

Hardy Landolt\*

# Intrasystemische Koordination im Haftpflichtrecht

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Koordinierter Schadensbegriff</b>	<b>222</b>
	A. Differenztheorie	222
	B. Summentheorie	222
	C. Mehraufwandtheorie	223
	D. Notwendigkeit eines koordinierten Schadensbegriffes	224
<b>II.</b>	<b>Koordination der Schadensbegriffe</b>	<b>224</b>
	A. Lucrum cessans und damnum emergens	224
	B. Personen- und Sachschaden	225
	C. Vermögensschaden und immaterielle Unbill	226
	1. Allgemeines	226
	2. Kommerzialisierung der immateriellen Unbill	226
	3. Affektionsinteresse als Vermögenswert	228
	4. Inkonvenienzenschädigung	229
	D. Vermögensschaden und normativer Schaden	229
	1. Allgemeines	229
	2. Nur mutmassliche Lohnkosten oder tatsächlicher Erwerbsausfall?	230
	E. Immaterielle Unbill und normativer Schaden	231
	F. Vermögensschaden und fiktiver Schaden	231
<b>III.</b>	<b>Koordination der Schadensposten</b>	<b>232</b>
	A. Koordination innerhalb eines Schadenspostens	232
	B. Koordination verschiedener Schadensposten	233
	1. Erwerbsausfall- und Haushaltsschaden	233
	2. Erwerbsausfall- und Erschwerungsschaden	234
	3. Erwerbsausfall- und Betreuungsschaden	236
	4. Betreuungs- und Haushaltsschaden	236
<b>IV.</b>	<b>Überentschädigungsverbot</b>	<b>237</b>
	A. Allgemeines	237
	B. Bereicherungsverbot und Genugtuung	237
	1. Kaufkraftunterschiede	237
	2. Bereicherung der Erben	238
	C. Bereicherungsverbot und Schadenersatz	238
	1. Vorteilsanrechnung	238
	2. Schwerstgeschädigte	239

\* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

Meiner Mitarbeiterin, lic. iur. Olga Manfredi, danke ich für die kritische Durchsicht des Textes.

## I. Koordinierter Schadensbegriff

### A. Differenztheorie

Nach allgemeiner Auffassung entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der unfreiwilligen Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand, und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.<sup>1</sup> Der Schadensbegriff ist subjektiv<sup>2</sup> und konkret.<sup>3</sup> Massgeblich ist die Vermögensveränderung, die der vom haftungsbegründenden Ereignis rechtserheblich Betroffene erleidet, bzw. dessen Restitutionsinteresse an seinem Wohnort.<sup>4</sup>

Im Vertragsrecht unterscheidet man zwischen dem positiven Vertragsinteresse (Vermögensstand, wie er bei gehöriger Erfüllung gewesen wäre)<sup>5</sup> und dem negativen Vertragsinteresse (Vermögensstand, wie er gewesen wäre, wenn vom Vertrag nie die Rede gewesen wäre). Hat eine Person für den Unfall, durch den sein Vertragspartner geschädigt wurde, einzustehen, hat er das positive Vertragsinteresse zu entschädigen. Dieses umfasst einerseits den Gewinn, den der Geschädigte bei gehöriger Erfüllung hätte erzielen können, und andererseits den deliktsrechtlich relevanten Schaden, der bei einer gehörigen Vertragserfüllung verhindert worden wäre. Im Deliktsrecht ist der Geschädigte so zu stellen, wie wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.

### B. Summentheorie

Der Schaden wird nach der herrschenden Meinung zwar als Vermögensdifferenz definiert, in der Praxis aber als Summe der ersatzfähigen Schadensposten, die als rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Tatbestands eintreten, berechnet.

Das Phänomen des Schadens besteht nach diesem Verständnis nicht in einem Vermögensvergleich, sondern in der Summe der vom Gesetz anerkannten un-

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler BGE 120 II 423 E. 7a, 116 II 441 E. 3a/aa und 115 II 474 E. 3a.

<sup>2</sup> Eine objektive Schadensberechnung erfolgt nur ausnahmsweise, so z.B. im Luftfahrt- bzw. Transportschadenersatzrecht (vgl. Art. 447 OR), oder bei einer statistisch orientierten Schadensberechnung.

<sup>3</sup> Eine abstrakte Schadensberechnung erfolgt im Anwendungsbereich von Art. 42 Ab 2 OR.

<sup>4</sup> Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, einen Wohnsitzwechsel in ein Land mit tieferem Lohnniveau (vgl. Urteil des BGer vom 23. Juni 1999 [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 171 E. 2c) bzw. in einen anderen Kanton (vgl. BGE 119 V 255 E. 2 und 113 V 22 E. 4d) vorzunehmen.

