

**URTEIL OLG BAMBERG VOM 28.06.2005 ( U 23/05 ) = VERSR 2005/33, S. 1593 FF.****Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige.**

Hardy Landolt \*

**\*\* HAVE 2006 Seite 238 \*\*****I. Sachverhalt**

1. Der Kläger hat am 13.06.1996 einen Verkehrsunfall erlitten und ist seither schwer behindert. Beim Verletzten liegt insbesondere eine Lernschwäche vor. Der Vater des Klägers hat 1999 seine Arbeitsstelle aufgegeben, damit er seinen Sohn betreuen kann. Die vom Vater seit 01.12.1999 erbrachten Dienstleistungen beinhalten insbesondere tägliche Lese-, Schreib- und Rechenübungen, Repetition der schulischen Lerninhalte, Erarbeitung und Fortentwicklung des Förderkonzeptes, Koordination mit den externen Förderungsmassnahmen und organisatorische Durchführung. Das Jahreseinkommen des Vaters belief sich an seiner alten Arbeitsstelle auf brutto jährlich DM 101 966.06. Der Kläger reichte beim zuständigen Landgericht ( LG ) eine Klage ein und machte den bis zum 31.03.2004 aufgelaufenen Verdienstaufschlag des Vaters geltend.

2. Der verletzungsbedingte Zeitaufwand für schulische Förderungsmassnahmen wurde vom LG auf zwei Stunden bzw. die effektive Unterrichtszeit pro Tag begrenzt. Zudem wurden nur die fiktiven Kosten einer externen Ersatzkraft, nicht aber der effektive Lohnausfall des Vaters als ersatzfähig qualifiziert, was einen Schadensbetrag von DM 147 000 (zwei Stunden × 50 DM × 30 Tage × 49 Monate) ergab. Von diesem Betrag wurden die Pflegeversicherungsleistungen und Vorschussleistungen der Beklagten abgezogen. Im Übrigen hat das LG die Klage abgewiesen. Vor dem Oberlandesgericht Bamberg (OLG) stritten sich die Parteien um die Frage, ob der Verdienstaufschlag des Vaters, den dieser infolge der Kündigung seines Angestelltenverhältnisses erlitten hat, oder lediglich die fiktiven Kosten einer stundenweise eingesetzten externen Ersatzkraft zu erstatten und ob auch Vorbereitungs- und Dokumentationszeiten zu entschädigen sind. Unbestritten war die grundsätzliche Haftung.

**II. Erwägungen****A. Ersatzfähigkeit von schulischen Förderungsmassnahmen**

3. Nach der Meinung des OLG hat der Verletzte grundsätzlich Anspruch auf eine Förderung, die seine Leistungsfähigkeit soweit als möglich dem Stand annähert, die er ohne das haftungsbegründende Ereignis bei normaler körperlicher und geistiger Entwicklung und normaler schulischer Ausbildung erlangt hätte (§ 249 S. 1 BGB). Ersatzfähig ist aber nur der *erforderliche*, nicht der tatsächlich geleistete Aufwand. Nicht zu entschädigen sind insbesondere unverhältnismässige Förderungsmassnahmen oder solche Massnahmen, die von den Eltern oder anderen Betreuungspersonen ohnehin erbracht worden wären.

4. Das OLG erachtete den Förderungsbedarf als rechtserhebliche Folge der Verletzung und die vom Vater des Klägers erbrachten schulischen Förderungsmassnahmen als wirksam und verhältnismässig. Das Gericht betonte, dass die umstrittenen Massnahmen dem verletzten Kind dazu dienten, einen altersentsprechenden Leistungsstand insbesondere im Lesen, Schreiben, Rechnen und hinsichtlich des Allgemeinwissens als Grundvoraussetzung für eine Berufsausbildung und eine spätere Erwerbstätigkeit zu erreichen.

5. Förderungsmassnahmen, die dazu dienen, unfallbedingte Gesundheitsschäden zu beheben, z.B. die Sprachstörungen zu lindern, die visuelle Informationsverarbeitung und die Konzentrationsleistung zu verbessern oder psychische Beeinträchtigungen auszugleichen, die auf den Unfallfolgen beruhen, stellen gemäss OLG eigentliche Behandlungsmassnahmen dar, weshalb die für den Ersatz von Heilungskosten anwendbaren Grundsätze heranzuziehen sind, um das Ausmass der Ersatzpflicht zu bestimmen.

