

# Das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr

Die Bandbreite der Bemessung von Pflegedienstleistungen durch nahe Angehörige reicht von den Nettokosten einer angelernten Kraft bis zu den Bruttokosten einer Fachkraft. Während *Harrer* die herrschende Rechtsprechung als zu großzügig kritisiert, kommt *Huber* zum Ergebnis, dass diese zu engherzig ist. Zu zahlreichen Detailfragen macht er neue Auslegungsvorschläge.

Von Christian Huber

## Inhaltsübersicht:

- A. Anlass der Stellungnahme
- B. Das Verhältnis von vermehrten Bedürfnissen und Schmerzengeld
- C. Pflege im Heim oder durch Angehörige zu Hause
- D. Einigkeit im Grundsatz, aber Wechsel des Bemessungsansatzes
- E. Welche Abzüge sind sachgerecht bei Erbringung von Pflegedienstleistungen durch Angehörige?
  1. Vorbemerkung: Professionelle Kräfte sind stets mehr wert?
  2. Stundenlohn
    - a) Kosten einer Arbeitsstunde höher als der Stundenlohn
    - b) Qualifikation des Angehörigen
    - c) Brutto oder netto – womöglich Einkommensteuerpflicht bei Zufluss an den Angehörigen
    - d) Sozialversicherungsbeiträge
    - e) Berücksichtigung der jeweiligen Marktparität
    - f) Einfluss der Anstellung der Pflegeperson
  3. Stundenausmaß
    - a) Nachweis des tatsächlichen Anfalls
    - b) Keine Abgeltung während der Krankenhausaufenthalte
    - c) Bereitschaftszeiten
- F. Einfluss der Aktivlegitimation auf den Umfang des Ersatzes
- G. Sowiekosten der Betreuung eines gesunden Kindes
- H. Dynamisierung der Rente

## A. Anlass der Stellungnahme

Die E 2 Ob 176/05d<sup>1)</sup> ist die letzte in einer Kaskade von Entscheidungen,<sup>2)</sup> die sich in den letzten 10 Jahren mit Bemessungsproblemen bei Pflege eines Schwerstverletzten beschäftigten.<sup>3)</sup> Es ging iW um schwere Hirnverletzungen und/oder Querschnittlähmungen.<sup>4)</sup> In jedem dieser Fälle hat ein Familienangehöriger sich – rund um die Uhr – um den Verletzten gekümmert. Trotz der Zuständigkeit unterschiedlicher Senate<sup>5)</sup> hat sich eine ständige Judikatur herausgebildet. Diese ist der

Tendenz nach restriktiv. Sie beruft sich auf die **subjektiv-konkrete** Schadensberechnung und gewährt dem Unfallopfer deutlich weniger, als die – unveröffentlichte – E 2 Ob 60/92 unter Berufung auf die **objektiv-abstracte** Schadensberechnung zugebilligt hatte. Dass das Begehren des Geschädigten und das Angebot des Ersatzpflichtigen häufig sehr weit auseinander liegen<sup>6)</sup>, die von den Tatgerichten zuerkannten Beträge gegenüber denen des OGH weit abweichen<sup>7)</sup> und der OGH so oft entscheiden muss, ist ein Indiz, dass viele Detailfragen noch nicht abschließend geklärt sind. Die Revisionen sind überwiegend erfolgreich. Die Tatgerichte sind meist großzügiger als das Höchstgericht.<sup>8)</sup>

Soweit sich die Lit im Detail mit dieser Frage befasst, wird selbst diese OGH-Linie noch für **zu großzügig** gehalten. *Apathy*<sup>9)</sup> und *Koziol*<sup>10)</sup> äußern sich wenig konkret. Bei *Danzl*<sup>11)</sup> erfährt man die Leitsätze der jüngeren

1) ZVR 2007/124 (Ch. Huber).

2) 2 Ob 56/98v, ZVR 1999/35 = EvBl 1998/111; 2 Ob 49/98i, ZVR 1998/128; 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2; 5 Ob 50/99k, ZVR 1999/109 = ecolex 1999, 686 (T. Rabl); 3 Ob 193/00d, ZVR 2001/108; 2 Ob 152/99p, ZVR 2001/106; 2 Ob 99/02a, ZVR 2003/47; 5 Ob 38/04f; 2 Ob 24/04z. Eine vergleichbare Fragestellung ergab sich auch bei Tötung einer Pflegeperson bei einem Anspruch nach § 1327 ABGB, nämlich 2 Ob 338/99s, ecolex 2000, 282.

3) Anlass war zumeist die Einstandspflicht nach einem Straßenverkehrsfall oder einem ärztlichen Kunstfehler.

4) Exemplarisch 2 Ob 24/04z: Hirnschaden und komplette Lähmung. Ohne fremde Hilfe wäre der Verletzte dem sicheren Verderb preisgegeben.

5) Neben solchen des primär damit befassten 2. Senats gibt es auch solche des 3., 5. und 6. Senats.

6) ZB 2 Ob 49/98i, ZVR 1998/128: Bekl: 4 Stunden komprimiert; Kl: 3 Pflegekräfte zu je 8 Stunden.

7) 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2: Zuspruch durch das ErstG S 15.228.267,-, durch das BerG hingegen bloß S 5.049.800,70, gebilligt vom OGH; 2 Ob 24/04z: Zuspruch durch das ErstG S 119.800,- pro Monat – Bekl sieht hingegen S 65.000,- pro Monat als ausreichend an; 5 Ob 38/04f: Zuspruch von € 5.087,- pro Monat nach Abzug des Pflegegeldes; Bekl hielt unter Berücksichtigung des bezogenen Pflegegeldes eine Korrektur auf € 2.000,- für angebracht.

8) Womöglich spielt dabei eine Rolle, dass sie bei einem Lokalaugenschein von dem erbärmlichen Zustand des Opfers emotional erfasst werden, während der OGH nach Aktenlage entscheidet. Vgl etwa LG München I, NJW-RR 2001, 1246, wo der bis dahin höchste Schmerzengeldzuspruch (€ 500.000,-) nach deutschem Recht erfolgte, nachdem sich der Senat nach Inaugenscheinnahme des Opfers tief betroffen gezeigt hat. Der nunmehrige Spitzenwert von € 614.000,- wurde zugesprochen von LG Kiel, VersR 2006, 279 (Jaeger).

9) EKHG (1992) § 13 Rz 32.

10) Österr Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II (1984) 127.

11) In KBB § 1325 Rz 8 und 9.

ÖJZ 2007/53

§ 1325 ABGB

OGH 27. 4. 2006,  
2 Ob 176/05 d

Vermehrte  
Bedürfnisse;  
Pflegedienstleistungen;  
Erbringung durch  
Angehörige;  
Umfang des  
Ersatzes

Judikatur ohne kritische Wertung, wie sich das sowohl dem Charakter eines Kurzkomentars als auch dem Autor als an den Entscheidungen beteiligter Richter geziemt. *Reischauer*<sup>12)</sup> meint, dass die Berechnung schwierig und § 273 ZPO heranzuziehen sei. Unter einem kurzen Verweis auf seine Kommentierung zu § 1327 ABGB<sup>13)</sup> meldet er Bedenken gegen den **fiktiven Zusageanspruch von Lohnnebenkosten** an, weil das den Geschädigten bereichere. *T. Rabl*<sup>14)</sup> stimmt einer konkreten OGH-E<sup>15)</sup> zu, mahnt aber, dass für eine Pflege durch Angehörige nicht Kosten für eine nicht erbrachte medizinische Vollbetreuung zugesprochen werden sollen.

