vertrauten Fachwerkstätte**. Für die Pflegeleistungen bedeutet dies, dass als Referenzgröße nicht bloß eine unterdurchschnittliche oder notdürftige Versorgung herangezogen werden darf. Bei Offenlegung dieser Zusammenhänge wird die marktkonforme Bewertung der Pflege durch Familienangehörige kaum jemals die Kosten in einem Pflegeheim so stark übersteigen, dass dies zur Unverhältnismäßigkeit führt. Aber selbst in einem solchen Fall müsste ME dem Geschädigten das Recht zugebilligt werden, Kosten bis zu dieser Grenze zu verlangen und den Rest selbst dazuzulegen.

D. Drei sensible Bewertungsansätze

Von den vielen Bemessungsfragen seien drei besonders sensible herausgegriffen:

1. Die familienangehörige Pflegeperson leistet „Unterdurchschnittliches“

Bei einer Pflege zu Hause kommt man bei marktkonformer Bewertung zu dem Ergebnis, dass mehrere professionelle Pflegekräfte erforderlich seien. Wenn nun ein oder zwei Angehörige diese Arbeiten verrichten, dann wird *H. Ch. Andersen* bemüht, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Es wird der Pflegeperson zwar **menschlicher Respekt** gezollt, wofür diese sich nichts kaufen kann, ihr aber gleichzeitig bescheinigt, dass ihr Einsatz eben doch **nicht den gleichen Wert** wie die Arbeit professioneller Pflegekräfte habe, weshalb ein viel geringerer Ersatz gebühre.³⁾

Würde man den Verletzten fragen, was ihm mehr wert ist, die kontinuierliche Pflege durch Angehörige oder durch – einander abwechselnde – (wild-)fremde professionelle Kräfte, er würde – nicht bloß aus familiä-

1) *Reischauer in Rummel*³ § 1325 Rn 12a; *Harrer in Schwimann*³ § 1325 Rn 15f.

2) *Ch. Huber*, Das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr, ÖJZ 2007.

3) OGH 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2.

rer Solidarität – die Pflege durch Familienangehörige vorziehen. Mögen Letztere uU geringere Kenntnisse haben, so machen sie vieles durch höheres Engagement wett. Dazu kommt, dass **Kontinuität** und **Intimität** gerade in diesem Bereich eine erhebliche Rolle spielen. Dass ein Bankdirektor das 100-Fache eines Arbeiters verdient, nimmt man in der Marktwirtschaft ohne weiteres hin. Dass ein Einzelner sehr viel mehr leisten kann als der Durchschnitt, hat einst *Stachanow* eindrucksvoll bewiesen. Bei der Bewertung von Angehörigenpflegeleistungen stößt der Glaube an deren Leistungsvermögen freilich sehr rasch an Grenzen.

2. Lohnnebenkosten sind eigentlich fiktiv und deshalb nicht ersatzfähig

Da Lohnnebenkosten an Sozialversicherungsträger abgeführt und nicht an den Arbeitnehmer bar ausbezahlt werden, gelangt man bei rein **mechanischer Betrachtung** zu dem Ergebnis, dass sie bei der Bemessung von Pflegedienstleistungen auszukammern wären.⁴⁾ Eine solche Sicht verkennt freilich die **wirtschaftliche Wirklichkeit**. Ob der Arbeitgeber Rentenversicherungsbeiträge einbehält und an einen SozVersTr abführt, Rückstellungen für eine betriebliche Altersversorgung bildet oder den entsprechenden Betrag an den Arbeitnehmer ausbezahlt, damit dieser selbst für das Alter vorsorgen kann, sind unterschiedliche Erscheinungsformen ein und desselben Phänomens. Dass das in einem Fall ein Vermögenswert sein soll, im anderen nicht, ist in keiner Weise überzeugend.

3. Bereitschaftszeiten sind nur ersatzfähig bei Vereitelung von Outdoor-Aktivitäten

Jedenfalls bei Harn- und Stuhlkontinenz muss der Verletzte zeitnah von seinen Fäkalien befreit werden. Das gebietet schon die **Menschenwürde** – auch im Schadens-

recht! Bei manchen Verletzten kommt dazu, dass sie in der Nacht mehrmals umgebettet werden müssen. Ein solcher Bedarf fällt unregelmäßig an. Die Pflegeperson muss sich daher bereithalten, um jederzeit einspringen zu können. Solche **Bereitschaftszeiten** werden vom OGH nur dann abgegolten, wenn der Verletzte behauptet, dass dadurch eine **Outdoor-Aktivität** vereitelt würde. Die Folge ist, dass Bereitschaftszeiten während der Haushaltsführung und in der Nacht entschädigungslos bleiben. Abgegolten werden bloß die **konkreten Verrichtungen**. Das wäre so, als würde man den Feuerwehrmann nur entlohnen, wenn es brennt, oder die Verkäuferin in der Boutique nur, wenn sie gerade eine Kundin bedient. Kein Arbeitnehmer würde eine solche Entlohnung akzeptieren. Dem Verletzten bzw der familienangehörigen Pflegeperson mutet man das aber zu – mE zu Unrecht.