**B. Ersatzfähigkeit des Verdienstaufschlages des Vaters**

6. Das LG hatte den Lohnausfall des Vaters als *nicht ersatzfähigen Drittschaden* betrachtet. Gegen diese

Auffassung wendet das OLG ein, dass die Rechtsprechung des BGH die Ersatzfähigkeit des Verdienstauffalls von besuchenden Angehörigen bejaht (BGH in: NJW 1991, S. 2340 = VersR 1991, S. 559 und BGHZ 106, 28 = NJW 1989, S. 766 = VersR 1989, S. 188), weshalb es nicht nachvollziehbar wäre, wenn der Verdienstauffall von betreuenden Angehörigen nicht zu entschädigen wäre. Zu ersetzen ist aber nicht der gesamte Bruttolohnausfall. Davon in Abzug zu bringen sind die mutmasslich anfallenden Lohnsteuern. Die Sozialversicherungsbeiträge sind demgegenüber als Aufwand zu berücksichtigen, da der betreuende wie der pflegende Angehörige keine Renteneinbusse erleiden soll (Urteil BGH vom 10.11.1998 (VI ZR 354/97) = VersR 1999, S. 252 = VRS 1999, S. 167).

**\*\* HAVE 2006 Seite 239 \*\***

### III. Bemerkungen

#### A. Ersatzfähigkeit und Rechtsnatur des Angehörigenbetreuungsschadens

7. Der Betreuungs- und Pflegeschaden umfasst die Kosten, die als rechtserhebliche Folge des Verlusts der Selbstversorgungsfähigkeit des Verletzten bzw. der verletzungsbedingten Dritthilfe entstehen. Der vorliegende Fall handelt vom *Angehörigenbetreuungsschaden*. Dieser wirft in mehrfacher Hinsicht heikle Fragen auf:

-- Kann für verletzungsbedingt erbrachte Dienstleistungen von Angehörigen, insbesondere Eltern, Ersatz verlangt werden oder ist von der grundsätzlichen Ersatzlosigkeit auszugehen, weil Eltern ihre Kinder ohnehin betreuen (müssen)?

-- Welches ist der "Schaden", wenn von der Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens auszugehen ist? Entspricht dieser den mutmasslichen Kosten einer externen Ersatzkraft oder der tatsächlichen Vermögensdifferenz, die bei den Angehörigen eintritt?

-- Wer ist für die Geltendmachung aktivlegitimiert? Der Verletzte oder der Angehörige?

8. Das OLG geht von der Ersatzfähigkeit des Angehörigenbetreuungsschadens bzw. des schulischen Betreuungsschadens aus und bestätigt damit die Rechtsprechung des Berner Appellationshofes (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394). Mit dieser Rechtsprechung wird indirekt zudem die Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens bestätigt, die nicht nur in der Schweiz (siehe Urteile BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 und HGer Zürich vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394), sondern auch in Deutschland (siehe Urteil BGH vom 08.06.1999 (VI ZR 244/98) = NJW 1999, S. 2819 = MDR 1999, S. 1137 = VersR 1999, S. 1156 = DAR 1999, S. 542) und Österreich (siehe Urteil OGH vom 26.05.1999 (5 Ob 50/99k) = ZVR 1999 Nr. 109, S. 375) lange Zeit umstritten war.

9. Die Rechtsnatur des Angehörigenschadens wird vom OLG in Übereinstimmung mit den vorerwähnten Präjudizen als *normativ* betrachtet: Die Ersatzfähigkeit hängt nicht davon ab, ob die Betreuungsleistungen von den Angehörigen entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden. Besteht ein *verletzungsbedingter Betreuungsbedarf* und wurde dieser von Angehörigen bzw. Eltern abgedeckt, ist dafür Ersatz zu leisten. Der normative ist dabei vom fiktiven Personenschaden abzugrenzen. Beim *fiktiven Personenschaden* wird für einen nicht entstandenen Mehrbedarf, z.B. Kosten einer unterbliebenen Operation, beim *normativen Personenschaden* für unentgeltliche Dienstleistungen Ersatz gefordert. Der fiktive Personenschaden ist nicht entschädigungspflichtig; so kann insbesondere für die mutmasslichen Kosten einer zwar verletzungsbedingt notwendigen, aber nicht durchgeführten Operation kein Ersatz verlangt werden (siehe z.B. Urteil BGH vom 14.01.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, 14 = NJW 1986, S. 1538 = MDR 1986, S. 486 = JZ 1986, S. 638 E. II/2b).

