

gen die VW AG ex delicto geltend macht, denn der Schädiger schuldet Schadensbeseitigung, die – ebenso wie im zweiseitigen Verhältnis gegen einen betrügerischen Verkäufer – entweder nach Wahl des Geschädigten durch die Rückabwicklung der „gesamten vertraglichen Leistungen“ oder auch in der bloßen Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz im schädigenden Vertrag liegen kann.⁹⁴⁾ Dies gilt mE auch für Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs erst nach Ablauf der **Verjährungsfrist** für die Geltendmachung der Gestaltungsrechte wegen Irrtums oder Gewährleistung, da der Schadenersatzanspruch auf Natu-

ralrestitution gegen die VW AG nach den §§ 874 und 1295 Abs 2 ABGB ohnedies der gesonderten Verjährungsfrist des **§ 1489 ABGB** unterliegt.⁹⁵⁾

94) Da in diesen Fällen der Kaufvertrag aufrecht bleibt, kommt mE weder Nutzungsentgelt des Käufers (ebenso *Maderbacher*, VbR 2019, 51 [55]) noch Berücksichtigung eines allfälligen Wertverlustes eines Alternativfahrzeugs in Betracht (so jedoch bei Vertragsaufhebung *Kogler*, SV 2017, 71 [75]; aA *Krachler/Rzehorska*, ZVR 2016, 148 [150]).

95) Zur Verjährung nach § 1489 ABGB für Ersatzansprüche gegen juristische Personen, welche für eine qualifizierte Straftat ihrer Mitarbeiter nach dem VbVG verantwortlich sind, *Dehn* in KBB⁶ § 1489 Rz 8 mwN.

→ In Kürze

Vor dem Hintergrund der einschlägigen E VI ZR 252/19 des dBGH v 25. 5. 2020 und der jüngst durch den EuGH v 9. 7. 2020 zu C-343/19 geklärten Zuständigkeit österr Gerichte analysiert der Beitrag die Rechtsbehelfe österr VW-Käufer aus irrums-, gewährleistungs- und schadenersatzrechtlicher Perspektive mit besonderer Berücksichtigung der Frage, ob die VW-Käufer auch von der VW AG den bloßen Ersatz des Minderwerts fordern können, wenn sie ihre Kfz nicht zurückgeben.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Andreas Riedler ist Universitätsprofessor für Zivilrecht an der Universität Linz, Venia docendi für Zivil-, Europa- und Versicherungsrecht.

Vom selben Autor erschienen:

Lehrbuchreihe Zivilrecht I-VIII (2018); Kommentierung der §§ 1175–1216e in KBB⁶ (2020); Kommentierung der §§ 859–901 in *Schwimann/Kodek*⁵ (2020; in Druck).

Literatur:

Wilhelm, Kfz mit überhöhten Abgaswerten – Schadenersatzansprüche des Letztkäufers, *ecolex* 2015, 1029; *Wilhelm*, VW: Falsche Abgaswerte – Irrtumsfragen, *ecolex* 2016, 189; *Buchleitner*, VW-Skandal: Irrtum über Gattungsmerkmale? *ecolex* 2016, 860; *Kogler*, Falsche Abgaswerte – Rechtsfolgen, SV 2017, 71; *Krachler/Rzehorska*, Überschreitung von Abgasgrenzwerten: Nichterfüllung der Zulassungsvoraussetzungen, ZVR 2016, 148; *Kolba*, Unrecht darf sich lohnen – oder etwa doch nicht? *ecolex* 2019, 305; *Klauser/Huber*, Die Zulässigkeit der Sammelklage österreichischer Prägung am Beispiel der Verfahren VKI gegen VW, VbR 2019, 19; *Maderbacher*, Käuferrechte im Fall der Manipulation von Kfz-Emissionswerten (NOx), VbR 2019, 51; *Buchleitner*, Abgasskandal: Gewährleistung oder Irrtum oder doch beides? *ecolex* 2019, 300.



