

Der Angehörigenschaden

Haftung für Schäden, die Angehörige einander zufügen oder die sie erleiden, weil ein anderer Angehöriger verletzt oder getötet wird.

Inhaltsverzeichnis

I. Phänomenologie des Angehörigenschadens	3
A. Allgemeines	3
B. Schädigung eines Angehörigen durch ein anderes Familienmitglied (interner Angehörigenschaden)	4
C. Schädigung eines Angehörigen durch einen Dritten (externer Angehörigenschaden)	4
II. Haftung für interne Angehörigenschäden	6
A. Prinzip der Familienhaftung	6
B. Spezialgesetzliche Haftungstatbestände	6
1. Haftung für Verlöbnißbruch (Art. 92 ZGB)	6
2. Haftung für nahehelichen Versorgungsausfall (Art. 125 ff. ZGB)	7
3. Haftung für Entbindungs- und Schwangerschaftskosten sowie den Kinderunterhalt (Art. 295 ZGB)	8
4. Haftung für Vermögensverwaltung (Art. 327 ZGB)	8
5. Haftung für ungenügende Beaufsichtigung (Art. 333 ZGB)	9
6. Gefälligkeitshaftung (Art. 422 OR)	11
C. Haftungsverschärfung	12
1. Allgemeines	12
2. Solidarhaftung	12
3. Keine Versicherungsdeckung	12
4. Verjährungsstillstand	13
D. Haftungsprivilegierung	14
1. Allgemeines	14
2. Direkte Haftungsprivilegierung	14
a) Sozialversicherungsrechtliches Haftungsprivileg	14
b) Haftpflichtrechtliches Haftungsprivileg	15
3. Indirekte Haftungsprivilegierung	16
a) Allgemeines	16
b) Privilegierte Anwendung einzelner Haftungsvoraussetzungen	16
(1) Widerrechtlichkeit	16
(2) Verschulden	17

c) Privilegierte Schadenersatzbemessung	18
(1) Gefälligkeit unter Angehörigen	18
(2) Selbstverschulden des getöteten bzw. verletzten Angehörigen	19
d) Regressprivileg	20
III. Haftung für externe Angehörigenschäden	22
A. Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens	22
1. Reflexschadenersatzverbot	22
2. Angehörigenschaden als Reflexschaden?	22
a) Angehörige als Reflexgeschädigte	22
b) Angehörige als Direkt- bzw. Mitgeschädigte	23
3. Ersatzpflicht für den Angehörigenschaden	24
a) Ersatzpflicht des Schädigers	24
(1) Vertragsrechtliche Ersatzpflicht	24
(2) Deliktsrechtliche Ersatzpflicht	25
(3) Bereicherungsrechtliche Ersatzpflicht	27
(4) Regressanspruch	28
b) Ersatzpflicht des verletzten Angehörigen	28
(1) Aus Vertrag	28
(2) Aus Geschäftsführung ohne Auftrag	29
c) Angehörigenschaden als Direktschaden	30
B. Haftung für den Ausfallschaden	36
1. Begriff des Ausfallschadens	36
2. Haftung für wegfallende Dienstleistungen	39
a) Allgemeines	39
b) Wegfallende Hausarbeit	40
c) Wegfallende Mitarbeit im Gewerbe	41
3. Haftung für wegfallende Geldleistungen	42
C. Haftung für den Zuwendungsschaden	43
1. Begriff des Zuwendungsschadens	43
2. Haftung für zugewendete Geldleistungen	44
3. Haftung für zugewendete Dienstleistungen	46
a) Besuchsschaden	46
b) Betreuungs- und Pflegeschaden	49
c) Nichtersatzfähigkeit des Ohnehin-Zeitaufwandes	53
D. Haftung für den Einkommensausfallschaden	54
1. Lohnausfall	54
2. Rentenausfall	57

I. Phänomenologie des Angehörigenschadens

A. Allgemeines

Das Verhältnis *Haftungsrecht – Familie* wird von zahlreichen interessanten Problemstellungen geprägt¹. Allein ein kurzer Blick in das OR und das ZGB zeigt, dass sich das Haftungsregime ändert, wenn familiäre Aspekte zu berücksichtigen sind. So erwähnen Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR ausdrücklich die Angehörigen des Geschädigten. Art. 166 Abs. 3 ZGB sieht sodann im innerehelichen Verhältnis eine Solidarhaftung vor. Art. 333 ZGB stipuliert eine Kausalhaftung des Familienhauptes. Etc. Der singulären Stellung der Familie begegnet man auch ausserhalb des eigentlichen Haftpflichtrechts. Das Versicherungsrecht kennt ein Regressprivileg im innerfamiliären Verhältnis². Die einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Erlasse sehen ferner Zusatzleistungen für Angehörige, z.B. Kinderzusatzrenten³, vor. Die vorliegende Arbeit will diesen Fragestellungen nachgehen und die geltende Praxis zum Angehörigenschaden, verstanden als familienintern oder -extern verursachte *Schädigung der ökonomischen Einheit «Familie»*⁴, darstellen und kritisch hinterfragen, erhebt aber nicht den Anspruch, alle Fragen, die auf Grund der Dynamik des Haftpflichtrechts und der bunt-

¹ Weiterführend DEUTSCH, E. (1993) Familienrechte als Haftungsgrund in: VersR, 1993, 1 ff., EGLI, J.-F. (1987) De la réparation accordée à la famille du défunt et de l'invalide en responsabilité civile. A propos de l'évolution récente de la jurisprudence, in: Problèmes de droit de la famille, Neuenburg, 51 ff., GAUCH, P. (1995) Familienschuldrecht in: Familie und Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg i. Ü., 249 ff., HAUSHEER, H. (2003) Neuere Entwicklungen beim Schadensausgleich im Bereiche der Familie, insbesondere zum Haushalt- und «Scheidungsschaden» in: Liber amicorum Pierre Widmer, Wien, 113 ff., JAYME, E. (1971) Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Frankfurt a. M., sowie LANDOLT, H. (2009) Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden oder sogar beides?, in: HAVE 2009/1, 3 ff., und LANDOLT, H. (2005) Ausservertragliche Haftung einer Vertragspartei für die Verletzung absoluter Rechtsgüter Dritter in: Dritthaftung einer Vertragspartei. Beiträge der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2005, St. Gallen, 23 ff., 91 ff.

² Dazu infra II.D.3.d.

³ Vgl. z.B. Art. 35 IVG.

⁴ Die Familie wird vom ZGB je nachdem als Grossfamilie oder als Klein- oder Kernfamilie verstanden. Die Grossfamilie setzt sich aus Verwandten (vgl. Art. 20 und Art. 252 ff. ZGB), Verschwägerten (vgl. Art. 21 ZGB) und Verlobten (vgl. Art. 90 ff. ZGB) zusammen. Das Konzept der Grossfamilie äussert sich z.B. beim Rechtsinstitut der Gemeindschaft (vgl. Art. 336 ff. ZGB). Die Klein- oder Kernfamilie setzt sich aus Ehegatten bzw. Eltern und Kindern und allenfalls weiteren Verwandten zusammen, die miteinander zusammenleben. Das ZGB definiert die Kleinfamilie je nach Rechtsproblem enger oder weiter: siehe z.B. Art. 95 ZGB (Ehehindernisse), Art. 125 ff. ZGB und Art. 163 ff. ZGB (Unterhaltspflicht der Ehegatten), Art. 276 ff. (Unterhaltspflicht der Eltern), Art. 328 ff. ZGB (Unterstützungspflicht der Verwandten) oder Art. 470 ZGB (Pflichtteilsschutz).

scheckigen Lebenswirklichkeit ohnehin nie erfasst werden können, beantworten zu wollen.

B. Schädigung eines Angehörigen durch ein anderes Familienmitglied (interner Angehörigenschaden)

Der Angehörigenschaden kann durch ein anderes Familienmitglied zugefügt werden. Die Medien berichteten etwa von einem lesbischen Paar, das mittels einer Samenspende absichtlich ein taubes Kind gezeugt hat⁵. Dieses Kind wird nach seiner Geburt nicht hören und erleidet einen «Schaden». Dieser besteht in allfälligen Kosten im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung oder der besonderen Schulung. Wer weiss, vielleicht entsteht sogar ein Erwerbsausfall, wenn der Kleine später einmal als Erwachsener nicht den Beruf ergreifen kann, den er als Hörender hätte ausüben können. Geschädigt wird auch die Sozialversicherung, die via die Invaliden- und Krankenversicherung Leistungen, u.U. sehr teure Leistungen, gewährt⁶. Sicher wird das Kind ab und zu auch sein «Schicksal» beklagen und sich wünschen, doch hören zu können. Die dadurch erlittene immaterielle Beeinträchtigung wird von der Rechtsordnung ebenfalls als ersatzfähigen «Schaden» betrachtet⁷. In diesem und all den anderen, weniger spektakulären Fällen stellt sich die Frage, ob familienintern dieselben Haftungsgrundsätze wie im familienexternen Verhältnis gelten.

C. Schädigung eines Angehörigen durch einen Dritten (externer Angehörigenschaden)

Das vorerwähnte Malaise der Taubheit kann auch durch eine externe Schadensursache bedingt sein. Als *pränatale* Schadenursachen kommen Samenspender

⁵ Vgl. z.B. Weltwoche Nr. 19/20 vom 8. Mai 2002, 51.

⁶ Vgl. Ziff. 5.07 Anhang HVI («Hörgeräte bei Schwerhörigkeit»); siehe dazu Rz 5.07 ff. KHMI und Ziff. 1.14 KSME) und Ziff. 5.57 Anhang HVA («Hörgeräte für ein Ohr») und Ziff. 13 Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL) («Hörhilfen») sowie SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR OTO-RHINO-LARYNGOLOGIE HALS- UND GESICHTSCHIRURGIE (2001) Empfehlungen für IV-Expertenärzte zur Verordnung und Überprüfung der Anpassung von Hörgeräten, genehmigt vom Bundesamt für Sozialversicherung am 15.05.2001. Siehe betreffend Reisekostenvergütung Urteil EVG vom 01.03.1994 i. S. M. H. = AHI-Praxis 2000 32 ff.

⁷ Gemäss Anhang 3 UVV macht eine einseitige Taubheit einen Integritätsschaden von 15 % aus, eine zweiseitige Taubheit demgegenüber eine Einbusse von 85 % aus. Je nach der Resthörfähigkeit wird der Integritätsschaden in den übrigen Fällen festgelegt. Die Hörverlustberechnung erfolgt nach der CPT-AMA-Tabelle (siehe Tabelle 12: Integritätsentschädigung gemäss UVG, Luzern 1990).

und Arzt in Frage⁸. *Postnatale* Schadensursachen (Explosionen, falsch dosierte Medikamente, Unfälle etc.) können ebenfalls zu einer Taubheit oder zumindest einer Schädigung des Hörvermögens führen. Eine Körperverletzung schädigt zwar in erster Linie den davon Betroffenen, hat in aller Regel aber auch eine Schädigung von Familienmitgliedern zur Folge. *Mehrkosten* fallen bei den Angehörigen z.B. bei Besuchen des Verletzten, beim Umbau der gemeinsam bewohnten Wohnung oder im Zusammenhang mit Trauerfeierlichkeiten an. Denkbar sind ferner *Einkommensausfälle*, z.B. bei Besuchen des Verletzten, als Folge der Aufgabe einer Erwerbstätigkeit oder des Wegfalls von Geldzuwendungen, der Schmälerung von Rentenansprüchen 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 (Arbeitgeber, Freunde etc.). In all diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit die Mitbetroffenheit der Angehörigen haftungsrechtlich von Bedeutung bzw. der Angehörigenschaden zu ersetzen ist⁹.

- ⁸ Siehe zur Problematik des nachfolgend nicht weiter behandelten pränatalen Schadens LANDOLT, H. (2003) Baby Boy und der kategorische Imperativ. Ein Beitrag zur haftpflicht-rechtlichen Problematik des pränatalen Schadens und der Familienhaftung in: ZSR I, 2003, 185 ff., MANNSDORFER, T. M. (2001) Haftung für pränatale Schädigung des Kindes in: ZBJV, 2001, 605 ff., DERSELBE (2003) Entscheid der Vollversammlung des französischen Kassationshofes (Cour de Cassation, Assemblée plénière) vom 28.11.2001 (Arrêt no 486) in: AJP, 2003, 1360 ff., DERSELBE (2003) Haftung für perinatale Schädigung im medizinischen Bereich in: HAVE, 2003, 101 ff., MÜLLER, C. (2003) Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes. Rechtsvergleichende Überlegungen zur Zulässigkeit von Wrongful birth- und Wrongful life-Klagen im schweizerischen Recht in: AJP, 2003, 522 ff., und DERSELBE (2003) Vers une responsabilité médicale pour les handicaps congénitaux? in: Droit, santé mentale et handicap, Chêne-Bourg/Genève, 19 ff. Siehe ferner den Anwendungsfall Urteil VerwGer BE vom 24.11.2003 (VGE 21322) = BVR 2004, 289.
- ⁹ Dazu bereits EGLI, J.-F. (1987) 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, 51 ff.

II. Haftung für interne Angehörigenschäden

A. Prinzip der Familienhaftung

Der Gesetzgeber unterscheidet bei den allgemeinen Normen der Deliktshaftung nicht, ob der Schädiger zur Familie des Geschädigten gehört oder nicht. Der Wortlaut «Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt» (Art. 41 Abs. 1 OR) umfasst jedes Rechtssubjekt, auch Angehörige. Für die innerfamiliäre Schadenszufügung gelten deshalb grundsätzlich die allgemeinen Haftungsgrundsätze. Das Bundesgericht hat die *prinzipielle Familienhaftung* – entgegen anderer Verlautbarungen der Lehre¹⁰ – bestätigt¹¹. Allerdings soll nach der Meinung der Lausanner Richter im Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung bei der Zuspreehung von Genugtuungen im innerehelichen Verhältnis ein Haftungsprivileg bestehen und innerfamiliären Verhältnis Zurückhaltung mit der Gewährung von Schadenersatz- bzw. Genugtuungsansprüchen geübt werden¹². Dieses *Angehörigenhaftungsprivileg* ist mehr als fraglich, nicht zuletzt deshalb, weil die innerfamiliäre Kompensation einer immateriellen Unbill fiktiv ist, rund die Hälfte der Ehe geschieden wird und der Gesetzgeber im innerfamiliären Verhältnis besondere Haftungstatbestände und mitunter sogar eine schärfere Haftung vorsieht. Das Angehörigenhaftungsprivileg ist nur insoweit anwendbar, als der *haftpflichtige Angehörige* von Mithaftenden seinen Angehörigenschaden, insbesondere eine Angehörigen Genugtuung, nicht geltend machen kann.

B. Spezialgesetzliche Haftungstatbestände

1. Haftung für Verlöbnisbruch (Art. 92 ZGB)

Der Verlöbnisvertrag kann jederzeit einseitig aufgelöst werden. Der andere Partner hat keinen Anspruch auf Erfüllung und insoweit auch keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch, kann aber die Rückgabe von nicht gewöhnlichen Ge-

¹⁰ Z.B. SCHAER, R. (1984) Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M., 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».

¹¹ 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.»

¹² Vgl. BGE 115 II 156 = Pra 1989 Nr. 171 E. 2a und infra Ziffer II.D.2.b.

schenken oder Ersatz der Bereicherung verlangen, sofern die Geschenke in natura nicht zurückgegeben werden können¹³. Im ersten Fall liegt ein Spezialfall des schenkungsrechtlichen Rückgabeanspruchs vor¹⁴, im zweiten besteht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung¹⁵. Hat einer der Verlobten im Hinblick auf die Eheschliessung in guten Treuen Vermögensdispositionen getroffen, so kann er vom anderen Partner, der die Verlobung auflöst, eine angemessene Entschädigung verlangen, sofern dies nach den gesamten Umständen als billig erscheint¹⁶. Die *Billigkeitshaftung* setzt voraus, dass die Vermögensdisposition nach dem Verlöbnis im Hinblick auf die Eheschliessung erfolgt ist und der geschädigte Partner in guten Treuen auf die Eheschliessung vertrauen durfte¹⁷. Die Haftung für Verlöbnisbruch stellt insoweit einen *Sonderfall der deliktischen Vertrauenshaftung* dar. Der Schadenersatzanspruch verjährt denn auch in einem Jahr¹⁸ und ist aktiv bzw. passiv vererblich¹⁹.

2. Haftung für nahehelichen Versorgungsausfall (Art. 125 ff. ZGB)

Der geschiedene Ehegatte, der im Zusammenhang mit einer Scheidung Versorgungsleistungen (Geld-, Sach- oder Dienstleistungen) des Anderen verliert, hat Anspruch auf *angemessenen Ersatz des Versorgungsausfalls*²⁰. Massgeblicher Versorgungsausfall stellt der gebührende Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge²¹ dar, soweit er vom fraglichen Ehegatten nicht zumutbarerweise selbst gedeckt werden kann²². Ob eine Ersatzpflicht besteht, beurteilt sich nicht mehr nach einem allfälligen Verschulden des Unterhaltspflichtigen²³, sondern nach den in Art. 125 Abs. 2 ZGB erwähnten finanziellen und persönlichen Verhältnissen. Die Ersatzpflicht für den nahehelichen Versorgungsausfall stellt insoweit eine gesetzliche *Kausalhaftung für den Versorgungsschaden* dar²⁴.

¹³ Vgl. Art. 91 Abs. 1 und 2 ZGB.

¹⁴ Vgl. Art. 249 OR.

¹⁵ Art. 91 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 ff. OR.

¹⁶ Art. 92 ZGB.

¹⁷ Vgl. BGE 83 II 489.

¹⁸ Vgl. Art. 93 ZGB.

¹⁹ Vgl. BGE 81 II 385 E. 2.

²⁰ Art. 125 Abs. 1 ZGB.

²¹ Nach Art. 122 ff. ZGB sind Altersguthaben im Rahmen der beruflichen Vorsorge (BVG) hälftig zu teilen, unabhängig, ob ein konkreter Versorgungsausfall nachgewiesen ist.

²² Art. 125 Abs. 3 ZGB.

²³ Vgl. dazu Art. 151 f. aZGB.

²⁴ Weiterführend HAUSHEER, H. (2003) Neuere Entwicklungen beim Schadensausgleich im Bereiche der Familie, insbesondere zum Haushalt- und «Scheidungsschaden» in: *Liber amicorum Pierre Widmer*, Wien, 113 ff.

3. Haftung für Entbindungs- und Schwangerschaftskosten sowie den Kinderunterhalt (Art. 295 ZGB)

Die Mutter kann spätestens bis ein Jahr nach der Geburt bei dem für die Vater-schaftsklage zuständigen Gericht gegen den Vater oder dessen Erben auf Ersatz klagen für die Entbindungskosten, die Kosten des Unterhaltes während minde-stens vier Wochen vor und mindestens acht Wochen nach der Geburt und andere infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung notwendig gewordene Ausla-gen unter Einschluss der ersten Ausstattung des Kindes²⁵. Aus Billigkeit kann das Gericht teilweisen oder vollständigen Ersatz der entsprechenden Kosten zuspre-chen, wenn die Schwangerschaft vorzeitig beendet wird²⁶. Leistungen Dritter, auf welche die Mutter nach Gesetz oder Vertrag Anspruch hat, sind anzurechnen, soweit es die Umstände rechtfertigen²⁷. Bei der Entschädigungspflicht gemäss Art. 295 ZGB handelt es sich nicht um einen Unterhaltsanspruch, sondern «um einen vorwiegend vermögensrechtlichen, dem Schadenersatz, ähnlichen An-spruch»²⁸. Ihm kommt eine Kostenersatz- bzw. Unterhaltersatzfunktion zu; so kann eine Sicherstellung wie für Unterhaltsbeiträge verlangt werden²⁹. Der säu-mige Ersatzpflichtige kann ferner wegen Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht bestraft werden³⁰.

4. Haftung für Vermögensverwaltung (Art. 327 ZGB)

Der gesetzliche Vertreter (Eltern, vormundschaftlicher Vertreter) haftet für die unsachgemässe Verwaltung des Kindesvermögens³¹. Die Eltern unterliegen einer *vertragsrechtlichen Haftung*, die jedoch im Vergleich zur vertraglichen Vermö-gensverwaltungshaftung milder ist³². Sie sind – als gesetzliche Vermögensver-walter – nicht zur Herausgabe bzw. zum Ersatz des Kindesvermögens verpflich-tet, das sie befugterweise aufgebraucht haben³³, und haften im Übrigen für unzulässig, aber in guten Treuen veräusserte Vermögensbestandteile nur im Umfang eines allfälligen Erlöses³⁴. Die vormundschaftlichen Organe demgegen-

²⁵ Art. 295 Abs. 1 ZGB. Siehe dazu BGE 75 II 333 (Unzulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage).

²⁶ Art. 295 Abs. 2 ZGB.

²⁷ Art. 295 Abs. 3 ZGB.

²⁸ BGE 62 II 305/306.

²⁹ Vgl. BGE 93 I 401 E. 4 und 5, ferner BGE 117 II 374.

³⁰ Siehe BGE 73 IV 176 ff.

³¹ Die Sorgfaltsanforderungen sind in Art. 319 ff. ZGB (betreffend Kindesvermögen) und Art. 408 und 413 ff. ZGB (betreffend Mündelvermögen) geregelt.

³² Vgl. Art. 327 ZGB, der die elterliche Vermögensverwaltung dem einfachen Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) unterstellt.

³³ Vgl. Art. 327 Abs. 3 ZGB.

³⁴ Vgl. Art. 327 Abs. 2 ZGB.

über unterstehen einer strengeren *Deliktshaftung*³⁵. Der widerrechtlich zugefügte Schaden ist – im Gegensatz zur Elternhaftung – vollumfänglich zu ersetzen. Eine Genugtuung wird jedoch nur bei einer widerrechtlichen Freiheitsentziehung, nicht aber bei einer widerrechtlichen Schädigung des Mündelvermögens geschuldet³⁶.

5. Haftung für ungenügende Beaufsichtigung (Art. 333 ZGB)

Das Familienhaupt haftet für Schäden, die durch unmündige, bevormundete oder geisteskranke und -schwache Personen³⁷ – durch deliktisches, nicht rechtsgeschäftliches Handeln³⁸ – verursacht werden³⁹. Haftpflichtig ist dabei nicht die Person, die den Schädiger betreut⁴⁰, sondern das Familienhaupt, dem die Hausgewalt über den Schädiger zusteht⁴¹. Die Sorgfaltspflicht des Familienoberhauptes erstreckt sich auch auf aufsichtsbedürftige Hausgenossen. Das Familienoberhaupt hat nämlich auch dafür zu sorgen, dass diese keine Gefahr «für sich selbst» darstellen⁴². Die Kausalhaftung von Art. 333 ZGB ist so auch bei Selbstschädi-

³⁵ Vgl. Art. 426 ff. und Art. 454 f. ZGB.