<sup>5</sup> Siehe z.B. BGE 116 II 441 E. 2c.

freiwillig erlittenen Nachteile: «Ein Schaden im Sinne des Obligationenrechts liegt grundsätzlich nur bei einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse – Erhöhung der Passiven, Verminderung der Aktiven und entgangener Gewinn – vor».<sup>6</sup>

Die ersatzfähigen Schadensposten werden von Art. 46 OR beispielhaft aufgeführt und umfassen insbesondere Mehrkosten, Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit sowie die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. Zu entschädigen ist auch die immaterielle Unbill, die als Folge einer Körper- oder Persönlichkeitsverletzung eintritt.<sup>7</sup>

### C. Mehraufwandtheorie

Differenz- und Summentheorie setzen den Eintritt eines – wie auch immer gear- teten – ökonomisch messbaren, mithin geldwerten Nachteils beim Geschädigten voraus. Unfreiwillige Nachteile, die ökonomisch nicht messbar sind, stellen nach diesem Verständnis a priori keinen Schaden dar. Nicht ersatzfähig sind insbesondere ein Nutzungsausfall,<sup>8</sup> der Chancenverlust<sup>9</sup> sowie die Beeinträchtigung eines Affektionsinteresses,<sup>10</sup> wozu auch ein vereitelte Feriengenuss zu zählen ist.<sup>11</sup>

Das Bundesgericht vertritt aber seit je die Auffassung, dass ein unentgeltlicher Mehraufwand, der als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses beim Geschädigten oder bei diesem nahestehenden Personen anfällt, ein Schaden darstellt. Der Wert der unentgeltlich erbrachten Leistungen ist gleichsam «normativ» nach den Kosten zu ersetzen, die eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde.<sup>12</sup>

Ersatz für normativen – nicht auf Vermögensverminderung beruhenden – Schaden wird nach der Rechtsprechung im Anwendungsbereich des Personenschadenersatzes für den Haushaltschaden<sup>13</sup> und den Pflegeschaden<sup>14</sup> zugesprochen. Besuche im Spital oder Pflegeheim haben ihren Grund in der persönlichen Beziehung und können nicht als Leistung Dritter bewertet werden; sie haben keinen

<sup>6</sup> Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.2.2.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 47 und 49 OR.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2 und 126 III 388 E. 11.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 133 II 462 E. 3 f.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 87 II 290 E. 4c.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 115 II 474 E. 3a.

<sup>12</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.1.

<sup>13</sup> Vgl. z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

<sup>14</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 = Pra 2002 Nr. 212, E. 6.

Marktwert.<sup>15</sup> Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass die Mehraufwandtheorie nur in Bezug auf den Haushalts- und Pflegeschaden gilt und nach geltendem Recht kein Anlass besteht, die Rechtsprechung zum Haushalt- und Pflegeschaden auf das Immaterialgüterrecht auszudehnen.<sup>16</sup>

Vom normativen Schaden ist der fiktive Schaden zu unterscheiden. Der fiktive Schaden umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungsbegründende Ereignis weder beim Geschädigten noch bei Dritten einen Mehraufwand verursacht, weil der Geschädigte auf die Inanspruchnahme von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen verzichtet, die ein andere Person in vergleichbarer Lage beanspruchen würde. Ein fiktiver Schaden liegt auch dann vor, wenn der Geschädigte eine Ersatzleistung erhält, obwohl er keine ökonomische Einbusse erlitten hat.<sup>17</sup>

## D. Notwendigkeit eines koordinierten Schadensbegriffes

Differenz-, Summen- und Mehraufwandtheorie beschreiben lediglich punktuell, was ein Schaden darstellt. Es fehlt letztlich an einem koordinierten Schadensbegriff, der umfassend und klar umschreibt, was unter einem Schaden i.S.v. Art. 41 OR zu verstehen ist. Ob Art. 47 des Entwurfs OR-2020 («Der Schaden besteht in einer Vermögenseinbusse oder einer anderen Einbusse.»)<sup>18</sup> diese Lücke schliesst, weckt Zweifel.

## II. Koordination der Schadensbegriffe

### A. Lucrum cessans und damnum emergens

Im Dekliktsrecht sind nicht nur Einkommens- bzw. Gewinnausfälle (lucrum cessans), sondern auch Mehrkosten (damnum emergens) entschädigungspflichtig<sup>19</sup>. Ausnahmsweise wird nur für damnum emergens gehaftet.<sup>20</sup> Die Abgrenzung eines lucrum cessans vom damnum emergens ist nicht immer klar.<sup>21</sup> Vor allem beim Haushaltschaden sind die Meinungen geteilt, ob es sich um ein

<sup>15</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.3.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

<sup>17</sup> Siehe dazu infra Ziff. III/F.

<sup>18</sup> Siehe <<http://or2020.ch/Or2020.mvc/DocView?assetGuid=da991b2e-3547-423c-8590-c4a9c5417447>> (zuletzt besucht am 23.09.2014).

<sup>19</sup> Vgl. Art. 46 Abs. 1 OR.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 112 Ia 124 = Pra 1986 Nr. 208 E. 3g.

<sup>21</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.225/2006 vom 20. September 2006, E. 2.4.

damnum emergens oder ein *lucrum cessans* handelt. Von der Natur her ist der Haushaltschaden ein *lucrum cessans*, weil mit ihm die wegfallende Arbeitskraft entschädigt wird bzw. der Haushaltschaden den Erwerbsausfallschaden substituiert<sup>22</sup>. Der Schadensbetrag entspricht aber den Mehrkosten einer Ersatzkraft und damit einem *damnum emergens*.

