

# Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden – oder sogar beides?

Harig Landolt\*

Die Ersatzpflicht für den Schaden von Angehörigen eines Verletzten oder Getöteten ist seit je umstritten. Obwohl Art. 45 Abs. 3 von der Ersatzfähigkeit des materiellen Angehörigenschadens ausgeht, wird dieser von der Rechtsprechung und Lehre regelmässig als Reflexschaden bezeichnet. Beim immateriellen Angehörigenschaden anerkennt das Bundesgericht demgegenüber seit 1986 die Genugtuungsberechtigung auch von Angehörigen Schwerverletzter. Der vorliegende Beitrag widmet sich dem Angehörigenschaden und regt eine in sich schlüssige Haftungstheorie an. Der Autor vertritt die Auffassung, dass es sich beim Angehörigenschaden um einen mittelbaren Direktschaden handelt, dieser aber nur dann geltend gemacht werden kann, wenn der Verletzte kein überwiegendes Restitutionsinteresse hat. Ein solches besteht nicht für die Angehörigenunbill sowie den Besuchs- und den Versorgungsschaden beim nachträglichen Versterben.

## I. Einleitung

Tötung und Körperverletzung beeinträchtigen zwar in erster Linie den davon Betroffenen, schädigen in aller Regel aber auch dessen Angehörige. Mehrkosten fallen bei den Angehörigen im Zusammenhang mit Trauerfeierlichkeiten oder anlässlich von Besuchen des Verletzten im Spital, beim Umbau der gemeinsam bewohnten Wohnung etc. an. Denkbar sind ferner Einkommensausfälle, z.B. als Folge der Aufgabe einer Erwerbstätigkeit oder des Wegfalls von Geldzuwendungen, der Schmälerung von Rentenanwartschaften etc., oder andere Vermögensschäden. Schliesslich belastet das «Schicksal», dass ein Mitglied der Familie verletzt oder getötet wird, die Angehörigen ungleich stärker als eine gewöhnliche Drittperson. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit der Angehörigenschaden zu ersetzen ist<sup>1</sup>.

Depuis toujours, la réparation du dommage subi par les proches d'une personne blessée ou tuée est controversée. Bien que l'art. 45 al. 3 CO permette l'indemnisation du dommage matériel des proches, la jurisprudence et la doctrine retiennent que ce dommage est un dommage réfléchi (ou dommage par ricochet). S'agissant du préjudice immatériel des proches en revanche, le Tribunal fédéral admet depuis 1986 qu'il doit être réparé lorsque la personne blessée l'est gravement. Consacrée au dommage des proches de la victime directe, cette contribution suggère une théorie pertinente en soi. En effet, l'auteur est d'avis que le dommage des proches est bien un dommage propre ; toutefois il ne peut être invoqué par les proches que si la personne blessée n'a pas elle-même d'intérêt prépondérant à sa réparation. C'est le cas du tort moral subi par les proches, du dommage dû aux visites rendues à la personne blessée et de la perte de soutien des proches en cas de décès subséquent de la personne blessée.

## II. Ersatzpflicht für den Angehörigenschaden

### A. Innerfamiliäre Ersatzpflicht

#### 1. Neutrale Ersatzpflicht

Wird eine Person geschädigt, bewirken *Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungspflicht*<sup>2</sup> oder *besondere Entschädigungspflichten*<sup>3</sup> einen innerfamiliären Schadenausgleich in Geld oder durch Naturalleistungen. Die Schadenausgleichspflicht der Angehörigen ist eine «neutrale», weil keine Haftung besteht. Als neutrale bzw. von Gesetzes wegen Ersatzpflichtige steht den Angehörigen für Schadenausgleichsleistungen ein *Regressrecht gegenüber vertraglich oder deliktisch Ersatzpflichtigen* zu<sup>4</sup>.

\* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Notar sowie Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich.

<sup>1</sup> Weiterführend DEUTSCH ERWIN, Familienrechte als Haftungsgrund in: VersR, 1993, 1 ff., EGLI JEAN-FRANÇOIS, De la réparation accordée à la famille du défunt et de l'invalidé en responsabilité civile. A propos de l'évolution récente de la jurisprudence, in: Problèmes de droit de la famille, Neuenburg 1987, 51 ff., GAUCH PETER, Familienschuldrecht in: Familie und Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag,

Freiburg i. Ü. 1995, 249 ff., HAUSHEER HEINZ, Neuere Entwicklungen beim Schadenausgleich im Bereiche der Familie, insbesondere zum Haushalt- und «Scheidungsschaden» in: Liber amicorum Pierre Widmer, Wien 2003, 113 ff. und JAYME ERIK, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Frankfurt a. M. 1971.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4, Art. 159 Abs. 3, Art. 272, Art. 285 Abs. 1 und Art. 328 ff. ZGB.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 334 f. und Art. 603 Abs. 2 ZGB sowie ferner Art. 164 f. ZGB.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 51 OR.