*Harrer*<sup>16)</sup> gibt die Bandbreite der Bemessung an mit der **Untergrenze** der Nettokosten einer angelernten Kraft und der **Obergrenze** der Bruttokosten einer professionellen Kraft. Dazwischen liege das Ermessen des Gerichts nach § 273 ZPO.<sup>17)</sup> Einerseits verweist er darauf, dass eine Präzisierung in diesem Bereich unmöglich sei,<sup>18)</sup> andererseits hält er die Ermessensausübung durch den OGH für **zu geschädigtenfreundlich**. Wörtlich heißt es:<sup>19)</sup> „Nach der hier vertretenen Auffassung kann man nicht uno actu den Grundsatz der konkreten Schadensberechnung postulieren und an einer Schadensberechnung nach Maßgabe fiktiver Bruttolöhne festhalten. Judizielle Klärung erscheint wünschenswert.“ Dazu möge der vorliegende Aufsatz beitragen, wobei ich auf das eine oder andere Argument zurückgreifen kann, das ich schon in meiner Habilitationsschrift<sup>20)</sup> ausgeführt habe. Der Tendenz nach geht meine Einschätzung – auf dem Boden der subjektivkonkreten Schadensberechnung – freilich in die Richtung, dass der OGH **deutlich zu wenig** zuspricht. In der Praxis sind die Anwälte der Geschädigten durchaus vorsichtig bei ihren Begehren und verlangen oft weniger, als möglich bzw. angemessen wäre.<sup>21)</sup> Darüber hinaus hat in der Vergangenheit der Umstand eine Rolle gespielt, dass bei Einstandspflicht eines Kfz-Haftpflichtversicherers die Versicherungssumme relativ rasch erschöpft war.<sup>22)</sup>

## B. Das Verhältnis von vermehrten Bedürfnissen und Schmerzensgeld

Dass die österr Schmerzensgeldzusprüche zu gering seien, wird gelegentlich beklagt.<sup>23)</sup> Dass Pflegedienstleistungen von Angehörigen nicht voll angemessen entschädigt werden, darüber hört man kaum etwas. Das Zusammenspiel dieser beiden Schadensposten soll deshalb kurz beleuchtet werden. Im Rechtsvergleich mit **Deutschland** ist zu konstatieren, dass dort die **Schmerzensgelder** für Schwerstverletzte im Vergleich zu Österreich **drei- bis viermal so hoch** sind,<sup>24)</sup> während die Abgeltung von Pflegedienstleistungen naher Angehöriger noch restriktiver ist als in Österreich.<sup>25)</sup> Es gilt freilich längst nicht mehr der Satz: Am deutschen Wesen soll die Welt genesen. Vielmehr kommt es auf die Überzeugungskraft der Argumente an. Es sprechen mE mehrere gute Gründe dafür, den Ausbau des Opferschutzes über die Kategorie der vermehrten Bedürfnisse zu bewerkstelligen anstatt über das Schmerzensgeld.

Schwerstverletzte, deren Entschädigungsleistungen nach übereinstimmender rechtspolitischer Wertung

am stärksten ausgebaut werden sollen, haben sowohl einen Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse als auch einen auf Schmerzensgeld. Die vermehrten Bedürfnisse sind dabei eine Ausprägung des **Integritätsinteresses**,<sup>26)</sup> während das Schmerzensgeld das – restliche – **Kompensationsinteresse** darstellt. Letzteres ist umso geringer zu bemessen, je ausgeprägter ersteres ist. Je stärker eine Annäherung an den Zustand ohne Verletzung iS der Herstellung einer Ersatzlage gelingt, umso geringer sind die verbleibenden Unlustgefühle und Unannehmlichkeiten, weshalb ein Abschlag beim Kompensationsinteresse berechtigt ist.<sup>27)</sup> Insoweit besteht eine Parallele zwischen der Reparatur sowie deren Qualität und der Höhe des merkantilen Minderwerts.<sup>28)</sup>

Das Schmerzensgeld wird typischerweise als Kapitalbetrag zugesprochen; für Pflegedienstleistungen gebührt jedoch eine Rente. Mag das auch an der Grenze der Pietät liegen, so soll doch ausgesprochen werden, dass eine **Rente** für die **Angehörigen** einen **stärkeren Anreiz** darstellt, sich um das Wohlergehen des Verletzten zu kümmern. Das in einem Kapitalbetrag ausgezahlte Schmerzensgeld kann häufig kaum mehr widmungsgemäß für einen Schwer- oder Schwerstverletzten verwendet werden. Das gilt insb dann, wenn er empfindungsunfähig ist.<sup>29)</sup> Die Angehörigen mögen dann ein Interesse haben – nach dem Tod des Verletzten – möglichst rasch an den Schmerzensgeldbetrag zu gelangen. Die Mehrbedarfsrente wird demgegenüber so lange gewährt, solange der Verletzte lebt.

Darüber hinaus ist bei der Mehrbedarfsrente in höherem Maß gewährleistet, dass der Schadenersatzbetrag denjenigen zugute kommt, die sich tatsächlich um den Verletzten kümmern.<sup>30)</sup> Das Schmerzensgeld fließt aber womöglich an Erben, die lediglich am Ableben des Verletzten und der Rechtsnachfolge in diesen Schadensposten interessiert sind. Eine **größere Treffergenauigkeit** iS des **Ausgleichsprinzips** hat die Mehrbedarfsrente wegen des weitgehenden Entfalls eines Prognoseproblems. Beim Schmerzensgeld müsste demgegenüber ab-

12) In *Rummel*<sup>8)</sup> § 1325 Rz 12 a.

13) *Reischauer* in *Rummel* § 1327 Rz 30.

14) *ecolex* 1999, 688, 689.

15) ZVR 1999/109 = *ecolex* 1999, 686. In dieser E wurde dem RM des Bkl nicht stattgegeben.

16) In *Schwimmann*<sup>9)</sup> § 1325 Rz 15.

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

18) *Harrer* in *Schwimmann* § 1325 Rz 15.

19) *Harrer* in *Schwimmann* § 1325 Rz 16.

20) *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung (1993) 362–387.

21) 2 Ob 176/05 d: Kosten von € 14.481,- pro Monat, Begehren € 8.000,-; 2 Ob 152/99 p, ZVR 2001/106: 147 Stunden pro Monat stunden zu; KI macht 115 geltend.

22) 2 Ob 99/02 a, ZVR 2003/47: Unfall im Jahr 1972, als der KI 2 Jahre alt war. Die Versicherungssumme betrug lediglich S 1 Mio.

23) *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österr Recht, Verhandlungen des 15. ÖJT (2003) II/1, 132.

24) Der Höchstbetrag beläuft sich in Österreich auf € 218.000,-, so 2 Ob 237/01 v, ZVR 2002/66 (*Danzl*), während in Deutschland das LG Kiel, VersR 2006, 279 (*Jaeger*) € 614.000,- zugesprochen hat. Die seit Jahrzehnten bestehende Relation von 1:3 bleibt nahezu unverändert.

25) Nachw bei *Ch. Huber*, AnwKomm §§ 842, 843 Rz 229.

26) 2 Ob 338/99 s, *ecolex* 2000, 282; 2 Ob 152/99 p, ZVR 2001/106.

27) *Ch. Huber*, VersR 1992, 545 ff; *ders*, NZV 2005, 620 ff.

28) *Ch. Huber* in FS *Welsch* (2004) 303 ff.

29) *Ch. Huber*, NZV 1998, 345 ff; *ders*, ZVR 2000, 218 ff.

30) Vgl dazu *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 12 a, der zu Recht meint, es sei schwer vorstellbar, dass Beträge nicht den Pflegenden zukommen sollen.

geschätzt werden, wie lange der Verletzte noch lebt, weil das Schmerzensgeld – bei gleicher Verletzung – umso höher sein müsste, je länger die restliche Leidensphase ist.<sup>31)</sup> Häufig wird das aber zu wenig beachtet, sondern bloß auf die Schwere der Verletzung abgestellt. Schließlich sollte sich über die angemessene Bewertung von Pflegedienstleistungen durch Angehörige eher eine Verständigung über sachgerechte Bewertungskriterien erzielen lassen. Die Umrechnung von Schmerzen in Geld ist stets mit Unwägbarkeiten verbunden; das richterliche Judiz im Einzelfall wird hier stets eine besonders große Rolle spielen.

### C. Pflege im Heim oder durch Angehörige zu Hause

Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse eines Schwerverletzten umfasst die Erbringung von zweierlei Dienstleistungen: solche wegen Behinderung in der Haushaltsführung für sich selbst, wie Einkaufen, Kochen, Wohnungsreinigung udgl.<sup>32)</sup>, sowie diejenigen, die ein Gesunder jedenfalls selbst verrichten würde, wie das An- und Auskleiden, Körperpflege, Nahrungsaufnahme, Verrichtung der Notdurft udgl. Die Schaffung einer Ersatzlage kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden: Entweder begibt sich der Verletzte in ein Pflegeheim oder aber er wird von Angehörigen zu Hause gepflegt. Wie beim Kfz-Sachschaden lässt sich eine Abstufung des Integritätsinteresses konstatieren. Bei Beschädigung eines Kfz bevorzugt der Geschädigte typischerweise die Reparatur gegenüber der Ersatzbeschaffung.<sup>33)</sup> Es ist ihm am Behalten des vertrauten Fahrzeugs gelegen. Bei einer schweren Verletzung präferiert der Verletzte im Regelfall die Pflege zu Hause gegenüber der Unterbringung in einem Pflegeheim. Er erfährt dabei eine **individuelle Betreuung** durch ihm **vertraute Angehörige** in der **angestammten Umgebung**. Diese Art der Restitution mag zwar nicht im strengen Sinn medizinisch geboten sein,<sup>34)</sup> für sein Wohlbefinden ist das aber gewiss förderlich.<sup>35)</sup> Das ist auch der tiefere Grund für den Zuspruch von Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten.<sup>36)</sup>

Sowohl beim Kfz-Sachschaden als auch bei den Pflegedienstleistungen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeitsschwelle: Bis zu welcher Relation darf der Geschädigte die Variante auf Kosten des Ersatzpflichtigen wählen, die diesen stärker belastet? Bedeutsam sind dabei nicht nur die jeweiligen Schwellenwerte, sondern auch, welche Größen zu einander in Beziehung zu setzen sind.<sup>37)</sup> Beim Kfz-Sachschaden setzt der OGH<sup>38)</sup> die Reparaturkosten inkl dem merkantilen Minderwert zum Wiederbeschaffungswert in Relation und lässt dabei einen geringfügigen Überhang zu. Auch wenn das mE unzutreffend ist, weil eine Bezugnahme zu den Wiederbeschaffungskosten, somit der Summe zwischen Reparaturkosten inkl merkantile Minderwert zur Differenz von Wiederbeschaffungswert und Restwert zutreffend wäre, ist zu konstatieren, dass bei der **Reparaturkostenabrechnung**, insb wegen der in den letzten Jahren deutlich gestiegenen Restwerte bei Veräußerung der Wracks nach Osteuropa, der Ersatzpflichtige gegen-

über der **Totalschadensabrechnung** uU **doppelt so hoch belastet** wird.