³⁶ Vgl. Art. 429a Abs. 1 und Art. 426 ZGB. Siehe dazu weiterführend AEPLI, H. (1979) Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe. Unter besonderer Berücksichtigung der verantwortlichsverdächtigen Tätigkeiten, Diss. Freiburg i.U., und MATTMANN, 1988. Die Verantwortlichkeit bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung (Art. 429a ZGB), Diss. Freiburg i.U., sowie Art. 451 ff. ZGB.

³⁷ Voraussetzung ist, dass es sich um aufsichtsbedürftige Personen handelt (vgl. dazu OFTINGER, K./STARK, E. W. [1987] Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. II/1: Besonderer Teil. 4. A., Zürich, 442 ff.).

³⁸ Vgl. z.B. GIRSBERGER, BA-K, N 3 zu Art. 333 ZGB, und OFTINGER, K./STARK, E. W. (1987) Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. II/1: Besonderer Teil. 4. A., Zürich, 441.

³⁹ Siehe Art. 333 ZGB.

⁴⁰ Die betreuenden Personen, insbesondere Arbeitnehmer des Familienhauptes, können nach Massgabe von Art. 41 ff. OR für ihr eigenes Verhalten haftbar werden, sofern sie ein Verschulden trifft.

⁴¹ Der Begriff des Familienoberhauptes ist nicht auf bloss Hausgemeinschaften von Verwandten beschränkt. Als Familienoberhaupt i.S.v. Art. 333 ZGB gilt jede natürliche oder juristische Person, die gemäss Gesetz, Vereinbarung oder Herkommen Träger der Hausgewalt eines gemeinsamen Haushalts ist (vgl. Art. 331 Abs. 1 ZGB). Dazu gehören insbesondere auch private und öffentliche Anstalten, die pflege- oder betreuungsbedürftige Personen aufnehmen (vgl. BGE 79 II 261 E. 1 [Kinderheim] und 71 II 61 [Anstalt für Epileptiker] und SCHWEIZERISCHE ARBEITSGEMEINSCHAFT ZUR EINGLIEDERUNG BEHINDERTER [1989] Haftung im Heim. Verantwortlichkeit und Versicherungsschutz in Heimen für Behinderte, Zürich). Bei den öffentlichen Anstalten ist zu unterscheiden, ob es sich um eine «hoheitliche» Unterbringung handelt (vgl. GIRSBERGER, BA-K, N 2 zu Art. 333 ZGB, und OFTINGER, K./STARK, E. W. [1987] Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. II/1: Besonderer Teil. 4. A., Zürich, 440). Die Haftung von Haft- und Arbeitserziehungsanstalten sowie von Kliniken für die Durchführung der fürsorglichen Freiheitsentziehung richtet sich primär nach dem öffentlichen Recht des Bundes oder der Kantone. Die Haftung der vormundschaftlichen Organe, insbesondere des Vormunds, für ungenügende Beaufsichtigung (siehe dazu eingehend BGE 115 II 15 ff.) gegenüber Dritten richtet sich nicht nach den Vorschriften über die vormundschaftliche Verantwortlichkeit (Art. 426 ff. und Art. 454 f. ZGB), sondern nach den Haftungsbestimmungen des OR (Art. 41 ff., eventuell Art. 97 ff. OR), allenfalls nach kantonalem Recht (Art. 61 OR) oder im Sonderfall der Hausgewalt nach Art. 333 ZGB (vgl. BGE 62 II 270 und 53 II 365).

⁴² Art. 333 Abs. 2 OR.

gungen von aufsichtsbedürftigen Personen anwendbar, die sie sich als Folge ungenügender Beaufsichtigung selbst zufügen⁴³. Das Familienhaupt haftet ohne Verschulden. Bei Art. 333 ZGB handelt es sich deshalb um eine *einfache Kausalhaftung für Beaufsichtigungsmängel*⁴⁴. Dem Familienhaupt steht ein *Entlastungsbeweis* zu. Soweit «das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt» in der Beaufsichtigung angewendet worden ist, besteht keine Haftung⁴⁵.

Eine sorgfaltswidrige Beaufsichtigung durch das Familienoberhaupt, insbesondere Eltern, schliesst eine allfällige Haftpflicht Dritter gegenüber dem Hausgenossen, der als Folge einer ungenügenden Beaufsichtigung und einer vom Dritten gesetzten Mitursache ebenfalls verletzt worden ist, grundsätzlich nicht aus. Eine Haftungsausschluss erfolgt nur dann, wenn in der sorgfaltswidrigen Beaufsichtigung nach den gegebenen Umständen ein Verschulden von besonderer Schwere liegt oder diese als Hauptursache dermassen in den Vordergrund tritt, dass der Kausalzusammenhang zwischen der Mitursache, die der Dritte gesetzt hat, und dem Schaden nicht mehr als adäquat bezeichnet werden kann⁴⁶. Sind diese Voraussetzung nicht erfüllt, stellt die sorgfaltswidrige Beaufsichtigung durch das Familienoberhaupt keinen Reduktionsgrund dar. Nur soweit das Familienoberhaupt gegenüber dem haftpflichtigen Dritten eigene Schadenersatzansprüche erhebt, kann der Umstand der ungenügenden Beaufsichtigung als Herabsetzungsgrund berücksichtigt werden⁴⁷.

⁴³ A.A. ist KELLER, A. (2002) Haftpflicht im Privatrecht. Band I. 6. A., Bern, 159 f., der Art. 333 ZGB zwar hinsichtlich der objektiven Sorgfaltspflicht heranziehen, die Haftung des aufsichtspflichtigen Familienhauptes aber der strengeren Verschuldenshaftung (Art. 41 ff. OR) unterstellen will.

⁴⁴ Vgl. dazu BGE 103 II 24 E. 3 und ferner GIRSBERGER, BA-K, N 1 ff. zu Art. 333 ZGB.

⁴⁵ Das Familienhaupt ist insbesondere verpflichtet, dafür zu sorgen, dass aus dem Zustand eines urteilsunfähigen Hausgenossen weder für diesen selbst noch für andere Gefahr oder Schaden erwächst (vgl. Art. 333 Abs. 2 ZGB). Ist eine Schädigung vorhersehbar, hat das Familienhaupt deshalb auch ausserordentliche Vorkehrungen zu treffen (vgl. GIRSBERGER, BA-K, N 5 zu Art. 333 ZGB); nötigenfalls hat es bei der zuständigen Behörde zwecks Anordnung der erforderlichen Vorkehrungen Anzeige zu machen (vgl. Art. 333 Abs. 3 ZGB und BJM 1983, 67 ff.). Bei nicht vorhersehbaren Schädigungen richtet sich die «übliche» Sorgfalt nach Massgabe der Umstände des Einzelfalles und hängt insbesondere davon ab, ob das Gefahrenpotenzial durch das Verhalten des Familienhauptes, z.B. durch Übergabe oder Belassen gefährlicher Gegenstände, erhöht worden ist (vgl. im Einzelnen OFTINGER, K./STARK, E. W. [1987] Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. II/1: Besonderer Teil. 4. A., Zürich, 448 ff.).

⁴⁶ Vgl. BGE 81 II 159 E. 1. Siehe ferner BJM 1969, 23 ff. (Verkehrsunfall spielender Kinder) und die Hinweise bei KELLER, A. (2002) Haftpflicht im Privatrecht. Band I. 6. A., Bern, 160.

⁴⁷ BGE 81 II 159 E. 3. Siehe dazu auch Art. 51 OR.

6. Gefälligkeitshaftung (Art. 422 OR)

Im innerfamiliären Verhältnis werden oft unentgeltliche Dienstleistungen bzw. Gefälligkeitshandlungen erbracht. Erleidet der Dienstleistende einen Schaden, fällt eine Vertragshaftung des Dienstleistungsempfängers ausser Betracht, sofern nicht (ausnahmsweise) vom Zustandekommen eines Arbeits- oder eines anderen Dienstleistungsvertrages ausgegangen werden muss⁴⁸. Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden Interessenlage der Parteien⁴⁹. Auch alltägliche Hilfestellungen können Gegenstand eines Dienstleistungsvertrages sein, so z.B. die Hilfe beim Schütteln eines Birnbaums⁵⁰. Soweit vom Zustandekommen eines unentgeltlichen, altruistischen Dienstleistungsvertrages (einfacher Auftrag) auszugehen ist, geht die Rechtsprechung jedoch davon aus, dass sich die Haftung nicht nach Auftragsrecht, sondern nach Art. 422 Abs. 1 OR richtet⁵¹. Dieselbe Haftung gilt auch bei (vertragslos erbrachten) Gefälligkeitshandlungen⁵². Für die Schädigung eines Angehörigen, der unentgeltlich Dienstleistungen erbringt, haftet der Begünstigte nach Art. 422 Abs. 2 OR ohne Verschulden⁵³. Bei der Gefälligkeitshaftung handelt es sich solchermassen um eine *Kausalhaftung*. Die Gefälligkeitshaftung ist gleichzeitig aber auch eine *Billigkeitshaftung*⁵⁴. Eine Haftung besteht nur, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalles, z.B. Art der auf dem Spiele stehenden Interessen, das Verhältnis der mit der Tätigkeit zu wahrenen Werte zum erkennbaren Risiko, ein allenfalls von einer der Parteien zu vertretendes Gefährdungspotential und deren Vermögenslage, eine Ersatzpflicht als gerechtfertigt erscheint. Der Umfang der Gefälligkeitshaftung kann so ohne weiteres geringer als derjenige der Vertrags- oder Deliktshaftung sein; immerhin kann das Vorliegen einer Gefälligkeitshandlung auch in letzteren Fällen einen Reduktionsgrund darstellen⁵⁵.

⁴⁸ Vgl. Art. 320 Abs. 2 OR, siehe dazu die Hinweise infra Fn 161.

⁴⁹ Vgl. BGE 116 II 695 E. 2b/bb.

⁵⁰ Vgl. BGE 61 II 95 ff.

⁵¹ Siehe BGE 129 III 181 = HAVE 2003, 139 (Bemerkungen von WALTER FELLMANN) E. 3.3 und 48 II 487 E. 3.

⁵² Vgl. BGE 129 III 181 = HAVE 2003, 139 (Bemerkungen von WALTER FELLMANN) E. 4.1.

⁵³ Nach Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR wird nur für ein Verschulden gehaftet.

⁵⁴ Vgl. BGE 129 III 181 = HAVE 2003, 139 (Bemerkungen von WALTER FELLMANN) E. 4.3.

⁵⁵ Siehe dazu II.D.3.c.

C. Haftungsverschärfung

1. Allgemeines

Die vorerwähnten spezialgesetzlichen Haftungstatbestände sind regelmässig mit einer Haftungsverschärfung verbunden. Das schädigende Familienmitglied haftet für den Angehörigen- bzw. Drittschaden ohne Verschulden (Art. 125 ff. und Art. 333 ZGB sowie Art. 422 OR) oder unterliegt einer Billigkeitshaftung (Art. 92 und Art. 295 ZGB sowie Art. 422 OR). Sowohl das Familien- als auch das Strafrecht sehen ferner besondere Schutznormen vor, die für familienfremde Dritte nicht gelten⁵⁶. Eine Verletzung dieser Schutznormen begründet eine Widerrechtlichkeitsvermutung⁵⁷. Eine Haftungsverschärfung erfolgt schliesslich durch die Solidarhaftung der Ehegatten, dem Deckungsausschluss für eine Angehörigenschädigung und den Verjährungsstillstand im innerfamiliären Verhältnis.

2. Solidarhaftung

Ehegatten haften solidarisch für die «laufenden Bedürfnisse der Familie»⁵⁸. Die Solidarhaftung dient nicht nur der Erleichterung des Rechtsverkehrs, sondern auch den Gläubigerinteressen⁵⁹. Die laufenden Bedürfnisse umfassen alle Geschäfte, die den gebührenden Unterhalt betreffen. Die Solidarhaftung besteht dabei nicht nur für vertragliche, sondern auch deliktische Verbindlichkeiten, die ein Ehegatte im Rahmen der befugten ehelichen Vertretung begründet. Keine Solidarhaftung besteht für übermässig hohe⁶⁰ bzw. unbegrenzte Schulden⁶¹.

3. Keine Versicherungsdeckung

Schäden, die der Versicherungsnehmer absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, sind in der Privathaftpflichtversicherung nicht versichert bzw. führen

⁵⁶ Vgl. z.B. Art. 301 ff. ZGB (elterliche Sorge). Das StGB sieht zahlreiche Sonderstraftatbestände vor, die eine im allgemeinen nicht strafbare Handlung unter Strafe stellt, wenn das Opfer in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Täter steht. Die Sonderstraftatbestände infolge Abhängigkeit wollen sicherstellen, dass die abhängige Person die erforderliche Pflege und Betreuung erhält (siehe z.B. Art. 127 StGB [Aussetzung eines Hilflosen] und Art. 128 StGB [Unterlassung der Nothilfe] und zudem nicht Opfer von sexuellen und anderen Übergriffen wird (siehe z.B. Art. 188 StGB [sexuelle Handlungen mit Abhängigen], Art. 191 StGB [Schändung], Art. 192 StGB [sexuelle Handlungen mit Anstaltspfinglingen] und Art. 193 StGB [Ausnützung der Notlage]).

⁵⁷ Vgl. BGE 123 II 577 E. 4 und 115 II 15 E. 3a.

⁵⁸ Vgl. Art. 166 Abs. 1 und 3 ZGB.

⁵⁹ Vgl. BGE 119 V 16 E. 4b.

⁶⁰ Siehe BGE 112 II 398 E. 6. Ferner BGE 114 II 18 E. 5b.

⁶¹ Vgl. BGE 86 II 65 E. 2.

zu einer Kürzung⁶². Ist das Ereignis absichtlich oder grobfahrlässig von einer Person herbeigeführt worden, die mit dem Versicherungsnehmer in häuslicher Gemeinschaft lebt, oder für deren Handlungen er einstehen muss, und hat er sich in der Beaufsichtigung, durch die Anstellung oder durch die Aufnahme jener Person einer *groben Fahrlässigkeit* schuldig gemacht, so kann der Versicherer seine Leistung in einem Verhältnisse kürzen, das dem Grade des Verschuldens des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten entspricht⁶³. Keine Kürzung ist zulässig, wenn der Versicherungsnehmer oder der Schädiger leichtfahrlässig gehandelt haben⁶⁴. In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen sehen die Versicherer in der Privat-, Berufs- und Radfahrerhaftpflicht⁶⁵ ferner *Ausschlüsse in Bezug auf Schäden von Angehörigen* vor⁶⁶. In einem solchen Fall ist der Schädiger nicht gedeckt, wenn Angehörige ihm gegenüber Haftungsansprüche geltend machen, und muss – im Gegensatz zu einer Schädigung eines Familienfremden – den Schaden aus seinem Privatvermögen ersetzen.

4. Verjährungsstillstand

Die Verjährung beginnt nicht bzw. steht still, falls sie begonnen hat, für Forderungen

- der Kinder gegen die Eltern während der Dauer der elterlichen Sorge⁶⁷,
- der Ehegatten gegeneinander während der Dauer der Ehe⁶⁸,

Nach Ablauf des Tages, an dem diese Verhältnisse zu Ende gehen, nimmt die Verjährung ihren Anfang oder, falls sie begonnen hatte, ihren Fortgang⁶⁹. Der Verjährungsstillstand ist insoweit mit einer Haftungsverschärfung verbunden, als der Geschädigte während einer längeren Zeit die Möglichkeit hat, seine Ersatzforderung geltend zu machen.

⁶² Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 2 VVG. Eine Grobfahrlässigkeit in der Beaufsichtigung liegt vor, wenn ein des Fahrens unkundiger Angehöriger ans Steuer eines Autos mit eingeschaltetem Motor und Gang gesetzt oder das Fahrzeug dem angetrunkenen Angehörigen überlassen wird (siehe z.B. Urteil KGer VS vom 19.12.1972 i.S. Secura c. Werlen = ZWR 1972, 355 E. 2c), nicht aber dann, wenn eine landwirtschaftliche Maschine dem 19-jährigen Sohn überlassen wird, der mit dem Führen landwirtschaftlicher Maschinen erfahren ist (ibid. E. 3b).

⁶³ Vgl. Art. 14 Abs. 3 VVG.

⁶⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 4 VVG.

⁶⁵ Das fakultative Ausschlussrecht bei der Radfahrerhaftpflicht betrifft nur Haftungsansprüche im Zusammenhang mit Sachschäden, die Angehörige erleiden (vgl. Art. 70 Abs. 4 lit. a SVG).

⁶⁶ Vgl. statt vieler z.B. die AVB der Alpina Versicherung: Art. 7 lit. a AVB Berufshaftpflicht, Art. 204 Ziff. 2 AVB Privathaftpflicht und Art. 106.2 AVB Motorfahrzeughaftpflicht.

⁶⁷ Siehe Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁶⁸ Vgl. Art. 134 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁶⁹ Vgl. Art. 134 Abs. 2 OR.

D. Haftungsprivilegierung

1. Allgemeines

Die innerfamiliäre Haftungsverschärfung kontrastiert mit der Haftungsprivilegierung von Angehörigen. Es lassen sich zwei Arten einer Haftungsprivilegierung unterscheiden:

- Eine *direkte Haftungsprivilegierung* erfolgt in den Fällen, in denen der Angehörige, der ein anderes Familienmitglied schädigt, nicht haftet, aber haften würde, wenn er einen Familienfremden geschädigt hätte.
- Eine *indirekte Haftungsprivilegierung* erfolgt in den Fällen, in denen der Angehörige, der ein anderes Familienmitglied schädigt, zwar grundsätzlich haftet, aber seine Haftung milder beurteilt wird, als sie es würde, wenn er einen Familienfremden geschädigt hätte.

2. Direkte Haftungsprivilegierung

a) Sozialversicherungsrechtliches Haftungsprivileg

Ein obligatorisches Haftungsprivileg kannte Art. 44 Abs. 1 aUVG. Nach dieser Bestimmung stand dem obligatorisch Versicherten⁷⁰ ein Haftpflichtanspruch gegen den Ehegatten, einen Verwandten in auf- und absteigender Linie oder eine mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebende Person nur zu, wenn der Belangte den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hatte. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit war – im Gegensatz zu Art. 41 ff. OR – ausgeschlossen. Bei Art. 44 aUVG handelte es sich – im Gegensatz zum sozialversicherungsrechtlichen Regressprivileg⁷¹ – um ein eigentliches Haftungsprivileg, das eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschloss⁷². Dieses Haftungsprivileg war jedoch nur bei Unfällen anwendbar und setzte zudem nach dem gesetzlichen Wortlaut voraus, dass der Verunfallte gemäss UVG obligatorisch versichert war⁷³. Das Haftungsprivileg von Art. 44 aUVG entbehrte letztlich einer inneren Rechtfertigung, da nicht einzusehen ist, warum nur obligatorisch UVG-Versicherte diesen Haftungsausschluss hinnehmen müssen. Wenn schon, dann sollte das Haftungsprivileg ganz allgemein gelten oder dann überhaupt nicht. Das rechtspolitisch umstrittene Haftungsprivileg von Art. 44 aUVG wurde deshalb

⁷⁰ Das Gesetz nannte ferner auch die Hinterlassenen des Versicherten.

⁷¹ Dazu infra II.D.3.d.

⁷² Vgl. z.B. RUMO-JUNGO, A. (1998) Haftpflicht und Sozialversicherung. Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U., N 884, sowie BGE 112 II 167 E. 2 und 117 II 609 E. 4.

⁷³ Vgl. BGE 127 III 580 E. 1 und 2, 123 III 280 und 117 II 609 E. 4c/aa.

mit In-Kraft-Treten von Art. 75 Abs. 2 ATSG am 1. Januar 2003 aus guten Gründen in ein Regressprivileg geändert.

b) **Haftpflichtrechtliches Haftungsprivileg**

Ein *obligatorisches Haftungsprivileg* besteht im Anwendungsbereich der Halterhaftung für Angehörige von verletzten und getöteten Personen, die (*Mit-*)Halter des Unfallfahrzeugs sind, weil der Halter nicht gegen sich selbst eine Schadenersatzforderung geltend machen kann. Ein Genugtuungsanspruch des Ehemannes, der Nichthalter ist, gegen den Halter des Unfallfahrzeugs für die anlässlich eines Selbstunfalls verletzte Ehefrau, die das Fahrzeug gelenkt hat, besteht ebenfalls nicht bzw. ein *Genugtuungsanspruch* besteht nur, sofern und soweit ein solcher *gegenüber dem Lenker geltend gemacht werden könnte*⁷⁴.

Obwohl im innerfamiliären Verhältnis grundsätzlich auch die allgemeine Haftungsordnung gilt, kann der Ehemann gegenüber seiner verletzten Ehefrau keine Genugtuungsforderung erheben, wenn sie die Lenkerin war, weil Ehegatten eine immaterielle Unbill gemeinsam teilen und die Lenkerin auf dem Regressweg belangt werden könnte⁷⁵. Ein Genugtuungsanspruch steht dem Vater auch für das beim Selbstunfall getötete, gemeinsame Kind nicht zu, weil er auch der Ehefrau und Mutter zustände, die dafür als Lenkerin auf dem Regressweg belangt werden könnte⁷⁶.

In den übrigen Fällen, z. B. wenn ein Angehöriger der *Beifahrer* und der andere Angehörige der *Nichthalter* des Unfallfahrzeugs ist, sind Genugtuungsforderungen im innerfamiliären Verhältnis zwar nicht ausgeschlossen, doch kann die Angehörigenenugtuung von Nichthaltern einzelfallweise reduziert werden bzw. soll nur mit Zurückhaltung gewährt werden⁷⁷.

Ein *fakultatives Haftungsprivileg* sieht das SVG ferner für die Motorfahrzeug- und die Radfahrerhaftpflicht vor. Haftungsansprüche aus *Sachschäden* des Ehegatten des Halters, seiner Verwandten in auf- und absteigender Linie sowie seiner mit ihm in gemeinsamem Haushalt lebenden Geschwister können von der Motorfahrzeug- bzw. Radfahrerversicherung ausgeschlossen werden⁷⁸.

⁷⁴ Vgl. BGE 127 III 580 E. 2b und 115 II 156 = Pra 1989 Nr. 171 E. 1.

⁷⁵ Vgl. BGE 115 II 156 = Pra 1989 Nr. 171 E. 1.

⁷⁶ *Ibid.* E. 2a.

⁷⁷ *Ibid.* E. 2a.

⁷⁸ Vgl. Art. 63 Abs. 3 lit. b SVG und Art. 70 Abs. 4 lit. a SVG.