## 2. *Haftpflicht*

Von der neutralen Ersatzpflicht zu unterscheiden ist die Haftpflicht von Angehörigen, die vertragswidrig oder widerrechtlich familienintern einen Schaden verursachen. Das Bundesgericht hat die *prinzipielle Angehörigenhaftung* – entgegen anderer Verlautbarungen der Lehre<sup>5</sup> – bestätigt<sup>6</sup>. Zudem sieht der Gesetzgeber *besondere Haftungstatbestände* im innerfamiliären Verhältnis vor<sup>7</sup>. Bei der Gefährdungshaftung, namentlich der Motorfahrzeughaftpflicht, hat das Bundesgericht die Angehörigenhaftung des Halters ebenfalls bestätigt, aber festgehalten, dass bei der Zusprechung von Genugtuungen im innerfamiliären Verhältnis Zurückhaltung geübt werden soll<sup>8</sup>. Diese Zurückhaltung gilt bei der Delikts- oder Vertragshaftung nicht, da sie sonst zu einem *ungerechtfertigten Haftungsprivileg* führen würde<sup>9</sup>.

### B. *Ausserfamiliäre Ersatzpflicht*

#### 1. *Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht*

Die sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht nimmt auf den Angehörigenschaden bzw. die -haftung mehrfach Bezug. Einerseits kann der verletzte Versicherte für den Angehörigenschaden, insbesondere Besuchs- und Reisekosten<sup>10</sup> sowie Pflegeleistungen<sup>11</sup>, Ersatz verlangen. Der Angehörigenversorgungsschaden wird zudem mit Kinderzusatzrenten<sup>12</sup> bzw. Hinterlassenenrenten<sup>13</sup> abgegolten. Ausnahmsweise steht dem Angehörigen, der eine Schadenausgleichsleistung erbringt, direkt ein sozialversicherungsrechtlicher Anspruch zu<sup>14</sup>. Andererseits besteht ein Regressprivileg von haftpflichtigen Angehörigen<sup>15</sup>.

<sup>5</sup> Z.B. SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984, N 979 f., für den zumindest fraglich ist, ob zwischen Familienangehörigen, «wegen der Besonderheit der engen, persönlichen Beziehung, nicht grundsätzlich von einem absoluten, Personenschäden betreffenden Haftungsprivileg ausgegangen werden müsste».

<sup>6</sup> Siehe BGE 112 II 167 und 117 II 609 E. 4c/bb: «Aus der Tatsache, dass die haftpflichtrechtliche Inanspruchnahme von Familienangehörigen selten ist und im UVG das Haftungsprivileg unter Familienangehörigen im Gesetz verankert ist, kann ausserhalb des Sozialversicherungsrechts nicht ein für das gesamte Haftpflichtrecht geltendes Prinzip abgeleitet werden. Hiefür bedürfte es einer Änderung der allgemeinen Normen (Art. 41 ff. OR). BGE 112 II 167 ff. ist mit der angebrachten Präzisierung zu bestätigen.»

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Art. 92, Art. 295 und Art. 327 ZGB.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 115 II 156 E. 2a.

<sup>9</sup> Bei einer Vergewaltigung innerhalb der Ehe müsste beispielsweise *a priori* eine tiefere Genugtuung als in Vergewaltigungsfällen üblich bezahlt werden.

<sup>10</sup> Siehe Art. 90 Abs. 3 IVV und BGE 121 V 8 ff.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. Art. 11a IVG und Art. 18 Abs. 2 UVV.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. Art. 35 IVG.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 23 ff. AHVG, Art. 18 ff. BVG und Art. 28 ff. UVG.

<sup>14</sup> Z.B. eine Betreuungsgutschrift (vgl. Art. 29<sup>septies</sup> AHVG).

<sup>15</sup> Vgl. Art. 75 Abs. 2 ATSG sowie ferner Art. 63 Abs. 3 lit. b SVG und Art. 70 Abs. 4 lit. a SVG.

## 2. *Haftungsrechtliche Ersatzpflicht*

### i. *Allgemeines*

Um eine infinite Haftung zu verhindern, können indirekt Geschädigte bzw. Drittgeschädigte grundsätzlich keine Ersatzansprüche geltend machen (*Reflexschadenersatzverbot*)<sup>16</sup>. Von den *Reflexschäden* sind die *mittelbaren Direktschäden* zu unterscheiden, da «im schweizerischen Haftpflichtrecht nicht nur für den unmittelbaren, sondern auch für den mittelbaren Schaden haftet (wird), sofern dieser noch als adäquat kausale Folge des schädigenden Ereignisses erscheint»<sup>17</sup>. Keine Reflexschäden, sondern mittelbare Direktschäden stellen *Fernwirkungs- und Massenschäden* dar<sup>18</sup>.