Wie man bei der Reparaturkostenabrechnung die Aufwendungen bei Durchführung in einer **Markenwerkstätte** – und nicht in einer **Billigwerkstatt** – gegenüber dem Wiederbeschaffungswert bei einem Deckungskauf bei einem **seriösen Gebrauchtwagenhändler** mit **Werkstattgarantie** für maßgeblich ansieht, wird man bei den Pflegedienstleistungen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse **nicht das billigste Pflegeheim** bzw eine **notdürftige Betreuung** durch Familienangehörige gegenüberstellen dürfen, sondern marktkonform erbrachte Leistungen.<sup>39)</sup> Wie beim Sachschaden sind sämtliche Kostenkomponenten einzubeziehen. Der Pflegesatz im Pflegeheim umfasst auch **Verpflegungskosten**, was zu einem anrechnungspflichtigen Vorteil führt. Dieser fällt aber meist nicht besonders ins Gewicht, weil ein Schwerstverletzter nicht große Nahrungsmengen verzehrt. Bedeutsamer ist aber, dass bei einer Unterbringung im Pflegeheim kontinuierlich **Besuchskosten** anfallen, die bei einer Pflege zu Hause entfallen.<sup>40)</sup> Diese sich daraus ergebende Summe ist den Kosten bei Betreuung durch Familienangehörige zu Hause gegenüber zu stellen. Da die **körperliche Integrität** gegenüber dem **Eigentum** das wesentlich höherwertige Rechtsgut ist, ist es plausibel, diesbezüglich nicht nur einen Überhang um 10% bzw wie in Deutschland von 30% wie beim Kfz-Sachschaden zuzubilligen, sondern einen wesentlich darüber hinaus gehenden Zuschlag. In der E 6 Ob 143/98<sup>41)</sup> hat das ErstG durchaus nachvollziehbar einen **3-fachen Betrag** für maßgeblich erachtet. Wenn die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw eines dem Leben Sinn gebenden Berufs davon abhängig ist, wie das bei einer an den Rollstuhl gefesselten RichterIn nach Tötung des sie pflegenden Vaters der Fall war,<sup>42)</sup> wäre mE sogar ein noch größerer Überhang angebracht.

Es gibt bisher keine einzige OGH-E, in der der Zuspruch der Betreuungskosten durch Angehörige wegen Unverhältnismäßigkeit abgelehnt worden ist. Die **Pfle-**

31) *Danzl* in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>9</sup> (2003) 67; aA *Karner/Kozioł*, ÖJZ 2003, 127.

32) mE liegt insoweit richtigerweise ein Erwerbsschaden vor. Näheres dazu bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 320ff. Bedeutsam ist freilich, dass diese beiden Komponenten sachlich kongruent in Bezug auf das Pflegegeld sind.

33) Nur bei der Abrechnung auf Neuwagenbasis gilt Gegenteiliges. Dazu nun 2 Ob 162/06x.

34) 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2: Immerhin verwies der Sachverständige auf eine höhere Lebenserwartung bei Pflege zu Hause, was aber nicht überprüft worden sei.

35) Prototypisch 3 Ob 193/00d, ZVR 2001/108: Herausnahme eines Kindes aus dem Pflegeheim der Stadt Wien und stattdessen Pflege durch die Großeltern in Jugoslawien.

36) *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 291 ff.

37) Umfassend zum Kfz-Sachschaden für das österr Recht *Ch. Huber*, ÖJZ 2005, 161 ff, 211 ff; für das deutsche Recht *Jers*, Der Kfz-Sachverständige 2006, Heft 4, 21 ff.

38) Letztmalig incidenter 1 Ob 620/94, SZ 68/101.

39) Durchaus zum billigen das BerG in der E 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2, das auf den **höchsten Satz** in einem Krankenhaus abgestellt hat.

40) 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2. Ob die gleiche Nähe auch durch häufige Heimbesuche hergestellt werden kann, ist mE fraglich.

41) ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2.

42) 2 Ob 338/99s, eclex 2000, 282.

geheimkosten wurden aber häufig als **Bezugsgröße** herangezogen.<sup>43)</sup> Die hier aufgezeigte Strukturparallele zum Kfz-Sachschaden, die Benennung der maßgeblichen Bezugsgrößen sowie die Sensibilisierung für die höhere Wertigkeit des betroffenen Rechtsguts und der daraus abzuleitende größere zulässige Überhang machen deutlich, dass die Verhältnismäßigkeitschwelle kaum jemals erreicht sein wird. Sollte sie aber ausnahmsweise überschritten sein, sollte der Verletzte nicht ohne weiteres auf die Betreuung in einem Heim verwiesen werden, sondern die Möglichkeit haben, durch Bezuschussung aus eigenen Mitteln, etwa aus dem erhaltenen Schmerzensgeld, eine solche Folge zu vermeiden.<sup>44)</sup>

#### D. Einigkeit im Grundsatz, aber Wechsel des Bemessungsansatzes

Wenn Familienangehörige den Verletzten pflegen, weil sie ihm gegenüber unterhaltsrechtlich dazu verpflichtet sind bzw. das aus altruistischen Motiven erledigen, soll das nicht den Schädiger entlasten. § 14 Abs 4 EKHG ist ein allgemeiner Grundsatz im Schadensrecht, der weit über die Gefährdungshaftung hinaus gilt. Hatte die E 2 Ob 60/92 das Ergebnis des Zuspruchs der Lohnkosten von vier Krankenschwestern noch auf die **objektiv-abstrakte** Schadensberechnung gestützt, erfolgte seit der E 2 Ob 49/98<sup>45)</sup> eine stärkere Betonung der **subjektiv-konkreten** Schadensberechnung.

Maßgeblich ist nun nicht mehr, wie sich der Verletzte ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht verhalten könnte, sondern wie er sich konkret verhalten hat. Dabei wurde konstatiert, dass er eben nicht eine Vielzahl von professionellen Ersatzkräften eingestellt hat, sondern zumeist ein einzelner Familienangehöriger – die Mutter, der Vater oder der Ehepartner – die Betreuung übernommen hat. Herausgestellt wurde, dass diese **menschlich Überdurchschnittliches** leisteten, aber gemessen an den Dienstleistungen einer Vielzahl von professionellen Kräften nur **Unterdurchschnittliches**.<sup>46)</sup> Ein Verletzter würde einer Einzelperson niemals das Marktentgelt für eine Mehrzahl professioneller Kräfte zahlen. Im Anschluss an die Kritik von *Harrer* wurde folgende Kompromissformel kreiert:

Abzustellen ist auf die **tatsächlichen Verrichtungen**. Diese sind marktkonform nach den **Bruttokosten** einer Ersatzkraft zu bemessen. Da Pflegeleistungen jeweils erbracht werden, geht es um ein anderes Problem als bei fiktiven Heilungskosten,<sup>47)</sup> bei denen der Verletzte eine Operation unterlässt, dessen ungeachtet aber so abrechnen will, als hätte er den Heileingriff durchführen lassen.<sup>48)</sup> Bei den Pflegedienstleistungen geht es insoweit gerade um keine fiktiven Kosten. Fiktiv ist lediglich der Bemessungsansatz, nachdem die tatsächliche Durchführung feststeht. Zudem soll es für die bloßen Bereitschaftszeiten eine Abgeltung nur geben, wenn damit **outdoor-Aktivitäten** der Betreuungsperson vereitelt werden.<sup>49)</sup> Die Folge ist, dass Bereitschaftszeiten der Pflegeperson während der Nacht und der **Haushaltungsführung entschädigungslos** bleiben.