3. Indirekte Haftungsprivilegierung

a) Allgemeines

Eine indirekte Haftungsprivilegierung erfolgt in all den Fällen, in denen das schädigende Familienmitglied – im Vergleich zu einem familienfremden Dritten – einzig deshalb einer mildereren Haftung ausgesetzt ist, weil der Geschädigte ein Angehöriger ist. Ein derartiges indirektes Haftungsprivileg entsteht, wenn

- einzelne Haftungsvoraussetzungen bei einer innerfamiliären Schadenszufügung weniger streng ausgelegt werden als bei einer familienexternen Schadensverursachung,
- bei der Bemessung des Schadens die familiäre Beziehung berücksichtigt und insoweit der Schädiger nicht den gesamten Schaden zu ersetzen hat, oder
- die Regressmöglichkeit von anderen Ersatzpflichtigen einzig deshalb eingeschränkt wird, weil zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten eine familiäre Beziehung besteht.

b) Privilegierte Anwendung einzelner Haftungsvoraussetzungen

(1) Widerrechtlichkeit

Schädigende Angehörige werden auf der Ebene der widerrechtlichen Schadenszufügung grundsätzlich nicht privilegiert. Für einen weniger strengen Widerrechtlichkeitsmassstab fehlt eine rechtspolitische Begründung. Der Gesetzgeber sieht denn auch – wie bereits erwähnt – das Gegenteil vor. Eine Privilegierung entsteht jedoch dann, wenn sich der schädigende Angehörige auf einen *innerfamiliären Rechtfertigungsgrund* berufen kann. Der Umstand, dass zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten eine (besonders enge) familiäre Beziehung besteht, begründet nicht automatisch einen Rechtfertigungsgrund. Ansonsten könnten Verwandte, insbesondere Eltern, innerfamiliäres Unrecht setzen, ohne eine Haftung befürchten zu müssen. Ein ausnahmsweiser Rechtfertigungsgrund ist erst und nur dann sachlich vertretbar, wenn das widerrechtliche Verhalten als solches *auf Grund des familiären Umfeldes* gerechtfertigt erscheint.

Eine körperliche Züchtigung z.B. ist mit einer Beeinträchtigung des absolut geschützten Rechtsgutes der Gesundheit verbunden⁷⁹. Züchtigungshandlungen,

⁷⁹ Vgl. zur Tragweite von Art. 3 EMRK in Bezug auf körperliche Züchtigung Tyrer v. United Kingdom vom 25.04.1978 (körperliche Züchtigung als Jugendstrafe verletzt Art. 3 EMRK), Y v. United Kingdom vom 29.10.1992 (kein Entscheid infolge einer Einigung der Parteien), Costello-Roberts v. United Kingdom vom 25.03.1993 (keine Verletzung von Art. 3) und A v. United Kingdom vom 23.09.1998 (Verletzung von Art. 3 bejaht) und ferner VILLIGER, M. E. (1999) Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). 2. A., Zürich, N 295, und FROWEIN, J. A./PEUKERT, W. (1996) Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar. 2.A., Kehl/Strassburg/Arlington, N 8 zu Art. 3 EMRK.

insbesondere Schläge, stellen eine Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes dar und werden strafrechtlich als einfache Tötlichkeit⁸⁰ oder als (leichte oder schwere) Körperverletzung qualifiziert. Das Bundesgericht hat entschieden, dass (zumindest) Familienfremde – in concreto Lehrer – kein Züchtigungsrecht geltend machen können, wenn ein solches gesetzlich nicht ausdrücklich verankert ist⁸¹. Eltern demgegenüber dürfen – nach herrschender Anschauung – ihre Kinder im Rahmen des Kindeswohles züchtigen, soweit sie sich auf das notwendige Mass beschränken⁸². Das elterliche Züchtigungsrecht wird dabei als ein Teilaspekt der gesetzlichen Erziehungsbefugnis qualifiziert⁸³, weshalb ein Rechtfertigungsgrund (Wahrnehmung einer gesetzlichen Pflicht) vorliegt⁸⁴.

(2) Verschulden

Der Sorgfaltsmassstab bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit bestimmt sich im Hinblick auf das *umständehalber gebotene Durchschnittsverhalten* primär nach objektiven Gesichtspunkten⁸⁵. Entscheidende Bedeutung kommt den Anforderungen und Risiken des jeweiligen Verhaltens zu⁸⁶. Je nach den Umständen können subjektive oder objektive Umstände für den Sorgfaltsmassstab von Bedeutung sein⁸⁷. Bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit ist im innerfamiliären Verhältnis unklar, von welchem Durchschnittsverhalten auszugehen ist: Gilt das Durchschnittsverhalten inner- oder ausserhalb der Familie? Auf den ersten Blick würde man meinen, dass das innerfamiliäre Durchschnittsverhalten massgeblich zu sein hat. Wer immer schon verdorbene Hamburger statt teures Filet verarbeitet und seiner Familie vorgesetzt hat, soll nicht deshalb ein Verschulden zu vertreten haben, weil gemeinhin andere Essgebräuche feststellbar sind. Ein *objekti-*

⁸⁰ In BGE 117 IV 14 wurde festgestellt, dass eine Tötlichkeit bei einer das allgemein übliche und gesellschaftlich geduldete Mass überschreitenden physischen Einwirkung auf einen Menschen anzunehmen ist, die keine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit zur Folge hat. Eine solche Einwirkung könne auch gegeben sein, wenn sie keine körperlichen Schmerzen verursache (vgl. BGE a.a.O. E. 2a). In BGE 89 IV 73 wurde demgegenüber angenommen, dass eine leichte Züchtigung (Ohrfeige), die ein Hausverwalter in Ausübung seiner Pflichten einem Kinde zufügt und die innerhalb vernünftiger Grenzen bleibt, keine Tötlichkeit darstellt.

⁸¹ Vgl. BGE 117 IV 14. Offen gelassen wurde, ob das Bundesrecht ein Züchtigungsrecht des Lehrers ausschliesse, da im beurteilten Fall ein Züchtigungsrecht des Lehrers jedenfalls eine formelle gesetzliche Grundlage vorausgesetzt hätte und diese im massgeblichen kantonalen Recht nicht bestand (vgl. BGE a.a.O. E. 4).

⁸² Siehe BGE 129 IV 216 E. 2 und 3 (Lebenspartner der Mutter; regelmässiges Ohrenziehen und Schlagen sind unzulässig), 80 IV 102 ff. (starke Schläge mit einem Kleiderbügel) und 79 II 241 ff.

⁸³ So ausdrücklich BGE 117 IV 14 E. 4c/cc.

⁸⁴ Vgl. Art. 301 und 302 ZGB.

⁸⁵ Vgl. dazu statt vieler OFTINGER, K./STARK, E. W. (1995) Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich, 250 ff.

⁸⁶ Ibid., 205 ff.

⁸⁷ Vgl. Art. 398 Abs. 1 OR, der auf die subjektivierte Verschuldenshaftung von Art. 321e OR verweist.

vierter Sorgfaltsmassstab ist aber auch im innerfamiliären Verhältnis angebracht, Insbesondere das «Kindeswohl» verlangt nach objektiven Verhaltensrichtlinien, damit überhaupt festgestellt werden kann, ob eine tadelnswerte Normabweichung vorliegt⁸⁸. Der subjektive Umstand, dass aus kulturellen oder weltanschaulichen Gründen von diesen objektiven Richtlinien abgewichen wird, kann – wie bei der Arbeitnehmerhaftung⁸⁹ – mitberücksichtigt werden, schliesst aber einen Verschuldensvorwurf nicht generell aus.

c) Privilegierte Schadenersatzbemessung

(1) Gefälligkeit unter Angehörigen

Der Richter hat bei der Schadenersatzbemessung die konkreten Umstände des Einzelfalles und – bei der Verschuldenshaftung – die Grösse des Verschuldens zu berücksichtigen⁹⁰. *Unentgeltlichkeit* und das Vorliegen einer *Gefälligkeitshandlung* – wie sie für das innerfamiliäre Verhältnis typisch sind – werden von der Praxis als Reduktionsgründe anerkannt⁹¹. Das Bundesgericht hat jedoch festgehalten, dass eine Gefälligkeit gegenüber Verwandten oder nahestehenden Personen, die das Alltägliche, das unter Menschen übliche Mass an Grosszügigkeit, an Freundlichkeit nicht übersteigt, keinen Reduktionsgrund i.S.v. Art. 43 Abs. 1 OR darstellt⁹². Das Überlassen des Fahrzeugs an den Ehegatten zum Besuch von Verwandten stellt jedenfalls keine Gefälligkeit des Halters dar, die eine Herabsetzung des Schadenersatzes rechtfertigt⁹³. Der Versorgungsschaden ist beim Vorliegen einer Gefälligkeit ebenfalls nur mit grosser Zurückhaltung zu kürzen; eine Kürzung ist insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn der mit dem Versorger verwandte Halter ein Verschulden zu vertreten hat⁹⁴. Hat demge-

⁸⁸ Sowohl die Wertung, welches Verhalten objektiv gefordert war, als auch der Verschuldensvorwurf, in tadelnswerter Weise von den Verhaltensnormen abgewichen zu sein, sind relativ und hängen von den gesellschaftlichen Gegebenheiten ab. War früher die Unterernährung der Kinder ein Problem, so stellt sich heute die Frage, ob und inwieweit eine Falschernährung der Kinder, die zu einem Gesundheitsschaden (Diabetes, Fettleibigkeit etc.) führt, eine tadelnswerte Normabweichung darstellt (siehe dazu den Beitrag von AUGENHOFER, 2003, Fat teens and Big Macs – Eine Anmerkung zu Pelman v. McDonald's, in: HAVE 2003, 193 ff.).

⁸⁹ Vgl. Art. 321e Abs. 2 OR.

⁹⁰ Vgl. Art. 43 Abs. 1 OR.

⁹¹ Vgl. statt vieler BREHM, BE-K, N 55 ff. zu Art. 43 OR sowie BGE 127 III 446 E. 4b, 116 II 695 E. 4 und 101 II 133 = Pra 1975 Nr. 98 E. und 7.

⁹² Vgl. BGE 117 II 619 E. 5c/cc. Siehe demgegenüber BGE 127 III 446 (Reduktion bei unentgeltlicher Überlassung des Fahrzeugs an den Cousin).

⁹³ BGE 117 II 609 E. 5c.

⁹⁴ So Urteil OGer SO vom 20.11.2001 i.S. A. E. II/6c.

gegenüber ein Nichtverwandter eine Gefälligkeit erwiesen, kommt eine Kürzung gestützt auf Art. 43 Abs. 1 OR in Betracht⁹⁵.

(2) Selbstverschulden des getöteten bzw. verletzten Angehörigen

Der für den Angehörigenschaden bzw. -genugtuung Ersatzpflichtige kann sich praxisgemäss auf das Selbstverschulden des Verletzten bzw. Getöteten berufen⁹⁶. Die «Selbstverschuldenskürzung» weckt insoweit Bedenken, als es sich beim fraglichen Verschulden *nicht um ein Selbstverschulden des Angehörigen*, sondern um das Verschulden des Verletzten bzw. Getöteten, mithin um ein Drittverschulden handelt. Ein solches darf praxisgemäss nicht als Kürzungsgrund i.S.v. Art. 44 OR berücksichtigt werden⁹⁷. Das Bundesgericht rechtfertigt die Ausnahme gegenüber Schadenersatzansprüchen von Angehörigen mit dem Hinweis, dass deren Schaden bzw. ihrer immateriellen Unbill ein Reflexcharakter zukomme⁹⁸ und lässt sie entsprechend auch bei den ersatzfähigen Angehörigenschäden (bei einer Körperverletzung) zu, für die der Verletzte anspruchsberechtigt ist⁹⁹.

Nach dem vorliegend vertretenen Verständnis handelt es sich nicht nur beim Versorgungs-, sondern auch beim übrigen Angehörigenschaden um einen Direktschaden¹⁰⁰, weshalb nur ein eigentliches Selbstverschulden des geschädigten Angehörigen – mit Bezug auf die Herbeiführung der Verletzung oder Tötung¹⁰¹ oder eine Verletzung der Schadenminderungspflicht – zu einer Kürzung führen sollte. Die «Selbstverschuldenskürzung» ist insbesondere gegenüber Kindern unbillig, die trotz Schuldlosigkeit einen Teil des Schadens selbst tragen müssen. Diese Benachteiligung kann gegenüber kausal Haftenden insoweit gerechtfertigt werden, als diese ja an der Tötung bzw. Verletzung, die den Angehörigenschaden ausgelöst hat, kein Verschulden trifft. Haftet der Ersatzpflichtige bei einem

⁹⁵ Vgl. Urteil OGer ZH vom 21.04.1972 = ZR 1972 Nr. 72 E. 7; ferner BGE 101 II 133 = Pra 1975 Nr. 98 E. 6 und 7.

⁹⁶ Statt vieler BEAUVERD, P. (1986) L'action des proches en réparation de la perte de soutien et du tort moral (Art. 45 Al. 3 et 47 CO), Diss. Freiburg i.U., 192, und BREHM, BE-K, N 34 zu Art. 44 OR, ferner MARTI, H. (1942) Der Versorgerschaden, Aarau, 105 ff.; zur Praxis in Bezug auf Art. 45 ff. OR siehe BGE 117 II 50 E. 4a/bb, 101 II 257 E. 4, 95 II 411/414 = Pra 1970 Nr. 43 (vorinstanzlicher Abzug von 25 % vom BGer nicht beanstandet) und 64 II 198 E. 2 (vorinstanzlicher Abzug 20 % vom BGer bestätigt), ferner AGVE 1975, 37 E. 6 (Abzug von 25 %) sowie – mit Bezug auf Art. 59 Abs. 1 SVG – BGE 101 II 133 = Pra 1975 Nr. 98 E. 5–7, 92 II 39 E. 7, 91 II 218 E. 2c, 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 2b und 3 (vorinstanzliche Kürzung von 30 % vom BGer nicht beanstandet) sowie 84 II 292 E. 3b und 79 II 350 = Pra 1954 Nr. 16 E. 3); siehe ferner – betreffend EHG – Urteil BGer vom 20.07.2001 (5C.7/2001) E. 5 (vorinstanzliche Kürzung von 50 % vom BGer nicht beanstandet).

⁹⁷ So etwa BGE 112 II 138 E. 4a.

⁹⁸ BGE 117 II 50 E. 4a/bb.

⁹⁹ Siehe z.B. BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 6, 101 II 346 = Pra 1975 Nr. 264 E. 8 und 91 II 218 E. 5.

¹⁰⁰ Infra III.A.2.

¹⁰¹ Z.B. AGVE 1975, 37 E. 6 (Vater eines während einer Go-Kart-Fahrt getöteten Sohnes).

Verschulden, sollte das Mitverschulden des Verletzten bzw. Getöteten nicht zu einer Reduktion des Angehörigenschadens führen. Wieso der Schädiger gegenüber schuldlosen Angehörigen privilegiert behandelt werden sollte, entbehrt einer inneren Rechtfertigung. Eine Ausnahme von der «Selbstverschuldenskürzung» besteht ohnehin bei einem widerrechtlichen oder sittenwidrigen Einkommen des Verstorbenen, aus dem Versorgungsleistungen erbracht wurde. Auf Grund des tatsächlichen Versorgungsbegriffs von Art. 45 Abs. 3 OR¹⁰² ist der Angehörigenschaden zu ersetzen, obwohl der Getötete, wäre er nur verletzt worden, für den Einkommensausfall keinen Ersatz verlangen könnte¹⁰³. Da Art. 44 OR eine Kann-Bestimmung darstellt und das Sozialversicherungsrecht ein *Kürzungsverbot zu Gunsten von Angehörigen und Hinterbliebenen* vorsieht¹⁰⁴, sollte die bisherige Praxis geändert und eine Kürzung nur noch dann zugelassen werden, wenn der geschädigte Angehörige den Tod bzw. die Verletzung mitverschuldet oder die Schadenminderungspflicht verletzt hat.

d) Regressprivileg

Das Sozialversicherungsrecht – und auch andere Rechtsgebiete¹⁰⁵ – statuiert ein Regressprivileg¹⁰⁶. Das *Angehörigenregressprivileg* besteht zu Gunsten des Ehegatten und der Verwandten in auf- und absteigender Linie der versicherten Person sowie von Personen, die mit Letzterer in gemeinsamem Haushalt leben¹⁰⁷. Das *Arbeitgeberregressprivileg* besteht zu Gunsten des Arbeitgebers und seiner Angehörigen und deren Arbeitnehmern, gilt aber in sachlicher Hinsicht nur, wenn der Gesundheitsschaden Folge eines Berufsunfalls ist¹⁰⁸. Die privilegierten Personen, insbesondere Angehörige haften – im Gegensatz zum Haftungsprivileg – auch bei einer leichten Fahrlässigkeit. Ein allfälliger Haftungsanspruch des Verletzten bzw. der geschädigten Angehörigen geht denn auch – im Wege der Legalzession – auf den Sozialversicherer im Zeitpunkt des Ereignisses über¹⁰⁹. Ein Rückgriffsrecht gegenüber dem schädigenden Angehörigen bzw. Arbeitge-

¹⁰² Vgl. infra III.B.2.

¹⁰³ Siehe BGE 111 II 295 E. 2.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 21 Abs. 2 ATSG.

¹⁰⁵ Vgl. z.B. Art. 8 VG (Staatshaftung) sowie Art. 25 Abs. 2 und 3 BPG und Art. 7 Abs. 3 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 (Arbeitnehmerhaftung).

¹⁰⁶ Vgl. Art. 75 ATSG. Siehe dazu BECK, P. (1999) Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen in: Schaden – Haftung – Versicherung (Eds. Münch, P. und Geiser, T.), Basel/Genf/München, 235 ff., und VOGEL, B./BICHSEL, T. (2004) Regressprivileg und Koordinationsgemeinschaft in: HAVE, 2004, 331 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 75 Abs. 1 ATSG.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 75 Abs. 2 ATSG. Siehe dazu BGE 127 III 580 E. 1 und 2 sowie 123 III 280 ff.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 124 V 174 ff. Der Sozialversicherungsregress erfolgt integral, d.h. umfasst – im Gegensatz zu anderen Regressbestimmungen (vgl. z.B. Art. 72 VVG) – alle gesetzlichen Ansprüche des Versicherten, die mit dem Haftungsanspruch kongruent sind.

ber steht dem Sozialversicherer aber nur zu, wenn jene den Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben¹¹⁰. Der Krankenversicherer kann auch bei leichter Fahrlässigkeit auf den Arbeitgeber Rückgriff nehmen¹¹¹.

Ein Regressprivileg sieht sodann Art. 72 VVG vor¹¹². Der Ersatzanspruch des Versicherten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung geht in dem Umfang auf den Versicherer über, als dieser Leistungen aus dem Versicherungsvertrag erbracht hat¹¹³. Eine Subrogation ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Schädiger leichtfahrlässig gehandelt hat, mit der versicherten Person in häuslicher Gemeinschaft lebt oder diese für das Verhalten des Schädigers einstehen muss¹¹⁴.

¹¹⁰ Vgl. Art. 75 ATSG.

¹¹¹ Vgl. Art. 79 KVG.

¹¹² Das Verhältnis zwischen den allgemeinen Regressbestimmungen von Art. 50 f. OR und Art. 72 VVG ist umstritten. Der Versicherer kann gestützt auf Art. 72 VVG gegenüber schuldhaft handelnden Schädiger, die infolge einer unerlaubten Handlung haften, Rückgriff nehmen. Kein Regressrecht steht dem Versicherer gestützt auf Art. 72 VVG aber gegenüber vertraglich Ersatzpflichtigen zu. Das Bundesgericht geht jedoch davon aus, dass Art. 50 f. OR anwendbar sind und der Versicherer zumindest dann ein Rückgriffsrecht hat, wenn der vertraglich Ersatzpflichtige ein schweres Verschulden trägt (vgl. BGE 118 II 506 E. d.). Im Einzelnen ist das Regressrecht von im Rahmen einer Schaden- oder Haftpflichtversicherung ersatzpflichtigen Versicherern gegenüber anderen aus Delikt oder Vertrag ersatzpflichtigen Dritten umstritten (siehe dazu GRUBER, BA-K, N 12 ff. zu Art. 72 VVG) und soll im Rahmen der laufenden Haftpflichtrevision neu geregelt werden (statt vieler den originellen Beitrag von STEIN, P. [1998] Neuordnung des Regresses im Schweizerischen Privatrecht oder Der mobile Leiterhaken in: Collezione Assista, Genf, 704 ff.).

¹¹³ Vgl. Art. 72 Abs. 1 VVG.

¹¹⁴ Vgl. Art. 72 Abs. 3 VVG und GRUBER, BA-K, N 55 ff. zu Art. 72 VVG.

III. Haftung für externe Angehörigenschäden

A. Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens

1. Reflexschadenersatzverbot

Um eine infinite Haftung zu verhindern, können indirekt Geschädigte bzw. Drittgeschädigte grundsätzlich keine Ersatzansprüche geltend machen (*Reflexschadenersatzverbot*). Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass «aus unerlaubter Handlung ein Schadenersatzanspruch in der Regel nur für den, der hievon unmittelbar betroffen wird, nicht auch für Dritte, welche durch eine Reflexwirkung des Deliktes unmittelbar benachteiligt werden»¹¹⁵, entsteht¹¹⁶. Die herrschende Lehre hat sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen¹¹⁷. Von den Reflexschäden sind die *mittelbaren Direktschäden* zu unterscheiden, da «im schweizerischen Haftpflichtrecht nicht nur für den unmittelbaren, sondern auch für den mittelbaren Schaden gehaftet (wird), sofern dieser noch als adäquat kausale Folge des schädigenden Ereignisses erscheint»¹¹⁸. Keine Reflexschäden, sondern mittelbare Direktschäden stellen z.B. *Fernwirkungs- und Massenschäden* dar¹¹⁹.

2. Angehörigenschaden als Reflexschaden?

a) Angehörige als Reflexgeschädigte

Die Angehörigen von Verletzten oder Getöteten, die einen Schaden erleiden, befinden sich im Graubereich zwischen «echtem» Reflexschaden und «unechtem» Reflexschaden bzw. mittelbarem Direktschaden. Einerseits sind die nahen Angehörigen immer unmittelbar betroffen, wenn ein anderes Familienmitglied verletzt oder getötet wird, und erleiden finanzielle Nachteile; andererseits sind sie in der Regel nicht auch selbst verletzt. Die ältere Rechtsprechung ging davon

¹¹⁵ Vgl. BGE 57 II 180/181.

¹¹⁶ Siehe BGE 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.

¹¹⁷ Statt vieler BREHM, BE-K, N 20 ff. zu Art. 41 OR, EGLI, J.-F. (1987) De la réparation accordée à la famille du défunt et de l'invalide en responsabilité civile. A propos de l'évolution récente de la jurisprudence in: *Problèmes de droit de la famille*, Neuenburg, 51 ff., und WIDMER, P. (1999) *Privatrechtliche Haftung in: Schaden – Haftung – Versicherung* (Eds. Münch, P. und Geiser, T.) Basel/Genf/München, 7 ff., 31 f.

¹¹⁸ BGE 118 II 176 E. 4c. Siehe ferner BGE 57 II 36 E. 2 («keine 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).