Rechtsprechung

→ Zum behinderungsbedingten Pflegemehraufwand eines Kindes in den ersten drei Lebensjahren

§ 1325 ABGB

Ein pauschaler Mehrbetrag für die Leistung einer von (im selben Wohnverband lebenden) Angehörigen erbrachten Rufbereitschaft ist dem Geschädigten nur zu ersetzen, soweit (kumulativ) a) der Angehörige nicht ohnehin zu Hause gewesen wäre, sondern diese Zeit anderswo verbracht hätte; b) ansonsten in dieser Zeit eine bezahlte Pflegeperson eingesetzt werden hätte müssen, und c) die

Sachverhalt:

[Schadenskausaler Pflegemehraufwand in den ersten drei Lebensjahren eines schwerbehinderten Kindes]

Die Kl erlitt bei ihrer Geburt in einem Krankenhaus der BeKl im Jahr 2011 durch einen Behandlungsfehler eine dyskinetische Cerebralparese und wird dadurch lebenslang schwer behindert bleiben. Die BeKl hat ihre Haftung für die Folgen des unterlaufenen Behandlungsfehlers dem Grunde nach anerkannt. Gegenstand des Rechtsstreits ist der Schadenersatz für den behinderungsbedingten Pflegemehraufwand der Kl in deren ersten drei Lebensjahren.

Schadenzufügung ursächl für das Anwesenheits-erfordernis war. Da Kleinkinder bis zu drei Jahren von verantwortungsbewussten Eltern niemals ganz allein in der Wohnung gelassen werden, fehlt bei einem solchen die letztere Voraussetzung. Ein Zuschlag für die Rufbereitschaft einer Pflegeperson kommt erst bei älteren Kindern oder Erwachsenen in Frage, die ohne die Folgen des schädigenden Ereignisses keiner Aufsicht mehr bedurft hätten.

Fest steht, dass das Kind im ersten und zweiten Lebensjahr einen durchschnittlichen tgl Pflege- und Betreuungsmehrbedarf gegenüber einem nicht geschädigten gleichaltrigen Kind (etwa 3,5 Std, im dritten Jahr 2,5 Std) im Ausmaß von weiteren (gerundet) 13,5 Std hatte, im dritten Jahr von 12,3 Std. Alle Pflegeleistungen wurden von Angehörigen, vor allem von den Eltern, erbracht. Diese sind tgl etwa zehn bis zwölf Std auch schon vor der Geburt der Kl ohnehin zu Hause gewesen (Schlafenszeit etc). Ohne die Gesundheitsschädigung der Kl wären deren Eltern in ihrer Freizeit weiterhin verschiedenen gewohnten Aktivitäten außer Haus nachgegangen, auf die sie nach der Geburt der Kl wegen deren Beeinträchtigung tw verzichten mussten. →

ZVR 2020/187

§ 1325 ABGB

OGH 26. 11. 2018,
8 Ob 72/18y
(OLG Linz
15. 2. 2018,
3 R 5/18b;
LG Linz
14. 11. 2017,
38 Cg 111/14g)

[Beiderseitiges Prozessvorbringen]

Die Kl beehrte zuletzt € 93.589,33 sA, die sich aus den Kosten des errechneten Pflegemehraufwands für drei Jahre (insgesamt € 370.754,14) abzgl Pflegegeld (€ 4.211,90) und abzgl bereits geleisteter Teilzahlungen der Bekl (insgesamt € 272.952,91) zusammensetzen.

Zur Höhe der Forderung brachte die Kl – soweit im gegenwärtigen Verfahrensstadium noch relevant – vor, dass es der Einstellung dreier diplomierter Pflegekräfte bedürft hätte, um die von ihren Angehörigen erbrachten Leistungen abzudecken. Die Pflegekräfte hätten nach dem Mindestlohntarif für im Haushalt Beschäftigte für OÖ (bis einschl 2012) bzw nach dem Mindestlohntarif für im Haushalt Beschäftigte für Österreich (ab 2013) entlohnt werden müssen. Nach den §§ 3 beider Mindestlohntarife gebühre den Beschäftigten neben dem Stundenlohn auch eine Abgeltung von Naturalbezügen iH eines tgl Pauschalbetrags von € 13,96. Dieser sei daher einzurechnen.

Der Freizeitverzicht der Eltern der Kl stelle nach der Rsp einen weiteren ersatzfähigen Aufwand dar, für den ein pauschaler Zuschlag von 10% der eigentlichen Pflege- und Betreuungszeiten gebühre.

Die Bekl bestritt zuletzt nur noch die Ansprüche auf Einrechnung von fiktiven Naturalbezügen für fiktiv beschäftigte Pflegepersonen sowie auf einen weiteren Zuschlag für Zeiten der bloßen Aufsicht und Rufbereitschaft der Eltern; solche Zeiten seien nicht zusätzlich angefallen, jedenfalls aber nicht schadenskausal.

[Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG gab dem eingeschränkten Klagebegehren im vollen Umfang statt.

Das BerG gab dem RM der Bekl tw Folge. Für den begehrten Zuschlag für Freizeitverlust der Angehörigen sei es unschädlich, dass bereits der festgestellte reine Pflegeaufwand der Kl zusammen mit jenen Zeiten, in denen die Eltern sowieso zu Hause gewesen wären, in Summe 24 Std überschritten habe, weil sich die Pflegeleistungen auf mehrere Personen verteilt hätten und dadurch noch Raum für einen weiteren Zuspruch verbleibe. Die Bemessung des Zuschlags mit 10% des eigentlichen Pflegeaufwands entspreche der hg Judikatur und sei angemessen. Hins der begehrten Naturalbezugssanteile sei die Ber berechtigt, weil es der Kl nicht gelungen sei, den Eintritt eines solchen Schadens nachzuweisen. Weder stehe fest, ob die Beistellung einer Verpflegung bei dem Mindestlohntarif unterliegenden Beschäftigungsverhältnissen marktüblich wäre, noch ob die Eltern der Kl im fiktiven Fall der Anstellung professioneller Pflegekräfte mit diesen eine Verpflegung vereinbart hätten. Das BerG sprach weiters aus, dass die oRev zulässig sei, weil eine gesicherte hg Rsp dazu fehle, ob bei einem verletzten Kleinkind, das auch dann praktisch dauernd beaufsichtigt werden müsste, wenn es gesund wäre, die Zeit des Freizeitverzichts seiner pflegenden Angehörigen ebenfalls zu entschädigen ist.

Der OGH wies die Rev der Kl (gerichtet auf Wiederherstellung des stattgebenden erstgerichtl U) zurück. Der den Teilzuspruch eines Pflegekostenzuschlags wegen veränderter Freizeitaktivitäten der An-

gehörigen bekämpfenden Rev der beklP gab er hingegen Folge, sprach der Kl nur € 20.212,70 samt Staffelnzinsen zu und wies das Mehrbegehren weiterer € 73.376,63 sA ab.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev der Kl ist unzulässig, weil darin keine über die Umstände des Einzelfalls hinaus erhebliche Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO aufgezeigt werden.

Dagegen ist die Rev der beklP aus den vom BerG dargelegten Gründen zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und auch berechtigt.

[Zur Rev der Kl: Naturalbezüge]

Die Rev der Kl setzt sich mit der im Zulassungsausspruch des BerG formulierten Rechtsfrage, die sich auf den stattgebenden Entscheidungsteil bezieht, mangels Beschwer nicht auseinander. Sie wendet sich lediglich gegen die Abweisung des Anspruchs auf Bemessung der Pflegekosten unter Einrechnung eines Geldersatzes für fiktiv vereinbarte, aber nicht konsumierte Naturalbezüge. Der dazu behauptete Mangel des Ber-Verfahrens liegt, wie der OGH geprüft hat, nicht vor. Die Bekl hat in ihrer Ber konkret die Handhabung des § 273 ZPO bei der Frage bekämpft, welche Entlohnung die Eltern der Kl mit fiktiv beschäftigten Fachkräften vereinbart hätten. Das BerG hat durch die Befassung mit diesen Ausführungen seine Überprüfungsbefugnis nicht überschritten.

Die Rev macht darüber hinaus geltend, das BerG habe die unbekämpft gebliebene Feststellung, es sei „anzunehmen, dass die Eltern der Kl einer Pflegekraft das Mitessen im Familienverband ermöglichen würden“, außer Acht gelassen und sei dadurch in seiner Entscheidung ohne Beweiswiederholung vom Sachverhalt abgewichen. Auch damit zeigt die Klagsseite keine Rechtsfrage iSd § 502 ZPO auf. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der zit Satz als (dislozierte) Sachverhaltsfeststellung oder nur als Wiedergabe einer Überlegung des ErstG im Zuge seiner Beweismwürdigung zu interpretieren ist, weil es für die rechtl Beurteilung auf eine solche Feststellung jedenfalls nicht ankommt.