10. Unausgesprochen geht das OLG von der *Aktivlegitimation des verletzten Kindes* aus, den *Verdienstauffall des Vaters* geltend zu machen. Die schweizerische Rechtsprechung erachtet zwar Angehörige von schwerverletzten Personen, auch Eltern (BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7, 116 II 95 E. 2c und Urteil BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) E. 2.2), gestützt auf Art. 49 OR als in eigenem Namen genugtuungsberechtigt, verneint aber - implizit - die Aktivlegitimation der Angehörigen in Bezug auf den Vermögensschaden, den sie als rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses erleiden. Wenn nahe Angehörige durch das haftungsbegründende Ereignis selbst eine Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 49 OR erleiden, sind sie gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 28 ZGB schadenersatzberechtigt. Diese widersprüchliche Rechtsprechung ist *de lege ferenda* im Sinne der umfassenden *Aktivlegitimation der geschädigten Angehörigen* zu ändern, sofern weiterhin der Verdienstauffall entschädigungsfähig betrachtet wird (infra Rn. 30 ff.).

11. Der Ersatz des Vermögensschadens der Angehörigen wurde von der älteren Rechtsprechung vom Vorliegen der Voraussetzungen der *Geschäftsführung ohne Auftrag* abhängig gemacht ( BGE 97 II 259 E. 2-4; ferner Urteil BGH vom 12.12.1978 (VII ZR 91/77) = NJW 1979, S. 598). Die neuere Rechtsprechung hat sich davon distanziert und geht von der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit von Betreuungs- und Pflegedienstleistungen von Angehörigen bzw. Eltern aus (Urteil BGER vom 26.03.2002 ( 4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394, HGer Zürich vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 und ferner BGER vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999, S. 890). Im Interesse einer kohärenten Rechtsprechung ist auch der *Besuchsschaden* von Angehörigen als Anwendungsfall des Betreuungs- und Pflegeschadens zu betrachten und nicht mehr länger von den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag abhängig zu machen (entgegen BGE 97 II 259 E. 2-4).

**\*\* HAVE 2006 Seite 240 \*\***

## **B. Umfang der ersatzfähigen Betreuungsleistungen**

12. Der Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit des Verletzten bzw. die verletzungsbedingte Dritthilfe kann verschiedene Handreichungen erforderlich machen:

- Pflegeleistungen (Grund- und Behandlungspflege),
- Betreuungsleistungen,
- Überwachungs- und Präsenzleistungen,
- hauswirtschaftliche Dienstleistungen.

13. Bei den Betreuungsleistungen sind interne und externe bzw. unmittelbare und mittelbare Dienstleistungen zu unterscheiden. Die *internen Betreuungsleistungen* erfolgen in der Wohnung des Geschädigten, während die *externen Betreuungsleistungen* ausserhalb erbracht werden. Letztere fallen z.B. bei der ausserhäuslichen Begleitung des Verletzten oder bei dessen Betreuung am Arbeitsplatz an. Als *unmittelbare Betreuungsleistungen* lassen sich Dienstleistungen qualifizieren, welche die Kompensation eines verletzungsbedingten Funktionsdefizits betreffen. Die Hilfe bei der Verrichtung alltäglicher Lebensverrichtungen (siehe z.B. Art. 9 ATSG) ist ein Beispiel dieser Kategorie von Betreuungsleistungen. Dient die Betreuung ausnahmsweise nicht der Kompensation einer beeinträchtigten Selbstversorgungsfunktion, sondern fällt diese verletzungsbedingt zusätzlich an, so z.B. wenn Hilfsmittel unterhalten oder hauswirtschaftliche Mehrleistungen erbracht werden müssen, ist sie mittelbare Folge der erlittenen Verletzung (*mittelbare Betreuungsleistungen*).

14. Der vom OLG beurteilte Fall betraf den internen bzw. unmittelbaren Betreuungsbedarf. Die Rechtsprechung bejaht aber auch die Ersatzfähigkeit der anderen Kategorien von Betreuungsschäden. Ersatzpflichtig ist namentlich die externe Betreuung von *Erblindeten* (Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4.5.1, S. 42 (Röhrenblick) und BGE 35 II 405 E. 4), von *Gelähmten* bzw. zur Fortbewegung auf einen Rollstuhl angewiesenen Geschädigten (Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, ferner Urteil OGer ZH vom 08.12.1995 = ZR 1997, S. 2 ff.) und von *Kindern* (Urteile Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 E. 10 (Schulwegbegleitung) und KGer VS vom 01.12.1978 i.S. Jordan c. Mutuelle Vaudoise = RVJ 1979, S. 322 = SG 1978 Nr. 30 E. IV).