¹¹⁹ Vgl. z. B. den Fernwirkungschadenfall BGE 102 II 85 (Haftung für Stromunterbruch).

aus, dass Angehörige von getöteten bzw. verletzten Personen einen eigenen Schadenersatzanspruch haben. So wurde der zahlende Angehörige eines Getöteten als anspruchsberechtigt betrachtet¹²⁰. 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 schadenersatzberechtigt¹²¹. In der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts ist das Bundesgericht dazu übergegangen, das Reflexschadenersatzverbot auch auf den Angehörigenschaden anzuwenden¹²². Die herrschende Lehre hat sich dieser Rechtsprechung (stillschweigend) angeschlossen und betrachtet den Angehörigenschaden, insbesondere auch den Versorgungsschaden, nicht als einen Direktschaden der Angehörigen, sondern als einen *restriktiv zu interpretierenden Reflexschaden*¹²³.

b) Angehörige als Direkt- bzw. Mitgeschädigte

Die Abgrenzung der mittelbaren von der unmittelbaren Betroffenheit hängt nicht nur von der Konkretisierung des adäquaten Kausalzusammenhanges, sondern auch vom sachlichen Geltungsbereich der absoluten Rechtsgüter ab¹²⁴. Werden diese restriktiv ausgelegt, so führt das Reflexschadenersatzverbot zu einer restriktiven Haftung. Im umgekehrten Fall bewirkt eine grosszügige Auslegung eine Schadenersatzberechtigung für «unechte Reflexschäden» – unecht deshalb,

¹²⁰ Vgl. BGE 57 II 53 E. 2.

¹²¹ Vgl. BGE 57 II 94 E. 3b. Ferner BGE 69 II 324 E. 3a.

¹²² 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 = SG 1979 Nr. 16 E. 3, 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 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.

¹²³ 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, M./GABI, 1988. Das Schweizerische Schuldrecht. Bd. II: Haftpflichtrecht. 2. A., Basel, 93, OFTINGER, K./STARK, E. W. (1995) Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich, § 6 N 260, SCHNYDER, BA-K, N 7 zu Art. 45 OR, STARK, E. W. (1988) Ausservertragliches Haftpflichtrecht. Skriptum. 2. A., Zürich, N 97, und ZEN-RUFFINEN, P. (1979) La perte de soutien, Diss. Neuenburg, 20.

¹²⁴ Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich in Fällen des vorgeburtlichen Absterbens eines Kindes. Das abgestorbene Kind ist unmittelbar betroffen, aber nicht rechtsfähig (vgl. Art. 31 Abs. 2 ZGB), weshalb in seiner Person kein Schadenersatzanspruch erwachsen kann. Die Mutter demgegenüber ist streng genommen vom Tod des Fötus nur mittelbar betroffen. Die Praxis geht jedoch davon aus, dass die Mutter einen eigenen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch hat (vgl. BJM 1997, 193 ff.).

weil der Schaden mittelbar Betroffener zu einem «echten» Schaden infolge unmittelbarer Betroffenheit in eigenen Rechtsgütern umfunktioniert wird.

Diese Relativität zeigt sich beim absoluten *Rechtsgut der physischen und psychischen Integrität*¹²⁵. Der Geltungsbereich von Art. 46 Abs. 1 OR wird von Lehre und Rechtsprechung weit ausgelegt. Jede Beeinträchtigung der physischen und/oder psychischen Integrität stellt praxisgemäss eine Körperverletzung i.S.v. Art. 46 Abs. 1 OR dar¹²⁶. Insbesondere liegt eine Körperverletzung bereits bei einer Ansteckung mit einer Krankheit, z.B. HI-Virus/Aids¹²⁷, oder bei Schock-¹²⁸ oder Angstzuständen oder anderen Störungen (Depressionen, Hysterie, geistiger Ermüdbarkeit etc.) vor¹²⁹. Eine ähnlich relative Abgrenzung besteht beim absoluten *Rechtsgut der Persönlichkeit*³⁰. Wird z.B. ausserehelicher Geschlechtsverkehr als Persönlichkeitsverletzung verstanden, so wird der Schwängerer dem Registervater schadenersatzpflichtig, obwohl ungedeckte Anfechtungskosten des Letzteren bloss reflexweise verursacht worden sind¹³¹.

3. Ersatzpflicht für den Anhörigenschaden

a) Ersatzpflicht des Schädigers

(1) Vertragsrechtliche Ersatzpflicht

Eine vertragliche Haftung kann grundsätzlich nur gegenüber Vertragspartnern, nicht aber vertragsfremden Dritten, die als Folge der Vertragsverletzung (mit-) geschädigt werden, entstehen. Die ältere Rechtsprechung bejahte eine vertragliche Haftung gegenüber den Angehörigen der getöteten Vertragspartner¹³². Nach

¹²⁵ Für die Widerrechtlichkeit spielt es keine Rolle, ob der Eingriff im Interesse des Geschädigten erfolgte. Selbst der ärztliche Eingriff ist ohne Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes widerrechtlich, vgl. z.B. BGE 123 II 60 E. 4d/ee (Staatshaftung).

¹²⁶ Vgl. statt vieler BREHM, BE-K, N 6 zu Art. 46 OR m.z.w.H.

¹²⁷ Der Zeugungsakt HIV-Positiver kann praxisgemäss nicht als Körperverletzungsdelikt zum Nachteil des dadurch gezeugten Kindes angesehen werden, weshalb eine Haftung für pränatal, nicht aber für postnatal geschädigte Kinder ausgeschlossen ist (vgl. Urteil OGer TG vom 19.12.1996 [SB 96 42] = RBOG 1997, 24). Die wissentlich Ansteckung eines Dritten mit dem HI-Virus stellt demgegenüber eine schwere Körperverletzung dar und erfüllt ferner ebenfalls den Tatbestand des Verbreitens menschlicher Krankheiten (vgl. BGE 125 IV 242 = AJP 2000, 1168 ff.). Angehörige angesteckter Personen können Genugtuungsansprüche geltend machen (BGE a.a.O. mit dem Hinweis, dass das Geschworenengericht Zürich der nicht angesteckten Tochter eine Genugtuung von CHF 20'000 zugesprochen hat).

¹²⁸ Vgl. z.B. BGE 112 II 121 ff. und 220 ff. sowie BGE 51 II 73 E. 2.

¹²⁹ BREHM, BE-K, N 6 zu Art. 46 OR.

¹³⁰ Vgl. Art. 28 ZGB und Art. 49 OR.

¹³¹ Vgl. z.B. BGE 109 II 4 E. 2 und STARK, E. W. (1986) Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden? in: Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag (Eds. Riemer H. M./Walder H.U. und Weimar, P.), Bern, 515 ff. Siehe ferner BGE 108 II 344 = Pra 1983 Nr. 87.

¹³² Vgl. BGE 36 II 218 E. 3, ferner BGE 59 II 428 E. 1 und 45 II 425 E. 2.

der herrschenden Auffassung ist die Versorgungsschadenhaftung von Art. 45 Abs. 3 OR eine *ausservertragliche Haftung*. Wenn der Versorgungsschaden der Angehörigen als Folge einer vertragswidrig erfolgten Tötung entstanden ist, besteht deshalb keine vertragliche Ersatzpflicht¹³³. Der (mit)geschädigte Angehörige einer vertragswidrig getöteten bzw. verletzten Person kann einen *vertraglichen Schadenersatzanspruch* nur dann geltend machen, wenn er entweder auch Vertragspartei des Schädigers gewesen ist oder der Vertrag ausnahmsweise eine *Drittzuschutzwirkung* entfaltet hat¹³⁴.

Eine Drittzuschutzwirkung besteht einerseits bei einem Vertrag zu Gunsten eines Dritten¹³⁵, der von einem Vertragspartner zur Wahrung der Interessen des Geschädigten (Dritten) abgeschlossen wurde, und andererseits dann, wenn dem Vertragspartner beim Vertragsabschluss erkennbar war, dass der Vertrag der Wahrung von Drittinteressen dient¹³⁶. Der *Arztbehandlungsvertrag*, der die schwangere Mutter abgeschlossen hat, schützt sowohl die Mutter als auch das ungeborene Kind¹³⁷. Der Vertragszweck besteht darin, Gesundheit von Mutter und Kind zu schützen; zudem ist der Nasciturus unter dem Vorbehalt der Lebendgeburt ab dem Moment der Zeugung rechtsfähig¹³⁸ und kann ab dem Zeitpunkt der Zeugung vertragliche Rechte erwerben. Das Bundesgericht ist – entgegen der Auffassung des deutschen Bundesgerichtshofs – aber der Auffassung, dass der Ehemann bzw. Vater des gezeugten Kindes nicht in den Schutzbereich des Arztvertrages fällt¹³⁹.

(1) Deliktsrechtliche Ersatzpflicht

Der Gesetzgeber sieht in Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR explizit einen Schadenersatzanspruch von Angehörigen vor. Die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche der Angehörigen entstehen in ihrer Person¹⁴⁰ und können deshalb von

¹³³ BGE 97 II 123 = Pra 1971 Nr. 209 E. 2, 81 II 547, 64 II 200 E. 1 und 54 II 138 E. 3 sowie Urteil BGer vom 18.01.2000 (4C.194/1999) = SVK 2000/8, 48 ff. E. 3 und 5 (zu Art. 328 OR), offengelassen in Urteil BGer vom 17.07.1997 (4C. 545/1996) E. 2; ferner BREHM, BE-K, N 29 zu Art. 45 OR.

¹³⁴ Siehe dazu BREHM, BE-K, N 30 zu Art. 45 OR, GAUCH, P./SCHLUEP, W. R./SCHMID, J./REY, H. (1998) Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Band II. 7. A., Zürich, N 4042, MOSER, M. (1998) Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Diss. Bern, 15 und 97 ff., und WALTER, H. P. (1996) Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages in: RJB, 1996, 273 ff., 290.

¹³⁵ Vgl. Art. 112 OR.

¹³⁶ Siehe Urteil BGer vom 28.01.2000 (4C.280/1999 und 4C.296/1999) E. 3b m.w.H. und Urteil AGer ZH vom 12.08.1980 = ZR 80 Nr. 86 (vertragliche und deliktische Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers gegenüber Eltern eines grundlos fristlos entlassenen Lehrlings).

¹³⁷ Vgl. Urteil BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) E. 2.2 = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 2003/6, 65.

¹³⁸ Vgl. Art. 31 Abs. 2 ZBG.

¹³⁹ Siehe Urteile BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) E. 2.2 = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 2003/6, 65 und BGH vom 18.01.1983 (VI ZR 114/81) = BGHZ 86, 240 E. B/II.

¹⁴⁰ Weiterführend infra III.B.

ihnen auch dann geltend gemacht werden, wenn sie gleichzeitig Erben des Schadenersatz- bzw. Genugtuungsanspruches des Getöteten sind bzw. die Erbschaft ausgeschlagen haben. Erben die genugtuungsberechtigten Angehörigen die Genugtuung des Getöteten, darf diese aber bei ihrer Genugtuung angemessen angerechnet werden¹⁴¹.

Die neuere Praxis hat das Reflexschadenersatzverbot im Kontext mit dem Angehörigenschaden relativiert und festgestellt, dass das haftungsbegründende Ereignis – je nach den konkreten Umständen – bei nahen Angehörigen zu einer *Beeinträchtigung ihrer physischen oder psychischen Integrität* führen kann (sog. Schockschäden)¹⁴². Für die daraus entstehenden finanziellen Nachteile (z.B. Heilungskosten und Erwerbsausfall) kann der direktgeschädigte Angehörige gestützt auf Art. 41 bzw. Art. 46 OR Ersatz verlangen¹⁴³. Eine *Ausweitung der Aktivlegitimation* lässt sich auch beim Genugtuungsanspruch feststellen. Obwohl die Angehörigen in Art. 49 OR – im Gegensatz zu Art. 47 OR – nicht ausdrücklich genannt werden, bejaht die neuere Praxis die Aktivlegitimation von Angehörigen verletzter Personen. Anspruchsberechtigt sind die *Angehörigen der Kernfamilie*, d.h. Ehegatten¹⁴⁴, Verlobte bzw. Konkubinatspartner¹⁴⁵, Eltern¹⁴⁶, Nachkommen¹⁴⁷ sowie Geschwister¹⁴⁸.

¹⁴¹ Siehe dazu BGE 118 II 404 E. 3, wonach die geerbte Genugtuungssumme einzelfallweise bei der Festsetzung der Höhe der Angehörigen Genugtuung berücksichtigt werden darf.

¹⁴² Weiterführend FISCHER, W. (1988) *Ausservertragliche Haftung für Schockschäden Dritter*. Ein Beitrag zur dogmatischen Analyse der sog. Fernwirkungsschäden, Zürich, KARCZEWSKI, C. (1991) *Die Haftung für Schockschäden*. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Hamburg, und SCHAER, R. (1993) *Schockschäden und psychische Überlagerungen in: Relazioni tra diritto civile e assicurazioni sociali*, Lugano, 19 ff.

¹⁴³ Vgl. BGE 112 II 118 E. 5 (Miterleben eines Flugzeugabsturzes), ferner 109 II 4 E. 2 und 3 (Deliktshaftung bei Ehestörung durch Dritte).

¹⁴⁴ Vgl. BGE 112 II 220 E. 3 (CHF 60'000 für den Ehemann einer pflegebedürftigen Frau) (Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8 (CHF 30'000 für den Ehemann einer rollstuhlabhängigen, leicht hilfsbedürftigen Ehefrau).

¹⁴⁵ Vgl. BGE 114 II 144 E. 3a.

¹⁴⁶ 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 hirnbeschädigten 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).

¹⁴⁷ 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).

¹⁴⁸ 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 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).

Voraussetzung einer *Angehörigengenugtung* nach Art. 49 OR ist allerdings, dass der eigentlich Geschädigte eine *schwere Körperverletzung*¹⁴⁹ 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 minderschweren Körperverletzungen vorliegen, z.B. wenn ein Elternteil einen spektakulären Unfall ihres nicht schwer verletzten Kindes mitverfolgen und infolge Bluthockdruck einen Schlaganfall erleidet¹⁵⁰. In solchen Fällen ist eine Genugtung ebenfalls zuzusprechen, wenn der Schock eine eigentliche posttraumatische Störung verursacht und die erlittene Unbill der Angehörigen (Schreck, Angst, Schmerz etc.) auf Grund der konkreten Umstände objektiv nachvollziehbar ist und das Mass überschreitet, dem Menschen im Alltag beim Empfang schlechter Nachrichten, auch von Todesnachrichten, ohnehin ausgesetzt sind¹⁵¹.

(2) Bereicherungsrechtliche Ersatzpflicht

Denkbar wäre, den Angehörigen verletzter Personen für Schaden, den sie auf Grund einer Verletzung eines anderen Angehörigen «reflexweise» erleiden, einen Bereicherungsanspruch¹⁵² in den Fällen zu gewähren, in denen der Verletzte von Angehörigen unentgeltlich Schadenausgleichsleistungen erhalten hat. Im Umfang der *eingesparten Ersatzkosten* läge beim Ersatzpflichtigen eine Bereicherung vor, die nicht gerechtfertigt ist, weil der Angehörige den Verletzten und nicht den Schädiger begünstigen will¹⁵³. Die schweizerische Praxis hat diesen Ansatz nicht verfolgt¹⁵⁴. Mit einem Ersatzanspruch infolge ungerechtfertigter Bereicherung könnte ohnehin nur der Zuwendungs-, nicht aber der Ausfallschaden¹⁵⁵ erfasst werden, weshalb sich das Bereicherungsrecht für die Regulierung des Angehörigenschadens nicht eignet.

¹⁴⁹ Siehe zur Schleudertraumaproblematik den Anwendungsfall Urteil KGer ZG vom 23.08.1999 = plädoyer 1999/6, 57 ff. (Angehörigengenugtung bejaht).

¹⁵⁰ A. A. Urteil OLG Nürnberg vom 24.05.2005 (1 U 558/05) = BeckRS 2008, 03684.

¹⁵¹ Vgl. BGE 112 II 118 E. 5 (Schockschaden des Vaters eines durch herabstürzende Wrackteile eines Flugzeugs Getöteten) sowie ferner Urteile BGH vom 05.02.1985 (VI ZR 198/83) = r + s 1985, 110 (Schockschaden eines Nasciturus) und vom 11.05.1971 (VI ZR 78/70) = VersR 1971, 905 sowie Urteile OLG Hamm vom 02.07.2001 (13 U 224/00) = VersR 2002, 992, KG vom 10.11.1997 (12 U 5774/96) = DAR 1999, 115 = NZV 1999, 329 = VersR 1999, 504, und LG München vom 28.05.1980 (4 O 3770/79) = VersR 1981, 390.

¹⁵² Vgl. Art. 62 ff. OR.

¹⁵³ BGE 62 II 290 und Urteil BGer vom 07.04.1936 i.S. Weissen c. Mengis. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Mutter die Arbeitgeberin des Geschädigten ist und den früheren Bar- bzw. Naturallohn trotz Arbeitsunfähigkeit weiterhin uneingeschränkt leistet (Urteil KGer VS vom 07.09.1982 i.S. Jacques-Louis Isoz c. La Compagnie Helvetia-Accidents = RVJ 1983, 174 E. 4d).

¹⁵⁴ Siehe aber rechtsvergleichend z.B. GUYENZ, K. H. (1985) Die Erstattung von Aufwendungen im Zusammenhang mit Personenschädigungen und Tötung, Diss. Bielefeld, 112 ff.

¹⁵⁵ Dazu infra III.B und C.

(3) Regressanspruch

Schadenersatz kann entweder in natura oder in Geld erbracht werden¹⁵⁶. Erbringen Angehörige in Erfüllung ihrer gesetzlichen Beistands- bzw. Unterhaltungspflicht dem Verletzten Geld-, Sach- oder Dienstleistungen, mit denen dessen Vermögensschaden gedeckt wird, stellt sich die Frage, ob der Schadenersatzanspruch des Verletzten auf den Angehörigen übergeht. Eine Legalzession des Ersatzanspruchs erfolgt insbesondere bei Sozial- und Privatversicherern¹⁵⁷ sowie beim Arbeitgeber¹⁵⁸, die zu Gunsten des Verletzten gestützt auf eine gesetzliche Pflicht Dienst-, Sach- oder Geldleistungen erbringen. Erbringen beistands- und unterhaltungspflichtige Angehörige dem Verletzten gegenüber Schadenausgleichsleistungen in natura oder Geld, sind sie als *gesetzliche Ersatzpflichtige i.S.v. Art. 51 Abs. 2 OR* zu betrachten. Sie können deshalb gegenüber den aus Delikt oder Vertrag Ersatzpflichtigen regressieren¹⁵⁹.

b) Ersatzpflicht des verletzten Angehörigen

(1) Aus Vertrag

Angehörige erbringen in der Regel unentgeltlich Dienstleistungen für andere, insbesondere verletzte Familienmitglieder. Auf Grund der Vertragsfreiheit können Angehörige für innerfamiliäre Geld-, Sach- und Dienstleistungen auch ein Entgelt verabreden¹⁶⁰. Haus-, Betreuungs- und Pflegearbeit werden üblicherweise von Dritten entgeltlich erbracht, weshalb sich im Hinblick auf Art. 320 Abs. 2 OR die Frage stellt, ob zwischen dem verletzten und dem Dienst leistenden Angehörigen ein Arbeitsvertrag stillschweigend abgeschlossen wird, wenn dieser Betreuungs- und Pflegedienstleistungen erbringt¹⁶¹.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 43 Abs. 1 OR und Art. 18 EntG, dazu BGE 128 II 368 E. 4.1, 107 II 134 E. 4, 105 Ib 88 E. 3, 100 II 134 E. 6, 99 II 176 E. 3 und 95 I 366 E. 4.

¹⁵⁷ Dazu bereits supra II.D.3.d.

¹⁵⁸ Vgl. BGE 126 III 521 E. 2.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 51 OR.

¹⁶⁰ Vgl. z.B. Art. 165 Abs. 3 und Art. 168 ZGB.

¹⁶¹ Das Bundesgericht lehnt die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR bei einer dreimonatigen Pflege und Betreuung der Mutter durch den Sohn ab (BGE 70 II 21 E. 2). Das EVG demgegenüber bezeichnet – gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR – ein Pflegeentgelt in Höhe von CHF 60'000 für eine 12-jährige Pflege als angemessen (Urteil EVG vom 01.07.1991 i.S. W. E. 4b und c; ferner Urteil EVG vom 15.12.1997 i.S. M. – W. O. = AHI 1998, 153 E. 3 [Anwendbarkeit von Art. 320 Abs. 2 OR bei Pflege und Betreuung einer hochbetagten Mutter durch erwachsene Tochter bejaht]). Siehe ferner BGE 90 II 443 E. 1 (im Betrieb des Vaters unentgeltlich mitarbeitender Sohn, der den Betrieb erben soll).

(2) Aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Das Bundesgericht hat das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag verschiedlich herangezogen, um eine innerfamiliäre Ersatzpflicht («interne Billigkeitshaftung»)¹⁶² oder eine Ersatzpflicht von Dritten für familiäre Dienstleistungen («externe Billigkeitshaftung»)¹⁶³ zu begründen. Eine interne Entschädigungspflicht wird insbesondere auch in Bezug auf den Schaden von Angehörigen verletzter Personen angenommen¹⁶⁴. Soweit eine Ersatzpflicht des Verletzten gegenüber Angehörigen, die Schadenausgleichsleistungen erbringen, bejaht wird, erfolgt eine *Drittschadensliquidation*. Der Angehörigenschaden – verstanden als Reflexschaden – wird in einen Eigenschaden des Verletzten «uminterpretiert».

Familiäre Dienstleistungen werden – eine fehlende vertragliche Leistungspflicht vorausgesetzt – entweder in Erfüllung der Beistands- bzw. Unterhaltspflicht¹⁶⁵ oder dann freiwillig erbracht. Im ersten Fall besteht eine rechtliche Handlungspflicht, weshalb eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht möglich ist. Im letzten Fall fehlt dem geschäftsführenden Angehörigen oft eine Wiedererlangungsabsicht, was ebenfalls eine Geschäftsführung ohne Auftrag ausschliesst¹⁶⁶. Der Angehörige will – im Gegensatz zum Geschäftsführer – kein Geld, höchstens Dank und Gegenseitigkeit, wenn er sich in Zukunft in einer ähnlichen Situation befinden sollte («synallagmatisches Anstandsverhältnis»). Familiäre Dienstleistungen erfolgen zudem meistens unabhängig von einer zeitlichen Dringlichkeit, weshalb es mehr als nur fraglich ist, die Regeln der echten Geschäftsführung ohne Auftrag im innerfamiliären Verhältnis anzuwenden. Der Schaden des Geschäftsführers mithin des Angehörigen, der gemäss Art. 422 OR rückerstattungspflichtig ist, besteht zudem grundsätzlich nur im Ersatz von Kosten für nützliche bzw. notwendige Massnahmen, nicht aber im Ersatz eines Verdienstaufschlags. Da im innerfamiliären Verhältnis zudem eine Unentgeltlichkeitsvermutung besteht¹⁶⁷, verführt der Durchgriff via Geschäftsführung ohne Auftrag dazu, eine Ersatzpflicht nur für Kosten, nicht aber für Erwerbsschaden zu bejahen und den Kostenersatz nur für nützliche bzw. notwendige Auslagen, nicht aber für alle verletzungsbedingten Mehrkosten zuzulassen¹⁶⁸.

¹⁶² Vgl. BGE 83 II 533 ff.