## B. Personen- und Sachschaden

Ein Personenschaden entsteht, wenn die persönlichen Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Persönlichkeit) beeinträchtigt worden sind. Ein Sachschaden setzt die Beeinträchtigung wirtschaftlichen Rechtsgüter (Eigentum, Besitz) voraus. Die Abgrenzung zwischen einem Personen- und einem Sachschaden bereitet dann Schwierigkeiten, wenn abgetrennte oder künstliche Körperteile beschädigt werden. Das Bundesgericht hat im Fall eines Walliser Bestattungsunternehmers entschieden, medizinische Laien seien wegen der Störung der Totenruhe und nicht nur wegen eines Vermögensdelikts strafbar, wenn sie einem Leichnam vor der Kremation den Herzschrittmacher entfernen.<sup>23</sup>

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Beschädigung von künstlichen Körperteilen, insbesondere Prothesen, unabhängig davon, ob sie sich im Körperinneren befinden, keine Körperverletzung darstellt<sup>24</sup> und abgetrennte Körperteile dem Sachenrecht unterstellt sind.<sup>25</sup> Nach der Auffassung des BGH kann demgegenüber der Spender, der Sperma hat einfrieren lassen, um sich für eine vorhersehbare Unfruchtbarkeit die Möglichkeit zu erhalten, eigene Nachkommen zu haben, unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung ein Anspruch auf Schmerzensgeld geltend machen, wenn das Sperma durch das Verschulden eines anderen vernichtet worden ist.<sup>26</sup> Als Personenschaden gilt auch der Schaden, der als Folge eines mangelhaften Produktes eintritt.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Vgl. BGE 117 Ib 1 E. 2e.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 129 IV 172 ff.

<sup>24</sup> Siehe dazu TAUPITZ J., Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, in: NJW 1995, 745 ff.

<sup>25</sup> Vgl. AHRENS, C., Öffentliche Leichnamssektionen und Körperwelten im Lichte des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes – Neue Formen der Dispositionen über den Leichnam?, in: GRUR 2003, 850 ff.

<sup>26</sup> Vgl. Urteil des BGH VI ZR 62/93 vom 9. November 1993 = NJW 1994, 127 = VersR 1994, 55.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 137 II 226 ff. (mangelhafte Hüftprothese).

## C. Vermögensschaden und immaterielle Unbill

### 1. Allgemeines

Eine explizite Ersatzpflicht sieht der Gesetzgeber für den immateriellen Personenschaden vor. Dieser ist gemäss Art. 47 und 49 OR zu entschädigen. Die gesetzlichen Haftungsbestimmungen erwähnen den immateriellen Personenschaden nicht. Explizit genannt wird nur die Ersatzleistung («Genugtuung»). Lehre und Rechtsprechung verwenden für die Umschreibung des immateriellen Personenschadens unterschiedliche Begriffe.<sup>28</sup>

In der deutschschweizer Rechtssprache hat sich der Begriff der «immateriellen Unbill»<sup>29</sup> eingebürgert, während in den anderen Landesteilen u.a. die Begriffe «tort moral», «préjudice moral», «torto morale», «danno morale» bzw. «danno morale puro» etc. verwendet werden. Eine immaterielle Unbill entsteht im Zusammenhang mit körperlichen und seelischen Schmerzen,<sup>30</sup> Kränkungen,<sup>31</sup> Leid,<sup>32</sup> Ängsten,<sup>33</sup> z.B. Todesangst<sup>34</sup> oder einer Metastasenangst,<sup>35</sup> oder anderen nachhaltigen Beeinträchtigungen des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens bzw. der Lebensqualität,<sup>36</sup> insbesondere wegen des Ausbleibens einer Entschuldigung bei einer schweren Körperverletzung.<sup>37</sup>

### 2. Kommerzialisierung der immateriellen Unbill

Mit der Genugtuung wird deshalb ein «Gefühlsschaden» und kein «Vermögensschaden» entschädigt. Die immaterielle Unbill wird dann kommerzialisiert, bzw. auch zu einem Vermögensschaden interpretiert, wenn für die Beeinträchtigung

<sup>28</sup> Siehe die Hinweise in BGE 123 IV 145 E. 4b/bb.

<sup>29</sup> Z.B. BGE 123 II 210 E. 3b/cc, 123 III 204 E. 2e, 123 III 10 E. 4b/cc, 123 IV 145 E. 4b/bb, 118 Ia 101 = Pra 1993 Nr. 224 E. 4b, 116 Ia 387 E. 2b, 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2 und 89 II 38 E. 5.

<sup>30</sup> Vgl. BGE 120 II 97 = Pra 1995 Nr. 37 E. 2b.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 125 III 70 = SVK 1999, 38 E. 3a.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7.3 «Angstzustände, Panik, Schlaflosigkeit, Gefühle der Verunsicherung, Appetitlosigkeit und Melancholie».

<sup>34</sup> Vgl. BGE 125 III 412 E. 2b/aa sowie Urteile des BGer 1A.235/2000 vom 21. Februar 2001, E. 5c und des OLG Hamburg 1 U 64/91 vom 18. August 1995 = VersR 1996, 1537 (eine Stunde dauernde Todesangst beim Auftreten von Nebenwirkungen).

<sup>35</sup> Vgl. Urteil des OLG München 24 U 194/93 vom 9. Februar 1995 = VersR 1995, 1499 (10 000 DM Schmerzensgeld für gesteigerte Angst vor Metastasen).