E. Resümee

Die hier aufgezeigten restriktiven Bemessungsansätze sind lediglich die **Spitze des Eisbergs**. Wie in der aktuellen politischen Diskussion über die Kosten der Pflege deutlich wird, sind diese in Wahrheit viel höher als bislang angenommen. Zu betonen ist, dass es im **Sozialrecht** um die Herstellung einer **Mindestversorgung** geht. Das **schadensrechtliche Ausgleichsprinzip** gebietet demgegenüber nach seinem Selbstverständnis, dass die eingetretene Vermögenseinbuße in **vollstem Umfang** abgegolten wird und der Ersatzpflichtige nicht bloß zu einem mehr oder weniger signifikanten Deckungsbeitrag verpflichtet ist.

Christian Huber, RWTH Aachen

4) *Harrer in Schwimann* § 1325 Rz 15; *Reischauer in Rummel* § 1325 Rz 12 a mit Verweis auf § 1327 Rn 30.

ZVR 2007/125

§§ 915, 879 Abs 3
ABGB

OGH 27. 4. 2006,
6 Ob 30/05 p
(OLG Graz
28. 10. 2004,
5 R 131/04 f;
LG Graz
25. 5. 2004,
22 Cg 141/03 i)

→ Überwälzung des Insolvenzrisikos eines Dritterwerbers auf Leasingnehmer in AGB

§§ 915, 879 Abs 3 ABGB

Die Vereinbarung in AGB, dass der Leasingnehmer zum Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer das Risiko tragen soll, dass der Leasinggeber bei Veräußerung der Leasing Sache den kalkulierten Restwert nicht erzielen kann, beinhaltet nicht auch das Risiko, dass der vom Leasinggeber dem Erwerber gestundete Kaufpreis bei diesem wegen dessen

Insolvenz nicht durchsetzbar ist. Wenn dieses Risiko für den durchschnittlichen Leasingnehmer nach dem Wortlaut der Klausel nicht ohne weiteres erkennbar ist, geht eine solche Undeutlichkeit zu Lasten des Verwenders der AGB-Klausel, somit des Leasinggebers. Ob eine solche Vereinbarung auch bei ausreichender Klarheit gröblich benachteiligend wäre, kann offenbleiben.

Sachverhalt:

[AGB des Leasingvertrags]

Die kl Leasinggesellschaft verleaste einen Pkw an den Bekl mit Leasingvertrag v 10. 4. 2000 für die Dauer von zwölf Monaten zu einem monatl Leasingentgelt von S 1.939,- (€ 140,26). Der Restwert zum vereinbarten Vertragsende wurde – bei einer maximalen jährlichen km-Leistung von 20.000,- – mit S 288.300,- (€ 20.951,58) einschließlich USt festgesetzt. Im Vertrag ist festgehalten: „Bei einer Rückgabe des Leasingobjekts am Ende der Laufzeit ergeben sich zusätzliche Kosten, sofern der vereinbarte Restwert den Wert (Schätzwert, Verkaufserlös) des Leasingobjekts übersteigt.“ In den dem Bekl ausgehändigten AGB der Kl heißt es:

„1.) Restwert: Der Restwert des Leasingobjekts bei Vertragsende wurde auf Basis einer jährlichen maximalen Kilometerleistung festgelegt. Der durch eine darüber hinausgehende Mehrnutzung resultierende Wertverlust ist bei Vertragsbeendigung gesondert zu entgelten.
2.) Rückstellung: Der Vertrag wurde auf Basis des in P VIII. vereinbarten Restwerts kalkuliert. Der Leasingnehmer verpflichtet sich, eine eventuelle Differenz zwischen dem nach ordentlicher Vertragsbeendigung erzielten Verwertungserlös und diesem kalkulierten Restwert nach Rechnungsstellung zu bezahlen. Ein allfälliger Verwertungsreinerlös wird dem Leasingnehmer zu höchstens 75% gutgebracht. Der Rest bleibt beim Leasinggeber. ...“