¹⁶³ Siehe BGE 123 III 161 E. 4.

¹⁶⁴ Vgl. Urteil BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4 und BGE 97 II 259 E. 4.

¹⁶⁵ Siehe z.B. Art. 159 Abs. 3 und Art. 272 ZGB.

¹⁶⁶ Statt vieler ROBERTO, V. (2002) Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich., N 656, und SCHMID, J., (1992) Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg i.U., N 262 und 1390 ff.

¹⁶⁷ Dazu z.B. LANDOLT, H. (2002) Pfliegerrecht. Band II: Schweizerisches Pfliegerrecht, Bern, N 84 und 101 ff.

¹⁶⁸ So z.B. SCHAEER, R. (1984) Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M., N 220 f.

Die Drittschadensliquidation des Angehörigenschadens über die Geschäftsführung ohne Auftrag ist deshalb abzulehnen. Abzulehnen ist auch eine *Drittschadensliquidation des Angehörigenschadens über die Genugtuung des Verletzten*¹⁶⁹. Sowohl Schadenersatz und Genugtuung¹⁷⁰ als auch der Schaden des Verletzten und der Angehörigenschaden sind voneinander zu unterscheiden. Der Genugtuungsanspruch entsteht unabhängig von einem allfälligen Vermögensschaden und richtet sich nach der Schwere der immateriellen Beeinträchtigung. Die Drittschadensliquidation über die Genugtuung des Verletzten bzw. ausnahmsweise des Angehörigen unterstellt die Richtigkeit des Reflexschadentheorems und vermischt materiellen und immateriellen Schadenersatz, weist also mehrere Nachteile auf.

c) Angehörigenschaden als Direktschaden

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. Es kommt zudem etwas ganz Entscheidendes hinzu: Angehörige sind keine Fremden!

Wenn der Blitz der Widerrechtlichkeit ins Hausdach einschlägt, wird nicht nur derjenige Hausbewohner «geschädigt», der vom Blitz getroffen wird, sondern alle, die unter dem fraglichen Dach wohnen. Entweder verlieren sie ihr Heim oder – wenn das Blitzopfer körperlich Schaden nimmt – ihren Versorger. Der Nachbar demgegenüber sonnt sich in Schadenfreude oder empfindet Mitleid – aber geschädigt ist er nicht. Der Angehörigenschaden unterscheidet sich insoweit vom klassischen Drittschaden, der bei Gelegenheit der Schädigung anderer Personen reflexweise bzw. zufälligerweise verursacht wurde. Der Angehörigenschaden sollte deshalb generell als ersatzfähigen Direktschaden qualifiziert werden, wenn er als adäquate Folge der Verletzung oder Tötung eines anderen Familienmitglieds eintritt.

¹⁶⁹ So z.B. BREHM, BE-K, N 21 zu Art. 45 OR, der den seiner Meinung nach nicht ersatzpflichtigen Angehörigenschaden bei der Festsetzung der Genugtuung des Verletzten berücksichtigen möchte.

¹⁷⁰ Der Schaden im Sinne des Art. 41 OR kann nur in einer Vermögenseinbusse bestehen (BGE 115 II 474 E. 3a und 87 II 290 E. 4a). Die Verletzung eines Affektionsinteresses begründet nur beim Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 49 OR einen Anspruch auf Wiedergutmachung (BGE 87 II 290 E. 4b). In einem Entscheid aus dem Jahre 1978 hat demgegenüber das Kantonsgericht Graubünden einer Braut unter dem Titel des Versorgungsschadens auch den Nachteil ausgleichen lassen, dass sie auf die Annehmlichkeiten eines eigenen Hauses verzichten musste (PKG 1978 Nr. 3).

Dies macht auch in ökonomischer Hinsicht Sinn. Die Familie vor allem die Kernfamilie von Ehegatten und Kindern, bzw. der Privathaushalt 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:

- Ehe und Familienleben sind grundrechtlich geschützt¹⁷¹; Familien sind zudem vom Staat zu fördern¹⁷².
- 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).
- 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 (Pflichtteilschutz¹⁷³, Herabsetzung¹⁷⁴, Gläubigerbenachteiligung¹⁷⁵).
- Das Steuerrecht schliesslich beruht auf dem Grundsatz der Familienbesteuerung und vollzieht deshalb die ökonomische und rechtliche Einheit¹⁷⁶.

Das Haftpflichtrecht muss – wie die übrige Rechtsordnung auch – die *Familie als Schadenseinheit* verstehen. Der Grundsatz der Familieneinheit wird denn auch ausdrücklich vom Gesetzgeber erwähnt. Art. 45 Abs. 3 und 47 OR sehen zu Gunsten von Angehörigen, nicht aber von familienfremden Dritten, Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche vor. Art. 45 Abs. 3 OR stellt nach der herkömmlichen Reflexschaden- bzw. Unmittelbarkeitstheorie aber einen haftungserweiternden Ausnahmetatbestand vor, der Dritte gegenüber Angehörigen haften lässt, obwohl an sich nach Art. 41 Abs. 1 OR keine Haftung bestehen würde. Dieser Ansatz schliesst es aus, aus Art. 41 Abs. 1 OR (weitere) Schadenersatzansprüche Angehöriger abzuleiten. Die Qualifizierung des Angehörigenschadens

¹⁷¹ Vgl. Art. 13 Abs. 1 und 14 BV, und Art. 8 Abs. 1 EMRK.

¹⁷² Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. c und e, 108 Abs. 4 und 119 Abs. 2 BV.

¹⁷³ Vgl. Art. 471 ff. ZGB.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 527 ZGB.

¹⁷⁵ Vgl. Art. 497 und 524 ZGB.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 5 und Art. 9 DBG sowie Art. 3 Abs. 3 StHG.

als Reflexschaden wird durch den Wortlaut von Art. 47 OR gestützt, der zwar «Tötung» und «Körperverletzung» erwähnt, aber nur den «Angehörigen des Getöteten» einen Genugtuungsanspruch gewährt. *E contrario* können bei «Körperverletzung» nur der Verletzte, nicht aber Angehörige einen Anspruch geltend machen.

Die *Einheitstheorie* erachtet – im Gegensatz zur Unmittelbarkeitstheorie – Art. 41 ff. OR grundsätzlich auf alle innerfamiliär zugefügten Schäden als anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob der Angehörige des Verletzten bzw. Getöteten durch das haftungsbegründende Ereignis unmittelbar oder bloss mittelbar betroffen ist¹⁷⁷. Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR stellen nach diesem Verständnis zwar auch *leges specialis*, nicht aber Ausnahmenormen dar, die eine gemäss Art. 41 Abs. 1 OR nicht bestehende Haftung begründen. Mit ihnen wird lediglich die bereits Art. 41 Abs. 1 OR immanente Haftung für Schäden, die Angehörige widerrechtlich getöteter Personen erleiden, geregelt¹⁷⁸. Eine solche Konkretisierung ist bei der Tötung – im Gegensatz zur Körperverletzung – deshalb erforderlich, weil nicht klar ist, worin der Schadenersatzanspruch Angehöriger beim Tod, der ohnehin (später) eingetreten wäre, bestehen soll. Da jeder einmal stirbt, müssen Angehörige früher oder später um den Tod ihrer Lieben trauern. Die widerrechtliche Tötungshandlung des Dritten hat diesen Zeitpunkt bloss vorverlegt. Das Verhalten des Dritten ist damit – ähnlich einer überholenden Kausalität – eine Ursache, die ein Ereignis bewirkt, das später ohnehin eingetreten wäre. Soll dafür der Dritte haften? Besteht ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR? Art. 45 und Art. 47 OR bejahen diese Fragen für die immaterielle Unbill Angehöriger sowie für Bestattungs- und Heilungskosten und den Versorgungsschaden.

Aus Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR lässt sich *e contrario* die Reflexschadenqualität des Schadens von Angehörigen verletzter Personen nicht ableiten. Im Gegensatz zum Tod erleidet man nicht zwingend einen Gesundheitsschaden. Ein solcher kann durch die Wechselfälle des Lebens eintreten, muss aber nicht. Zudem ist die Wahrscheinlichkeit geringer, durch Krankheit, Unfall oder widerrechtliches Verhalten eines Dritten eine (bleibende) Körperverletzung zu erleiden, als gesund zu bleiben. Nach aller Logik ist es aber nahe liegender, eine immaterielle Unbill für ein wahrscheinlich nicht eintretendes Ereignis zu bejahen, wenn es denn ausnahmsweise infolge eines schuldhaften Verhaltens doch eintreten sollte, als für ein Ereignis, das früher oder später ohnehin eintritt. Die ausdrückliche

¹⁷⁷ Zum Folgenden eingehend LANDOLT, H., (2002) Pfleregerecht. Band II: Schweizerisches Pfleregerecht, Bern, N 807 ff.

¹⁷⁸ Gl. M. entgegen der herrschenden Lehre WEIMAR, P., (1989) Der Begriff des Versorgers nach Art. 45 Abs. 3 OR, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich, 337 ff., 340 f.

Bejahung eines Genugtuungsanspruchs Angehöriger beim Tod eines anderen Familienmitglieds in Art. 47 OR legt daher den Schluss nahe, dass ein solcher Anspruch bei einer Körperverletzung stillschweigend vorausgesetzt wird und der Gesetzgeber sich nur veranlasst sah, den unklaren Fall des (ohnehin eintretenden) Todesfalles zu regeln: Nicht nur Angehörige verletzter, sondern auch getöteter Personen sollen eine Genugtuung beanspruchen können.

Die Angehörigen eines Verletzten oder Getöteten werden vom Schadenergebnis intensiver betroffen als familienfremde Dritte. Die unmittelbare genugtuungsbeachtigende emotionelle Betroffenheit kann einer Beeinträchtigung der Persönlichkeit¹⁷⁹ oder der Gesundheit entsprechen. Damit beim mitbetroffenen Angehörigen eine Rechtsgutverletzung angenommen werden kann, ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erforderlich, dass der Angehörige das Schadenergebnis unmittelbar wahrgenommen hat¹⁸⁰ oder dessen Art bzw. Auswirkungen derart gravierend sind, dass bei Personen, die mit dem Geschädigten eng verbunden sind, erfahrungsgemäss gesundheitliche Probleme auftreten¹⁸¹.

Das Bundesgericht hat bereits vor mehr als hundert Jahren einen Haftungsanspruch von mitgeschädigten Angehörigen anerkannt¹⁸². Ein direkter Haftungsanspruch wurde ebenfalls in Bezug auf Angehörigenbesuche bejaht¹⁸³. Das Bundesgericht hat in BGE 97 II 259 E. 4 – ohne nähere Begründung – eine entgegengesetzte Auffassung vertreten. In dieser Entscheidung wurde der Angehörigenschaden als Reflexschaden bezeichnet. Bei der Begründung fällt die ausdrückliche Bezugnahme auf BGE 57 II 94 auf. Obwohl in dieser Entscheidung und in BGE 69 II 324 ausdrücklich festgehalten wurde, der (besuchende) Angehörige sei der Direktgeschädigte, bekräftigten die Lausanner Richter unter Hinweis auf das angebliche frühere Präjudiz – zu Unrecht – das Reflexschadentheorem. Weder wurde erkannt, dass das angebliche Präjudiz das Gegenteil aussagt noch

¹⁷⁹ Statt vieler BGE 109 II 4 E. 2 und 3 (Deliktshaftung bei Ehestörung durch Dritte) und 109 II 353 E. 4 (Ausstrahlung einer Sendung über einen Straftäter).

¹⁸⁰ Vgl. BGE 112 II 118 E. 5 (Miterleben eines Flugzeugabsturzes).

¹⁸¹ Vgl. BGE 54 II 138 E. 3 und 23 II 1033 E. 6.

¹⁸² Siehe BGE 23 II 1033 E. 6 (Mutter eines getöteten Kindes).

¹⁸³ So hat das Bundesgericht in BGE 57 II 94 E. 3b den Besuch der hospitalisierten Ehefrau durch ihren Ehemann als entschädigungsfähig qualifiziert, den von der Ehefrau geltend gemachten Schadenersatzanspruch für die Besuchskosten des Ehemannes jedoch verneint, «perché il diritto di farla valere spettava al marito solo, il quale, invece, non si è portato attore» (BGE 57 II 94 E. 3b). Die Aktivlegitimation Angehöriger wurde in BGE 69 II 324 E. 3a nochmals ausdrücklich bestätigt: «Die Höhe der Heilungskosten – CHF 4'730.45 – ist von den Beklagten nicht bestritten worden, ebenso wenig die Höhe der den Angehörigen der Klägerin durch den Unfall erwachsenen Auslagen für Reisen usw. (CHF 500) noch das Recht der Klägerin, diesen Schaden trotz Fehlens einer formellen Abtretung gegen die Beklagten geltend zu machen (Hervorhebung durch Verfasser). Unter diesen Titeln ist der Klägerin daher die Hälfte der beiden Posten = CHF 2'615.25 zuzusprechen (und nicht CHF 2'815.25, wie das Zivilgericht im Dispositiv irrthümlich addiert).»

wurde die Kehrtwendung näher begründet. Immerhin blieb sich das Bundesgericht in Bezug auf die Ersatzfähigkeit des Zuwendungsschadens treu. Da die Mutter als – vermeintlich – Reflexgeschädigte *a priori* nicht schadenersatzberechtigt sein konnte, gleichwohl aber ein gerechtfertigtes Kompensationsinteresse bejaht wurde, musste unter Zuhilfenahme der Geschäftsführung ohne Auftrag der «Reflexschaden» der Mutter in einen «Direktschaden» der Tochter umgedeutet werden. Diese Konstruktion war aber nur deshalb erforderlich, weil das Reflexschadenersatzverbot stillschweigend und in Abkehr von der früheren Rechtsprechung auch auf Angehörige ausgedehnt wurde.

Interessant ist, dass das Bundesgericht in Bezug auf die Ersatzfähigkeit gleich entschieden hat wie in den früheren Fällen. BGE 97 II 297 stützt insoweit die These, dass der Angehörigenschaden ein Reflexschaden sei, nur bedingt. Diese Annahme wäre nämlich nur dann plausibel, wenn vor dieser Entscheidung eine Aktivlegitimation Angehöriger verneint worden wäre. Die Annahme, der Angehörigen- sei ein Reflexschaden, steht daher auf brüchigem Präjudizieneis. Erhärtet wird dies durch die Rechtsprechung zum Reflexschadenersatzverbot. Das Bundesgericht hat im selben Jahr, als es BGE 57 II 94 entschied, in BGE 57 II 180 Art. 45 Abs. 3 OR mit dem Reflexschadenersatzverbot in Verbindung gebracht. Im ersten Teil der Erwägungen wird auf die Unmittelbarkeitstheorie, so wie sie gegenüber familienfremden Dritten gilt, verwiesen. Angehörige getöteter Personen sollen nach der Auffassung des Bundesgerichts wie Dritte behandelt werden («Ansprüche solcher Dritter»). Interessant ist dabei der letzte Teil der Erwägung, in der gleichzeitig auf den Ausnahmecharakter von Art. 45 bzw. Art. 47 OR (Unmittelbarkeitstheorie) hingewiesen, gleichzeitig aber der Zweck von Art. 45 OR in einer Haftungslimitierung erblickt wird (Einheitstheorie). Wenn Art. 45 OR eine Haftungslimitierung bezweckt, dann kann das doch wohl nur heissen, dass eine Haftung gemäss Art. 41 ff. OR grundsätzlich besteht. Die weiteren Erwägungen erhellen, dass in dieser Entscheidung nicht die Schadenersatzberechtigung umstritten war. Der Beklagte bestritt vielmehr, dass «die verunfallte Frau Hess nicht als Versorgerin ihres Ehemannes und ihrer Kinder angesprochen werden könne, zumal da der Erstkläger auch ohne ihre Mithilfe im Haushalt und Geschäft sehr wohl in der Lage sei, für seinen und seiner Familie Lebensunterhalt aufzukommen»¹⁸⁴. Das Bundesgericht verneinte diesen Einwand und bejahte eine Ersatzpflicht.

Weil das Bundesgericht in BGE 57 II 94, mithin weniger als hundert Seiten vorher, Angehörige *verletzter* Personen als Direktgeschädigte ansah und zudem

¹⁸⁴ BGE a.a.O., 181 f.

der Ausgang des Verfahrens nicht von der Schadenersatzberechtigung abhing, kann wohl der – bezogen auf den Verfahrensausgang unerheblichen – Erwägung in BGE 57 II 181 nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass der Angehörigenschaden ein Reflexschaden sei. Diese Schlussfolgerung wird durch den Umstand bekräftigt, dass das Bundesgericht in BGE 57 II 181 auf frühere Entscheide verweist. Interessant ist dabei vor allem der Hinweis auf BGE 54 II 138, der in E. 3 Art. 45 Abs. 3 OR ebenfalls als *Einschränkung* von Art. 41 OR und nicht als *Ausnahmehaftungstatbestand* versteht. Vor diesem Hintergrund ist mehr als fraglich, ob BGE 57 II 181 herangezogen werden kann, um einen generellen Ausschluss Angehöriger verletzter und getöteter Personen zu begründen¹⁸⁵. Es trifft das Gegenteil zu: Weder in BGE 57 II 181 (Angehörige getöteter Personen) noch in BGE 97 II 259 E. 4 (Angehörige verletzter Personen) wurde einlässlich begründet, warum das Reflexschadenersatzverbot für Angehörige entgegen der früheren Praxis inskünftig gelten soll. Es wurde lediglich unter dem unzutreffenden Hinweis auf die früheren Entscheide eine Geltung des Reflexschadenersatzverbots angenommen. Dass der Angehörigenschaden an sich kein Reflexschaden ist, verdeutlicht die aktuelle Praxis, die zwar die Unmittelbarkeitstheorie prinzipiell auch auf Angehörige anwendet, im Ergebnis aber – mit rechtstheoretisch fragwürdigen Konstruktionen – so entscheidet, wie wenn die Einheitstheorie gelten würde. Es wäre haftungstheoretisch stringenter, den Angehörigenschaden als Direktschaden zu behandeln¹⁸⁶.

Gegen diese Qualifizierung lässt sich einwenden, dass bereits die frühere bundesgerichtliche Praxis den verletzten Geschädigten und nicht den dienstleistenden Angehörigen als aktivlegitimiert betrachtet hat¹⁸⁷ und das Bundesgericht 2007 erneut von der Aktivlegitimation des besuchten Geschädigten ausgegangen ist¹⁸⁸. Zudem hat das Bundesgericht in etwa zur selben Zeit von BGE 57 II 94 bestätigt, dass die Angehörigen verletzter Personen keine eigenen Schadenersatzansprüche geltend machen können, wenn der Verletzte stirbt und sie die Erbschaft ausschlagen¹⁸⁹. Bei näherer Analyse erweisen sich diese Einwände als Stütze für die Einheitstheorie. Bei Angehörigen, die nicht einen eigenen bzw. zusätzlichen Schaden erleiden, sondern wie der Verletzte ein identisches Restitutionsinteresse am Ersatz des Schadens des Verletzten haben, muss entschieden

¹⁸⁵ BREHM, BE-K, N 19 zu Art. 41 OR, hält etwa unter Hinweis auf gerade diese Erwägung fest, dass Art. 45 Abs. 3 und 47 OR restriktiv anzuwendende Ausnahmen seien, die «*contrario* zum Ausschluss anderer Reflexgeschädigter» führen.

¹⁸⁶ So z. B. 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.

¹⁸⁷ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

¹⁸⁸ Vgl. Urteil BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4.

¹⁸⁹ Vgl. BGE 58 II 127 E. 4b.

werden, wem der Schadenersatz zusteht. 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? Stirbt der Verletzte, stellen sich diese Fragen nicht mehr. Folgerichtig spricht Art. 45 Abs. 3 OR den Angehörigen bzw. Versorgten die Aktivlegitimation zu. Was aber soll gelten, wenn der Verletzte nicht stirbt? Art. 46 OR erachtet in diesem Fall das Restitutionsinteresse des Verletzten höher als dasjenige des konkurrierenden Angehörigen.

Der Verletzte besitzt jedoch dann kein überwiegendes Restitutionsinteresse, wenn der Angehörige einen eigenen bzw. zusätzlichen Schaden erleidet. Dies ist etwa beim Besuchsschaden der Fall. Einzig der besuchende Angehörige erleidet einen unfreiwilligen finanziellen Nachteil. Der Verletzte muss für die Besuche nichts bezahlen, sondern freut sich darüber oder auch nicht. Es ist deshalb nur folgerichtig, den besuchenden Angehörigen als aktivlegitimiert zu bezeichnen, so wie das die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung tat¹⁹⁰. Die Frage des *überwiegenden Restitutionsinteresses in Bezug auf identische Schäden* hat deshalb nichts mit der Frage zu tun, ob der Angehörigenschaden ein nicht ersatzfähiger Reflexschaden sei. Der Angehörigenschaden ist *a priori* ersatzfähig; der Angehörige kann aber dann keinen Ersatz verlangen, wenn der Verletzte ein überwiegendes Restitutionsinteresse hat. Könnte einerseits der Verletzte Ersatz für den Lohnausfall und andererseits der Angehörige Ersatz des Versorgungsausfalls, der als Folge des Lohnausfalls bei ihm entsteht, verlangen, würde derselbe Schaden doppelt abgegolten. Dass das nicht sein kann, braucht keine weitere Begründung. Die vorerwähnten Entscheide des Bundesgerichts betreffen deshalb genau besehen nicht die Ersatzfähigkeit des Schadens (Reflexschadenersatzverbot), sondern die Koordination der Schadenersatzansprüche verschiedener Geschädigter (Bereicherungsverbot).

B. Haftung für den Ausfallschaden

1. Begriff des Ausfallschadens

Der Ausfallschaden besteht in den finanziellen Nachteilen, die einem Angehörigen entstehen, weil ein verletzter bzw. getöteter Angehörige keine Geld-, Sach-

¹⁹⁰ Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil vom 27.03.2007 (4C.413/2006) in Erwägung 4 nicht mit seiner in BGE 57 II 94 E. 3b veröffentlichten Rechtsprechung, wonach der besuchende Ehegatte aktivlegitimiert ist, näher auseinandergesetzt.

oder Dienstleistungen mehr erbringen kann. Bei den betroffenen Angehörigen entstehen beim Wegfall von Sach- und Dienstleistungen entweder Mehrkosten, wenn Dritte die weggefallenen Dienstleistungen entgeltlich erbringen oder ehemals unentgeltlich zur Verfügung gestellte Sachen gekauft werden müssen, oder ein Einkommensausfall, wenn der Angehörige an Stelle einer Erwerbstätigkeit oder einer anderen geldwerten Tätigkeit die Dienstleistungen für sich selbst oder Dritte erbringt¹⁹¹.