<sup>36</sup> Vgl. BGE 112 II 131 E. 2 und 4.

<sup>37</sup> Vgl. Urteil des BGer 1A.83/2002 vom 22. Juni 2002 = Pra 2003 Nr. 27 E. 5.1. Bei geringfügigen Verletzungen kann eine unterlassene Entschuldigung nicht Grundlage für einen Genugtuungsanspruch sein (vgl. Urteil Bezirksgerichtliche Kommission Münchwilen TG vom 21. Januar 1999 [§25/1999] = Assistalex 1999 Nr. 5566).

desselben Affektionsinteresses neben der Genugtuung auch noch ein Vermögensschadenersatz verlangt werden kann.

Sofern und soweit die Nachteile der eingeschränkten Lebensfreude nicht mit Mehrkosten verbunden sind, sind diese genugtuungserhöhend zu berücksichtigen. Im umgekehrten Fall, beispielsweise wenn der Geschädigte Autoumbaukosten und die eingeschränkte Mobilität als genugtuungserhöhenden Faktor geltend macht, stellt sich die Frage, ob Mehrkostenersatz und Genugtuung kumuliert werden können.

Das Obergericht Luzern bejaht dies,<sup>38</sup> während das Obergericht Zürich die freizeitbedingten Mehrkosten zwar zuspricht, eine Genugtuungserhöhung aber ablehnt.<sup>39</sup> Nach dem BGH genügt es bei einem Querschnittgelähmten, die Umbaukosten eines Fahrzeugs, nicht aber zusätzlich auch noch diejenigen eines Motorrades zu entschädigen; die entgangene Freude zusätzlich am Motorradfahren ist aber bei der Bemessung der Genugtuung zu berücksichtigen.<sup>40</sup>

Bei beeinträchtigten Heiratschancen erhalten weibliche Geschädigte nach der älteren Rechtsprechung ebenfalls zusätzlich zur Genugtuung einen Erschwerungsschaden ersetzt.<sup>41</sup> Der ökonomische Nachteil liege darin, dass durch eine Heirat die wirtschaftliche Situation der Frau verbessert werde.<sup>42</sup> Eine Heirat kann die wirtschaftliche Situation sowohl verbessern als auch verschlechtern. Eine Verschlechterung ist namentlich infolge des hohen Scheidungsrisikos und der damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen denkbar.

Verringerte Heiratsaussichten sollten deshalb nicht als Erschwerungsschaden, sondern als genugtuungserhöhenden persönlichen Umstand berücksichtigt werden. Werden verringerte Heiratschancen gleichwohl als Vermögenswert qualifiziert, müssten die finanziellen Vorteile einer unterbliebenen Heirat im Rahmen der Vorteilsausgleichung in Abzug gebracht werden und auf Grund des Geschlechterdiskriminierungsverbots<sup>43</sup> auch Männer als anspruchsberechtigt betrachtet werden.

<sup>38</sup> Vgl. Urteil des OGer Luzern vom 27. September 2006 (11 04 163) = SG Nr. 1612 = HAVE 2007, 35 E. 10.

<sup>39</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH vom 16. Oktober 1964 i. M. = SJZ 1965, 59 E. 5b (CHF 25 monatlich während fünf Jahren für freizeitbedingte Mehrkosten).

<sup>40</sup> Vgl. Urteil des BGH VI ZR 46/03 vom 20. Januar 2004 = VersR 2004, 482 E. II/2.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 81 II 512 E. 2b und 33 II 124.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 100 II 298 E. 4b, 81 II 512 E. 2b und 33 II 124 sowie Urteil des BGer 4C.108/2003 vom 1. Juli 2003 = HAVE 2004, 214 E. 3.2.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 BV.

### 3. Affektionsinteresse als Vermögenswert

Bei Haustieren – letztlich einem Vermögenswert mit Affektionsinteresse – erfolgt eine ähnliche Kumulierung von immateriellem Schaden und Vermögensschaden. Die über dem Zeitwert liegenden Heilungskosten sind zusätzlich zum Affektionswert als Vermögensschaden zu entschädigen.<sup>44</sup> Je nach Ausmass der immateriellen Unbill kann der Haustiereigentümer zusätzlich eine Genugtuung verlangen.

Eine immaterielle Unbill entsteht etwa, wenn einem Züchterehepaar sämtliche 40 Huskies zu Unrecht enteignet und vier davon kastriert werden,<sup>45</sup> ein Polizeihund bei einem Einsatz von einem Täter getötet wird<sup>46</sup> und in Fällen von Tierquälerei.<sup>47</sup> Wird ein Polizeihund bei einem Einsatz von einem Täter getötet, hat dieser dem Hundeeigentümer Schadenersatz in der Höhe von CHF 9'000 und eine Affektionsentschädigung von CHF 10'000 sowie dem Hundeführer eine Genugtuung von CHF 7'000 zu bezahlen.<sup>48</sup>

Der Verlust oder die Beschädigung von anderen Sachwerten, an denen ein Affektionsinteresse bestand, verursacht eine immaterielle Unbill, sofern ein Vermögensschaden von einigen tausend Franken vorliegt und an der zerstörten Sache ein besonderes Affektionsinteresse bestand. Die kantonale Rechtsprechung verneint dies bei der Zerstörung eines Oldtimers, bejaht aber eine Affektionsgenugtuung, wenn die Wohnung mitsamt Hausrat vernichtet wird.<sup>49</sup> Ein Hobbymodellbauer, dessen in langjähriger Arbeit erstelltes, massstabgetreues Modell zerstört wird, kann weder den Affektionswert noch die effektiv aufgewendeten Arbeitsstunden verrechnen, sondern wird höchstens zu dem Wert entschädigt, den man für das intakte Boot auf dem Markt beim Verkauf lösen könnte.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Vgl. Art. 42 Abs. 3 und Art. 43 Abs. 1<sup>bis</sup> OR.