### ii. *Rechtsnatur des Angehörigenschadens*

Der Angehörigenschaden befindet sich im Graubereich zwischen Reflex- und mittelbarem Direktschaden, da die Angehörigen zwar geschädigt, aber nicht selbst körper-, wohl aber persönlichkeitsverletzt sind. Die ältere Rechtsprechung ging davon aus, dass Angehörige von getöteten bzw. verletzten Personen einen eigenen Schadenersatzanspruch haben<sup>19</sup>. So wurde der zahlende Angehörige eines Getöteten als anspruchsberechtigt betrachtet<sup>20</sup>. Ebenso wurden die Kosten eines Ehemannes, der seine hospitalisierte Ehefrau besuchte, als ersatzpflichtig bezeichnet, jedoch die Aktivlegitimation der Ehefrau mit dem Hinweis verneint, der Ehemann sei schadenersatzberechtigt<sup>21</sup>.

In der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts ist das Bundesgericht dazu übergegangen, das Reflexschadenersatzverbot auch auf den *materiellen Angehörigenschaden* anzuwenden<sup>22</sup>. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung hat sich dieser Rechtsprechung (stillschweigend) angeschlossen und betrachtet den Angehörigenschaden, insbesondere auch den Versor-

<sup>16</sup> Siehe BGE 57 II 180/181, 63 II 18 E. 5, 71 II 225 E. 1, 82 II 36 E. 4a, 99 II 221 E. 2 und 101 Ib 252 E. 2a.

<sup>17</sup> BGE 118 II 176 E. 4c. Siehe ferner BGE 57 II 36 E. 2 («eine mittelbare Ursache, d.h. ein früheres Glied der Kausalkette» genügt) und 88 II 94 E. 4, wonach eine Haftung für mittelbaren Schaden nur dann ausgeschlossen ist, wenn eine explizite Gesetzesbestimmung besteht (bejaht für Art. 447, nicht aber für Art. 448 OR). Siehe ferner PVG 1975 Nr. 77 E. 4 (Leistungspflicht der Gebäudeversicherung für mittelbare Schäden).

<sup>18</sup> Vgl. z.B. den Fernwirkungschadenfall BGE 102 II 85 (Haftung für Stromunterbruch).

<sup>19</sup> Siehe BGE 23 II 1033 E. 6.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 57 II 53 E. 2.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 57 II 94 E. 3b. Ferner BGE 69 II 324 E. 3a.

<sup>22</sup> Z.B. BGE 101 Ib 252 E. 2, 99 II 221 E. 2, 97 II 259 E. 2–4, 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4a und 57 II 94 sowie Urteile BGer vom 20.07.2001 (5C.7/2001) E. 8b und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 3, S. 12 f. Nicht ersatzfähig sind insbesondere Vermögensausfälle, die ohne die Verletzung bzw. vorzeitige Tötung nicht eingetreten wären (Urteil BGer vom 28.04.1987 i.S. G. = RVJ 1989, 294 E. 3a [Verminderung der

# Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden?

gungsschaden<sup>23</sup>, nicht als einen Direktschaden der Angehörigen, sondern als einen *restriktiv zu interpretierenden Reflexschaden*<sup>24</sup>. Gleichwohl wird der Angehörigenschaden als ersatzfähig betrachtet und eine *Drittschadensliquidation* zugelassen. Nach der unlängst bestätigten Auffassung des Bundesgerichts ist der Verletzte gegenüber den geschädigten Angehörigen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) ersatzpflichtig<sup>25</sup>.

Die Angehörigen von Getöteten sind nach Art. 47 OR genugtuungsberechtigt. Das Bundesgericht geht in Bezug auf den *immateriellen Angehörigenschaden* generell von der Aktivlegitimation der Angehörigen aus. Entsprechend können auch Angehörige von Körper- oder Persönlichkeitsverletzten gestützt auf Art. 49 OR oder, wenn sie vom haftungsbegründenden Ereignis mittelbar selbst körperverletzt wurden, auf Art. 47 OR eine Genugtuung fordern<sup>26</sup>. Anspruchsberechtigt sind die *Angehörigen der Kernfamilie*, d.h. Ehegatten<sup>27</sup>, Verlobte bzw. Konkubinatspartner<sup>28</sup>, Eltern<sup>29</sup>, Nachkommen<sup>30</sup> sowie Geschwister<sup>31</sup>. Es spielt zudem

zukünftigen Erbschaft]); siehe aber BGE 97 II 222 E. 1c, wo beim Tod eines Selbstständigerwerbenden, der jeweils 40% des Einkommens in seine Unternehmungen investiert hatte, die Erwartung der überlebenden Ehefrau, vom Anstieg des Wertes der Beteiligung in Zukunft zu profitieren, als ersatzfähig betrachtet und bei der Berechnung des Versorgungsschadens berücksichtigt wurde.

<sup>23</sup> Dazu Art. 45 Abs. 3 OR.

<sup>24</sup> Statt vieler BGE 127 III 403 E. 4b/aa, Urteile BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001) = RJJ 2002, 135 ff. = JDT 2003 I, 547 ff. E. 4, vom 20.07.2001 (5C.7/2001) E. 8b und vom 18.01.2000 (4C.194/1999) = SVK 8/2000, 48 E. 2b, BGE 82 II 36 E. 4a, 57 II 180, 181 und 54 II 138 E. 3 sowie Urteil OGer TG vom 08.08.2002 = RBOG 2002 Nr. 8 = SJZ 2004, 244 E. 2; ferner statt vieler BREHM, BE-K, N 35 zu Art. 45 OR, KELLER MAX/GABI SONJA, Das Schweizerische Schuldrecht. Bd. II: Haftpflichtrecht. 2. A., Basel 1988, 93, OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, § 6 N 260, SCHNYDER, BA-K, N 7 zu Art. 45 OR, STARK EMIL W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht. Skriptum. 2. A., Zürich 1988, N 97 und ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, La perte de soutien, Diss. Neuenburg 1979, 20.