Trotz dieses wesentlich restriktiveren Ansatzes hält *Harrer*<sup>50)</sup> seine Kritik aufrecht. Selbst diese Fiktion

bzw. Abstrahierung kritisiert er als zu geschädigtenfreundlich: „Abstrahierung und Objektivierung sind geradezu Synonyma für Verwerfungen und Fehlentwicklungen im Schadenersatzrecht. Von diesem Ansatz ausgehend erscheint es nahe liegend, die Abgeltung privater Pflegedienstleistungen nach Maßgabe fiktiver Bruttogehälter kritisch zu sehen.“ Die folgende Klärung von **Detailfragen** möge zeigen, ob es sich bei dem vom OGH eingeschlagenen Weg um eine **Fehlentwicklung** handelt und welcher der **Pfad der Tugend** wäre.

#### E. Welche Abzüge sind sachgerecht bei Erbringung von Pflegedienstleistungen durch Angehörige?

##### 1. Vorbemerkung: Professionelle Kräfte sind stets mehr wert?

Was professionelle Kräfte kosten würden, wenn die erforderlichen Dienstleistungen durch diese durchgeführt würden, das lässt sich einigermaßen präzise bestimmen. Die **Gretchenfrage** lautet indes: Welche Abschlüsse sind vorzunehmen, wenn eben diese Tätigkeiten von Familienangehörigen erbracht werden? Vorweg sei dazu bemerkt, dass die Einschätzung des OGH,<sup>51)</sup> dass diese gemessen an den Leistungen von professionellen Kräften bloß „**Unterdurchschnittliches**“ leisten und der Verletzte einer Einzelperson für eine solche „**unterdurchschnittliche**“ Leistung **niemals ein volles Marktentgelt** zahlen würde, nur auf den ersten Blick überzeugend erscheint.

Wie bei verletzungs- oder tötungsbedingter Vereitelung von Arbeitsleistungen bei Errichtung eines Eigenheims stellt sich die Frage, ob die **geringere Fachkompetenz** nicht durch das **höhere Engagement** in eigenen Angelegenheiten aufgewogen wird. Spielt beim Vergleich von Handwerkern noch eine Rolle, dass dort die Ausstattung mit Werkzeug und Maschinen ins Gewicht fällt, kommt diesem Umstand bei Pflegeleistungen keine Bedeutung zu. Vielmehr schlägt der Faktor der **Intimität** zu Buche. Dem Verletzten ist es häufig viel lieber, wenn ihm in seinem beeinträchtigten körperlichen Zustand bei Verrichtungen, die an seinem Körper vorzunehmen sind, ein Familienangehöriger beisteht und nicht eine x-beliebige fremde Person. Das ist ja ein Grund, warum er die Pflege zu Hause dem Pflegeheim vorzieht. Und

43) 2 Ob 60/92: Zuspruch von S 55.440,- pro Monat, weil diese Kosten bloß geringfügig höher als die des Pflegeheims von S 51.348,- waren; geringer als im Pflegeheim waren die Kosten der Betreuung durch Familienangehörige in den E 5 Ob 50/99k, ZVR 1999/109 = *ecolex* 1999, 686 (*T. Rabl*); 2 Ob 99/02 a, ZVR 2003/47.

44) Gegenteilig zum Kfz-Sachschaden jüngst BGH 6.3.2007, VI ZR 120/06, NJW 2007, 1674 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, NJW 2007, 1625 ff.

45) ZVR 1998/128.

46) 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBI 1999, 121 = RdM 1999/2.

47) So zutr. *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 12 a; unter ausdrücklicher Bezugnahme darauf freilich noch 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBI 1999, 121 = RdM 1999/2. Die unterschiedliche Problematik erkennend freilich 5 Ob 50/99k, ZVR 1999/109 = *ecolex* 1999, 686 (*T. Rabl*).

48) Zur zutreffenden Ablehnung fiktiver Heilungskosten 2 Ob 82/97s, SZ 70/220 = ZVR 1998/32; dazu *Ch. Huber*, ZVR 1998, 74 ff.

49) So 2 Ob 49/98i, ZVR 1998/128.

50) In *Schwimann* § 1325 Rz 16.

51) 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBI 1999, 121 = RdM 1999/2.

würde man ihn fragen, was ihm mehr wert ist bzw. wofür er gleich viel oder sogar mehr bezahlen würde, die Betreuung durch drei Krankenschwestern oder seine Ehefrau; in vielen Fällen würde er sich – nicht nur aus familiärer Solidarität – für die Ehefrau entscheiden.

Ein weiteres Argument lautet: Eine Einzelperson kann nicht das leisten, was drei oder vier professionelle Kräfte leisten würden. Ein bisschen klingt das nach *H. Ch. Morgenstern*, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Dass ein **Bankdirektor** das **100-fache** Arbeitseinkommen eines **Arbeiters** bezieht, findet in der Marktwirtschaft niemand anstößig. Und dass manche Arbeiter eben ein Vielfaches ihrer durchschnittlichen Kollegen zu leisten in der Lage sind, hat **Stachanow** einst eindrucksvoll unter Beweis gestellt. Nur bei den familienangehörigen Pflegekräften stößt man sehr rasch an die Grenze des Glaubens an deren Leistungsfähigkeit. Womöglich ist diese ausgeprägte Skepsis nicht immer in vollem Umfang berechtigt.

Nach dieser Vorbemerkung soll eine Untersuchung der beiden Faktoren erfolgen, aus denen der Schadenersatzbetrag ermittelt wird, nämlich **Stundenlohn** und **Stundenausmaß**:

## 2. Stundenlohn

### a) Kosten einer Arbeitsstunde höher als der Stundenlohn

Im Ausgangspunkt sollte der erforderlichen Klarheit halber darauf hingewiesen werden, dass es für die marktkonforme Bewertung der Arbeitsleistung anhand des nächst verwandten Markts<sup>52)</sup> keinesfalls bloß darum gehen kann, den Stundenlohn einer Ersatzkraft zugrunde zu legen. Es ist vielmehr eine **betriebswirtschaftliche Binsenweisheit**, dass die Kosten einer Arbeitsstunde wesentlich höher sind als das, was man einem Arbeitnehmer für eine Stunde zahlt.<sup>53)</sup> Beim Lohnfortzahlungsschaden hat die Judikatur das Schritt für Schritt erkannt und umgesetzt.<sup>54)</sup> Es besteht mE kein Grund, warum im vorliegenden Kontext andere Grundsätze für die Ermittlung des Werts einer Arbeitsstunde zugrunde gelegt werden sollten.

Es geht dabei um folgende Umstände: Ein Arbeitnehmer arbeitet **10 Monate** im Jahr. Der Rest ist Urlaub, Feiertage und Krankenstand. Dessen ungeachtet ist er für **12 Monate** zu entlohnen. Gebräuchlich ist in Österreich die Auszahlung von **14** oder mitunter auch mehr **Monatsbezügen**. Zu den Kosten der Arbeitsstunde zählt alles, was der Arbeitgeber dafür aufwenden muss, somit selbstverständlich die **Lohnnebenkosten**; und zwar unabhängig davon, ob er diese bloß für den Arbeitnehmer abführt oder selbst leisten muss.

Klarerweise macht es einen Unterschied, ob eine Dienstleistung während der normalen Arbeitszeit zu erbringen ist oder aber in der **Nacht** bzw. am **Wochenende**. Dafür fallen Zuschläge von 50 oder 100% an.<sup>55)</sup> Gerade die Pflege von Schwerstverletzten lässt sich nicht auf den Zeitraum von Montag bis Freitag von 8–16 Uhr beschränken. Auch am Wochenende und an hohen Feiertagen werden die erforderlichen Dienstleistungen in gleicher Weise benötigt wie während der Arbeitswoche.

Nicht allen Geschädigtenanwälten sind diese fundamentalen Tatsachen geläufig, weshalb die Bemessung

nach dem **schlichten Stundenlohn** einer Pflegekraft eine **dramatische Unterbewertung** der wirklichen Kosten zur Folge hat. Soweit das entsprechend vorgebracht wird, lassen sich die Gerichte auch durchaus überzeugen und billigen eine Abrechnung auf Basis realer Kosten.<sup>56)</sup> Wenn das BerG in der E 2 Ob 152/99 p<sup>57)</sup> einen **kalkulierten Krankenstand** einer professionellen Ersatzkraft als nicht berücksichtigungsfähig ansieht, weil nur tatsächliche Kosten zu ersetzen seien, zeugt eine solche Argumentation freilich von beeindruckender Realitätsferne. Mögen die Krankenstände angesichts hoher Arbeitslosigkeit und der Sorge um den Arbeitsplatz in den letzten Jahren auch zurückgegangen sein, ein gewisser Krankenstand ist stets gegeben. Dafür gibt es verlässliche statistische Anhaltspunkte. Diesen Umstand völlig auszuklammern, ist daher fehl am Platz.