<sup>45</sup> Vgl. Urteil des BGer 2P.25/2002 vom 17. Mai 2002 = NZZ vom 26. Juli 2002, 12.

<sup>46</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH = NZZ vom 21. Dezember 2006, 57.

<sup>47</sup> Vgl. Vergleich ER Aarberg = BZ vom 6. September 2006, 21 = NZZ vom 7. September 2006, 19 (CHF 1'500, bzw. CHF 1'000 für zwei von einem Tierquäler getötete Katzen).

<sup>48</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH = NZZ vom 21. Dezember 2006, 57.

<sup>49</sup> Vgl. Urteil des KGer VS vom 10. Februar 2004 i. X c. Y. = ZWR 2004, 156 E. 10.

<sup>50</sup> Vgl. Urteil des BGH vom 10. Juli 1984 = VersR 1984, 966 = CaseTex-Nr. 1835.

#### 4. Inkonvenienzenschädigung

Im Haftungsprozess kann der Richter keine Pauschalsumme festlegen, sondern muss nach Schadensart und -posten unterscheiden<sup>51</sup>. Eine Differenzierung nach Schadensart und -posten ist nicht zuletzt wegen des Versicherungsregresses und der unterschiedlichen Besteuerung von Schadenersatz und Genugtuung<sup>52</sup> bzw. der unterschiedlichen Besteuerung der einzelnen Schadensposten erforderlich.<sup>53</sup>

Eine Pauschalentschädigung ex aequo et bono für materiellen und immateriellen Personenschaden kann in einer Entschädigungsvereinbarung vorgesehen werden; entsprechend muss der Richter bei einer Anfechtung der Entschädigungsvereinbarung überprüfen, ob die vereinbarte Gesamtsumme angemessen ist.<sup>54</sup> Wegen der unterschiedlichen Steuerfolgen sollten die einzelnen Schadensposten aber auch bei Entschädigungsvereinbarungen getrennt aufgeführt werden, ansonsten der Geschädigte riskiert, Steuern für an sich steuerfreie Kostenersatz- bzw. Genugtuungsleistungen bezahlen zu müssen.

Eine gegenseitige Kompensation der Ersatzleistungen ist nicht statthaft. Ein ungedeckter Vermögensschaden berechtigt nicht zu einer Erhöhung der Genugtuung.<sup>55</sup> Hohe Schadenersatzleistungen rechtfertigen eine Reduktion der Genugtuung ebenso wenig; die Genugtuung bemisst sich unabhängig von der Höhe des Vermögensschadens.<sup>56</sup>

### D. Vermögensschaden und normativer Schaden

#### 1. Allgemeines

Wie erwähnt besteht nach geltendem Recht kein Anlass, die Rechtsprechung zum normativen Haushalt- und Pflegeschaden generell anzuwenden.<sup>57</sup> Der normative Schaden stellt solchermassen nach der Meinung des Bundesgerichts eine

<sup>51</sup> Vgl. KELLER A., Haftpflichtrecht II, 122; a.A. BGE 42 II 362/367 (Pauschalentschädigung für Heilungskosten, Lohnausfall und Genugtuung).

<sup>52</sup> Die Genugtuung ist nicht pfändbar (vgl. Art. 92 Ab 1 Ziff. 9 SchKG) und steuerfreies Einkommen (vgl. Art. 7 Ab 4 lit. i StHG und Art. 24 lit. g DBG; dazu ferner BGE 132 II 128 E. 3), muss aber vermögensbesteuert werden (vgl. Urteil des BGer 2C\_357/2010 vom 14. Juni 2011 = StR 2011, 676 E. 3.2).

<sup>53</sup> Vgl. Urteil des BGer 2A.203/2005 und 2A.204/2005 vom 23. Februar 2006, E. 3.2.

<sup>54</sup> Vgl. BGE 99 II 366 E. 4.

<sup>55</sup> Vgl. BGE 74 II 202 E. 7, a.A. 60 II 38 E. 6 (Verdoppelung der Genugtuung infolge Beeinträchtigung der Berufswahlfreiheit), 58 II 213 E. 5 (Genugtuung bei verweigertem Versorgungsschaden) und ferner 46 II 154/156.