[Maßgebliche Mindestlohntarife]

Die strittige Regelung des § 3 des bis 31. 12. 2012 in Geltung gestandenen Mindestlohntarifs für im Haushalt Beschäftigte für OÖ lautete:

„Ist der AN zur Inanspruchnahme einer vereinbarten Wohnung und Verpflegung nicht in der Lage (zB Dienstverhinderung durch Krankheit, Verzicht auf Dienstleistung während der Kündigungsfrist, bei begründetem vorzeitigen Austritt und bei unbegründeter fristloser Entlassung, Urlaub), so ist dem in die Hausgemeinschaft des AG aufgenommenen AN die Wohnung und Verpflegung mit einem Betrag von € 15,40 pro Kalendertag und dem nicht in die Hausgemeinschaft des AG aufgenommenen AN, der Anspruch auf Verpflegung oder Verpflegungsabgeltung hat, die Verpflegung mit € 13,96 pro Arbeitstag abzugelten [...]“

Ab 1. 1. 2013 ist der Mindestlohntarif für die im Haushalt Beschäftigten Österreichs in Kraft getreten, dessen § 3 lautet:

OGH präzisiert Grundsätze der Abgeltung von Bereitschaftszeiten bei Kleinkindern.

„Ist der/die AN/in zur Inanspruchnahme einer vereinbarten Wohnung und/bzw. Verpflegung nicht in der Lage (zB Dienstverhinderung durch Krankheit, Verzicht auf Dienstleistung während der Kündigungsfrist, bei begründetem vorzeitigem Austritt und bei unbegründeter fristloser Entlassung, Urlaub), so sind diese Sachbezüge in Geld zu vergüten, bzw. pro Kalendertag in Höhe eines 30stel des für die Bewertung von Sachleistungen für die Sozialversicherung festgelegten Bewertungssatzes. Die einzelnen Bestandteile sind je nach Bezugsart in Bruchteilen zu berechnen [...]“

[Folgerungen für den zu beurteilenden Sachverhalt]

Mit dieser Regelung wird kein Anspruch auf die Beistellung von Sachbezügen normiert, sondern eine entsprechende Vereinbarung vorausgesetzt. Die Gewährung des Ersatzes für Naturalbezüge ist bei jenen Beschäftigten ein immanenter Bestandteil des hier zu berücksichtigenden tariflichen Mindestlohns, mit denen die Aufnahme in die Hausgemeinschaft des DG vereinbart wurde. Für deren Entlohnung ist allerdings nach § 2 A Mindestlohntarif ein Mindestgeldlohn festgesetzt, der umgerechnet nur einen erhebl. geringeren Stundenlohn ergibt als die in § 2 B normierten Stundensätze für die nicht im Haushalt aufgenommenen Beschäftigten.

Die Kl hat ihre Forderung ausschließl. auf die Variante einer fiktiven Beschäftigung iSd § 2 B des Mindestlohntarifs gestützt. Auch mit einer solchen Arbeitskraft kann neben dem Geldlohn noch zusätzlich die Bereitstellung von Mahlzeiten vereinbart werden. Bei diesem Sachbezug handelt es sich dann aber nicht um einen Teil des verpflichtenden tariflichen Mindestbezugs, sondern um eine vereinbarte Überzahlung.

[Bei Angehörigenpflege ist auf den objektiven Wert der erbrachten Leistungen abzustellen]

Für die Schadensberechnung bei Angehörigenpflege kommt es nach der ständigen, vom BerG ebenso wie in der Rev zit Rsp auf den objektiven Wert der erbrachten Leistungen an (RIS-Justiz RS0022789 [T 5, T 12]; 2 Ob 110/16 i), also darauf, welche Kosten die Befriedigung dieser Bedürfnisse durch professionelle Kräfte erfordern würde. Wie viel der Geschädigte einer Pflegekraft über das objektiv Erforderliche hinaus zusätzlich fiktiv zu bezahlen bereit wäre, ist nicht maßgeblich. Damit würde nämlich nicht der objektive Wert der erbrachten Leistung abgebildet, sondern eine Erhöhung des Ergebnisses der Berechnung in das Belieben des Geschädigten gestellt, der dafür lediglich – stets risikolos, da ja nur fiktiv und auf Rechnung des Bekl – eine besondere Großzügigkeit behaupten müsste.

[Keine Feststellungen zum lokalen Arbeitsmarkt]

Im vorliegenden Fall steht auch nicht fest, dass auf dem lokalen Arbeitsmarkt im Wohngebiet der Kl keine angestellte Pflegekraft zu den tariflichen Mindestbedingungen verfügbar gewesen wäre. Die Frage, ob in einem solchen Fall auch die fiktive Schadensberechnung auf der Basis eines höheren, ortsüblichen Entgelts vorzunehmen wäre (dafür zB *Huber*, Das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr, ÖJZ 2007/53, 631), ist daher nicht

zu beantworten. Auf Grundlage des vorliegenden Sachverhalts steht das rechtl. Ergebnis des BerG mit den in der hg. Judikatur entwickelten Richtlinien zur Berechnung des Geldwerts einer Angehörigenpflege im Einklang.