Der Ausfall- bzw. Versorgungsschaden von Angehörigen verletzter Personen wird im Rahmen einer *Drittschadensliquidation* als Einkommensausfall- und Haushaltschaden des Verletzten ersetzt¹⁹². Wird der Verletzte entschädigt, wird der Versorgungsschaden der Angehörigen indirekt dadurch kompensiert, dass sie dem Verletzten gegenüber Beistands- und Unterhaltsansprüche geltend machen können. Schlagen Angehörige die Erbschaft des Verletzten, der an den Folgen des Haftungsereignisses verstorben ist, aus, können sie als Folge des Reflexschadenersatztheorems keine eigenen Ansprüche für den Versorgungsausfall, den sie vom Zeitpunkt der Verletzung bis zum Tod erleiden, geltend machen¹⁹³. Würde demgegenüber der Ausfallschaden als Folge einer Verletzung wie der Versorgungsschaden gemäss Art. 45 Abs. 3 OR als Direktschaden verstanden, wie vorliegend vorgeschlagen wird, könnte der Angehörige verletzter Personen den in seiner Person entstehenden Versorgungsausfall in eigenem Namen geltend machen, wenn der Verletzte nachträglich stirbt und die Erbschaft ausgeschlagen wird. Da Art. 46 Abs. 1 OR in Bezug auf den Einkommensausfall und die Nachteile eingeschränkter Arbeitsfähigkeit jedoch den *Verletzten* als anspruchsberechtigt bezeichnet, wird der Schadenersatzanspruch der Angehörigen jedoch kraft Gesetzes kompensiert. Diese Kompensation ist sinnvoll, da der vom Verletzten mutmasslich weiterhin versorgte Angehörige keine Gewissheit hat, dass er in Zukunft Versorgungsleistungen erhalten hätte. Zudem besteht eine gesetzliche Unterhalts- und Unterstützungspflicht, die im innerfamiliären Verhältnis regelt, wann ein Ausfallschaden zu ersetzen ist¹⁹⁴. Allfällige Ersatzleistungen sind deshalb als Folge eines überwiegenden Restitutionsinteresses dem mutmasslich Leistungspflichtigen und nicht dem mutmasslichen Leistungsempfänger zu erbringen. Stirbt der Verletzte, ist aber nicht einzusehen, weshalb der geschädigte Angehörige den Ausfallschaden bis zum Tod nicht direkt gegenüber dem Ersatzpflichtigen geltend machen können soll. Der nach heutigem Verständnis

¹⁹¹ Siehe infra III.D zur Einkommensausfallproblematik.

¹⁹² Vgl. Art. 46 Abs. 1 OR.

¹⁹³ 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, 55 E. XX.

¹⁹⁴ Siehe Art. 125 ZGB für das naheheilige Verhältnis.

erforderliche Umweg über die «Erbchaft» ist nicht notwendig. Zudem stimmen die Erb- nicht mit den Versorgungsquoten überein, wenn die geschädigten Angehörigen gleichzeitig die Erben sind. Die geschädigten Angehörigen verletzter Personen sollten deshalb auch dann Ersatz verlangen können, wenn sie die Erbchaft ausschlagen.

Bei Angehörigen getöteter Personen stellt sich die Konsumationsproblematik von vornherein nicht. Ihnen steht ein *eigener Schadenersatzanspruch* gemäss Art. 45 Abs. 3 OR zu¹⁹⁵. Ersatzfähig ist der Verlust der tatsächlichen Versorgungsleistungen, die der Verstorbene zukünftig erbracht hätte. Ob der Getötete eine Versorgungspflicht gehabt hat, ist unerheblich. Entscheidend ist der Verlust von Versorgungsleistungen¹⁹⁶. Besteht eine gesetzliche oder vertragliche Versorgungspflicht darf im Sinne einer widerlegbaren Vermutung angenommen werden, dass der rechtliche Versorger tatsächlich Versorgungsleistungen erbracht hätte¹⁹⁷. Aktivlegitimiert sind die vom Getöteten mutmasslich versorgten Personen. Es gilt dabei der *Grundsatz der Einzelaktivlegitimation*. Der mutmasslich Versorgte kann je einzeln den in seiner Person entstehenden Versorgungsausfall geltend machen¹⁹⁸. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung macht vom Grundsatz der Einzelaktivlegitimation eine Ausnahme, wenn der anspruchsberechtigte Ehegatte schon aus eigenen Bedürfnissen Anspruch auf Ersatz des gesamten Versorgungsschadens hat. In einem solchen Fall findet eine Konsumation der Versorgungsschadenersatzsprüche der Kinder statt¹⁹⁹. Sind die Voraussetzungen für eine Konsumation nicht erfüllt, ist es aber unzulässig, wenn der überlebende Elternteil in seinem Namen den Kinderversorgungsschaden geltend macht²⁰⁰.

Die *Konsumation des Kinderversorgungsschadens* ist nicht gerechtfertigt. Sie führt zunächst dazu, dass der Kinderversorgungsschaden zu Unrecht im Umfang des Wiederverheiratsabzugs gekürzt wird. Zudem steht nicht fest, dass der Elternteil seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nachkommt bzw. das Versorgungsschadenkapital zweckentsprechend verwendet. Eine Wiederverheiratung des überlebenden Elternteils führt sodann dazu, dass der Stiefelternteil beim Tod des überlebenden Ehegatten einen Teil des Versorgungsschadenkapitals erbt, obwohl er gegenüber den Kindern nicht versorgungspflichtig und auch gegen-

¹⁹⁵ 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).

¹⁹⁶ Statt vieler BGE 114 II 144 = Pra 1988 Nr. 230 E. 2a.

¹⁹⁷ Vgl. BGE 58 II 29 E. 6.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 66 II 175 ff.

¹⁹⁹ Vgl. BGE 102 II 90 E. 2; ferner BGE 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 3.

²⁰⁰ Vgl. Urteil OGer SO vom 20.11.2001 i.S. A. c. Versicherung Y. E. II.2.

über dem Ersatzpflichtigen nicht anspruchsberechtigt ist. Schliesslich ist eine getrennte Behandlung des Versorgungsschadens der Kinder im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtliche Regressordnung, insbesondere das Quotenvorrecht, erforderlich. In der Lehre wird deshalb zu Recht gefordert, den Kinderversorgungsschaden separat zu berechnen und abzugelten²⁰¹. Die neuere Rechtsprechung geht ebenfalls von der getrennten Berechnung des Ehegatten- und des Kinderversorgungsschadens aus²⁰².

2. Haftung für wegfallende Dienstleistungen

a) Allgemeines

Der Dienstleistungsausfallschaden, den Angehörige erleiden, weil der verletzte bzw. getötete Angehörige nicht mehr in der Lage ist, wie bisher unentgeltliche Dienstleistungen zu erbringen, wird praxismässig als ersatzfähig anerkannt²⁰³. Die ältere Rechtsprechung auflegte sich noch der Zurückhaltung und äusserte, dass Ersatz «je nach den Umständen»²⁰⁴ zugesprochen werden dürfe und in gutbürgerlichen Verhältnissen in der Regel eine Ersatzpflicht ausgeschlossen sei²⁰⁵. Seit dem Entscheid «Blein»²⁰⁶ gilt eine uneingeschränkte Ersatzpflicht für den Ausfall von unentgeltlich erbrachten Dienstleistungen, die zur Aufrechterhaltung des bisherigen bzw. mutmasslichen Lebensstandards des Verletzten bzw. der Angehörigen des Getöteten notwendig sind²⁰⁷. Bei Angehörigen von verletzten Personen wird deren Ausfallschaden als Haushaltschaden²⁰⁸ des Verletzten, bei Angehörigen getöteter Personen als deren Versorgungsschaden²⁰⁹ kompensiert.

²⁰¹ So z.B. SCHAEER, R. (1984) Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M., N 187, SCHAEZTLE, M./WEBER, S. (2001) Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich, N 4.114 ff., SCHMID, M. (2004) Aspekte und Thesen zum Versorgungsschaden in: Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich, 11 ff., 34 f., und Stark, E. (1986) Berechnung des Versorgerschadens – ausgewählte Fragen in: ZSR I, 1986, 337 ff., 342 ff.

²⁰² Z.B. Urteile BGer vom 20.07.2001 (5C.7/2001) E. 1, vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeztle) E. 7, vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 E. 4b/aa und vom 20.03.1990 i.S. Caroline, Philipp et Daniel S. et Canton de Berne c. Confédération Suisse = SVZ 1992, 93 E. = SVZ 1992, 93 E. 2c.

²⁰³ Vgl. BGE 53 II 125, 57 II 180/182, 66 II 175/177, 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4 und 82 II 132 = Pra 1956 Nr. 71 E. 3, 101 II 257 = Pra 1975 Nr. 239 E. 1a, 102 II 90 E. 2a, 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54 E. 2a und Urteile BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001) = RJJ 2002, 135 ff. = JdT 2003 I 547 ff. E. 5a, vom 03.02.1999 (4C.205/1998) E. 8, vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeztle) E. 4b und vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 E. 3.

²⁰⁴ Vgl. BGE 53 II 123, 125.

²⁰⁵ Siehe BGE 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4a.

²⁰⁶ Vgl. BGE 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54.

²⁰⁷ Vgl. BGE a.a.O., E. 2a; siehe ferner bereits BGE 102 II 90 E. 3a.

²⁰⁸ Siehe statt vieler BGE 129 II 145, 129 III 135 E. 4.2.2.1, 127 III 403 E. 4, 117 II 609 E. 7, 113 II 345 E. 2, 108 II 434 E. 3d und 99 II 221 E. 2 sowie Urteile BGer vom 21.06.2001 i.S. X. (4C.79/2001) E. 4b, vom

b) Wegfallende Hausarbeit

Die Berechnung des Haushaltschadens erfolgt nach Massgabe der *Aufwandmethode*²¹⁰. Die erforderlichen Dienstleistungen, die zur Aufrechterhaltung des Lebensstandards der versorgten Personen, namentlich für die Besorgung ihres Haushaltes und die Kinderbetreuung, erforderlich sind, sind zunächst nach Massgabe *einschlägiger Erfahrungswerte* zeitlich zu bestimmen. Der anrechenbare Stundenaufwand wird dabei entweder im Hinblick auf den konkreten Haushalt oder unter Zuhilfenahme von Untersuchungen und Statistiken, namentlich in Anlehnung an die Erhebungen von BRÜNGGER²¹¹, PRIBNOW et. al.²¹² bzw. SCHULZ-BORCK/HOFMANN²¹³, abstrakt festgestellt. Der Dienstleistungsausfall-schaden ergibt sich aus der Multiplikation des fraglichen Zeitaufwandes mit einem Stundenlohansatz, der einer *hypothetischen Ersatzkraft* bezahlt werden müsste²¹⁴. Für die Festlegung des je nach Haushalttyps massgeblichen Haushalt-führungsaufwands und die Bestimmung des Stundenansatzes ist nach der aktuel-

08.12.2000 i.S. X. (1A.252/2000) E. 2a und vom 13.12.1994 i.S. S. J. = Pra 1995 Nr. 172 = plädoyer 1995/2, 57 f.

²⁰⁹ Siehe BGE 53 II 125, 57 II 180/182, 66 II 175/177, 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4 und 82 II 132 = Pra 1956 Nr. 71 E. 3, 101 II 257 = Pra 1975 Nr. 239 E. 1a, 102 II 90 E. 2a, 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54 E. 2a, Urteile BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001) = RJJ 2002, 135 ff. = JdT 2003 I 547 ff. E. 5a, vom 03.02.1999 (4C.205/1998) E. 8, vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeztle) E. 4b und vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 E. 3.

²¹⁰ Grundlegend BGE 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54 E. 3a und d; ferner BGE 127 III 403 E. 4b, 102 II 90 E. 2a, 101 II 257 = Pra 1975 Nr. 239 E. 1a und 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4 sowie Urteile BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001) = RJJ 2002, 135 ff. = JdT 2003 I 547 ff. E. 5b, vom 27.11.1999 (4C.342/1999 und 4P.232/1999) = ZGRG 2000, 46 ff., vom 03.02.1999 (4C.205/1998) E. 8, vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeztle) E. 4–8, vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 = AJP 1996, 1552 = SVZ 1996, 208 = ZBJV 1997, 451 = CaseTex Nr. 3531, vom 23.02.1994 i.S. Mobilière Suisse et C. c. B. = SJ 1994, 589 ff. = JdT 1994 I 727 E. 4, vom 11.02.1994 (4C.239/1993) und vom 20.03.1990 i.S. Caroline, Philipp et Daniel S. et Canton de Berne c. Confédération Suisse = SVZ 1992, 93 ff. E. 2.

²¹¹ Vgl. Urteile BGer vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 = AJP 1996, 1552 = SVZ 1996, 208 ff. = ZBJV 1997, 451 ff. = CaseTex Nr. 3531 E. 4b/aa und vom 23.02.1994 i.S. Mobilière Suisse et C. c. B. = SJ 1994, 589 ff. = JdT 1994 I 727 ff. E. 4 sowie BGE 117 II 609 E. 7c f. und 108 II 434 E. 3 sowie Urteil KGer NE vom 03.07.1989 i.S. B. c. La Zurich Assurances = RJN 1989, 63 = JdT 1990 I 701 E. 3a und vom 03.11.1986 i.S. Monnerat c. S. Monnerat c. Assurances = RJN 1986, 52 E. 3a.

²¹² Siehe dazu PRIBNOW, V./WIDMER, R./SOUSA-POZA, A./GEISER, T. (2002) Die Bestimmung des Haushaltschadens auf der Basis der SAKE in: HAVE, 2002, 24 ff.

²¹³ Vgl. Urteile BGer vom 19.12.1995 a.a.O., E. 4b/aa, und vom 23.02.1994 a.a.O., E. 4 sowie BGE 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54 E. 3 und sowie Urteil KGer NE vom 03.07.1989 i.S. B. c. La Zurich Assurances = RJN 1989, 63 = JdT 1990 I 701 E. 3a.

²¹⁴ Vgl. BGE 108 II 434 = Pra 1983 Nr. 54 E. 2b und 3; sowie Urteile BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001) = RJJ 2002, 135 ff. = JdT 2003 I 547 ff. E. 5f/aa, vom 23.02.1994 i.S. Mobilière Suisse et C. c. B. = SJ 1994, 589 ff. = JdT 1994 I 727 E. 4b und vom 11.02.1994 (4C.239/1993).

len Rechtsprechung die *Schweizerische Arbeitskräfte-Erhebung* (SAKE) massgeblich²¹⁵.

c) Wegfallende Mitarbeit im Gewerbe

Hätte der getötete bzw. verletzte Angehörige weiterhin im Gewerbe des anderen (teilweise) unentgeltlich mitgearbeitet, ist der entstehende Ausfallschaden ebenfalls zu ersetzen²¹⁶. Die Ersatzpflicht besteht auch bei Ehegatten, die bei der Auflösung der Ehe nur eine angemessene Entschädigung fordern könnten²¹⁷. Der mutmassliche Zeitaufwand der wegfallenden Mitarbeit ist mit einem Stundenansatz zu multiplizieren, der demjenigen einer hypothetischen Ersatzkraft entspricht²¹⁸. Ersatzpflichtig ist aber nur der Teil des Ausfalls, der für die Deckung der Lebenshaltungskosten des begünstigten Angehörigen verwendet worden wäre²¹⁹. Der Ausfall der Mitarbeit des verletzten bzw. getöteten Angehörigen betrifft nicht nur den Inhaber des Unternehmens, sondern die gesamte Familie. Entsprechend partizipieren auch die Kinder des Getöteten entsprechend der auf sie entfallenden Quote vom Versorgungsausfall²²⁰.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass die wegfallende Mitarbeit eines *verletzten* Ehegatten nur insoweit ersatzfähig ist, als dadurch ein konkreter Einkommensverlust beim begünstigten Ehegatten entsteht²²¹. Es ist unklar, ob diese zu Art. 46 OR ergangene Rechtsprechung inskünftig auch für den Ausfallschaden

²¹⁵ Vgl. z.B. BGE 129 III 135 E. 4.2.2.1. Siehe neuerdings BUNDESAMT FÜR STATISTIK (2006) Arbeitsplatz Haushalt. Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit und deren monetäre Bewertung. Statistische Grundlagen und Tabellen für die Bemessung des Haushaltschadens auf der Basis SAKE 2004 und LSE 2004, Neuenburg.

²¹⁶ Vgl. Urteile BGer vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeetzle) E. 5b und vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206, BGE 57 II 180/183 und Urteil OGer ZH vom 21.04.1972 = ZR 1972 Nr. 72 E. 6a; siehe aber BGE 82 II 132 = Pra 1956 Nr. 71 E. 3 (Witwer, der nach dem Tod seiner Ehefrau das Wirtepatent macht, erhält lediglich eine einmalige Gewinnausfallentschädigung).

²¹⁷ Art. 167 ZGB.

²¹⁸ Vgl. Urteil BGer vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 E. 4b/bb (unentgeltliche Mithilfe im Betrieb des Ehegatten wird mit einem Sekretärinnenlohn bewertet, wobei die Ge-stehungskosten in Abzug gebracht werden). In Urteil BGer vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeetzle) E. 5b wurde für die Mitarbeit im landwirtschaftlichen Betrieb des Ehemannes ein Stundenansatz von CHF 23 herangezogen (der Stundenansatz für Haushaltarbeiten betrug demgegenüber CHF 30, BGE a.a.O. E. 5a/bb). Siehe ferner Urteil OGer ZH vom 21.04.1972 = ZR 1972 Nr. 72 E. 6a (Lohnkosten einer Ersatzkraft).

²¹⁹ Vgl. Urteil BGer vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeetzle) E. 5b, wo allerdings der Einwand, die Mitarbeit habe familienfremde Dritte begünstigt, vom Bundesgericht abgelehnt wurde.

²²⁰ Vgl. Urteile BGer vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeetzle) E. 5b und vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 E. 4b/aa.

²²¹ Vgl. BGE 127 III 403 E. 4c.

bei der Tötung eines Angehörigen Geltung beansprucht, wo die mutmasslichen Ersatzkosten massgeblich sind²²². Solches ist abzulehnen, da es widersprüchlich wäre, zwar den Haushalt-, nicht aber den übrigen Dienstleistungsausfallschaden der versorgten Personen nach den mutmasslichen Ersatzkosten einer Ersatzkraft zu berechnen. Der Dienstleistungsausfallschaden stellt zudem – im Gegensatz zum Einkommensausfallschaden – ein *damnum emergens* dar²²³. Der bundesgerichtlichen Praxis ist insoweit zuzustimmen, als sie darauf hinaus läuft, vom Verletzten im Rahmen der Schadenminderung zu verlangen, die Betriebsorganisation, sofern möglich und zumutbar, so zu optimieren, dass keine zusätzlichen Kosten, insbesondere Liquidationskosten, anfallen. Wenn darüber hinaus jedoch ein Nachweis eines Einkommensausfalls beim begünstigten Angehörigen verlangt würde, wird übersehen, dass der Ersatz für den Wegfall der Arbeitskraft einem *normativen Kostenersatz* entspricht.

3. Haftung für wegfallende Geldleistungen

Der Schaden von Angehörigen verletzter Personen, die diese durch den Verlust von Geldleistungen erleiden, wird – wie bereits erwähnt – als Einkommensausfallschaden des Verletzten abgegolten²²⁴. Der Geldleistungsausfall von Angehörigen getöteter Personen demgegenüber wird als Versorgungsschaden ersetzt. Die Berechnung des jährlichen Versorgungsausfalls hängt davon ab, ob der Versorger und die versorgten Personen zusammen gelebt haben. Trifft dies nicht zu, besteht der Versorgungsausfall in den Geldleistungen, die der Versorger mutmasslich bis zu seinem Tod bzw. einem anderen Zeitpunkt zu Gunsten der versorgten Person erbracht hätte²²⁵. Haben Versorger und versorgte Personen zusammengelebt, haben die Versorgungsleistungen nicht nur der Deckung des Lebensstandards der versorgten Person, sondern auch des Versorgers gedient. Stirbt der Versorger, fällt zwar das bisherige Versorgereinkommen weg, dieses ist aber nicht vollständig notwendig, um den bisherigen Lebensstandard des geschädigten Angehörigen zu sichern.

Bestimmte Lebenshaltungskosten laufen aber auch nach dem Tod weiter²²⁶, weshalb es nicht möglich ist, eine Versorgungsquote losgelöst von den konkreten Verhältnissen (Anzahl Personen, Höhe der Lebenshaltungskosten etc.) zu

²²² In diesem Sinne wohl bereits SCHAER, R. (1989) Der Versorgerschaden in einer sich wandelnden Wertordnung in: *Mélanges Assista Genève*, 69 ff., 97 f.

²²³ Dazu PRIBNOW, V. (2002) Der Haushaltschaden: *damnum emergens* und nicht *lucrum cessans* in: *Personen-Schaden-Forum 2002. Tagungsbeiträge* (Ed. Versicherung, V. f. H. u.) Zürich, 11 ff.

²²⁴ Vgl. Art. 46 Abs. 1 OR.

²²⁵ Siehe BGE 74 II 202 E. 7 und 72 II 165 E. 6.

²²⁶ Vgl. BGE 119 II 361 = *Pra* 1994 Nr. 163 E. 3 und 93 I 586 E. 2.

bestimmen²²⁷. Die ältere Rechtsprechung hat gleichwohl der versorgten Person eine bestimmte Quote des Versorgereinkommens zugesprochen (*Quotenmethode*)²²⁸. Die Quotenmethode hat den Vorteil der Einfachheit, weil die Schadenberechnung im Wesentlichen nur von zwei Parametern (Versorgereinkommen und -quote) abhängt. Der Nachteil besteht darin, dass der konkrete Bedarf der versorgten Person während der Versorgungsdauer nur unzureichend berechnet bzw. gedeckt wird und zudem die Praxis zu den Versorgungsquoten uneinheitlich ist. In der neueren Praxis hat sich die *Bedarfs- oder Fixkostenmethode* durchgesetzt²²⁹. Die Fixkostenmethode setzt das Versorgereinkommen, das Einkommen der versorgten Person/en und die Lebenshaltungskosten zueinander in Beziehung und berechnet den Versorgungsschaden konkret nach Massgabe der effektiven Unterdeckung und nicht abstrakt nach Massgabe einer bestimmten Versorgungsquote.

Wäre der Versorger neben der Haushalts- noch einer Teilerwerbstätigkeit nachgegangen, umfasst der Versorgungsschaden sowohl den Dienstleistungs- als auch den Geldleistungsausfall. Beide Versorgungsausfälle können kumuliert werden, selbst dann, wenn die Nebenerwerbstätigkeit neben einer vollen Haushaltführung erfolgt ist²³⁰. Ersatzpflichtig ist aber nur der Teil des mutmasslichen Erwerbseinkommens des Versorgers, der für die Deckung der Lebenshaltungskosten der versorgten Personen verwendet worden wäre. Im Normalfall bzw. bei tiefen und mittleren Gesamteinkommen ist davon auszugehen, dass das Nebenerwerbseinkommen zur Deckung von Lebenshaltungskosten verwendet wird²³¹.

C. Haftung für den Zuwendungsschaden

1. Begriff des Zuwendungsschadens

Unter dem Zuwendungsschaden sind die finanziellen Nachteile zu verstehen, die einem Angehörigen entstehen, weil er dem Verletzten Geld-, Sach- oder Dienstleistungen zuwendet, die er ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses nicht zugewendet hätte. Die unentgeltliche Zuwendung von Geld- und Sachlei-

²²⁷ Vgl. BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 3b.