<sup>56</sup> Vgl. BGE 102 II 18 E. 2. A.A. Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000, E. 4c.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

Besonderheit des Personenschadens dar. Die kantonale Rechtsprechung bejaht demgegenüber auch einen normativen Sachschaden, als die eingesparten Kosten einer Eigen- oder Gratisreparatur durch einen Dritten ersetzt werden. Im Fall einer Eigenreparatur – durch einen Garagisten – können nach der Meinung des Luzerner Obergerichts nicht die normativen Reparaturkosten, sondern nur die tatsächlichen Selbstkosten geltend gemacht werden. Die Stundenansätze, die bei einer Fremdreparatur verrechnet werden, sind um 10 % zu reduzieren. Beim Material können nur die Anschaffungskosten, nicht aber die um 25 % höheren Wiederverkaufspreise geltend gemacht werden.<sup>58</sup>

## 2. Nur mutmassliche Lohnkosten oder tatsächlicher Erwerbsausfall?

Im Hinblick auf die Differenztheorie ist unklar, ob an Stelle der normativen Substitutionskosten auf den tatsächlichen Lohnausfallschaden der Ersatzkraft abzustellen ist, wenn ein Angehöriger des Verletzten, bzw. Getöteten seine Erwerbstätigkeit aufgibt, um an Stelle des Verletzten die Hausarbeit oder andere unentgeltlichen Leistungen zu verrichten.<sup>59</sup> Da der Geschädigte in die Lage zu versetzen ist, beim Wegfall des Angehörigen die mutmasslichen Lohnkosten einer hauswirtschaftlichen Ersatzkraft zu decken, sind nur, aber immer die mutmasslichen Lohnkosten derselben zu entschädigen.

Beim aufgelaufenen Haushalt- bzw. Pflegeschaden spricht nichts dagegen, den effektiven im Vergleich zu den mutmasslichen Lohnkosten höheren oder tieferen Erwerbsausfall des Angehörigen zu entschädigen.<sup>60</sup> Der im Vergleich zu den normativen Betreuungskosten höhere Erwerbsausfall des Vaters eines schwer behinderten Kindes, ist zu entschädigen, wenn und solange die Förderung durch den Vater am ehesten die begründete Chance auf einen Ausgleich der Leistungsdefizite bietet, gleichwertige Alternativen nicht zur Verfügung stehen und die Grenze der Unverhältnismässigkeit nicht überschritten wird.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Vgl. Urteil des OGer LU vom 20. November 1985 i. B. c. Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft = JdT 1986 I 459 Nr. 41 = SG 1985 Nr. 384.

<sup>59</sup> Vgl. Urteil des KGer VS vom 27. Januar 1984 i. C. c. Z. = SG 1984 Nr. 4 (Tante).

<sup>60</sup> Es macht nach der Meinung des Bundesgerichts keinen Unterschied, ob Schadenersatz für die Vergangenheit oder für die Zukunft verlangt wird. Da der Geschädigte keinerlei Gewähr hat, dass freiwillige Leistungen Dritter auch in Zukunft erbracht werden, ist Ersatz für bereits erbrachte Leistungen nicht anders zu berechnen als für noch zu erbringende (vgl. Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.1).

<sup>61</sup> Vgl. Urteil des OLG Bamberg 5 U 23/05 vom 28. Juni 2005 = VersR 2005, 1593.

## E. Immaterielle Unbill und normativer Schaden

Ein verletzungsbedingter Mehraufwand kann sowohl eine immaterielle Unbill als auch einen normativen Schaden zur Folge haben. Eine intensive Anteilnahme an Pflege eines nahen Angehörigen beispielsweise begründet einen normativen Schadenersatzanspruch in Form des Ersatzes des Angehörigenpflegeschadens<sup>62</sup> und stellt zudem einen genugtuungsbegründenden<sup>63</sup> bzw. -erhöhenden<sup>64</sup> Umstand dar.

## F. Vermögensschaden und fiktiver Schaden

Die schweizerische Rechtsprechung verneint grundsätzlich eine Ersatzpflicht für fiktive Vermögensschäden.<sup>65</sup> Als fiktiven Personenschaden werden – soweit ersichtlich – lediglich hauswirtschaftliche Qualitätseinbußen anerkannt.<sup>66</sup> Die ausländische Rechtsprechung bejaht bald die Ersatzfähigkeit fiktiver Heilungskosten,<sup>67</sup> bald wird sie verneint.<sup>68</sup> Ausländische Urteile, die fiktive Heilungskosten zusprechen, sind in jedem Fall vollstreckbar.<sup>69</sup>

Das Bezirksgericht Winterthur bejaht eine Ersatzpflicht für eingesparte Reparaturkosten, wenn der Geschädigte auf eine Reparatur verzichtet und sein beschädigtes Auto der Garage, bei der er ein neues Fahrzeug bestellt, als Anzahlung überlässt.<sup>70</sup> Der Geschädigte, der fiktive Reparaturkosten abrechnet, darf der Schadenberechnung die Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde legen.<sup>71</sup>

<sup>62</sup> Vgl. Urteile des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.1 und 3.2 sowie 4C.276/2001 vom 26. März 2002 = Pra 2002 Nr. 212, E. 6.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 112 II 220 E. 3a.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 108 II 422 E. 5.

<sup>65</sup> Siehe z. B. Urteil des HGer ZH vom 6. November 1998 = ZR 2001 Nr. 31 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Markentwührungskosten) und VPB 1999 Nr. 21 E. 3 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Reisekosten).