[Zur Rev der Bekl – Anfechtungsumfang zum Zuschlag für entgangene Freizeit]

Die RevSchrift der Bekl enthält zunächst unterschiedliche Angaben zum Anfechtungsumfang. Das RevInteresse wird im Rubrum und in der Einleitung mit € 30.968,54 sA angegeben. Tatsächlich hat das BerG aus dem von der RMWerberin angefochtenen Titel (10% Zuschlag vom Pflegekostenbetrag für entgangene Freizeit der Angehörigen) € 34.823,82 zuerkannt, wobei offenbar versehentlich unberücksichtigt geblieben ist, dass sich die Abweisung eines Teils der Pflegekosten auch auf die Höhe eines abgeleiteten prozentuellen Zuschlags auswirken muss. Die Rev weist darauf zwar nicht ausdrücklich hin, sie lässt aber in ihrer weiteren Begründung und insb. im RMA Antrag mit ausreichender Deutlichkeit erkennen, dass sie den strittigen Zuspruch zur Gänze bekämpfen will.

[Vorbringen der Bekl: Verantwortungsvolle Eltern würden auch ein gesundes Kleinkind unter drei Jahren keine Stunde ohne Aufsicht lassen]

Die Bekl bestreitet den Zuschlagsanspruch zum einen mit der Begründung, dass neben den zahlreichen Stunden der eigentlichen Pflege der Kl und den festgestellten Zeiten, zu denen die Eltern unabhängig davon jedenfalls zu Hause gewesen wären, gar kein Raum mehr für weitere bloße Bereitschaftsdienste verblieben sei. Zum anderen argumentiert sie, dass verantwortungsvolle Eltern auch ein gesundes Kleinkind unter drei Jahren keine Stunde ohne Aufsicht lassen würden, weshalb die bloße Anwesenheit eines Elternteils in diesem Alter überhaupt noch keinen schädigungskausalen Aufwand darstellen könne.

[StRsp des OGH]

Diese Ausführungen sind berechtigt.

Es entspricht der stRsp, dass bei der Pflege eines Verletzten neben den tatsächlichen Pflegeleistungen auch noch jene Zeit einen ersatzfähigen Schaden bildet, in der zwar keine konkrete Pflege und Betreuung notwendig ist, aber dennoch eine Betreuungsperson anwesend sein muss, etwa iS. einer Rufbereitschaft oder um unvorhersehbar auftretende Betreuungsnotwendigkeiten übernehmen zu können.

Handelt es sich bei der Betreuungsperson um im selben Wohnverband lebende Angehörige, dann sind Zeiten, während derer die Pflegepersonen jedenfalls zu Hause wären (während der Nacht, zur eigenen Hausarbeit, zur Einnahme der Mahlzeiten etc), als Zeiten der reinen Anwesenheit bzw. Bereitschaft grds. nicht zu ersetzen, weil sie keinen konkreten Schaden darstellen (RIS-Justiz RS0022789 [T 3]; 2 Ob 49/98 i ZVR 1998/128; 2 Ob 176/05 d ZVR 2007/124 [*Huber*]; 2 Ob 110/16 i; *Veith*, Pflege von Verletzten durch Familienangehörige. Ein Überblick über die einschlägige Rsp des OGH, ZVR 2014, 112 [113]). →

[Kumulative Voraussetzungen für Abgeltung von Bereitschaftszeiten durch Angehörige im selben Haushalt]

Zeiten der erforderlichen Beaufsichtigung durch Angehörige sind zusammengefasst dann mit ihrem objektiven Wert ersatzfähig, wenn sie kumulativ folgende Kriterien erfüllen:

a) Der Angehörige wäre nicht sowieso zu Hause in der Umgebung des Geschädigten gewesen, sondern hätte diese Zeit sonst anderswo verbracht;

b) die Anwesenheit einer Aufsichtsperson war objektiv erforderlich, sodass in dieser Zeit eine bezahlte Pflegeperson eingesetzt werden hätte müssen, wenn der Angehörige nicht zur Verfügung gestanden wäre;

c) die Schadenszufügung ist für das Anwesenheits-erfordernis kausal.