<sup>25</sup> Vgl. Urteil BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4 und BGE 97 II 259 E. III/2–4.

<sup>26</sup> Grundlegend BGE 112 II 118 E. 6 und 220 E. 2.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 112 II 220 E. 3 (Fr. 60 000.– für den Ehemann einer pflegebedürftigen Frau) und Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8 (Fr. 30 000.– für den Ehemann einer rollstuhlabhängigen, leicht hilfsbedürftigen Ehefrau).

<sup>28</sup> Vgl. BGE 114 II 144 E. 3a.

<sup>29</sup> Vgl. 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 (Mutter eines als Folge eines Arztfehlers hirngeschädigten Kindes). Siehe aber BGE 115 II 27 E. 1 und 2 (Genugtuungsanspruch des Vaters eines durch Selbstunfall der Mutter getöteten Kleinkindes verneint). Den Schwiegereltern steht kein Genugtuungsanspruch zu (BGE 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 5).

<sup>30</sup> Vgl. BGE 117 II 50 E. 3 und 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2, 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 4, 72 II 170 E. 9, 58 II 248 E. 2, 56 II 2127 E. 7 = Pra 1946 Nr. 117, Pra 1932 Nr. 124 und Pra 1930 Nr. 74. Es sind keine Gesamtgenugtuung, sondern Einzelgenugtuungen je Kind auszusprechen (BGE 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2).

<sup>31</sup> Geschwister sind genugtuungsberechtigt, sofern ein gemeinsamer Haushalt oder eine besonders starke Bindung besteht (vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7, 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 = ZBJV

keine Rolle, ob der immaterielle Angehörigenschaden durch ein widerrechtliches oder vertragswidriges Verhalten beim unmittelbar Verletzten verursacht wurde<sup>32</sup>. Voraussetzung einer *Angehörigenengugtuung nach Art. 49 OR* ist allerdings, dass der eigentlich Geschädigte eine schwere Körperverletzung<sup>33</sup> erlitten hat und der Angehörige infolgedessen gleich oder schwerer betroffen ist als im Fall der Tötung. Eine Betroffenheit wie im Todesfall kann ohne Weiteres auch bei minder schweren Körperverletzungen vorliegen, z.B. wenn die Eltern einen spektakulären Unfall ihres Kindes mitverfolgen, dieses aber nicht schwer verletzt wird. In solchen Fällen ist eine Genugtuung ebenfalls zuzusprechen, wenn die erlittene Unbill der Angehörigen (Schreck, Angst, Schmerz etc.) aufgrund der konkreten Umstände objektiv nachvollziehbar ist<sup>34</sup>.

Im Hinblick auf die in der neueren Rechtsprechung unverkennbare *Ausdehnung der Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens bzw. der Aktivlegitimation von Angehörigen verletzter Personen* macht es *de lege lata* keinen Sinn, den Angehörigenschaden haftungstheoretisch als Reflexschaden zu verstehen, gleichzeitig aber Aktivlegitimation der (mitgeschädigten) Angehörigen stetig auszudehnen bzw. den vermeintlich nicht ersatzfähigen Angehörigenschaden via eine Drittschadensliquidation gleichwohl zu ersetzen. Die Familie, vor allem die Kernfamilie von Ehegatten und Kindern, ist eine *ökonomische Produktionseinheit*. Die volkswirtschaftliche Wertschöpfung erfolgt dabei nicht nur im Zusammenhang mit entgeltlichen, sondern auch mit unentgeltlichen Dienstleistungen. An diese ökonomische Einheit knüpft die Rechtsordnung sowohl in finanzieller als auch nichtfinanzieller Hinsicht mehrfach an:

- Ehegatten, Eltern und Kinder sowie Verwandte in gerader Linie bilden eine Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungseinheit, die sich von familienfremden Dritten abgrenzt.
- Das eheliche Güterrecht sieht eine interne und externe Einheit des ehelichen Vermögens vor, die erst mit der Scheidung, dem Tod oder ausnahmsweise beim Eintritt der Gütertrennung aufgehoben wird. Das ZGB kennt sodann in Art. 335 ff. besondere Regeln für das «Familienvermögen» (Familienstiftung und Gemeinderschaft).

1994, 283 E. 3b/bb, 89 II 396 = Pra 1964 Nr. 31 E. 3, 64 II 62 = Pra 1937 Nr. 106, 63 II 220 = Pra 1938 Nr. 27 sowie Urteil BGer vom 07.11.2002 [6S. 700/2001] = Pra 2003 Nr. 122 E. 4.3).