### b) Qualifikation des Angehörigen

#### aa) Krankenschwester bzw. Pfleger versus angelernte Kraft

Umstritten ist, ob die Pflegeleistung eines Familienangehörigen zu bemessen ist nach dem Entgelt einer **diplomierten Krankenschwester**, einem **ausgebildeten Pfleger** oder einer **angelernten Hilfskraft**. ME ist zu unterscheiden: Wenn es um Kenntnisse geht, bei denen spezielle therapeutische Kenntnisse<sup>58)</sup> erforderlich sind, wie das Absaugen von Speichel<sup>59)</sup> und/oder Schleim oder das Erfordernis des Erkennens bestimmter Symptome,<sup>60)</sup> ist auf das Marktentgelt einer einschlägigen Fachkraft abzustellen. Dass der Angehörige diese Spezialausbildung nicht hat, spielt mE keine zentrale Rolle. In der **Marktwirtschaft** gilt immer mehr das Prinzip, dass eine Person danach entlohnt wird, was sie **kann** bzw. **leistet**. Ob sie das durch eine formale Ausbildung bzw. ein Zertifikat belegen kann, tritt demgegenüber in den Hintergrund. Aber selbst wenn man auf den Kollektivvertragslohn einer angelernten Kraft abstellen wollte,<sup>61)</sup> wäre zu beachten, dass dieser mit zunehmender Berufserfahrung beträchtlich ansteigt.<sup>62)</sup> Was auf dem Markt gilt, müsste – den Prinzipien der subjektiv-konkreten Schadensberechnung folgend – auch im Schadensfall Beachtung finden. Davon sind solche einfache Verrichtungen zu unterscheiden, die jedermann erledigen kann. Das gilt namentlich für die Führung des Haushalts<sup>63)</sup> bzw. Chauffeurdienste oder einfache

52) So der Maßstab des OGH: 2 Ob 338/99 s, *ecolex* 2000, 282. Die Verletzte bezeichnet das als „Krankenpflegemarkt“. So auch *T. Rabl*, *ecolex* 1999, 687, 688.

53) Näheres dazu bei *Ch. Huber*, *Fragen der Schadensberechnung* 39 ff.

54) Ausführlich dazu *Ch. Huber* in FS Dittich (2000) 411 ff.

55) 2 Ob 338/99 s, *ecolex* 2000, 282; 2 Ob 24/04 z.

56) 2 Ob 152/99 p, ZVR 2001/106; 2 Ob 24/04 z.

57) ZVR 2001/106.

58) 2 Ob 24/04 z.

59) 6 Ob 143/98 t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2.

60) 5 Ob 50/99 k, ZVR 1999/109 = *ecolex* 1999, 686 (*T. Rabl*).

61) So 6 Ob 143/98 t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2: Stundenlohn einer in Ausbildung befindlichen Krankenschwester oder einer angelernten Kraft.

62) 2 Ob 24/04 z: Mindestlohntarif für Vorarlberg, Abstufung je nach Berufsdauer zwischen S 118,50 und S 154,30 pro Stunde.

63) Zu den Abstufungen im deutschen Recht bis hin zur Hauswirtschaftsmeisterin *Schulz-Borck/Hofmann*, *Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt*<sup>6</sup> (2000) 28.

Hilfestellungen beim An- und Auskleiden, dem Zerkleinern des Essens oder die Begleitung bei Freizeitaktivitäten.<sup>64)</sup>

**bb) Analytischer Ansatz oder Globalbetrachtung**

Beim Haushaltsführerschaden hat man vor 40 Jahren darüber diskutiert, ob die angemessene Bewertung dadurch gefunden werden könnte, dass das Aufgabenspektrum des Haushaltsführers in einzelne Tätigkeiten zerlegt wird, die jeweils bewertet werden.<sup>65)</sup> Das führt tendenziell zu einer **Unterbewertung**, weil es bei jeder Tätigkeit Bereiche gibt, die durch eine geringer entlohnte Kraft zu erledigen sind. Beim Haushaltsführerschaden ist dieser Bemessungsansatz daher zu Recht verworfen worden.<sup>66)</sup> Es gibt keinen Grund, das dort als falsch Erkannte hier für richtig anzusehen. Wenn die Betreuung somit auch nur in einem **Teilbereich qualifizierte Kenntnisse** erfordert, dann sind die Kosten einer solchen Arbeitskraft für den **gesamten Bereich** auch dann zugrunde zu legen, wenn es Tätigkeitsbereiche gibt, für die eine geringere Qualifikation ausreichend wäre. Ein geringerer Bemessungsansatz ist nur heranzuziehen, wenn die erste Pflegeperson voll ausgelastet ist und es daneben Hilfstätigkeiten gibt, für die bei Besorgung der Dienstleistungen durch den Markt eine konkrete Auslagerung in Betracht käme oder eine zweite Person, ein Helfer, erforderlich ist. So etwas ist durchaus vorstellbar: wenn etwa für das Baden einer Person mehr als eine Betreuungsperson erforderlich ist, weil das einer allein nicht schafft.

**c) Brutto oder netto – womöglich Einkommensteuerpflicht bei Zufluss an den Angehörigen**

Während der OGH in der E 6 Ob 143/98 t<sup>67)</sup> offen gelassen hat, ob er die Brutto- oder Nettokosten zuerkennt, somit sich auf halbem Weg befunden hat, die Position *Harrers* zu übernehmen, hat er sich in der Folge festgelegt, die **Bruttokosten** zuzusprechen.<sup>68)</sup> *Harrer*<sup>69)</sup> übt daran Kritik mit der Begründung, dass auch bei Offenlegung gegenüber dem Finanzamt **keine Steuervorschreibung** erfolge, weil ein steuerrechtlich relevanter Vorgang nicht verwirklicht wurde. *Reischauer*<sup>70)</sup> ist diesbezüglich eine Spur vorsichtiger, indem er ausführt, dass bei Zufluss des Gelds an den pflegenden Familienangehörigen **womöglich doch steuerrechtliche Folgen** ausgelöst werden, was er aber offen lässt. Eine etwas **weitergehende Festlegung** – auch ohne detaillierte Kenntnisse im Einkommenssteuerrecht – ist mE aber aus schadenersatzrechtlicher Perspektive durchaus **möglich**. *Harrer* wird zwar Recht haben, dass der Zufluss beim Verletzten keine Einkommenssteuerpflicht auslöst. Der Zufluss beim pflegenden Angehörigen wird aber mE schon deshalb der ESt unterliegen, weil es sich um den Bezug einer Rente handelt. Der Geschädigte hat bei Ungewissheit dieser Frage, die selbst in einem umfassenden Kommentar offen gelassen wird, jedenfalls das Recht eines **Feststellungsbegehrens**, dass bei Entstehen einer Einkommensteuerbelastung diese der Ersatzpflichtige zu tragen hat. Denn der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse umfasst nicht nur den Zufluss an den Verletzten, sondern soll diesen auch in die Lage versetzen, für eine marktkonforme Abgeltung des Ar-

beitskrafteinsatzes der betreffenden **Pflegepersonen** zu sorgen.

**d) Sozialversicherungsbeiträge**

Sowohl *Harrer*<sup>71)</sup> als auch *Reischauer*<sup>72)</sup> kritisieren die Zuerkennung von **Lohnnebenkosten**, weil diese bei Erbringung von Pflegedienstleistungen durch Familienangehörige nicht anfallen. Das ist aber nur die **halbe Wahrheit**. Die ganze Wahrheit ist, dass Sozialversicherungsbeiträge zum Teil als **echtes Entgelt** anzusehen sind, zum Teil handelt es sich freilich um Abgaben. Beim Lohnfortzahlungsschaden steht die Qualifikation als Entgelt außer Diskussion.<sup>73)</sup> Ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen bestimmten Betrag auszahlt, damit dieser sich selbst um eine Altersversorgung kümmern kann, der Arbeitgeber das iS einer betrieblichen Altersversorgung für den Arbeitnehmer organisiert oder er solche Beiträge an die Sozialversicherung abführt, macht im wirtschaftlichen Ergebnis keinen Unterschied. Man spricht deshalb durchaus zutreffend von den **drei Säulen der Altersversorgung**. Entsprechendes gilt grundsätzlich auch für die anderen Sozialversicherungsbeiträge, sodass der OGH-Judikatur dem Grunde nach zu folgen ist.<sup>74)</sup>

Wollte man aber die subjektiv-konkrete Schadensberechnung noch stärker akzentuieren, habe ich vorgeschlagen, die Sozialversicherungsbeiträge zu kappen, von denen die Pflegeperson, würde der Verletzte mit ihr einen Arbeitsvertrag schließen, keinen konkreten Nutzen hätte.<sup>75)</sup> Wer bereits ein bestimmtes **Alter** erreicht hat, wird in der gesetzlichen Rentenversicherung keine zusätzliche Altersrente erlangen können. Wer bereits **einmal krankenversichert** ist, hat keinen Nutzen aus der Abführung weiterer Krankenversicherungsbeiträge. Wer sich wegen seines Alters nicht mehr auf dem Arbeitsmarkt bewirbt, für den ist nicht erkennbar, welche Leistung aus der Arbeitslosenversicherung ihm zugute kommen könnte. Da bei Erbringung einer Pflegeleistung aber stets ein Unfall passieren kann, verhält es sich mit der gesetzlichen Unfallversicherung freilich anders.