Fehlt es auch nur an einer dieser Voraussetzungen, dann liegt überhaupt kein (konkret oder pauschal) ersatzfähiger Schaden vor.

Da es bei den für solche Zeiten von der Rsp zuerkannten Schadenersatzbeträgen nicht um einen im Freizeitverlust gelegenen immateriellen Schaden des Angehörigen, sondern um weitere Kosten des Geschädigten geht, die er ansonsten zur Entlohnung einer professionellen Pflegekraft aufwenden hätte müssen (2 Ob 226/07k ZVR 2009/206 [Huber]; 2 Ob 110/16i), müssen entsprechende Aufsichtsleistungen tatsächlich erbracht worden sein. Es genügt noch nicht, dass ein Verzicht auf Freizeitaktivitäten der pflegenden Angehörigen feststeht.

Haben die Angehörigen ihre geopferte Freizeit nämlich mit der eigentlichen Pflege und Betreuung des Verletzten verbracht, sind die fiktiven Kosten dafür bereits aus diesem Titel zu ersetzen. In diesem Fall gebührt dem Verletzten kein weiterer Zuschlag, weil die Pflegestunden dadurch im Ergebnis doppelt liquidiert würden.

Ein zusätzlicher Schaden für Aufsicht und Rufbereitschaft kann dem Geschädigten dementsprechend nur für jene Zeiten entstehen, die weder (schon als solche zu bezahlende) Pflege- und Betreuungszeiten noch (nicht ersatzfähige) Stunden der Sowieso-Anwesenheit eines Angehörigen sind.

[Anwendung auf den konkreten Sachverhalt]

Nach den hier getroffenen Feststellungen überschreitet der gesamte (verletzungskausale sowie altersbedingte) eigentliche Pflegeaufwand der Kl zusammen mit den festgestellten Zeitspannen, in denen sich ihre Eltern aus eigenwirtschaftlichen Gründen in der Wohnung aufgehalten haben, bei Weitem das Ausmaß von 24 Std. Darin spiegelt sich die überaus intensive Beanspruchung der Angehörigen der Kl wider, die zu jeder Tageszeit weit über das für Kleinkinder altersbedingt normale Maß hinaus versorgt werden musste.

[Auch dann keine Abgeltung von Bereitschaftszeiten, wenn Betreuung auf mehrere Personen verteilt]

Die Rev zeigt aber mit Recht auf, dass der gesamte zeitliche Betreuungsaufwand der Kl das Ausmaß von 24 Std pro Tag niemals überschreiten konnte. In diesem Zeitraum wurde sie lückenlos entweder unmittelbar gepflegt und betreut (ua auch unter Verzicht der Eltern auf Freizeitaktivitäten) oder aber von sowieso Anwesenden beaufsichtigt.

Das Argument des BerG, es sei hier deswegen noch Raum für weitere zu entschädigende Stunden, weil mehrere Personen aus dem Familien- und Bekanntenkreis an der Pflege der Kl beteiligt waren, ist nicht zielführend. Das Höchstausmaß der tgl Pflege-, Betreuungs- und Beaufsichtungsstunden wird nicht von der Anzahl der dafür eingesetzten Personen, sondern vom max möglichen Bedarf des Gepflegten bestimmt. Davon abgesehen verbleibt bei Einsatz einer größeren Zahl von Pflegepersonen jeder einzelnen davon nicht weniger, sondern mehr an Freizeit.

[Ersatzfähig lediglich der schadenskausale Betreuungsaufwand]

Im Übrigen ist die RevWerberin auch mit ihrem zweiten dargelegten Argument im Recht.

Der ersatzfähige Schaden eines Verletzten ist auf die kausalen Folgen des schädigenden Ereignisses beschränkt. Bei einem verletzten Kind ist zu berücksichtigen, dass es auch ohne Schädigung altersbedingt einer Pflege und Betreuung bedurft hätte, sodass nur der über das gewöhnl zu erwartende Maß hinausgehende Aufwand als verletzungskausal angesehen werden kann (vgl 8 Ob 81/16 v [erster Rechtsgang]; vgl insoweit auch § 4 Abs 3 BPGG).