<sup>32</sup> Vgl. BGE 116 II 519 E. 2c.

<sup>33</sup> Siehe z.B. den Anwendungsfall Urteil KGer ZG vom 23.08.1999 = plädoyer 1999/6, 57 ff. (Angehörigenengugtuung bei Schleudertrauma bejaht).

<sup>34</sup> Statt vieler BGE 112 II 118 E. 5.

- Die Einheit des Familienvermögens wird sodann im Erbrecht geschützt, das die Übertragung von Familienvermögen an Dritte zu Lebzeiten und beim Tod, zwar nicht absolut, aber doch erheblich einschränkt (Pflichtteilsschutz<sup>35</sup>, Herabsetzungsklage<sup>36</sup>, Verbot der Gläubigerbenachteiligung<sup>37</sup>).
- Das Steuerrecht beruht auf dem Grundsatz der Familienbesteuerung und vollzieht deshalb die ökonomische und rechtliche Einheit<sup>38</sup>.
- Ehe und Familienleben sind schliesslich grundrechtlich geschützt<sup>39</sup>; Familien sind zudem vom Staat zu fördern<sup>40</sup>.

Das Haftpflichtrecht muss – wie die übrige Rechtsordnung auch – die *Familie als Schadenseinheit* verstehen. Die unmittelbare Widerrechtlichkeit gegenüber dem Verletzten bzw. Getöteten hat insoweit auch eine Widerrechtlichkeit gegenüber den anderen Familienmitgliedern zur Folge (*Einheitstheorie; Reflexwiderrechtlichkeit*). Der Angehörigenschaden sollte deshalb generell als ersatzfähiger Direktschaden qualifiziert werden, wenn er als adäquate Folge des haftungsbegründenden Ereignisses, von dem ein anderes Familienmitglied direkt betroffen ist, eintritt.

### III. Haftungskonkurrenz zwischen Verletzten- und Angehörigenschaden

#### A. Allgemeines

Die *gleichzeitige Aktivlegitimation von unmittelbar und mittelbar Geschädigten* stellt eine *Haftungskonkurrenz* dar. Verletzten- und Angehörigenschaden sind zwar ersatzpflichtig, derselbe Schaden soll aber nicht doppelt entschädigt werden. Wer aber hat in Bezug auf welchen Schadensposten ein *überwiegendes Restitutionsinteresse*? Der Verletzte oder der Angehörige? Soll der verletzungsbedingt entstehende Einkommensausfall des Verletzten diesem als Lohnausfallschaden oder den Angehörigen als Versorgungsschaden zugesprochen werden? Wie ist die Beeinträchtigung, unentgeltlich Dienstleistungen für sich und Angehörige zu erbringen, abzugelten? Als Haushaltschaden des Verletzten oder als Versorgungsschaden der Angehörigen? Etc.

#### B. Mehrkosten

Die ältere Rechtsprechung erachtete die Angehörigen mit Bezug auf verletzungsbedingte Mehrkosten, insbesondere Besuchskosten, als aktivlegitimiert<sup>41</sup>. Die

neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass der Geschädigte gestützt auf die Geschäftsführung ohne Auftrag die Angehörigenkosten zu entschädigen hat. Dazu zählen z.B. Besuchskosten<sup>42</sup> und die Kosten des Umbaus des elterlichen Wohnhauses<sup>43</sup>. Mitunter wird aber (wieder) von der Aktivlegitimation der besuchenden Angehörigen ausgegangen<sup>44</sup>.

Eine Ersatzpflicht für Besuchskosten von Angehörigen setzt voraus, dass die Besuche notwendig und angemessen waren<sup>45</sup>. In BGE 97 II 266 E. 4 wurde festgehalten, dass die Anwesenheit Angehöriger bei Verletzungen als Folge von schweren Unfällen für die Heilung förderlich sei. Daraus leiten ein Teil der Lehre<sup>46</sup> und mitunter auch die Rechtsprechung<sup>47</sup> ab, dass für *medizinisch nicht indizierte Besuche* kein Ersatzanspruch besteht<sup>48</sup>. Die Notwendigkeit von Besuchen Angehöriger kann ohne Weiteres auch aus *nichtmedizinischen Gründen* gegeben sein, z.B. beim regelmässigen Bringen und Holen von persönlichen Effekten, im Zusammenhang mit der Erledigung von Alltagsgeschäften oder dem Erlernen der nach Spitalentlassung erforderlichen Pflege<sup>49</sup>.

Geschädigter und Angehörige haben zudem einen grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützten *Anspruch auf angemessenen Kontakt* miteinander<sup>50</sup>, weshalb Notwendigkeit und Angemessenheit nicht zu restriktiv zu handhaben sind. Aus dem Besuchsanspruch

<sup>35</sup> Vgl. Art. 471 ff. ZGB.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 527 ZGB.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 497 und 524 ZGB.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 5 und Art. 9 DBG sowie Art. 3 Abs. 3 StHG.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 und 14 BV, und Art. 8 Abs. 1 EMRK.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. c und e, 108 Abs. 4 und 119 Abs. 2 BV.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 69 II 324 E. 3a und 57 II 94 E. 3b.