<sup>66</sup> Statt vieler BGE 132 III 321 E. 3.1.

<sup>67</sup> Vgl. Urteil des OGH vom 4. Dezember 1986 = CaseTex Nr. 1437 = VersR 1989, 90.

<sup>68</sup> Vgl. Urteile des OLG Köln vom 19. Mai 1999 = CaseTex Nr. 5461 = VersR 2000, 1021 (Kosten eines Zahnimplantats) und vom 21. August 1997 (5 W 58/97) = VersR 1998, 1510 (Kosten einer an sich indizierten Schönheitsoperation) sowie BGH VI ZR 48/85 vom 14. Januar 1986 = BGHZ 97, 14 = NJW 1986, 1538 = MDR 1986, 486 = JZ 1986, 638 E. II/2b.

<sup>69</sup> Vgl. Urteil des BGH IX ZR 149/91 vom 4. Juni 1992 = BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 1935.

<sup>70</sup> Vgl. Urteil des BezGer Winterthur vom 16. Mai 1963 = SJZ 1964, 207.

<sup>71</sup> Vgl. Urteile des BGH VI ZR 398/02 vom 29. April 2003 = MDR 2003, 1046, des OLG Düsseldorf I 1 U 64/07 vom 15. Oktober 2007, des LG Münster 9 S 187/07 vom 11. Dezember 2007 und des LG Berlin 58 S 203/07 vom 26. November 2007.

Die ältere bzw. kantonale Rechtsprechung bejaht – vorbehältlich eines «cas d'abus manifeste»<sup>72</sup> – den Nutzungsausfall eines beschädigten Autos als Schaden, und zwar unabhängig davon, ob ein Ersatzfahrzeug gemietet wurde, jedoch nur für die Dauer vom Zeitpunkt der Beschädigung bis zum Zeitpunkt, in dem die Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs zumutbar ist.<sup>73</sup> Die Nutzungsausfallentschädigung beträgt bei einem Ersatzwagenmietverzicht 40 bis 50 % der mutmasslichen Ersatzwagenmietkosten.<sup>74</sup>

Keine fiktiven, sondern zukünftige tatsächliche Kosten stellen «vertagte» Kosten dar. Will der Verletzte eine notwendige Sach- bzw. Dienstleistung in Anspruch nehmen, war dazu aber aus finanziellen Gründen<sup>75</sup> oder anderen Gründen bislang noch nicht in der Lage, liegt zwar kein Mehraufwand vor, gleichwohl rechtfertigt sich eine Ersatzpflicht. Voraussetzung ist, dass der Geschädigte, sobald er dazu in der Lage ist, die fragliche Massnahme vornehmen wird.<sup>76</sup> Die «vertagten» Kosten stellen insoweit einen Anwendungsfall der zukünftig zu erwartenden effektiven Kosten dar.<sup>77</sup>

### III. Koordination der Schadensposten

#### A. Koordination innerhalb eines Schadenspostens

Der Betreuungs- und Pflegeschaden umfasst die Kosten, die dem Verletzten als Folge eines Dienst- und Sachleistungsmehrbedarfs, der durch eine verletzungsbedingte Hilfs- bzw. Pflegebedürftigkeit hervorgerufen wird, entstehen. Je nach der Pflegeart sind Spital-, Heim- und Hauspflegeschaden zu unterscheiden, wobei Letzterer in den Spitem- und den Angehörigenpflegeschaden zu unterteilen ist.<sup>78</sup>

Bei schwerverletzten Geschädigten, die zu Hause gepflegt werden, geht die Rechtsprechung davon aus, dass allfällige Angehörige bis zu ihrem 70. Alters-

<sup>72</sup> Vgl. JdT 1964 I 455 Nr. 68.

<sup>73</sup> Vgl. Urteil des KGer NE vom 2. Februar 1981 i. Liechti c. La Bâloise = JdZ 1984 I 444 Nr. 52 (Zweitfahrzeug) und JdT 1964 I 455 Nr. 68.

<sup>74</sup> Vgl. Urteil des KGer NE vom 2. Februar 1981 i. Liechti c. La Bâloise = JdZ 1984 I 444 Nr. 52.

<sup>75</sup> Vgl. Urteil des BGH vom 29. Oktober 1957 = NJW 1958, 627 = VersR 1958, 176.

<sup>76</sup> Vgl. Urteile des BGH VI ZR 48/85 vom 14. Januar 1986 = VersR 1986, 550 und BGer vom 10. Juni 1982 i. Anna C. c. Clinique X S.A. = CaseTex Nr. 858 = SG 1982 Nr. 219.

<sup>77</sup> Vgl. BGE 81 II 512 E. 2 und 72 II 198 E. 3a.