[Auch gesunde Kinder in den ersten drei Lebensjahren bedürfen einer ständigen Beaufsichtigung]

Die stRsp zur Ersatzfähigkeit von Zeiten des Freizeitopfers der Angehörigen, auf die sich die Klage zur Begründung ihrer Forderung beruft, ist zur Pflege bereits erwachsener Personen ergangen, die ohne Schädigung keiner Beaufsichtigung oder Rufbereitschaft durch Dritte bedurft hätten. Mit der Anspruchsberechtigung eines Kleinkindes hatten sich diese Entscheidungen jeweils nicht auseinanderzusetzen (2 Ob 49/98 i; 2 Ob 152/99 p; 2 Ob 99/02 a; 6 Ob 149/14 a; 2 Ob 110/16 i).

Es ist der Bekl beizupflichten, dass verantwortungsvolle Eltern ein Kind bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres wegen einer Vielzahl möglicher Gefahrenquellen, denen es auf seinem Entwicklungsstand noch nicht gewachsen ist, niemals alleine in der Wohnung lassen würden. Es ist davon auszugehen, dass auch die Kl in den verfahrensgegenständlichen ersten drei Jahren ständig beaufsichtigt worden wäre, wenn sie keine Schädigung erlitten hätte.

Der Rev der Bekl war daher Folge zu geben.

das Pflegegeld im Vergleich zum anfallenden Bedarf sind, macht die konkrete Entscheidung deutlich, nämlich (gerundet) € 4.200,- von € 277.000,-, somit gerade



Anmerkung:

Die Pflege einer Person führt zu beträchtlichen Kosten. Wie homöopathisch gering die Ersatzleistungen durch

einmal 1,5%. Die Abgeltung für drei Jahre zusätzlicher Pflege zwischen 12,3 und 13,5 Std pro Tag belief sich – unstreitig – auf € 273.000,-, somit gerundet auf € 91.000,- pro Jahr, etwas weniger als € 7.600,- pro Monat oder einer Abgeltung pro Stunde von € 20,-. Das klingt viel, ist aber durchaus moderat, bedenkt man, dass die Arbeitskraftkosten pro Stunde, worauf es ankommt, nicht mit dem (Netto-)Stundenlohn zu verwechseln sind. Urlaub, Krankheit und Feiertage sind ebenso zu berücksichtigen wie Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Rechnet man das alles zusammen, ergibt das ohnehin kaum mehr als den Mindestlohn – und das für eine professionelle Pflegekraft.

Gestritten wird in concreto um Details der Ermittlung des Ersatzes, die sich freilich – für drei Jahre – auf immerhin auf mehr als € 93.000,- belaufen. Betont sei, dass der OGH deutlich näher an den wahren Kosten ist als der deutsche BGH (6. 11. 2018, VI ZR 518/16 ZVR 2019/102 [Ch. Huber]), der jüngst eine Zurückverweisung veranlasste, um zu prüfen, ob nicht auch ein Stundenlohn von € 6,- für die Betreuung bzw € 3,- für Bereitschaftszeiten ausreichend sein könnten, ein Entgelt, für das man nicht einmal in Polen Schwarzarbeiter beschäftigen kann, allenfalls im Baltikum oder in der Ostukraine.

Die Frage der Abgeltung des Sachbezugs für die Bereitstellung von Mahlzeiten konnte der OGH letztendlich offenlassen, weil es an einem ausreichenden Vorbringen fehlte. In erster Instanz hatte das LG Linz zu entscheiden; der Sachverhalt spielt somit in der wirtschaftlich pulsierenden Region der oberösterreichischen Landeshauptstadt. Es ist nicht nur gut möglich, sondern durchaus wahrscheinlich, dass man auf dem lokalen Markt keine Pflegekraft bekommt, der man nicht mindestens auch eine Verpflegung zusätzlich zum Geldlohn anbietet. Die autobiografische Erfahrung des Verfassers dieser Zeilen ist die, dass man eine Professorenstelle an der Universität innerhalb von 14 Tagen besetzt bekommt, während die Suche nach einer – auch über den Marktkosten entlohnten – Putzhilfe Wochen und Monate in Anspruch nimmt. Eine passende Pflegekraft zu finden, wird eher noch schwieriger sein. Man darf gespannt sein, wie der OGH in der nächsten Entscheidung bei entsprechendem Vorbringen entscheiden wird. Es gibt mE keinen sachlichen Grund, einen anderen Bewertungs-

maßstab als den des Marktes zugrunde zu legen (so bereits Ch. Huber, ÖJZ 2007, 631 ff). Womöglich stellen sich derartige Fragen dann nicht, wenn die verletzte Person die Pflegepersonen als AN anstellt, was freilich gerade bei einem mj Kind nicht ohne Komplikationen ist.