15. Nach der schweizerischen Praxis ist auch der *Überwachungs- und Präsenzzeitaufwand* entschädigungspflichtig (Urteile HGer ZH vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. V (Präsenzzeitaufwand der Mutter von täglich 4,5 Stunden), OGer LU vom 13.10.2004 (11 03 117) i.S. Erben von M.M. E. 4.3 und AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4.2 bzw. C/4.5.2 (5,5 Stunden pro Tag)).

16. Eine Ersatzpflicht besteht in diesen Fällen nur für *wirksame, notwendige und angemessene Dienstleistungen*. Das OLG hat denn auch zu Recht einlässlich geprüft, ob der vom Vater erbrachte heilpädagogische Unterricht wirksam und notwendig war. Es bejahte sowohl die Wirksamkeit als auch die Notwendigkeit, schloss sich aber insoweit der Vorinstanz an, als es in zeitlicher Hinsicht die Notwendigkeit nur bis zum 31.03.2004 bejahte.

## **C. Ohnehinbetreuungsbedarf bei Kindern**

17. Die Angehörigen bzw. Eltern sind gegenüber dem Geschädigten beistandsverpflichtet, nicht aber gegenüber

dem Haftpflichtigen schadenminderungspflichtig. Beistands- und Schadenminderungspflicht stehen nicht in einem Bedingungsverhältnis zueinander ( BGE 127 III 403 E. 4b/bb , 57 II 180/184 und 28 II 200 E. 5 sowie Urteil OGer ZH vom 21.04.1972 = ZR 1972 Nr. 72 E. 6). Sowohl der Adressat als auch der Begünstigte sind in beiden Fällen andere Personen. Im ersten Fall stehen sich Geschädigter und Angehöriger, im zweiten Fall Geschädigter und Ersatzpflichtiger gegenüber. Der Geschädigte kann deshalb für alle notwendigen Pflege- und Betreuungsmehrleistungen, die Angehörige als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses erbringen, grundsätzlich uneingeschränkt Ersatz verlangen.

18. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht bei einer unentgeltlich ihrem Ehemann pflegenden Ehefrau festgestellt, dass der Haftpflichtige die familiäre Beistandspflicht nicht als Schadenreduktionsgrund ins Feld führen könne (BGE 28 II 200 E. 5). Die seitherige Rechtsprechung hat am *Grundsatz der Totalreparation im innerehelichen Verhältnis* festgehalten (z.B. Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1, S. 43 ff., und Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4, S. 39 ff. (Konkubinatspartner, der seine 50%-Teilzeitstelle aufgeben hat, um den Geschädigten zu betreuen, und diesen hernach heiratet)).

19. Eine uneingeschränkte Ersatzpflicht für den Betreuungs- und Pflegeschaden gilt auch im *Verhältnis zwischen Eltern und (erwachsenen) Kindern* (statt vieler Urteil BGer vom 26.03.2002 ( 4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394, BGE 97 II 259 E. 3 (Betreuung und Pflege erwachsener Kinder)

**\*\* HAVE 2006 Seite 241 \*\***

sowie Urteil BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 (Betreuung und Pflege eines unmündigen Kindes durch Eltern)). Dieser Auffassung hat sich das OLG explizit angeschlossen.

20. Anderer Auffassung ist der Berner Appellationshof, der unter Hinweis auf Art. 276 ZGB den Haftpflichtigen zu Lasten der beistandsverpflichteten Eltern entlastet und von der Nichtersatzfähigkeit des unfallbedingten Betreuungs- und Haushaltsmehraufwandes ausgeht, soweit dieser nicht unbedingt notwendig bzw. nicht übermässig ist (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 E. 6 und 9). Der Berner Appellationshof hat festgehalten, dass "von den Eltern für eine gewisse Zeit sogar ein ganz erheblicher zusätzlicher Betreuungsaufwand verlangt werden" darf und Umdispositionen als Folge eines früheren Aufstehens des Kindes, der erhöhte Zeitaufwand wegen vermehrter Aufmerksamkeit sowie der Mehraufwand für Toilette und Anziehen deshalb nicht ersatzpflichtig sind (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 E. 9).