<sup>42</sup> Siehe Urteil BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4 und BGE 97 II 259 E. 4; ferner Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 7b und Urteil OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. Kramis E. 3 (unter Hinweis auf Urteil KGer ZG vom 29.02.1996 i.S. Kramis).

<sup>43</sup> Vgl. BGE 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 8a bzw. Urteil Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B. K. gegen Association de Développement de Colombier und Kanton NE (Fr. 30 000.– für den Umbau des elterlichen Wohnhauses eines Querschnittgelähmten) und ferner Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 7e, S. 36 ff. (DM 17 000 für den Umbau des elterlichen Wohnhauses bei einem Paraplegiker).

<sup>44</sup> Vgl. Urteil AmtsGer Luzern-Stadt vom 17.06.2008 (11 06 14) E. 4.1 und LANDOLT, ZH-K, N 142 zu Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

<sup>46</sup> Z.B. NEUMANN-DUESBERG HORST, Krankenbesuchskosten als Heilungskosten in: NZV 1991, 455 ff., 455.

<sup>47</sup> Etwa Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und Urteile KGer VS vom 10./27.10.1989 i.S. X. (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist für die Heilung nicht erforderlich) und vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 5a/bb.

<sup>48</sup> So auch Urteil BGH vom 19.02.1991 (VI ZR 171/90) = NJW 1991, 2340 = MDR 1991, 729 = VersR1991, 559 und Urteil OLG Nürnberg (11 U 267/95) = AusR 1998, 3.

<sup>49</sup> Dazu BGE 108 II 422 bzw. das vorinstanzliche Urteil KGer TI vom 12.02.1982 i.S. X. Die Vorinstanz hat die Besuchskosten der Mutter in Höhe von über Fr. 30 000.– gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR im Umfang von Fr. 20 000.– als ersatzpflichtig erachtet, da die Mutter die Behandlung im Spital mitverfolgen musste, damit sie eine spätere Pflege zu Hause gewährleisten konnte.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 118 V 206 E. 3 und 4.

# Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden?

der Angehörigen folgt insoweit auch eine *Ersatzpflicht für Mehrfachbesuche*, z.B. von Eltern und Geschwistern des Geschädigten<sup>51</sup>. Da auch die Angehörigen besuchsberechtigt sind, spielt es keine Rolle, ob der Geschädigte bei Bewusstsein ist oder nicht<sup>52</sup>. Das zeitliche Intervall der ersatzpflichtigen Besuche ist einzelfallweise zu beurteilen. Kinder und Jugendliche, nahe Angehörige, insbesondere Ehegatten, sowie Schwerstverletzte sind dabei öfters, u.U. sogar mehrmals täglich<sup>53</sup> als andere Geschädigte zu besuchen<sup>54</sup>.

## C. Betreuungs- und Pflegeschaden

Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens schon im vorletzten Jahrhundert bejaht<sup>55</sup>. Soweit eine Ersatzpflicht für unentgeltlich erbrachte Dienstleistungen bejaht wird, stellt der Angehörigenschaden einen *normativen Schaden* dar<sup>56</sup>. Aktivlegitimiert ist der betreuungs- und pflegebedürftige Geschädigte und nicht der dienstleistende Angehörige<sup>57</sup>. Letzterer hat kein überwiegendes Restitutionsinteresse, weil nicht feststeht, dass er in der Lage ist, die erforderlichen Dienstleistungen bis zum Tod des Verletzten zu erbringen und diesem zudem ein Wahlrecht zusteht, von wem er sich betreuen lassen will.

Um den Marktwert von unentgeltlich erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen festzustellen, muss der für die Erbringung von Pflege und Betreuung notwen-

dige Zeitaufwand mit einem Stundenansatz multipliziert werden, der einer Fachkraft bezahlt werden müsste, die befähigt ist, die fraglichen Dienstleistungen auszuführen. Dabei müssen sämtliche Lohnnebenkosten berücksichtigt werden<sup>58</sup>. Ausnahmsweise sind die mutmasslichen Kosten bei einer stationären Unterbringung zuzusprechen, sofern beim Geschädigten in absehbarer Zeit eine Heimunterbringung erfolgen wird<sup>59</sup>.