Bei der Frage der Abgeltung von Bereitschaftszeiten verweist der OGH im Ausgangspunkt zu Recht darauf, dass verantwortungsvolle Eltern ein bis zu dreijähriges Kind auch dann nicht unbeaufsichtigt ließen, wenn es gesund wäre. Insoweit fehlt es an der Schadenskausalität. Die Rsp, die darauf abstellt, ob die Betreuungsperson ansonsten „Outdoor-Aktivitäten“ unternommen hätte, wurde von mir an anderer Stelle (ÖJZ 2007/53, 632) als „anwaltliche Kreativitätsprämie“ gegeißelt. Der OGH (16. 5. 2017, 2 Ob 110/16 i ecollex 2017/300) hat eine Abkehr von dieser kritikwürdigen Rsp erwogen, konnte das aber in dieser Entscheidung – mangels ausreichenden Vorbringens – offenlassen.

Wer Nacht für Nacht aufstehen muss, um sich um eine betreuungsbedürftige Person zu kümmern, noch dazu, wenn nicht feststeht, wann und wie oft das der Fall sein wird, in einem solchen Fall ist es nicht sachgerecht, lediglich eine Abgeltung für konkrete Verrichtungen zu gewähren. Vielmehr ist die gesamte Bereitschaftszeit abzugelten, wie das bei einem Feuerwehrmann und der Verkäuferin einer Boutique ganz selbstverständlich ist, dass diese zu entlohnen sind, auch wenn es gerade nicht brennt oder keine Kunden im Geschäft sind.

ME wäre der maßgebliche Referenzmaßstab das gesunde Kind. Dieses schläft aber ab einem gewissen Alter durch. Die Phase, in der das nicht der Fall ist, bewältigen die Eltern, weil sie von der Euphorie des eigenen – gesunden – Kindes beseelt sind und die berechtigte Hoffnung haben, dass diese Phase alsbald zu einem Ende kommt. Bei einem lebenslang pflegebedürftigen Kind ist demgegenüber eine völlig andere Situation gegeben. Es sei an dieser Stelle an den OGH appelliert, dass er sich einen Ruck gibt und von seiner insoweit zu restriktiven Rsp abrückt; zum Nachdenken hat er schon angesetzt. Der jeweilige Geschädigtenanwalt sollte aber durch ein ausreichendes Vorbringen dem OGH Gelegenheit geben, neue Wege zu beschreiten.

Christian Huber,
RWTH Aachen



→ Wrongful birth – Familienbeihilfe und Pflegegeld

§§ 1295 ff, 1325 ABGB; § 1 BPGG; § 12 a FLAG; § 33 Abs 3 EstG 1988

Die Eltern eines behinderten Kindes, dessen Beeinträchtigung während der Schwangerschaft aufgrund eines ärztlichen Fehlers nicht entdeckt wurde, haben Anspruch auf Ersatz des gesamten, aus der Pflege und Betreuung des Kindes resultie-

renden Aufwandes in Geld. Die für das Kind bezogene und an einen Elternteil ausbezahlte – erhöhte – Familienbeihilfe mindert den Schadenersatzanspruch der Eltern nicht, wohl aber ein vom Kind bezogenes Pflegegeld, in dessen Ausmaß das Kind seinen Pflegeaufwand selbst finanzieren kann, so dass sich der Pflegeaufwand der Eltern verringert.

Sachverhalt:

[Ärztlicher Kunstfehler]

Die Kl sind Eltern eines im Frühjahr 2014 geborenen Kindes, dessen Trisomie 21 wegen einer unterbliebenen Beratung und mangelnden Aufklärung über die Möglich-

keiten der Pränataldiagnostik unentdeckt geblieben war. Bei ausreichender Aufklärung hätte die Mutter eine Fruchtwasseruntersuchung durchführen lassen und bei Feststellung der Trisomie 21 das Kind nicht bekommen. Aufgrund der Behinderung bestehen seit der Geburt ausgeprägte Funktionsstörungen bzw Funktionseinschrän-

ZVR 2020/188

§§ 1295 ff, 1325 ABGB;
§ 1 BPGG;
§ 12 a FLAG;
§ 33 Abs 3 EstG 1988

OGH 23. 1. 2019,
1 Ob 203/18 m
(OLG Wien
9. 7. 2018,
13 R 9/18 s;
LGZ Wien
3. 11. 2017,
5 Cg 64/14 i)