21. Damit verkennt der Berner Appellationshof aber, dass aus der Beistandspflicht keine Schadenminderungs- bzw. Schadenselbsttragungspflicht abgeleitet werden darf. *Der Grundsatz der Totalreparation gilt auch für kleine Kinder: Entschädigungspflichtig sind sämtliche durch das haftungsbegründende Ereignis verursachten notwendigen und angemessenen Betreuungs- und Pflegeleistungen der Eltern, die ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses nicht erbracht worden wären.* Dem Berner Appellationshof ist insoweit zuzustimmen, als er von der *Nichtersatzfähigkeit des Ohnehin-Schadens* ausgeht. Dienstleistungen, die ohnehin, d.h. ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses, erbracht worden wären, z.B. die Mithilfe des Ehemannes beim Eincremen der Ehefrau (Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1), sind nicht ersatzfähig. Ein Ohnehinaufwand liegt namentlich auch bei kleinen Kindern vor, die verletzungsbedingt Hilfe benötigen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aber ohnehin der Hilfe und Betreuung durch Eltern bedurft hätten. Ersatzpflichtig ist in solchen Fällen nur der *verletzungsbedingte Mehraufwand* (siehe Art. 39 Abs. 2 IVV).

22. Bei Kindern, namentlich auch Säuglingen, besteht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge kein *Behandlungspflegebedarf* nach der Geburt. Ist bei Kindern verletzungsbedingt eine Behandlungspflege notwendig, so darf kein Abzug für einen Ohnehinaufwand gemacht werden. Abgrenzungsprobleme stellen sich demgegenüber bei der Grundpflege bzw. Betreuung, da Kleinkinder alltägliche Lebensverrichtungen nicht selbstständig ausführen können. Die Hilfsbedürftigkeit bei der Verrichtung der Grundpflege ist bei Säuglingen am grössten und nimmt hernach mit zunehmendem Alter ab. Das *Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH)* umschreibt den diesbezüglichen Mehraufwand - im Zusammenhang mit der Bestimmung der Hilflosigkeit - eingehend in Anhang III. In Anlehnung an diese verwaltungsinterne Weisung ist davon auszugehen, dass ein *Grundpflege- bzw. Betreuungsschaden* in den ersten neun Lebensmonaten gänzlich ausgeschlossen ist. In der Zeitspanne zwischen zehn Monaten und dem achten Lebensjahr kommt ein Grundpflege- bzw. Betreuungsschaden in Frage, doch muss ein angemessener *Ohnehinaufwandabzug* gemacht werden. Nach Erreichen des achten Lebensjahres ist ein Abzug nicht mehr gerechtfertigt. Der Ohnehinabzug ist schematisch vorzunehmen: im ersten Lebensjahr <sup>7/</sup> 7, im zweiten

Lebensjahr  $\frac{6}{7}$ , im dritten Lebensjahr  $\frac{5}{7}$ , im vierten Lebensjahr  $\frac{4}{7}$ , im fünften Lebensjahr  $\frac{3}{7}$ , im sechsten Lebensjahr  $\frac{2}{7}$  und im siebten Lebensjahr  $\frac{1}{7}$  des gesamten Betreuungs- und Grundpflegeaufwandes.

23. Ab dem achten Lebensjahr erbringen Eltern für ihre Kinder erfahrungsgemäss *Betreuungs- und hauswirtschaftliche Leistungen*. In der Literatur wird - im Zusammenhang mit dem Haushaltschaden - ein unterschiedlicher Ohnehinaufwand erwähnt. Die bei PRIBNOW V./WIDMER R. et al. (Die Bestimmung des Haushaltschadens auf der Basis der SAKE. Von der einsamen Palme zum Palmenhain, in: HAVE 2002, S. 24 ff., 37 ff.) abgedruckten Tabellen unterscheiden den Betreuungsaufwand der bis Sechsjährigen, den Betreuungsaufwand der älteren Kinder und schliesslich den Haushaltsaufwand von Erwachsenen. Der Betreuungsaufwand der Kinder hängt dabei von der Haushaltsgrösse und der Tätigkeit (Erwerbstätigkeit oder Hausarbeit) des betreuenden Elternteils ab. Bei den bis Sechsjährigen variiert der Betreuungsaufwand zwischen 108 und 51 Stunden pro Monat (Tabellen 3, 5 und 7), während er bei den älteren Kindern zwischen 89 und 29 Stunden pro Monat liegt (Tabellen 4, 6 und 8). Ein anderer Betreuungsaufwand ergibt sich, wenn ein Kind jünger und ein anderes Kind älter als sechs Jahre ist (Tabellen 9 ff.). Die Verwendung dieser statistischen Angaben wird dadurch erschwert, dass einerseits nicht klar gemacht wird, von welchem Lebensalter an von einem erwachsenen Kind ausgegangen werden muss und nur noch ein Haushaltsaufwand, nicht mehr aber ein zusätzlicher Betreuungsaufwand vorliegt, und andererseits der Betreuungsaufwand nicht in weitere Kategorien unterteilt ist. Insbesondere der übliche Zeitaufwand für die *Betreuung in schulischen Belangen*, wie sie im vorliegenden Fall zu beurteilen war, geht aus dem Tabellenwerk nicht hervor.