## D. Erwerbsausfallschaden

Der Erwerbsausfallschaden besteht im Einkommensausfall, der als Folge einer Arbeitsunfähigkeit des Verletzten in Bezug auf die mutmasslichen Validenberufe eintritt. Das Erwerbseinkommen wird einerseits zur *Versorgung des Verletzten und seiner nahen Angehörigen* und andererseits für die *Äufnung von Sparvermögen* verwendet. Der Drittversorgungsausfallschaden von mutmasslich versorgten Personen ist ein mittelbarer Direktschaden<sup>60</sup>. Der Verletzte hat als Folge der Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungspflicht aber mit Bezug auf den Drittversorgungsausfallschaden ein überwiegendes Restitutionsinteresse, solange er lebt. Mit dem Tod entfällt das überwiegende Restitutionsinteresse; aktivlegitimiert sind die geschädigten Angehörigen<sup>61</sup>. Der *bis zum Tod angefallene Personenschaden*, insbesondere auch der Versorgungsschaden, geht nach der Meinung des Bundesgerichts auf die Erben des Verletzten über<sup>62</sup>. Schlagen Angehörige die Erbschaft aus, können sie deshalb keine eigenen Ansprüche für den Versorgungsausfall, den sie vom Zeitpunkt der Verletzung bis zum Tod erleiden, geltend machen<sup>63</sup>. Stirbt der Verletzte, fällt aber sein Restitutionsinteresse weg. Die Angehörigen können deshalb trotz Erbauschlagung den bis zum Tod entstandenen Versorgungsausfall, den sie in ihrer Person erlitten haben, geltend machen<sup>64</sup>.

<sup>51</sup> Siehe Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a (beide Eltern); a.A. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 7b, wonach nur Anspruch auf den Besuch durch einen Elternteil besteht.

<sup>52</sup> Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a sowie Urteil OLG Saarbrücken vom 23.10.1987 (3 U 176/85) = NZV 1989, 26 (dreiwöchige Besuche der Eltern eines komatösen Kindes); ferner NEUMANN-DUESBERG HORST (Fn. 46), 456 f.

<sup>53</sup> Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a (zwei Besuche pro Tag bei achtjährigem Kind).

<sup>54</sup> Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 23.03.1981 (12 U 880/80) = VersR 1981, 887 (18-jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschenkels hat wöchentlich Anspruch auf zwei Besuche der Eltern), a.A. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 7b (drei Besuche durch den Vater in einem Monat); ferner BGE 118 V 206 E. 4c (zwei Hin- und Rückfahrten je Kalendermonat).

<sup>55</sup> Siehe BGE 21, 1042/1050 (Pflege durch Ehefrau) und seither mehrfach bestätigt: BGE 28 II 200 (Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau), 33 II 594 (Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben durch Mutter), 35 II 216 (Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte), 97 II 259 (Pflege und Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter), 108 II 422 (Pflege und Betreuung einer 15-jährigen Tochter durch Mutter) sowie Urteile BGer vom 23.6.1999 i.S. P. St. (4C.412/1998) = Pra 1999, 890 (Pflege und Betreuung eines Knaben durch Eltern) und vom 26.03.2002 (4C.276/2001) i.S. Kramis = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394.

<sup>56</sup> Siehe Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) i.S. Kramis = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 E. 6b/aa.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

<sup>58</sup> Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] i.S. Kramis = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. 6c. Siehe ferner BGE 99 II 221 E. 2 und 35 II 216 (Kosten einer Pflegerin) sowie Urteile HGer ZH vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) i.S. Kramis = plädoyer 2001/6, 66 ff. und 2002/1, 67 ff. = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. V/2 (Kosten einer Krankenpflegerin) vom 20.10.1986 i.S. S. gegen W. (HG 286/80) E. 5.3 (Massgeblichkeit der Lohnsätze für Hausangestellte) sowie Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 5a/aa und 5b/bb (Kosten der Hausangestellten bzw. Pflegerin).

<sup>59</sup> Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 45 Abs. 3 OR.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 45 Abs. 3 OR. Der Versorgungsschadenersatzanspruch gemäss Art. 45 Abs. 3 OR entsteht nicht in der Person des Getöteten und geht auch nicht auf die Erben oder allfällige Mitversorger über (BGE 52 II 235 E. 4 sowie 34 II 9 E. 5 und 7).

<sup>62</sup> Vgl. BGE 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 E. 3a und 63 II 157.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 58 II 127 E. 4b und Urteil Cour de Justice Civile GE vom 03.05.1974 i.S. Ligue genevoise contre le Cancer c. Hoirs Wenger = SJ 1975, S. 55 E. XX.

<sup>64</sup> Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 1265 ff. zu Art. 46 OR.

### E. Haushaltschaden

Der Haushaltschaden umfasst den Eigenversorgungs- und den Drittversorgungsausfallschaden, der als Folge einer Hausarbeitsunfähigkeit des Verletzten in Bezug auf den mutmasslichen Validenhaushalt eintritt. Der *Drittversorgungsausfallschaden* für im selben Haushalt lebende Personen<sup>65</sup> ist ein mittelbarer Direktschaden, nach der Meinung des Bundesgerichts ein Reflexschaden, der ausnahmsweise zu entschädigen ist<sup>66</sup>. Wie beim Erwerbsausfall- hat der Verletzte auch beim Haushaltschaden ein überwiegendes Restitutionsinteresse und ist für den Drittversorgungsausfallschaden aktivlegitimiert<sup>67</sup>. Der Drittversorgungsausfallschaden, den nicht im selben Haushalt wohnende Personen, z.B. Freunde oder Nachbarn, erleiden, ist demgegenüber ein Reflexschaden. Der Verletzte erbringt derartige Hausarbeiten aus Gefälligkeit und zudem nicht an Stelle einer Erwerbsarbeit, sondern in der Freizeit. Von der Nichtersatzfähigkeit ist auch dann auszugehen, wenn es sich bei den Begünstigten um nahe Angehörige handelt. Der auf den Enkel entfallende Versorgungsaufwand ist nicht zu entschädigen, wenn die betreuende Grossmutter, die nicht im selben Haushalt wohnt, verletzt wird<sup>68</sup>.