²²⁸ Statt vieler DESCHENAU, H./TERCIER, P. (1982) La responsabilité civile. 2. A., Bern, § 26 N 23, und STARK, E. W. (1988) Ausservertragliches Haftpflichtrecht. Skriptum. 2. A., Zürich, N 110.

²²⁹ Siehe BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 3b und 108 II 436 ff. sowie Urteil OGer ZH vom 03.10.1986 = SJZ 1987 Nr. 38 E. 2 und 3.s.

²³⁰ Vgl. Urteil BGer vom 09.09.1998 (4C.495/1997) = plädoyer 1999/4, 65 ff. (Bemerkungen von Marc Schaeztle) E. 5c (Nebenerwerbseinkommen aus Mitarbeit in Drogerie).

²³¹ BGE a.a.O., wo das Nebenerwerbseinkommen von CHF 7'132 vollumfänglich als Versorgereinkommen bei einem übrigen Einkommen von CHF 48'655 angerechnet wurde.

stungen ist mit einer Vermögensverminderung verbunden, während die unentgeltliche Zuwendung von Dienstleistungen zu einem Einkommensausfall führt, wenn angenommen wird, der Angehörige wäre einer entgeltlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen²³², bzw. mit Mehrkosten verbunden gewesen wäre, wenn entlohnte Dritten die Dienstleistungen ausgeführt hätten.

2. Haftung für zugewendete Geldleistungen

Kosten, die die Verletzung oder Tötung bei Dritten bzw. Angehörigen auslöst, stellen nach herkömmlichem Verständnis einen nicht ersatzfähigen Reflexschaden dar²³³. Gleichwohl sehen Art. 45 Abs. 1 und 2 OR bei einer Tötung eine Ersatzpflicht für den Zuwendungsschaden der Angehörigen vor. Die «entstandenen Kosten, insbesondere diejenigen der Bestattung» sind nämlich vom Haftpflichtigen zu ersetzen²³⁴. Keine Kosten stellen praxisgemäss Gebühren (z.B. Siegelungs-, Inventarisierungs-, Liquidationskosten etc.) und Steuern dar, die als Folge des Todesfalles bzw. Nachlassteilung anfallen²³⁵. Nach der Rechtsprechung gehören zu den ersatzpflichtigen Bestattungskosten nur solche Aufwendungen, die mit dem Tod unmittelbar zusammenhängen²³⁶. Zu den *unmittelbaren Todesfallkosten* zählen die Kosten der Bergung des Leichnams, der Leichenschau und einer allfälligen Obduktion, der Bekanntmachung des Todes, die Leichenbeförderung und der anschliessenden Bestattung²³⁷. Unter den Bestattungskosten werden dabei nicht nur die Beerdigungskosten (Kosten der Einsargung, Grabmal etc.), sondern auch die Kosten für übliche Trauerfeierlichkeiten (Todesanzeigen, Leidmahl etc.) verstanden²³⁸.

Kein unmittelbarer Zusammenhang besteht für den *zukünftigen Grabunterhalt*²³⁹. Einige kantonale Instanzen erachten auch die Grabunterhaltskosten als ersatzfähig²⁴⁰. Die Lehre ist geteilter Meinung²⁴¹. Grabunterhaltskosten fallen – wie die

²³² Siehe infra III.D zur Einkommensausfallproblematik.

²³³ Vgl. z.B. BGE 113 II 323 E. 5, 95 II 306 E. 5 und 65 II 250 E. 2 (Kosten für den Grabunterhalt), 54 II 222, 224 (Liquidationskosten des elterlichen Betriebs) und SJ 1962, 538 (Anreisekosten).

²³⁴ Art. 45 Abs. 1 OR.

²³⁵ Siehe Urteil BGer vom 11.02.1994 i.S. Blatter.

²³⁶ Vgl. BGE 54 II 138 E. 3.

²³⁷ Siehe BGE 112 Ib 322 = Pra 1987 Nr. 91 E. 5 und 97 II 123 = Pra 1971 Nr. 209 (CHF 3'500 bei Bestattung im Ausland); ferner SJ 1978, 280 E. 5c und Urteil OGer AG vom 15.02.2001 i.S. H. und J. = HAVE 2/2002, 126 E. 4a (Leichentransportkosten nach Zimbabwe, zu diesem Urteil ferner WEBER, S./SCHAETZLE, M. (2002) Entwicklungen in: Personen-Schaden-Forum 2002, Zürich, 101 ff., 122 ff.

²³⁸ Vgl. BGE 95 II 306 E. 5.

²³⁹ Vgl. BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 5, 95 II 306 E. 5 und 65 II 250 E. 2. Unmassgeblich ist, ob der Grabunterhalt von den Angehörigen oder gegen Entgelt vom Friedhofsgärtner besorgt wird.

²⁴⁰ SJZ 1958, 186 und AGVE 1981, 36.

Todesfall- und Bestattungskosten – als Folge der widerrechtlichen Tötung vorzeitig an. Der Gesetzgeber hat in Art. 45 Abs. 1 OR eine Ersatzpflicht für die Gesamtheit der durch die widerrechtliche Tötung entstehenden Kosten und nicht nur für den Zinsschaden als Folge des vorzeitigen Anfalls stipuliert. Es wäre deshalb widersprüchlich, eine Haftung nur für die Todesfall- und Bestattungs-, nicht aber auch für die Grabunterhaltskosten zu bejahen. Die dagegen erhobenen Einwände, dass es sich bei den Grabunterhaltskosten um einen Reflexschaden der Angehörigen handle bzw. der Grabunterhalt eine Pietätspflicht darstelle²⁴², sind insoweit unbehelflich, als auch die Bestattung Pietätscharakter hat²⁴³ und die Bestattungskosten von den Erben zu tragen sind²⁴⁴, gleichwohl aber eine Ersatzpflicht vom Gesetzgeber vorgesehen wird. Mitunter besteht sogar eine gesetzliche Grabunterhaltungspflicht der Angehörigen²⁴⁵. Das Bundesgericht hat unlängst klargestellt, dass – selbst bei einem 89-Jährigen – eine *volle Ersatzpflicht für die gesamten Bestattungskosten* und nicht nur eine Ersatzpflicht für den Zinsschaden für den vorzeitigen Anfall der Ohnehinkosten besteht²⁴⁶.

Eine weitere Ausnahme macht das Bundesgericht bei *Trauerkleiderbeschaffungskosten*. Nach herkömmlichem Verständnis handelt es sich bei den Trauerkleiderbeschaffungskosten um einen an sich nicht ersatzfähigen Reflexschaden. Gleichwohl bejaht das Bundesgericht eine Ersatzpflicht. Diese setzt voraus, dass – beim späteren Tod – voraussichtlich keine Trauerkleider erworben worden wären und die erstandenen Trauerkleider nach der Bestattung nicht mehr getragen werden können²⁴⁷. Das Bundesgericht hat sich im fraglichen Entscheid aber nicht dazu geäußert, ob der selbstständige Ersatzanspruch auf Art. 41 Abs. 1 oder Art. 45 Abs. 1 OR basiert. Die Entschädigungspflicht kann sich in jedem Fall nicht auf die Geschäftsführung ohne Auftrag²⁴⁸ abstützen, da die Kosten erst nach dem Tod des Angehörigen entstehen und insoweit eine Rückerstattungspflicht des Toten nicht mehr möglich ist.

²⁴¹ Ablehnend äussern sich z.B. BREHM, BE-K, N 18 zu Art. 45 OR, DESCHENAUX, H./TERCIER, P. (1982) *La responsabilité civile*. 2. A., Bern, § 26 N 13, HONSELL, H. (2000) *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. 3. A., Zürich, N 88, und OFTINGER, K./STARK, E. W. (1995) *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich, § 6 N 254, während BECKER, BE-K, N 6 zu Art. 45 OR, KELLER, A. (1998) *Haftpflicht im Privatrecht*. Band II. 2. A., Bern, 77, KELLER, M./GABI, S. (1988) *Das Schweizerische Schuldrecht*. Bd. II: Haftpflichtrecht. 2. A., Basel, 87, und OFTINGER, K. (1975) *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil, 4. A., Zürich, 229, die Ersatzpflicht, zumindest für eine angemessene Zeit, bejahen.

²⁴² Z.B. BGE 95 II 306 E. 5 und 65 II 250 E. 2; ferner STARK, E. W. (1988) *Ausserverträgliches Haftpflichtrecht*. Skriptum. 2. A., Zürich, N 93a.

²⁴³ Vgl. BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 5.

²⁴⁴ Siehe Art. 474 Abs. 2 ZGB.

²⁴⁵ Vgl. § 39 Abs. 3 VO über die Bestattungen vom 07.03.1963 (ZH).

²⁴⁶ Vgl. BGE 135 III 397 = Pra 2010 Nr. 7 E. 2.

²⁴⁷ Vgl. BGE 113 II 323 E. 5.

²⁴⁸ Vgl. Art. 419 ff. OR.

Der *Zuwendungsschaden von Angehörigen verletzter Personen* ist ebenfalls ersatzfähig. Aktivlegitimiert ist jedoch der Verletzte. Wie bereits erwähnt geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Angehörige gegenüber dem Verletzten gestützt auf die die Geschäftsführung ohne Auftrag einen Ersatzanspruch für *notwendige und nützliche Aufwendungen* geltend machen kann²⁴⁹. Der Verletzte kann seinerseits gegenüber dem Haftpflichtigen Ersatz dieser Kosten verlangen, namentlich für die Besuchskosten²⁵⁰ und Kosten des Umbaus des elterlichen Wohnhauses²⁵¹. Stirbt der Verletzte, geht der Ersatzanspruch für die Kosten der Angehörigen als Nachlassaktivum auf die Erben über²⁵². Die Angehörigen können deshalb gegenüber dem Haftpflichtigen ohne *vorgängige Abtretung des Schadenersatzanspruches durch die Erben* die ihnen bis zum Tod entstandenen Kosten nicht geltend machen.

3. Haftung für zugewendete Dienstleistungen

a) Besuchsschaden

Die ältere Rechtsprechung sprach den Angehörigen ein direktes Forderungsrecht für ihren Besuchsschaden gegenüber dem Ersatzpflichtigen zu²⁵³. Die neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass der Geschädigte gestützt auf die *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 428 ff. OR) dem besuchenden Angehörigen die Besuchskosten zu ersetzen hat²⁵⁴. Eine Ersatzpflicht für Besuchskosten von Angehörigen setzt voraus, dass die Besuche notwendig und angemessen waren²⁵⁵. In BGE 97 II 259 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 Lehre²⁵⁶ und mitunter auch die Rechtsprechung²⁵⁷ ab,

²⁴⁹ Dazu supra III.A.3.b.2).

²⁵⁰ Siehe BGE 97 II 259 E. 3 und 4.

²⁵¹ Dazu z.B. Urteil Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B. K. gegen Association de Développement de Colombier und Kanton NE (CHF 30'000 für den Umbau des elterlichen Wohnhauses eines Querschnittgelähmten) und Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7e (DM 17 000 für den Umbau des elterlichen Wohnhauses bei einem Paraplegiker).

²⁵² Vgl. Art. 45 Abs. 1 und 2 OR sowie Art. 560 Abs. 1 ZGB.

²⁵³ Vgl. BGE 69 II 324 E. 3a und 57 II 94 E. 3b.

²⁵⁴ Siehe Urteil BGER vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4 und BGE 97 II 259 E. 4; ferner Urteile KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b und OGER ZG vom 02.09.1997 i.S. Kramis E. 3 (unter Hinweis auf Urteil KGer ZG vom 29.02.1996 i.S. Kramis).

²⁵⁵ Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

²⁵⁶ Z.B. NEUMANN-DUESBERG, H. (1991) Krankenbesuchskosten als Heilungskosten in: NZV, 1991, 455 ff., 455.

²⁵⁷ 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 Unterschlenkel-

dass für *medizinisch nicht indizierte Besuche* kein Ersatzanspruch besteht²⁵⁸. Die Notwendigkeit von Besuchen Angehöriger kann ohne weiteres auch aus *nicht-medizinischen 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 Pflege²⁵⁹. Eine Ersatzpflicht für Besuche von Angehörigen ist deshalb generell zu bejahen, sofern sie einem vernünftigen Zweck dienen und angemessen sind.

Geschädigter und Angehörige haben zudem einen grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützten *Anspruch auf angemessenen Kontakt* miteinander²⁶⁰, weshalb Notwendigkeit und Angemessenheit nicht zu restriktiv zu handhaben sind. Aus dem Besuchsanspruch der Angehörigen folgt insoweit auch eine *Ersatzpflicht für Mehrfachbesuche*, z.B. von Eltern und Geschwister des Geschädigten²⁶¹. Da auch die Angehörigen besuchsberechtigt sind, spielt es keine Rolle, ob der Geschädigte bei Bewusstsein ist oder nicht²⁶². 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 täglich²⁶³ als andere Geschädigte zu besuchen²⁶⁴.

bruch ist für die Heilung nicht erforderlich) und vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb.

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ 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 CHF 30'000 gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR im Umfang von CHF 20'000 als ersatzpflichtig erachtet, da die Mutter die Behandlung im Spital mitverfolgen musste, damit sie eine spätere Pflege zu Hause gewährleisten konnte.

²⁶⁰ Vgl. BGE 118 V 206 E. 3 und 4.

²⁶¹ 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 = SG 1979 Nr. 16 E. 7b, wonach nur Anspruch auf den Besuch durch einen Elternteil besteht.

²⁶² 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, H. (1991) Krankenbesuchskosten als Heilungskosten in: NZV, 1991, 455 ff., 456 f.

²⁶³ 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).

²⁶⁴ 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 = SG 1979 Nr. 16 E. 7b (drei Besuche durch den Vater in einem Monat); ferner BGE 118 V 206 E. 4c (zwei Hin- und Rückfahrten je Kalendermonat).

Die Praxis anerkennt folgende Besuchsintervalle:

- In BGE 99 II 259 ff. wurden die Spitalbesuche der Mutter einer mit einem offenen Beinbruch im Spital befindlichen erwachsenen Tochter als ersatzfähig bezeichnet.
- Das Walliser Kantonsgericht hat 1979 die Anspruchsberechtigung sehr restriktiv ausgelegt. Anerkannt wurden drei Besuche durch den Vater eines Querschnittgelähmten in einem Monat²⁶⁵.
- Das EVG hat festgestellt, dass Kinder im vorschul- und schulpflichtigen Alter einen Anspruch auf Vergütung der Kosten für Spitalbesuche an jedem dritten Tag haben²⁶⁶.
- Der Berner Appellationshof hat 2002 bei Elternbesuchen im Spital fünf bis sieben Stunden (inklusive Anfahrzeit) pro Tag als ersatzfähig qualifiziert²⁶⁷.
- Das Amtsgericht Stadt-Luzern hat drei Besuche der Eltern eines im Wachkoma liegenden Kindes pro Woche (inklusive einem wöchentlichen Familienbesuchstag) bzw. wöchentlich insgesamt einen Zeitaufwand von 20 Stunden als der konkreten Situation angemessen bezeichnet²⁶⁸.

Ersatzpflichtig sind:

- Reisekosten²⁶⁹,
- Unterbringungs- und Verpflegungskosten²⁷⁰,
- Lohnausfall- bzw. Haushaltsausfallschaden der besuchenden Angehörigen²⁷¹,

²⁶⁵ Vgl. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b.

²⁶⁶ Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c.

²⁶⁷ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a.

²⁶⁸ Vgl. Urteil Amtsgericht Stadt-Luzern vom 17.06.2008 (11 06 14) E. 4.3.1.5.

²⁶⁹ Vgl. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b (bei Besuchen im Inland nur Kosten von öffentlichen Verkehrsmitteln, nicht aber Kosten eines Mietautos; bei Besuchen im Ausland auch Auto- und Flugkosten); ferner Urteil LG Saarbrücken vom 18.12.1987 (14 O 117/87) = NJW 1988, 2958.

²⁷⁰ Vgl. BGE 108 II 422 und Urteil KGer TI vom 12.02.1982 i.S. X. sowie Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b (CHF 60 pro Tag für Unterkunft und Verpflegung).

²⁷¹ Siehe BGE 97 II 259 E. 3 (Ersatz des Erwerbsausfalls einer Mutter, die ihre Tochter im Spital besucht und hernach zu Hause gepflegt hat) und Urteile OGer LU vom 27.08.2009 [11 08 127] E. 4.2.2 ff. [Besuchsschaden bei Pflegeheimaufenthalt], und Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und 12 (Ersatz des Zeitaufwandes der Mutter für die Zurücklegung des Wegs vom und ins Spital und der Besuchszeit, berechnet zum Haushaltstundenansatz von CHF 25), sofern dieser nicht durch Vor- oder Nacharbeit aufgefangen werden kann (Urteil BGH vom 19.02.1991 [VI ZR 171/90] = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559).

- weitere besuchsbedingte Mehrkosten, insbesondere Kinderbetreuungskosten²⁷².

Unklar ist, inwieweit *Kosten für Geschenke*²⁷³ und *Trinkgelder*²⁷⁴ sowie die *Zerstreuung des Geschädigten*, z.B. Telefonkosten, Kosten für Bücher, Zeitschriften und Zeitungen sowie die Miete eines Radio- oder Fernsehgerätes²⁷⁵, ersatzpflichtig sind.

b) Betreuungs- und Pflegeschaden

Der Betreuungs- und Pflegeschaden umfasst den Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Hilfsbedürftigkeit eintreten. Diese Nachteile können in einem Sachleistungs- und/oder einem Dienstleistungsmehrbedarf bestehen. Je nach der Person des Leistungserbringers lässt sich der Betreuungs- und Pflegeschaden in den Spital-, Heim- oder Hauspflegeschaden unterscheiden. Der Hauspflegeschaden weist zwei Erscheinungsformen auf. Werden Pflege und Betreuung beim Geschädigten Zuhause entgeltlich von Dritten, insbesondere von Spitex-Organisationen, erbracht, liegt ein *Spitexpflegeschaden*²⁷⁶ vor. Werden die notwendigen Dienstleistungen unentgeltlich von Angehörigen erbracht, liegt ein *Angehörigenpflegeschaden* vor. Es ist möglich, dass die Angehörigen als Arbeitnehmer einer Spitex-Organisation die fraglichen Dienstleistungen erbringen²⁷⁷ oder gemäss Art. 320 Abs. 2 OR von einem stillschweigend abgeschlossenen Arbeitsvertrag ausgegangen werden muss²⁷⁸.

Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens schon im vorletzten Jahrhundert bejaht²⁷⁹. Soweit eine Ersatzpflicht für unentgeltlich

²⁷² Vgl. Urteile BGH vom 24.10.1989 (VI ZR 263/88) = NJW 1990, 1037 = VersR 1989, 1308, vom 21.05.1985 (VI ZR 201/83) = NJW 1985, 2757 und vom 28.10.1980 (VI ZR 303/79) = VersR 1981, 239; ferner GEISSELER, R. (1999) Regulierung von Kinderschäden in: Tagungsbeiträge. Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen, 105 ff.

²⁷³ Bejahend Urteil BGH vom 22.10.1957 = VersR 1957, 790 (Spielsachen für Kinder).

²⁷⁴ Verneinend Urteil KGer TI vom 10.10.1983 i.S. Trombetta in Bezug auf Trinkgelder für das Pflegepersonal; gl. M. BREHM, BE-K, N 9 zu Art. 46 OR.

²⁷⁵ Ablehnend Urteile KGer VS vom 10./27.10.1989 i.S. X. (Kosten für Miete von Videokassetten und Telefonspesen von über CHF 100 pro Tag, weil weder geschäftsbedingt noch durch einen allfälligen Kontakt mit den Angehörigen verursacht) und vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union E. 8 (Sackgeld, Telefonkosten im Spital, Fernsehmiethkosten und Zeitungskosten).

²⁷⁶ Vgl. BGE 35 II 216. Siehe dazu Art. 7 ff. KLV.

²⁷⁷ Vgl. z.B. § 4 Gesetz über die spitalexterne Haus- und Krankenpflege (Spitexgesetz) vom 19.09.1996 (BL)

²⁷⁸ Siehe dazu die Hinweise supra Fn 161.

²⁷⁹ 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

erbrachte Dienstleistungen bejaht wird, stellt der Angehörigenschaden einen *normativen Schaden* dar²⁸⁰. Aktivlegitimiert ist der betreuungs- und pflegebedürftige Geschädigte und nicht der dienstleistende Angehörige²⁸¹. 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, durch wen er sich betreuen lassen will. Um den Marktwert von unentgeltlich erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen festzustellen, muss der für die Erbringung von Pflege und Betreuung notwendige Zeitaufwand mit einem Stundenansatz multipliziert werden, der einer Fachkraft bezahlt werden müsste, die befähigt ist, die fraglichen Dienstleistungen auszuführen. Dabei müssen sämtliche Lohnnebenkosten berücksichtigt werden²⁸². Ausnahmsweise sind die mutmasslichen Kosten bei einer stationären Unterbringung, sofern beim Geschädigten in absehbarer Zeit eine Heimunterbringung erfolgen wird²⁸³.

Die ersatzpflichtigen Dienstleistungen umfassen sämtliche Pflege- und Betreuungsleistungen, die von den Angehörigen ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses nicht erbracht worden wären. Mit der *Behandlungspflege* werden Pflegeverrichtungen medizinischer Art bezeichnet, die einen Untersuchungs- oder Heilbehandlungszweck verfolgen²⁸⁴. Behandlungspflege stellt insbesondere die Inkontinenzpflege bei Querschnittgelähmten²⁸⁵, das Verabreichen von Medikamenten oder das Anlegen von Wundverbänden dar²⁸⁶. Soweit die Rechtsprechung eine Ersatzpflicht für Angehörigenbesuche zulässt, sofern diese der Heilung förderlich sind²⁸⁷ oder dem Erlernen der Behandlungspflege dienen²⁸⁸, sind

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.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

²⁸² 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. gegen W. (HG 286/80) E. 5.3 (Massgeblichkeit der Lohnansätze für Hausangestellte) sowie Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/aa und 5b/bb (Kosten der Hausangestellten bzw. Pflegerin).

²⁸³ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

²⁸⁴ Vgl. BGE 116 V 41 E. 5a; siehe dazu die exemplarische Aufzählung in Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV.

²⁸⁵ Vgl. BGE 116 V 41 E. 7 und Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 10 KLV.

²⁸⁶ Vgl. BGE 107 V 139 E. 1b sowie Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 7 und 10 KLV.

²⁸⁷ Unklar BGE 97 II 259 E. 4.