Einzuräumen ist, dass dieser differenzierte Bemessungsansatz die Schadensregulierung nicht eben vereinfacht. Er vermeidet aber eine – häufig falsche – Schwarz-Weiß-Lösung. Für den hier und schon früher vorgeschlagenen Bemessungsansatz könnte immerhin sprechen, dass es um **mehr als Bagatellobeträge** geht,

64) 2 Ob 338/99 s, ecolex 2000, 282.  
 65) Dazu ausführlich *Weichlein*, Die Höhe des Schadenersatzes bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau (1977) 49 ff.  
 66) Dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 470 ff.  
 67) ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2.  
 68) 5 Ob 50/99k, ZVR 1999/109 = ecolex 1999, 686 (*T. Rabl*); 2 Ob 152/99p, ZVR 2001/10; 2 Ob 99/02a, ZVR 2003/47; 5 Ob 38/04f. Ebenso für einen Anspruch nach § 1327 ABGB OGH 2 Ob 338/99 s, ecolex 2000, 282.  
 69) In *Schwimmann* § 1325 Rz 15.  
 70) In *Rummel* § 1325 Rz 12 a.  
 71) In *Schwimmann* § 1325 Rz 15.  
 72) In *Rummel* § 1325 Rz 12 a mit Verweis auf § 1327 Rz 30.  
 73) *Ch. Huber* in FS Dittrich 411 ff.  
 74) Zur Zwangsversicherung von Pflegepersonen gem § 44 SGB XI und dem vom BGH bejahten Regressrecht des Sozialversicherungsträgers im deutschen Recht *Ch. Huber*, AnwKomm §§ 842, 843 Rz 230.  
 75) *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 379 ff.

sodass sich ein bisschen Herumrechnen schon lohnt und in einem angemessenen Verhältnis zum Streitwert steht. Das gilt namentlich für Haftpflichtversicherer, die mit solchen Ersatzansprüchen häufig belastet sind. In der Praxis könnten sich dafür Pauschalbeträge herausbilden, wie das etwa im deutschen Recht für die Zuerkennung der Nettokosten beim Haushaltsführer der Fall ist.<sup>76)</sup>

#### e) Berücksichtigung der jeweiligen Marktparität

Folge der subjektiv-konkreten Schadensberechnung ist, dass es auf die jeweiligen Umstände des betreffenden Verletzten und seiner Betreuungsperson ankommt. Die Folge ist eine geringere Belastung, wenn die Versorgung durch Familienangehörige in einem **Billiglohnland** erfolgt.<sup>77)</sup> Zugrundelegen sind die dortigen Arbeitskraftkosten.<sup>78)</sup>

Die **subjektiv-konkrete Schadensberechnung** ist freilich **keine Einbahnstraße** zugunsten des Ersatzpflichtigen. Gibt ein Ehegatte seinen **höher dotierten Beruf** auf, um sich um die Pflege des Verletzten zu kümmern, gebührt mE dem Verletzten – jedenfalls bis zur Verhältnismäßigkeitschwelle – der dem pflegenden Angehörigen für diese Stundenanzahl entgehende Verdienst. Insoweit handelt es sich nicht etwa bloß um einen mittelbaren Schaden. Vielmehr wird ein homo oeconomicus seine bisherigen Tätigkeit nur dann aufgeben, wenn er nicht geringer entlohnt wird als in seinem bisherigen Beruf. Und der Verletzte verstößt nicht gegen die Schadensminderungsobliegenheit, wenn er dem ihn pflegenden Familienangehörigen zumindest das Entgelt zahlt, das dieser in seinem angestammten Beruf bisher verdient hätte.<sup>79)</sup>

Die Gerichte<sup>80)</sup> stellen häufig auf den **Mindestlohn**-tarif ab, weil dieser einfach zu beschaffen ist. Stellt sich freilich heraus, dass zu diesem Entgelt auf dem Markt keine passende professionelle Kraft zu bekommen ist, dann ist das jeweils **höhere Marktentgelt** der Bemessung zugrundelegen. In der E 5 Ob 50/99k<sup>81)</sup> musste der OGH zu dieser Frage nur deshalb nicht Stellung nehmen, weil bloß der Bekl Rev eingelegt hatte. Zu bedenken ist, dass es sich bei der Erbringung von Pflegedienstleistungen um einen intimen Bereich handelt, bei dem man auch bei Heranziehung von Marktkräften **nicht jede x-beliebige Person** engagieren wollte, was sich auch auf das Entgelt auswirkt. Muss man sich bei der Kfz-Reparatur nicht auf eine **Billigwerkstätte** verweisen lassen, sondern kann man – auf Kosten des Ersatzpflichtigen – eine **Markenwerkstätte** seines Vertrauens wählen, mag die auch eine Nuance teurer sein als der vom Sachverständigen geschätzte Durchschnittswert, so muss das bei Beeinträchtigung der körperlichen Integrität umso mehr gelten.

#### f) Einfluss der Anstellung der Pflegeperson

Das Problem, welchen Einfluss der Abschluss eines Arbeitsvertrags zwischen der verletzten Person und dem als Pfleger einspringenden Familienangehörigen auf das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs hat,<sup>82)</sup> sei anhand der OGH-E 2 Ob 152/99 p<sup>83)</sup> dargestellt. Die 37-jährige Ehefrau und Mutter war nach einem Unfall querschnittgelähmt und konnte trotz behindertengerechter Ausgestaltung des Hauses nur noch wenige

Handgriffe selbst erledigen. Zum Zeitpunkt des Unfalls umfasste der Haushalt sechs Personen, das jüngste Kind war gerade einmal neun Monate alt. Dem Ehemann blieb wohl nichts anderes übrig, als seinen Beruf aufzugeben und sich um seine Familie zu kümmern. Erschwerend kam hinzu, dass ein Kind an einem Gehirntumor litt. In der Folge schloss die **Verletzte** mit dem **Ehemann** einen **Arbeitsvertrag** und meldete ihn bei der Sozialversicherung als Arbeitnehmer an. Der OGH sprach aus, dass es wegen des Prinzips der **subjektiv-konkreten Schadensberechnung** dann auf die **getroffene Entgeltvereinbarung** ankomme. Während *Reischauer*<sup>84)</sup> diese E zustimmend referiert, kritisiert *Harrer*<sup>85)</sup> dass es widersprüchlich sei, einerseits eine Objektivierung der Pflegeleistung anzunehmen, andererseits aber auf die Individualvereinbarung abzustellen. Denn der Wert der Leistung ändere sich nicht dadurch, dass die Beteiligten eine Bewertung vorgenommen hätten.

ME ist die Problematik eine Spur **facettenreicher** als bisher erkannt. Die Anstellung der Pflegeperson macht zunächst einmal deutlich, welche Kosten in Wirklichkeit anfallen, insb was die Lohnnebenkosten betrifft. Wenn die verletzte Person ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit eine **professionelle Kraft** einstellen dürfte, ist nicht einzusehen, warum sie auf Kosten des Schädigers nicht auch mit einem **Familienangehörigen** einen Arbeitsvertrag zu markt-konformen Konditionen abschließen dürfen sollte. Insoweit ist dem OGH und *Reischauer* zu folgen. Im gegebenen Kontext hat der Familienangehörige auch etwas von den Sozialversicherungsbeiträgen, ja er ist auf sie sogar angewiesen, hat er doch gerade seine bisherige Stelle aufgegeben.

Zu bedenken ist freilich, dass das **nicht immer ausreichend** sein wird. Häufig wird eine solche Anstellung erfolgen, um dem Familienangehörigen einen **Mindestsozialversicherungsschutz** zu verschaffen. Auch wird der Abschluss eines Arbeitsvertrags relativ rasch an die Grenze stoßen, dass nur eine **maximale wöchentliche Arbeitszeit** zulässigerweise vereinbart werden kann, weil man ansonsten gegen zwingendes Arbeitsrecht verstieße. Erbringt – wie das häufig der Fall sein wird – die Betreuungsperson Leistungen in einem weit darüber hinausgehenden Ausmaß, wäre es in keiner Weise einzusehen, den Umfang des Schadenersatzanspruchs insoweit zu begrenzen. Die Verweisung auf

76) Zur Fortentwicklung des 30%-Abschlags zu konkreten Tabellenwerten *Schulz-Borck/Hofmann*, Schadenersatz 14f mit Verweis auf die dort im Anhang abgedruckten einschlägigen Tabellen.

77) Für die Berücksichtigung dieses Umstands auch beim Schmerzensgeld *Ch. Huber*, NZV 2006, 169 ff.