**\*\* HAVE 2006 Seite 242 \*\***

24. Für die Bestimmung des verletzungsbedingten Zeitaufwandes kommt deshalb, wie in dem vom OLG beurteilten Fall, von vornherein nur die *konkrete Methode* in Frage. Der Zeitaufwand für den verletzungsbedingt notwendigen Betreuungsbedarf ist im Einzelfall anhand der verfügbaren Beweise (Zeugen, Gutachten etc.) konkret festzustellen. Im Zusammenhang mit der schulischen Betreuung von Kindern stellt sich dabei vorab die Frage, welche elterlichen Dienstleistungen ersatzfähig sind: Nur die eigentliche Hilfe bei der Erledigung von Hausaufgaben, die Förderung des Kindes allgemein oder durch besondere Massnahmen, die Begleitung auf dem Schulweg etc.? Der Berner Appellationshof hat - trotz seiner restriktiven Praxis - den verletzungsbedingten *Mehrbedarf für Schulwegbegleitung* als vollumfänglich entschädigungspflichtig bezeichnet (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 E. 10). Im vorliegenden Fall hat das OLG nicht nur die *effektive Dauer des Nachhilfeunterrichts*, der vom LG mit zwei bis drei Stunden täglich angenommen wurde, sondern auch den *Zeitaufwand für die Vorbereitung und Dokumentation des Nachhilfeunterrichts* als ersatzpflichtig qualifiziert. Beide Gerichte haben sich jedoch nicht näher mit dem *Abzug für ohnehin von den Eltern erbrachte schulische Betreuung* befasst. Erfahrungsgemäss ist davon auszugehen, dass Eltern sowohl ihre kleinen Kinder auf dem Schulweg begleiten als auch die Erledigung von Hausaufgaben überwachen und mitunter gar behilflich sind. Wie hoch dieser Ohnehinzeitaufwand ist, wird in einem Präzedenzfall zu klären sein.

## **B. Ersatzpflichtiger Schaden**

25. Bei unentgeltlich erbrachten Dienstleistungen stellt sich die Frage, ob die *mutmasslichen Kosten einer externen Ersatzkraft* oder der *Verdienstaufschlag der betreuenden Angehörigen* massgeblich ist. Im Hinblick auf die Schadenminderungspflicht ist zudem zu klären, ob die jeweils *kostengünstigste Betreuungsform* zu wählen ist. Im zu besprechenden Fall stellten sich beide Fragen in extremis, weil der Vater einen hohen Monatslohn erzielte und zudem - als gesetzlicher Vertreter des Verletzten - "eigenmächtig" handelte.

26. Die Vorinstanz war der Auffassung, dass die tieferen Kosten einer externen Ersatzkraft zu entschädigen seien. Das OLG stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der effektive Schaden, mithin der Verdienstaufschlag, zu entschädigen ist. Es gelangte zu dieser Einsicht, indem es die Kosten einer stationären Unterbringung bzw. die Kosten eines externen Pädagogen mit dem Verdienstaufschlag des Vaters verglich. Es stellte sich dabei heraus, dass die Kosten einer stationären Unterbringung ähnlich hoch wie der Verdienstaufschlag des Vaters gewesen wären. In Bezug auf den Beizug eines externen Pädagogen zweifelten die Sachverständigen an der Realisierbarkeit, weil geeignete Fachkräfte vor Ort fehlten. Das OLG erwog zudem, dass der Beizug eines externen Pädagogen "eine deutlich höhere tägliche Stundenzahl" erfordert hätte und bei Annahme eines täglichen Mehraufwandes von vier Stunden die Kosten 6000 DM pro Monat (vier Stunden  $\times$  50 DM  $\times$  30 Tage) betragen hätten.