### F. Affektionsschaden

Angehörige von Getöteten sind nach Art. 47 OR, Angehörige von Schwerverletzten nach Art. 49 OR genugtuungsberechtigt<sup>69</sup>. Wurde der Angehörige vom haftungsbegründenden Ereignis zudem selbst in rechtlich erheblicher Weise, z.B. als Insasse des Unfallfahrzeugs, verletzt, kann er gestützt auf Art. 47 OR zusätzlich eine Genugtuung infolge der selbst erlittenen Körperverletzung geltend machen<sup>70</sup>. Stirbt der Verletzte an den Folgen des haftungsbegründenden Ereignisses, erben die Angehörigen eine allfällige Genugtuung, die dem Getöteten wegen seiner Körperverletzung gestützt auf Art. 47 OR zustand. War die Verletzung des nachmalig Gestorbenen zudem schwer, steht den Angehörigen

gestützt auf Art. 49 OR eine zusätzliche Genugtuung zu. Die immaterielle Unbill der Angehörigen als Folge eines Unfalltods ist geringer als im Fall einer lebenslänglichen schweren Invalidität. Die Angehörigen-genugtuung nach Art. 49 OR ist insoweit *per se* höher als diejenige gemäss Art. 47 OR<sup>71</sup>. Die Verletztengenugtuung nach Art. 46 OR kann beim Tod des Verletzten mit der Angehörigen-genugtuung nach Art. 47/49 OR kumuliert werden. Die Verletztengenugtuung nach Art. 46 OR ist gegebenenfalls nach Massgabe der tatsächlichen Leidenszeit zu kürzen<sup>72</sup>. Genugtuungsmindernd kann ferner berücksichtigt werden, «ob der Ansprecher ohnehin einmal Erbe geworden wäre oder ob den Angehörigen durch den Todesfall Vorteile erwachsen, die ihnen bei einem natürlichen Ableben des Geschädigten aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zugefallen wären»<sup>73</sup>.

### IV. Schlussbemerkungen

Die *Familie* ist eine *Produktions- und Vermögenseinheit*. Die Tötung oder Verletzung eines Mitglieds dieser ökonomischen Einheit begründet eine *Widerrechtlichkeitsvermutung* für alle Familienmitglieder. Der Gesetzgeber anerkennt in Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR die Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens. Bei diesen Schadenersatznormen handelt es nicht um eine Ausnahme vom Reflexschadenersatzverbot, sondern um *besondere Haftungstatbestände der allgemeinen Personenschadenhaftung*. Die *Koordination der Ersatzansprüche der Familienmitglieder* erfolgt in Bezug auf identische Schadensposten nach Massgabe des *überwiegenden Restitutionsinteresses*. Entgegen der derzeitigen Praxis wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass der Körperverletzte kein überwiegendes Restitutionsinteresse in Bezug auf den *Besuchsschaden* hat und der bis zum *Tod angefallene Versorgungsschaden* von den Angehörigen auch dann geltend gemacht werden kann, wenn sie auf die Erbschaft verzichten.

<sup>65</sup> Die für die Haushaltschadenberechnung massgebliche SAKE-Erhebung ermittelt lediglich den Versorgungsaufwand der im selben Haushalt lebenden Personen. Bei der Ermittlung der im selben Haushalt lebenden Personen wird auf das Kriterium des gemeinsamen Telefonanschlusses abgestellt. Zu den im selben Haushalt lebenden Personen zählen deshalb auch Au-Pair-Angestellte, Untermieter und Studenten. Als Dritte werden Personen betrachtet, die einen eigenen Telefonanschluss haben, selbst dann, wenn sie zwei bis drei Tage pro Woche im Haushalt des Verletzten wohnen (Fragebogen SAKE 2006).

<sup>66</sup> Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, S. 65 = ZBJV 2003, 46 (Bemerkungen von Heinz Hausheer und Manuel Jaun) E. 4b/aa und 99 II 221 E. 2.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, S. 65 = ZBJV 2003, 46 (Bemerkungen von Heinz Hausheer und Manuel Jaun) E. 4b/aa.

<sup>68</sup> Vgl. Urteil OLG Celle vom 12.11.1981 (5 U 67/81) = VersR 1983, 40.

<sup>69</sup> Supra Ziffer II/B/2/i.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 101 II 346 = Pra 1975 Nr. 264 E. 8.

<sup>71</sup> Vgl. BGE 117 II 50 = Pra 1992 Nr. 140 E. 4a/aa und 113 II 323 E. 6.

<sup>72</sup> Vgl. BGE 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 E. 3 und Urteil BGER vom 24.09.2008 (1C\_106/2008) E. 5.2 ff. (Kürzung um 75%).

<sup>73</sup> BGE 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 E. 3a.