78) So völlig zutr 2 Ob 56/98 v, ZVR 1999/35 = EvBl 1998/111: Pflege durch die Mutter in Kroatien, lediglich Stundensatz von S 50,- = € 3,50; 3 Ob 193/00 d, ZVR 2001/108 Pflege durch die Großeltern in Jugoslawien; gebilligt von *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 12 a.

79) So bereits *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 382; ebenso jüngst OLG Bamberg VRR 2006, 25 (*Luckey*).

80) 2 Ob 24/04 z: Mindestlohn tarif in Vorarlberg; 2 Ob 338/99 s, eocolex 2000, 282: Die KI moniert mE durchaus zu Recht, dass das Berg vom niedrigsten Satz ausgegangen sei.

81) ZVR 1999/109 = eocolex 1999, 686 (*T. Rabl*).

82) Zur vergleichbaren Problematik beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters *Ch. Huber*, JBl 1987, 613 ff.

83) ZVR 2001/106.

84) In *Rummel* § 1325 Rz 12 a.

85) In *Schwimmann* § 1325 Rz 16.

die getroffene Vereinbarung gilt somit nur dann strikt, wenn damit **sämtliche Leistungen** des Familienangehörigen **marktkonform** abgegolten werden.

### 3. Stundenausmaß

#### a) Nachweis des tatsächlichen Anfalls

Abzugelten sind die **tatsächlich erbrachten Zeiten**. Dafür hat der Verletzte den Beweis zu erbringen. Die Gerichte sind durchaus aufgerufen, die Behauptungen des Verletzten zumindest auf **Plausibilität** hin zu überprüfen. So kann es aus der Sicht des Ersatzpflichtigen legitim sein zu hinterfragen, wie viele Stunden sich Eltern einem schwer kranken Kind widmen können, wenn sie daneben eine Landwirtschaft betreiben und weitere Kinder zu versorgen haben.<sup>86)</sup> Der Tag hat für keinen mehr als 24 Stunden!

#### b) Keine Abgeltung während der Krankenhausaufenthalte

Eine Folge des Abstellens auf die **tatsächlichen Verrichtungen** ist, dass kein Ersatz für die Zeiträume geschuldet wird, in denen der **Verletzte stationär** behandelt wird.<sup>87)</sup> Wie ist das aber, wenn der Verletzte eine Ersatzkraft eingestellt hat, kann er diese dann kurzfristig kündigen? Und wenn ja, wird diese Arbeitskraft, mit der er zufrieden war, wieder bei ihm antreten? Wie oft wird sie solche Unterbrechungen ohne Murren hinnehmen? Mit der Fragestellung ist eine **negative Antwort** indiziert. Hängt das Ausmaß des Ersatzes bzw die Weiterzahlung davon ab, ob eine solche Ersatzkraft eingestellt worden ist oder nicht? Das wäre wenig einleuchtend. Es wäre daher denkbar, entweder eine Abgeltung auch für die Zeiten des Krankenhausaufenthalts zu gewähren oder aber als Referenzgröße auf die Kosten von Pflegediensten abzustellen, deren organisatorische Aufgabe es ist, ihre Arbeitnehmer bei solchen Ausfällen anderswo einzusetzen. Womöglich ist das der nächstliegende Marktparameter und nicht die Kosten einer Ersatzkraft.

#### c) Bereitschaftszeiten

Die **zentrale Frage** beim maßgeblichen Stundenausmaß ist das Abstellen bloß auf die tatsächlichen Verrichtungen, somit die grundsätzliche Ausklammerung von Bereitschaftszeiten. Jedenfalls dann, wenn es um Harn- und Stuhlinkontinenz geht, sind die erforderlichen Dienstleistungen nicht präzise planbar. ME ist es eine Frage der **Menschenwürde**, das Verkehrsunfallopfer zeitnah von seinen Fäkalien zu befreien und dieses Erfordernis auch bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen. Bei der Rund-um-die-Uhr-Betreuung fielen bei den einzelnen Sachverhalten der vom OGH entschiedenen Fälle geraffte Zeiten in ganz unterschiedlichem Ausmaß an. Die Bandbreite reicht von 4,<sup>88)</sup> 5,<sup>89)</sup> 5–6,<sup>90)</sup> 8–10,<sup>91)</sup> 9,<sup>92)</sup> 14<sup>93)</sup> bis fast 15 Stunden<sup>94)</sup> pro Tag. Der Rest entfiel auf **Bereitschaftszeiten**, deren Ersatz nach der OGH-Rsp<sup>95)</sup> davon abhängig ist, ob insoweit **Outdoor-Aktivitäten** vereitelt werden, was dazu führt, dass Zeiten der Haushaltsführung und des (Halb-)Schlafs in der Nacht entschädigungslos bleiben.

Abgesehen davon, dass das geradezu eine Einladung an den Geschädigtenanwalt darstellt, sich etwas Passen-

des zu überlegen, diese Abgeltung daher eher eine **anwältliche Kreativitätspremie** darstellt, ist dieser restriktive Ansatz aus mehreren Gründen abzulehnen. Kein Mensch würde seine Arbeitskraft auf dem Markt zu solchen Konditionen anbieten. Dieser Bemessungsansatz läuft darauf hinaus, dass man einen **Feuerwehrmann** grundsätzlich nur bezahlen würde, wenn es **brennt** oder eine **Verkäuferin** in einer Boutique nur, wenn sie gerade **Kunden** bedient. Das würde jedermann/-frau entrüstet von sich weisen.

Bei Ersatzfähigkeit bloß konkreter Verrichtungen in der Nacht bedenkt dieser Bemessungsansatz nicht ausreichend, dass während des Tages nur derjenige Leistungen erbringen und sich des Lebens erfreuen kann, der in der **Nacht** wenigstens während eines bestimmten Zeitraums **am Stück schläft**.<sup>96)</sup> Diejenigen, die – auch in der Nacht – lebendige Kleinkinder hatten bzw haben, werden besser verstehen können, worum es geht, sofern sie diese Phase nicht vergessen oder verdrängt haben. Dabei ist zu bedenken, dass die Begeisterung der Eltern über das neu geborene Kind sie manches Opfer besser verkraften lässt, ganz abgesehen davon, dass es sich dabei um einen vorübergehenden Zeitraum handelt. Die Pflege von Schwerstverletzten zieht sich demgegenüber über Jahre, wenn nicht Jahrzehnte. Den pflegenden Familienangehörigen abzuverlangen, das 6-malige Umbetten in der Nacht, was jeweils 10 Minuten in Anspruch nimmt, für insgesamt 10 bis 12 Euro, dem Stundenlohn einer Haushaltshilfe, zu erledigen, weil es sich ja um eine einfache Hilfstätigkeit handelt, geht an der **marktkonformen Abgeltung meilenweit vorbei**.<sup>97)</sup>

Für die Entlohnung auf die **Vereitelung von outdoor-Aktivitäten** abzustellen, ist eine **untaugliche Abfederung** eines im Grunde **verfehlten Bewertungsansatzes**. Warum soll der entschädigt werden, der ins Theater oder auf den Berg gehen will, nicht aber derjenige, der zu Hause in Ruhe ein Buch lesen oder eine Fachpublikation verfassen hätte wollen. Ein Gerechtigkeitsgehalt dieser Differenzierung ist schwer auszumachen. Da somit triftige sachliche Gründe gegen diese Restriktion sprechen, sollte sie aufgegeben werden. Anstelle dessen ist – wie auch sonst – zu fragen, was eine Ersatzkraft für eine solche Dienstleistung in Rechnung stellen würde. Die Antwort lautet: Das marktkonforme Entgelt und nicht weniger. Sollten am Markt für solche Bereitschaftszeiten geringere Stundenlöhne anfallen,<sup>98)</sup>

86) 5 Ob 38/04f.

87) Anders in der E 2 Ob 152/99p, ZVR 2001/106, weil es während des Aufenthalts der Mutter darum ging, dass der restliche Haushalt versorgt werden musste.

88) 2 Ob 49/98i, ZVR 1998/128.

89) 2 Ob 56/98v, ZVR 1999/35 = EvBl 1998/111.

90) 2 Ob 99/02a, ZVR 2003/47.

91) 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2.

92) 2 Ob 24/04z

93) 2 Ob 338/99s, ecoclex 2000, 282.

94) 5 Ob 50/99k, ZVR 1999/109 = ecoclex 1999, 686 (T. Rabl).

95) 2 Ob 49/98i, ZVR 1998/128; 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2; 2 Ob 99/02a, ZVR 2003/47.

96) Zur Notwendigkeit des Umbettens 2 Ob 24/04z: um 24 Uhr und um 3 Uhr früh; 2 Ob 176/05d: um 24, 2, 4, 6 Uhr.

97) In der E 5 Ob 38/04f hatte der Bekl selbst diese Abgeltung versagt.