27. Das Bundesgericht geht - im Hinblick auf die Differenztheorie - ebenfalls von der *prioritären Entschädigungspflicht des Erwerbsausfalles der pflegenden und betreuenden Angehörigen* aus. Die mutmasslichen (tieferen) Lohnkosten einer Drittperson sind erst dann heranzuziehen, wenn der Verdienstaufschlag "wesentlich die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson" übersteigt (Urteil BGer vom

26.03.2002 ( 4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 E. 6b/aa; ferner Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4.3, S. 42 (Konkubinatspartner, der seine 50%-Teilzeitstelle aufgeben hat, um den Geschädigten zu betreuen)). Wann von einem wesentlich höheren Verdienstaustausfall auszugehen ist, hat das Bundesgericht noch nicht entscheiden müssen.

28. Im zu besprechenden Fall wurden die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft mit sicher monatlich 6000 DM bezeichnet, was gegenüber dem Bruttomonatslohn des Vaters von rund 8500 DM eine Differenz von 2500 DM oder 25% ausmacht. Damit wurde eine erste Wegmarke gesetzt, die allerdings insoweit zu relativieren ist, als das OLG betont, dass "der vorliegende Fall aufgrund seiner Besonderheiten nicht verallgemeinerungsfähig" ist und zudem die Ersatzpflicht befristet wurde. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte inskünftig den Vorbehalt der wesentlich tieferen Kosten einer Ersatzkraft konkretisieren werden. Eine allzu strenge Praxis ist nicht angebracht, weil der Geschädigte ein *persönlichkeitsgeschütztes Wahlrecht* hat, wie und vom wem er sich betreuen und pflegen lassen will. Die Schadenminderungspflicht ist deshalb auch im Verhältnis zwischen Eltern und verletztem Kind nicht anders auszulegen als bei anderen Geschädigten (Urteil OGH vom 26.05.1999 (5 Ob 50/99k) = ZVR 1999 Nr. 109, S. 375).

29. Bei der Festlegung der Ersatzfähigkeit des Verdienstaustalles hat das OLG erwogen, dass nicht der *Bruttolohnausfall* zu entschädigen ist. In Abzug zu bringen sind die mutmasslich anfallenden *Lohnsteuern*. Die *Sozialversicherungsbeiträge* sind demgegenüber als Aufwand zu berücksichtigen. Nach der deutschen Praxis ist deshalb der *Bruttolohn nach Steuern* massgeblich. Bislang ungeklärt sind die ersatzfähigen

**\*\* HAVE 2006 Seite 243 \*\***

Schadensposten nach schweizerischem Recht. Beim Erwerbsausfall des Verletzten ist nach Art. 46 OR der *Nettolohnausfall vor Steuern* zuzüglich eines allfälligen tatsächlichen Rentenausfalls zu entschädigen ( BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, S. 50 E. 2.2 und 2.3.2). Weder erfolgt eine Anrechnung von Steuervorteilen (Urteil BGer vom 13.12.1994 i.S. R.J.-T. c. Basler Versicherung = Pra 1995 Nr. 172 = JdT 1996 I, S. 728 E. 6a) bzw. eingesparten Sozialversicherungsbeiträgen (Urteil BGer vom 05.12.2002 ( 4C.275/2002) E. 2.2) noch werden nicht rentenbildende Sozialversicherungsbeiträge ( BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, S. 50 E. 2.2 und 3.3) entschädigt.

30. Diese Grundsätze sind analog auf den Verdienstaustausfall der betreuenden bzw. pflegenden Angehörigen übertragbar. Wird der Betreuungs- und Pflegeschaden weiterhin als Schaden des Verletzten betrachtet, gleichwohl aber der Verdienstaustausfall der Angehörigen ersetzt, hat dies zur Folge, dass der Schadenersatz, obwohl Surrogat von steuerpflichtigem Einkommen, nicht versteuert werden muss, weil er beim Geschädigten als Kostenersatz in Erscheinung tritt. Eine Steuerpflicht entsteht erst dann, wenn der Betreute dem Betreuer einen Lohn bezahlt bzw. gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR von einem Lohnanspruch auszugehen ist.