²⁸⁸ Vgl. BGE 108 II 422.

auch diese Verrichtungen der Behandlungspflege zuzuordnen. Von der Behandlungspflege zu unterscheiden ist die *Grundpflege*, die Pflegeverrichtungen medizinischer Art umfasst, die der Aufrechterhaltung der allgemeinen täglichen Lebensverrichtungen dienen²⁸⁹. Neben dem seelischen Zuspruch sind in der Hauptsache jene Handreichungen und Handlungen darunter zu verstehen, welche die geschädigte Person selbst ohne Unterstützung vornehmen würde, wenn sie über die nötige Kraft, den Willen oder das Wissen verfügen würde²⁹⁰. Grundpflegerische Massnahmen sind z.B. Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen, Betten, Lagern, Bewegungsübungen, Mobilisieren, Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut sowie Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden oder beim Essen und Trinken²⁹¹. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung weist die Grundpflege mitunter der Behandlungspflege zu, wenn sie im Zusammenhang mit dieser anfällt (sog. akzessorische Grundpflege)²⁹².

Von den eigentlichen Pflegeleistungen sind die Betreuungsleistungen zu unterscheiden. Diese dienen weder der Behandlung noch der Aufrechterhaltung der alltäglichen Lebensverrichtungen, sondern bestehen in zusätzlichen Dienstleistungen, die als Folge der Gesundheitsbeeinträchtigung erforderlich sind. Dazu gehört namentlich die *ausserhäusliche Begleitung* von Erblindeten²⁹³ und von Gelähmten bzw. zur Fortbewegung auf einen Rollstuhl angewiesenen Geschädigten²⁹⁴ sowie von Kindern²⁹⁵. Die Gesundheitsbeeinträchtigung kann eine Überwachungsbedürftigkeit des Geschädigten zur Folge haben. Dies trifft namentlich bei urteilsunfähigen und bei hirngeschädigten oder bewegungsunfähigen Personen zu. Der *Überwachungs- und Präsenzzeitaufwand* ist ebenfalls entschädigungspflichtig²⁹⁶. Das Handelsgericht Zürich hält jedoch dafür, dass der

²⁸⁹ Siehe z.B. Urteile SozVers ZH vom 23.06.2004 (KV.2003.00096) E. 6 und vom 14.07.2004 (KV.2003.00069) E. 2.3 sowie LANDOLT, H. (2001) *Pflegerecht*. Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern, N 39; ferner BGE 125 V 297 E. 5b und RKUV 2001 KV 186, 471.

²⁹⁰ Vgl. EUGSTER, G. (1998) *Krankenversicherung* in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Band III: Soziale Sicherheit (Eds. Koller, H., Müller, G., Rhinow, R. und Zimmerli, U.) Basel, 58 N 114.

²⁹¹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV.

²⁹² Dazu LANDOLT, H. (2002) *Pflegerecht*. Band II: Schweizerisches Pflegerecht, Bern, N 1215 f.

²⁹³ Vgl. Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobilier E. C/4.5.1, 42 (Röhrenblick) und BGE 35 II 405.

²⁹⁴ Vgl. Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, 43 ff. Siehe dazu auch Urteil OGer ZH vom 08.12.1995 = ZR 1997, 2 ff.

²⁹⁵ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/III/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 10 (Therapie- und Schulwegbegleitung).

²⁹⁶ Siehe Urteil 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 E. V., 16 ff. (Präsenzzeitaufwand der Mutter von täglich 4,5 Stunden) und Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische

Überwachungs- und Präsenzzeitenaufwand nicht voll entschädigungspflichtig ist, wenn gleichzeitig ein hauswirtschaftlicher Mehrbedarf besteht²⁹⁷. Das Obergericht Luzern²⁹⁸ und ein Teil der Lehre²⁹⁹ vertreten die Auffassung, dass Bereitschaftszeiten generell nur zur Hälfte abzugelten seien³⁰⁰. Der Präsenzzeitdienst ist so zu entlohnen, wie wenn entlohnte Dritte diesen ausführen würden. Die von Angehörigen bzw. Ehegatten erbrachte Wartezeit ist in der Regel mit einem Bereitschaftsdienst im Betrieb vergleichbar. Entsprechend ist von der *grundsätzlichen Entschädigungspflicht der Wartezeit* auszugehen. Wird von vornherein nur die hälftige Präsenzzeit entschädigt, erhält der Geschädigte nicht die Lohnsumme, die er benötigt, um beim Wegfall des Angehörigen Ersatzkräfte gesetzeskonform entschädigen zu können. Das Bundesgericht hat zudem bereits im Entscheid 28 II 200 E. 5 bei der Ehegattenpflege darauf hingewiesen, dass das *Wegfallrisiko*, d.h. Scheidungs-, Krankheits- und Todesfallrisiko, bei der Schadenberechnung zu berücksichtigen ist. Da der Geschädigte als Arbeitgeber entlohnte Arbeitnehmer anhalten könnte, während behinderungsbedingten Wartezeiten Pausen zu beziehen oder andere Arbeiten auszuführen, ist eine *Kompensation* an sich gerechtfertigt. Der Umfang der Kompensation hängt vom *konkreten Einzelfall* ab. Eine Kompensation ist jedoch nur im Umfang der mutmasslichen Hausarbeitstätigkeit des Geschädigten (im Validenhaushalt) und des behinderungsbedingten Haushaltführungsmehraufwandes denkbar.

Pflege- bzw. betreuungsbedürftige Geschädigte sind in der Regel nicht mehr in der Lage, ihren Haushalt selber zu führen. Der dadurch entstehende Haushaltsschaden wird praxismässig separat abgegolten. Die Pflege- bzw. Betreuungsbedürftigkeit kann zudem mit einem *hauswirtschaftlichen Mehraufwand*, z.B. vermehrtem Waschen von Kleidern bei Inkontinenz oder einem Putzmehraufwand, verbunden sein. Dieser Mehraufwand ist ebenfalls entschädigungspflichtig³⁰¹ und kann mit dem Haushaltsschaden kumuliert werden. Vor dem Hintergrund des Überentschädigungsverbots darf der hauswirtschaftliche Mehraufwand aber nicht

Möbiliar E. C/4.2, 41 bzw. C/4.5.2, 44 (5,5 Stunden pro Tag) und ferner den diesbezüglichen Beitrag in diesem Band.

²⁹⁷ Vgl. Urteil 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 E. V, 19.

²⁹⁸ Vgl. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) E. 8 ff. Siehe dazu LANDOLT, H. (2007) Präsenzzeitenaufwandschaden. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) in: HAVE 2007, 35 ff.

²⁹⁹ HUBER, C. (1993) Fragen der Schadensberechnung, Wien, 375 f.

³⁰⁰ Ähnlich Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Möbiliar E. C/4.2, 41 bzw. C/4.6, 44, wo der Präsenzzeitstundenansatz mit der Hälfte des Haushaltsschadenstundenansatzes beziffert wird.

³⁰¹ Vgl. Urteil 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 E. V, 19 (Hilfe bei der Führung eines Einpersonenhaushaltes im Umfang von 18,5 Stunden pro Woche).

in den Zeitaufwand, der bei der Berechnung des Haushaltschadens berücksichtigt wird, eingerechnet werden.

c) Nichtersatzfähigkeit des Ohnehin-Zeitaufwandes

Der Angehörige ist gegenüber dem Geschädigten beistandsverpflichtet, nicht aber gegenüber dem Haftpflichtigen schadenminderungspflichtig. Beistandspflicht und Schadenminderungspflicht stehen nicht in einem Bedingungsverhältnis zueinander³⁰². 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, Ersatz verlangen. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht bei einer unentgeltlich ihren Ehemann pflegenden Ehefrau festgestellt, dass der Haftpflichtige die familiäre Beistandspflicht nicht als Schadenreduktionsgrund ins Feld führen könne³⁰³. Die seitherige Rechtsprechung hat am *Grundsatz der Totalreparation im innerehelichen Verhältnis* festgehalten³⁰⁴. Eine uneingeschränkte Ersatzpflicht für den Betreuungs- und Pflegeschaden gilt auch im *Verhältnis zwischen Eltern und (erwachsenen) Kindern*³⁰⁵.

In Abzug zu bringen ist aber der *Ohnehin-Schaden*. Darunter sind Dienstleistungen zu verstehen, die ohnehin, d.h. ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses, z.B. die Mithilfe des Ehemannes beim Eincremen der Ehefrau, erbracht worden wären³⁰⁶. Ein Ohnehinaufwand liegt in der Regel 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*³⁰⁷. Bei Kindern, namentlich auch Säuglingen, besteht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge *kein Behandlungs- und Pflegebedarf nach der Geburt*. Ist bei Kindern verlet-

³⁰² Siehe 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.

³⁰³ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

³⁰⁴ Z.B. Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1, 43 ff., und Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 02 22) i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobilier E. C/4, 39 ff. (Konkubinatspartner, der seine 50 %-Teilzeitstelle aufgegeben hat, um den Geschädigten zu betreuen, und diesen hernach heiratet).

³⁰⁵ Statt vieler 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, BGE 97 II 259 E. 3 (Betreuung und Pflege erwachsener Kinder) sowie Urteil BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 (Betreuung und Pflege eines unmündigen Kindes durch Eltern).

³⁰⁶ So z.B. Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, 43 ff.

³⁰⁷ Siehe Art. 39 Abs. 2 IVV.

zungsbedingt eine Behandlungspflege notwendig, so darf deshalb kein Abzug für einen Ohnehinaufwand gemacht werden. Abgrenzungsprobleme bestehen aber in Bezug auf die Grundpflege, 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 kontinuierlich ab. Spätestens mit dem Eintritt in die Primarschule besteht erfahrungsgemäss keine Grundpflegebedarf mehr, wohl aber ein wiederum kontinuierlich abnehmender Betreuungsaufwand der Eltern³⁰⁸. Soweit ersichtlich existiert keine gefestigte Rechtsprechung zum Ohnehinbetreuungsaufwand von Kindern. Als entschädigungspflichtig ist der gesamte verletzungsbedingte Zeitaufwand für Therapie- und Schulwegbegleitung³⁰⁹ und der Zeitaufwand für die schulische Betreuung Zuhause³¹⁰ anerkannt.

D. Haftung für den Einkommensausfallschaden

1. Lohnausfall

Erwerbstätige Angehörigen, die den Verletzten besuchen, an den Bestattungsfeierlichkeiten teilnehmen oder als Folge der Betroffenheit von der Verletzung oder Tötung eines anderen Angehörigen vorübergehend arbeitsunfähig sind, erleiden als Folge einer fehlenden bzw. ungenügenden Lohnfortzahlungspflicht³¹¹ einen ungedeckten Erwerbsausfall. Der aus diesen und anderen Gründen, z.B. Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit, um den Verletzten zu betreuen, bei Angehörigen verletzter oder getöteter Personen entstehende Erwerbsausfall stellt nach herkömmlicher Auffassung einen *Reflexschaden* dar und ist grundsätzlich nicht ersatzpflichtig³¹², es sei denn, der Angehörige sei ebenfalls verletzt worden³¹³. Wird im internen Verhältnis zwischen Angehörigen und Verletztem die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung gebracht, besteht ebenfalls keine Ersatzpflicht, da

³⁰⁸ Weiterführend dazu der Beitrag zum Bereitschafts- (Präsenz-) und Überwachungsschaden in diesem Band.

³⁰⁹ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. 10.

³¹⁰ Vgl. Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) = HAVE 2006, 238 (Bemerkungen von Hardy Landolt) = VersR 2005, 1593.

³¹¹ Vgl. z.B. Art. 324a und Art. 329 Abs. 3 OR sowie § 85 lit. e-i Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19.05.1999 (ZH): Lohnfortzahlung bis maximal zwei Tage beim Tod eines Verwandten.

³¹² Vgl. Urteil BGer vom 23.02.1994 = SJ 1994, 589 ff., 594 = JdT 1994 I 727 E. 5b (Erwerbsausfall als Folge des Wegfalls von Überstundenzuschlägen).

³¹³ Vgl. BGE 112 II 118 E. 5.

der Geschäftsführer keinen Lohnausfall-, sondern nur einen Kostenersatz beanspruchen kann³¹⁴.

Die Rechtsprechung bejaht mitunter jedoch gleichwohl eine *Ersatzpflicht für den Erwerbsausfall* von Angehörigen verletzter bzw. getöteter Personen³¹⁵. Der in diesen Fällen gewährte Erwerbsausfall wird *an Stelle* des Zuwendungsschadens zugesprochen. Beim Ausfallschaden wird demgegenüber ausschliesslich der Versorgungsausfall, d.h. der Wegfall des Versorgereinkommens bzw. die mutmasslichen Kosten einer Ersatzkraft entschädigt³¹⁶. Auch beim Zuwendungsschaden besteht die sachgerechteste Lösung darin, unentgeltlich erbrachte Dienstleistungen anhand des Stundenansatzes, der für eine hypothetische Ersatzkraft bezahlt werden müsste, zu bewerten. Einzig damit wird sichergestellt, dass der Geschädigte ein Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeperson hat³¹⁷ und der Ersatzpflichtige nur den Marktwert der notwendigen Dienstleistung zu bezahlen hat³¹⁸. Das Bundesgericht geht zwar davon aus, dass der Erwerbsausfall der pflegenden und betreuenden Angehörigen zu ersetzen ist, wenn diese eine Erwerbstätigkeit aufgeben, um die geschädigte Person zu pflegen, macht aber auch in diesem Fall die Einschränkung, dass nur die mutmasslichen Lohnkosten einer Drittperson zu entschädigen sind, wenn der Verdienstaussfall «wesentlich die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson» übersteigt³¹⁹.

Dieser Rechtsprechung, die prinzipiell von der *Nichtersatzfähigkeit des Lohnausfalles der betreuenden Angehörigen* ausgeht, ist aus mehreren Gründen zuzustimmen. Der Betreuungs- und Pflegeschaden bezweckt einen Kostenersatz (*damnum emergens*), keinen Erwerbsersatz (*lucrum cessans*), weshalb ein allfäll-

³¹⁴ Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR. Für «weiteren Schaden» (s.c. Erwerbsausfall) ist nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten.

³¹⁵ Siehe BGE 33 II 594 E. 4 (Ersatz des Erwerbsausfalls der Mutter eines 7-jährigen Knaben, der den 3. und 4. Finger der linken Hand verliert und von der Mutter während dreier Monate gepflegt wurde), 97 II 259 E. 3 (Ersatz des Erwerbsausfalls einer Mutter, die ihre Tochter zu Hause pflegt) und Urteil VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S. (Ersatz des durchschnittlichen Jahresgehaltes von CHF 30'000 bei einem Selbstständigerwerbenden, der zwecks Pflege seiner Ehefrau die Mechanikerwerkstatt vorzeitig aufgegeben hat) und AGVE 1975, 37 E. 5a, wo das OGer AG dem Vater des getöteten Knaben (selbstständigerwerbender Bäckermeister) die Hälfte des geltend gemachten Erwerbsausfalls zusprach.

³¹⁶ Supra III.B.2.

³¹⁷ Siehe Art. 28 Abs. 1 ZGB und ferner Art. 41 KVG, Art. 10 Abs. 2 UVG und Art. 14 Abs. 3 IVG und 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/cc.

³¹⁸ 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 E. 6b/dd.

³¹⁹ Vgl. Urteile 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 und AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 [21 02 22] i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobilier E. C/4.3, 42 (Konkubinatspartner, der seine 50 %-Teilzeitstelle aufgeben hat, um den Geschädigten zu betreiben).

liger Einkommensverlust der dienstleistenden Angehörigen grundsätzlich ausser Betracht fällt. Das Abstellen auf ein hypothetisches Erwerbseinkommen des Angehörigen würde bei Langzeitpflegefällen oft zu einer *massiven Über- oder Unterentschädigung* führen. Eine Überentschädigung entstünde dann, wenn der Erwerbsausfall höher als die mutmasslichen Lohnkosten für eine hypothetische Ersatzkraft wäre. Im umgekehrten Fall wäre eine Unterentschädigung die Folge. Betreuende Angehörige können zudem nicht vorhanden sein oder aus- bzw. wegfallen³²⁰, weshalb aus Gründen einer *rechtsgleichen Schadenersatzbemessung*³²¹ in allen Fällen die mutmasslichen Kosten zu entschädigen sind, die beim Bezug einer externen Ersatzkraft entstehen würden³²².

Auf den Erwerbsausfall der Angehörigen kann, wenn überhaupt, nur in ganz besonderen Ausnahmefällen abgestellt werden. Zu denken ist etwa an den Fall eines verunfallten Kindes, dessen Eltern in der akuten Behandlungsphase aus Gründen einer erfolgreichen Heilung im Spital anwesend sein oder dieses Zuhause schulisch betreuen müssen³²³. Ein ungedeckter Erwerbsausfall kann aber in jedem Fall nur insoweit entstehen, als keine *Lohnfortzahlungspflicht* besteht und vom erwerbstätigen Elternteil zumutbarerweise nicht verlangt werden kann, die Arbeits- den Besuchszeiten anzupassen³²⁴. Unselbstständig Erwerbstätige, die in Erfüllung der Beistandspflicht einen Angehörigen pflegen oder besuchen, haben Anspruch auf Lohnfortzahlung³²⁵. Der Schadenersatzanspruch für den Betreuungs- und Pflegeschaden geht im Umfang des im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht bezahlten Lohnes auf den Arbeitgeber über, der seinerseits regressieren kann³²⁶.

Verzichtet der Arbeitgeber auf den Regress, kann der Angehörige bzw. der Geschädigte den bereits bezahlten Lohn nicht nochmals als Besuchs- bzw. Bereuungsschaden geltend machen. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der sonst erwerbstätige Angehörige seine arbeitsfreie Zeit (Ferien, freie Tage etc.) für die Betreuung und Pflege des Geschädigten verwendet. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber zwar u.U. ebenfalls den Lohn bezahlen. Da er

³²⁰ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

³²¹ Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 und 3 BV.

³²² Vgl. Urteil 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 E. V/2, 16.

³²³ Siehe dazu Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) = HAVE 2006, 238 (Bemerkungen von Hardy Landolt) = VersR 2005, 1593.

³²⁴ Vgl. Urteil BGH vom 19.02.1991 (VI ZR 171/90) = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559.

³²⁵ Art. 324a Abs. 1 OR, weiterführend BESSENICH, B. (1992) Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern in: SJZ, 1992, 41 ff.; ferner JAR 1994, 147, ZR 1990, 51 f. und SJZ 1988, 49 f.

³²⁶ BGE 126 III 521 E. 2b analog.

diesen aber auch ohne den Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses hätte bezahlen müssen bzw. der Angehörige seine arbeitsfreie Zeit nicht für die Betreuung und Pflege verwendet hätte, rechtfertigt sich eine Ersatzpflicht für die unfreiwillig «verdorbene» Erholungszeit. Dieser «Zeitausfallschaden» kann nach Massgabe von hypothetischen Besuchskosten Dritter (z.B. von Verwandten) oder der für den Erwerbsausfall- (Erwerbstätige) bzw. Haushaltschaden (Nicht-erwerbstätige) geltenden Grundsätze berechnet werden³²⁷.

2. Rentenausfall

Die Tötung bzw. Verletzung eines Ehegatten kann die Rentenanwartschaft des Anderen schmälern und insoweit zu einem *Rentenausfallschaden* führen. Im Bereich der ersten Säule entsteht ein Rentenausfall, wenn der Ehegatte nicht mehr vom Beitragsplitting profitieren kann und so eine tiefere AHV- bzw. IV-Rente erhält, wenn er pensioniert oder selbst invalid wird. Voraussetzung ist allerdings, dass das wegfallende Einkommen des verletzten bzw. getöteten Ehegatten sowie das Einkommen des Anderen rentenbildend waren bzw. gewesen wären³²⁸. Der Rentenausfallschaden des überlebenden Ehegatten bzw. des Ehegatten des Verletzten stellt nach herkömmlicher Meinung einen nicht ersatzfähigen Reflexschaden dar³²⁹. Entschädigungspflichtig ist nur der Rentenausfall, der in der Person des Verletzten entsteht³³⁰. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung ist der Rentenausfall des Ehegatten ein Direktschaden, der zusätzlich zum Rentenschaden des verletzten Ehegatten zu ersetzen ist.

Bei Angehörigen getöteter Personen ist Ersatz für den Versorgungsausfall zu leisten, der durch den *Verlust des Renteneinkommens des getöteten Ehegatten* entsteht³³¹. Eine Ersatzpflicht besteht in diesem Fall aber nur dann, wenn das Einkommens- bzw. Vermögenssubstrat, das der Versorger für die Unterhaltssicherung verwendet hätte, mit seinem Tod für die versorgten Personen wegfällt³³².

³²⁷ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/III/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. 12.

³²⁸ Massgeblich ist der effektive Renten- und nicht der Beitragsausfall (siehe BGE 129 III 135 E. 3.3 und grundlegend Urteil BGer vom 12.02.2001 [4C.1987/2001] = HAVE 2002, 205 [Bemerkungen von Marc Schaetzle] E. 4b).

³²⁹ WEBER, S. (1993) Schadenersatz für den Verlust von Altersrenten. Auswirkungen auf die haftpflichtrechtliche Schadensberechnung und den Regress des Sozialversicherers in: Tagungsbeiträge. Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, St. Gallen, 159 ff., 218 ff.

³³⁰ Siehe dazu BGE 126 III 41 E. 3, 116 II 295 E. 4 und 113 II 345 E. 1b/aa.

³³¹ Vgl. BGE 126 II 237 E. 5.

³³² Vgl. Urteil BGer vom 23.06.1998 (4C.465/1997) E. 3b und statt vieler KELLER, A., (1998), Haftpflicht im Privatrecht. Band II. 2. A., Bern, 89, und SCHAEER, R., (1984), Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M., N 1122.

Ein Versorgungsausfall ist bei Ehegatten, die ihre Lebenshaltungskosten mit der AHV-Ehegattenrente gedeckt haben bzw. hätten, in der Regel ausgeschlossen³³³. Ein Versorgungsausfall kann demgegenüber entstehen, wenn die Lebenshaltungskosten durch Altersrenten der zweiten Säule und eine allfällige Invalidenrente der Unfallversicherung gedeckt worden wären³³⁴. Ein Versorgungsschaden ist aber ausgeschlossen, wenn der überlebende Ehegatte im Zeitpunkt des Erreichens des Pensionierungsalters des vorher getöteten Partners statistisch bereits tot wäre³³⁵ oder den zukünftigen Rentenausfall zumutbarerweise durch eigenes Erwerbseinkommen kompensieren kann.

³³³ Pensionierte Ehegatten erhalten maximal 150 % der einfachen Maximalrente (Art. 35 AHVG). Stirbt ein Ehegatte, erhält der andere einen Witwenzuschlag von 20 % zu seiner einfachen Altersrente (Art. 35^{bis} AHVG). Die einfache Altersrente des verwitweten Ehegatten ist auf Grund des Beitragssplittings (Art. 29^{quinques} Abs. 3, Art. 29^{sexies} Abs. 3 und Art. 29^{septies} Abs. 6 sowie Art. 35 AHVG) und des Zuschlags von 20 % oft höher als die Hälfte der Ehegattenrente.

³³⁴ Vgl. BGE 126 II 237 = Pra 2000 Nr. 135 E. 5a.

³³⁵ Siehe z.B. Urteil OGer TG vom 21.11.2000 (ZBO.2000.19) = RBOG 2001 Nr. 11 (45-jähriger Versorger stirbt und hinterlässt eine 26 Jahre ältere Ehefrau).