98) So der Hinweis des BerG in der E 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBl 1999, 121 = RdM 1999/2: Bereitschaftszeiten sind weniger anstrengend.

hat das auch Auswirkungen für die Schadensberechnung – aber eben nur dann!

Dass die **Schadenersatzrenten** als Folge einer marktkonformen Bewertung **signifikant steigen** würden, soll einen nicht erschrecken. Immerhin hat der Schädiger dem Geschädigten eine fürchterliche Verletzung zugefügt. Bedacht werden möge zudem, dass auch die **Schmerzensgelder** in den letzten 10 Jahren **signifikant erhöht** worden sind.<sup>99)</sup> Und das allein deshalb, weil sich die höchstrichterliche Judikatur einen Ruck gegeben hat. Bei der Anpassung der Bemessung von Pflegeleistungen, die im Regelfall von Angehörigen erbracht werden, geht es demgegenüber allein darum, dass das Postulat des **vollen Ausgleichs** auch eingelöst wird. Dass die Großzügigkeit mE eher bei diesem Schadensposten angebracht ist als beim Schmerzensgeld, wurde einleitend schon erwähnt.

#### F. Einfluss der Aktivlegitimation auf den Umfang des Ersatzes

In der E 5 Ob 38/04f hat der Ersatzpflichtige den Anspruch der **Bruttokosten** mit dem Argument bestritten, dass in diesem Fall nicht der Verletzte, sondern dessen **Eltern** als Kl aufgetreten seien. Der OGH hat das Ausmaß des Ersatzanspruchs zu Recht nicht davon abhängig gemacht. Während *Harrer*<sup>100)</sup> die Aktivlegitimation Dritter kritisiert, billigt das *Reischauer*<sup>101)</sup> und räumt gesetzlich Unterhaltspflichtigen sogar die Befugnis zur Erhebung einer Feststellungsklage ein. Jedenfalls sei ein Anspruch nach § 1042 ABGB gegeben, eines Rückgriffs auf § 1358 ABGB bedürfe es nicht.<sup>102)</sup> ME sollte man bei Einräumung der Aktivlegitimation zugunsten Dritter für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus rein pragmatischen Gründen zurückhaltend sein. Die Folge ist nämlich eine **Vervielfachung des Haftpflichtprozesses**; selbst wenn man nur Vater und Mutter bzw den Ehegatten für anspruchsberechtigt ansieht, vermag ich ein echtes Bedürfnis für eine solche Weiterung nicht zu erkennen.<sup>103)</sup> Besonders bei Verletzung des Kindes sind die Eltern ohnehin gesetzliche Vertreter und können die Ansprüche im Namen des Kindes ebenso geltend machen wie im eigenen Namen. Vorzugswürdig ist es daher, die Aktivlegitimation beim Verletzten zu bündeln und nur ihm die Befugnis für eine Feststellungsklage einzuräumen. In Bezug auf die Regressansprüche für bereits konkret erbrachte Leistungen führt aber kein Weg daran vorbei, dem Dritten einen solchen Anspruch einzuräumen. Trifft ihn gegenüber dem Verletzten eine Pflicht zum Einschreiten, zumeist nach Unterhaltsrecht, ist § 1358 ABGB wie bei der Lohnfortzahlung die passende Regressnorm,<sup>104)</sup> bei freiwilligen Leistungen hingegen § 1042 ABGB.

#### G. Sowiekosten der Betreuung eines gesunden Kindes

Bei Pflegedienstleistungen zugunsten eines schwerstverletzten Kindes wird darauf hingewiesen, dass auch ein gesundes Kind der Pflege bedürfe. Das wurde in der Judikatur in der Weise berücksichtigt, dass entweder nur ein Drittel der Betreuungskosten zugesprochen<sup>105)</sup> oder Durchschnittssätze für die Betreuung und Beaufsichtigung von gesunden und schwerstbehinderten Kindern gebildet worden sind.<sup>106)</sup> Eine durchaus plausible normative Korrektur hat das OLG Wien<sup>107)</sup> vorgenommen, indem es höhere Beträge mit dem Hinweis zusprach, dass die Beschäftigung mit einem **kranken Kind nicht vergleichbar** mit der mit einem **gesunden Kind** sei.

#### H. Dynamisierung der Rente

IdR werden Renten nach der Kaufkraftparität zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz bemessen. Wenn später inflationsbedingt eine wesentliche Änderung eintritt, kann der Geschädigte Anpassung begehren. Einerseits ist höchst unsicher, was für eine wesentliche Änderung ausreicht, andererseits ist es während dieses Zeitraums zu einer **Unterentschädigung des Schadenersatzgläubigers** gekommen, was dem Ausgleichszweck der Schadenersatzleistung gerade widerspricht. Das wirkt sich umso mehr zum Nachteil des Geschädigten aus, je stärker die Preise der von ihm benötigten Marktleistung steigen. Da es bei **Pflegedienstleistungen** kaum ein Rationalisierungspotential gibt, steigen diese **stärker** als der **allgemeine Verbraucherpreisindex**.<sup>108)</sup> Es ist deshalb anzuraten, solche Renten an den Index der Kosten einer Ersatzkraft zu knüpfen, etwa den Mindestlohntarif von diplomierten Krankenschwestern oder ausgebildeten Pflegern. Gem § 8 EO besteht eine solche Möglichkeit, weshalb nicht ganz nachvollziehbar ist, weshalb das ErstG das in der E 3 Ob 193/00d<sup>109)</sup> abgelehnt hatte. →

99) Vgl die Übersicht bei *Danzl* in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld 273 ff.

100) In *Schwimmann* § 1325 Rz 17; pikanterweise unter Berufung auf *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 17, der dort freilich genau den **gegenteiligen Standpunkt** einnimmt.

101) In *Rummel* § 1325 Rz 17.

102) So aber 1 Ob 2201/96 z, ZVR 1998/63 = SZ 70/84 = JBI 1997, 655 = RZ 1998/41; *T. Rabl*, *ecolex* 1999, 688, 689.

103) Großzügiger die Rsp, so namentlich 1 Ob 2201/96 z, ZVR 1998/63 = SZ 70/84 = JBI 1997, 655 = RZ 1998/41.

104) AA *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 17.

105) 6 Ob 143/98t, ZVR 1999/47 = SZ 71/146 = JBI 1999, 121 = RdM 1999/2.

106) 5 Ob 50/99k, ZVR 1999/109 = *ecolex* 1999, 686 (*T. Rabl*).

107) 30. 1. 2006, 13 R 161/05z.

108) Vgl dazu 2 Ob 338/99s, *ecolex* 2000, 282: Stundensatz einer Heimhilfe 1989–1991: S 140,-; 1998: S 237,-, Steigerung somit ca 10% pro Jahr; 2 Ob 24/04z: Stundenlohn im Jahr 2000 S 118,50 bis 154,30; im Jahr 2001 S 125,60 bis 162,-; Steigerung somit ca 5%.

109) ZVR 2001/108.

→ In Kürze

Bei Verletzung eines Schwerstverletzten stellt sich häufig die Frage, wie die Pflege erbracht werden soll, im Pflegeheim oder zu Hause. Springen Familienangehörige ein, ist deren Einsatz marktkonform zu bewerten. *Huber* erläutert in diesem Aufsatz, dass die vorzunehmenden Abzugsposten gegenüber der Erbringung solcher Dienstleistungen durch angestellte Arbeitnehmer viel geringer sind, als der OGH das in seiner Judikatur annimmt. Will die Pflegeversicherung ihrer Zielsetzung nach bloß einen Mindeststandard erreichen, geht es demgegenüber im Schadenersatzrecht um den vollen Ausgleich der erlittenen Einbuße.



→ Literatur-Tipp



ZVR, Zeitschrift für Verkehrsrecht und Schadenersatzrecht (11x jährlich)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100,

Fax: (01) 531 61-455,

E-Mail: [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)

Besuchen Sie unseren Webshop unter

[www.manz.at](http://www.manz.at)

→ Zum Thema

Über den Autor:

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

Kontakt: Templergraben 55, D-52056 Aachen;

Tel: 0049 (241) 80-94769; Fax: 0049 (241) 80-92638;

E-Mail: [huber@wiwi.rwth-aachen.de](mailto:huber@wiwi.rwth-aachen.de)

Internet: [www.privatrecht.rwth-aachen.de](http://www.privatrecht.rwth-aachen.de)

Vom selben Autor erschienen:

Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161 und ÖJZ 2005, 211; Der merkantile Minderwert beim Kfz-Schaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten, in FS Weiser (2004) 303; Fragen der Schadensberechnung? (1993); Das neue Schadensersatzrecht (2003).

Literatur:

*Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung (1993); *Karner/Kozioł*, Der Ersatz ideellen Schadens im österr. Recht, Verhandlungen des 15. ÖJT (2003); *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>9</sup> (2003) 67.