31. Der betreuende Angehörige erleidet durch die Liquidation seines Verdienstaustalles über den Verletzten auch Nachteile. Zunächst erfolgt eine *Schmälerung der Rentenanwartschaft*, weil die Sozialversicherungsbeiträge entfallen. Dieser Nachteil wird teilweise kompensiert, wenn Anspruch auf *Betreuungsgutschriften* besteht. Solche sind aber erst bei Geschädigten ab dem 16. Altersjahr möglich und setzen eine Hilflosenentschädigung beim Geschädigten sowie eine Wohngemeinschaft voraus (Art. 29 septies AHVG). Der weit grössere Nachteil tritt ein, wenn der Geschädigte verstirbt. Der noch nicht aufgebrauchte Verdienstaustausfall geht als Nachlass auf alle gesetzlichen Erben über; der betreuende Angehörige muss so seinen Verdienstaustausfall mit den anderen Erben teilen. Dieser Nachteil kann u.U. dadurch wettgemacht werden, dass der Angehörige, der den Verletzten betreut hat, nach dessen Tod wieder eine Erwerbstätigkeit aufnimmt.

32. Diese Nachteile können prima vista nur ausgeschlossen werden, wenn der betreuende Angehörige als aktivlegitimiert betrachtet wird und sein Verdienstaustausfall zu entschädigen ist. Diese vermeintliche Lösung ist aber mit weit grösseren *Nachteilen für den Geschädigten* verbunden, weil er - als Folge des Überentschädigungsverbots - in eigenem Namen keinen Ersatz der Betreuungs- und Pflegekosten mehr fordern könnte. Die *Dauer des mutmasslichen Verdienstaustalles des Betreuenden* und die *Dauer der Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit des Betreuten* unterscheiden sich zudem in aller Regel, namentlich dann, wenn die Eltern das verletzte Kind betreuen. Der mutmassliche Verdienstaustausfall der Eltern endet mit Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters; in diesem Zeitpunkt ist das Kind aber weder der Pensionierung nahe noch statistisch tot. Besteht eine lebenslängliche Drittabhängigkeit, so wird, wenn nur der Verdienstaustausfall bis zur mutmasslichen Pensionierung des Angehörigen bzw. Eltern entschädigt wird, ein wesentlicher Teil des Betreuungs- bzw. Pflegeschadens nicht ersetzt. Schliesslich hat der Geschädigte keine Gewähr, von seinen Angehörigen auf Dauer betreut und gepflegt zu werden.

33. Die einzig denkbare Lösung besteht nach der Auffassung des Referierenden deshalb darin, den

hilfsbedürftigen Geschädigten in Bezug auf den *zukünftig anfallenden Betreuungs- und Pflegeschaden* als aktivlegitimiert zu betrachten und für die Schadenberechnung nicht auf den Verdienstausfall des Angehörigen, sondern in erster Linie auf die mutmasslichen Kosten einer externen Ersatzkraft abzustellen. So wird der Geschädigte in die Lage versetzt, sich eine bedarfsgerechte Betreuung und Pflege finanzieren zu können. Massgeblich sind deshalb die *Brutto-Bruttolohnkosten*, die bei der *Beschäftigung einer externen Ersatzkraft* bezahlt werden müssten. Verzichtet ein Angehöriger auf eine besser bezahlte Stelle, so kann deshalb grundsätzlich kein höherer Schaden geltend gemacht werden.

34. Ob diese Regel auch für den *aufgelaufenen bzw. befristeten Angehörigenbetreuungsschaden* gelten soll, ist eine offene Frage. Das OLG hat sie negativ beantwortet. Ob das mit den Besonderheiten des Falles bzw. der fehlenden Verfügbarkeit geeigneter Ersatzkräfte zusammenhing, oder generell gelten soll, konnten die Richter dahingestellt lassen. Die von ihnen getroffene Lösung, den nur vorübergehenden angefallenen Verdienstausfall des Vaters zu entschädigen, war als Ausnahme gerechtfertigt. Wären geeignete Hilfskräfte zur Verfügung gestanden oder hätte der zukünftige Betreuungsschaden zur Beurteilung angestanden, so hätte sich der Vater aber nach der vorliegend vertretenen Meinung mit dem mutmasslichen Bruttolohn eines Pädagogen begnügen müssen, der ihm gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR zugestanden hätte.

#### **Fussnoten:**

\* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter.

---

**Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.**