<sup>78</sup> Weiterführend LANDOLT H., Der Pflegeschaden, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, 67 ff.

jahr in der Lage sind, die Betreuung und Pflege zu Hause zu erbringen. Mit Erreichen dieser Altersgrenze geht das Handelsgericht Zürich von einem Heimübertritt aus. Es darf nicht angenommen werden, dass der wegfallende Ehegatte bzw. Elternteil durch Nachkommen, Geschwister oder andere Angehörige ersetzt und die Hauspflege fortgesetzt wird.<sup>79</sup>

Ob diese Koordinationsregel auch für den Geschädigten selbst gilt und demzufolge von einem Heimübertritt mit Erreichen des 70. Altersjahres der betreuenden Angehörigen und/oder des Geschädigten auszugehen ist, hat das Zürcher Handelsgericht im Kramis-Urteil offengelassen. In einem neueren Fall erwog das Handelsgericht Zürich, dass eine querschnittgelähmte Geschädigte spätestens mit Erreichen des 75. Altersjahrs ins Heim geht.<sup>80</sup>

## B. Koordination verschiedener Schadensposten

### 1. Erwerbsausfall- und Haushaltsschaden

Erwerbsausfall- und Haushaltsschaden sind komplementäre Schadensposten und können kumuliert werden. Mit dem ersten Schadensposten wird der monetäre Wert der verletzungsbedingt erlittenen Einschränkung der erwerblichen Leistungsfähigkeit, mit dem zweiten Schadensposten der monetäre Wert der verletzungsbedingt erlittenen Einschränkung der nichterwerblichen Leistungsfähigkeit entschädigt. Beide Schadensposten stellen aus der Sicht des Verletzten ein *lucrum cessans* dar.<sup>81</sup>

Bei der Berechnung des zukünftigen Haushalt- und eines allfälligen Erwerbsausfallsschadens ist derselbe hypothetische Sachverhalt zu Grunde zu legen.<sup>82</sup> Wird beispielsweise beim Lohnausfallsschaden angenommen, der Geschädigte hätte im Zusammenhang mit der Gründung einer Familie seine Vollerwerbstätigkeit gänzlich reduziert, bzw. nur noch eine Teilerwerbstätigkeit ausgeübt, entsteht ein Haushaltsschaden und ein Teilerwerbsausfallsschaden. Die Ausübung eines vollen Erwerbsums schliesst einen Haushaltsschaden nicht aus. Die SAKE-Tabellen differenzieren diesbezüglich die drei Erwerbssituationen 1 – 49 %, 50 – 89 % und 90 – 100 %.

<sup>79</sup> Vgl. Urteil des HGer ZH E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 2001/6, 66 und 2002/1, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI.

<sup>80</sup> Vgl. Urteil des HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8c.

<sup>81</sup> Siehe dazu supra Ziff. II/A.

<sup>82</sup> Vgl. Urteil des HGer ZH vom 11. November 2002 = ZR 2003 Nr. 36 = HAVE 2003, 317 E. VII/D/3.4/e.

Bei Kindern ist davon auszugehen, dass sie spätestens mit Alter 25 aus dem elterlichen Haushalt ausscheiden und einen eigenen Haushalt begründen.<sup>83</sup> Vor dem 25. Altersjahr kann ein Haushaltschaden angenommen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Geschädigte einen eigenen Haushalt bzw. ausbildungshalber einen Zweithaushalt begründet hätte.<sup>84</sup> Die Betreuung und Überwachung jüngerer Geschwister durch ältere Kinder kann nicht als Haushaltstätigkeit mit objektivem Marktwert anerkannt werden, die wegen des Unfalls des älteren Geschwisterteils als solche zu entgelten wäre.<sup>85</sup>

Frauen gebären durchschnittlich 1,53 Kinder; das Durchschnittsalter bei der Geburt des ersten Kindes beläuft sich auf 30,4 Jahre.<sup>86</sup> Das Durchschnittsalter bei der Heirat beträgt bei den Frauen 29,5 Jahre, bei den Männern 31,7 Jahre.<sup>87</sup> In Anbetracht dieser statistischen Erfahrungswerte ist sowohl für weibliche als auch männliche Geschädigte spätestens ab dem 30. Altersjahr von einem Familienhaushalt mit einem Kind als mutmasslichem Validenhaushalt auszugehen.

## 2. Erwerbsausfall- und Erschwerungsschaden

Der Erschwerungsschaden ist nicht mit dem Einkommensausfallsschaden identisch. Mit dem Erschwerungsschaden werden die finanziellen Nachteile der durch das haftungsbegründende Ereignis beeinträchtigten Verwertungsmöglichkeiten der noch vorhandenen erwerblichen Leistungsfähigkeit abgegolten. Mit dem Einkommensausfallsschaden demgegenüber werden die als Folge einer Beeinträchtigung der erwerblichen Leistungsfähigkeit bereits eingetretenen und in Zukunft sicher oder zumindest überwiegend wahrscheinlich eintretenden Erwerbsausfälle vergütet. Die Abgrenzung zwischen dem zukünftigen Lohnausfall und dem Erschwerungsschaden ist, insbesondere bei erwerbsunfähigen Geschädigten, jedoch fließend.<sup>88</sup>

Die zukünftigen erwerblichen Nachteile, die als mutmassliche Folge einer Verletzung eintreten werden, können als zukünftiger Lohn-, bzw. Gewinnaus-

<sup>83</sup> Vgl. BGE 131 III 360 = Pra 2006 Nr. 18 E. 8.2.4, 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 5.3.2 und 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 E. 4.2.2.3.

<sup>84</sup> Vgl. Urteile des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006, E. 5 und 4C.195/2001 vom 12. März 2002 = RJJ 2002, 135 = JdT 2003 I 547 E. 5d/e und E. 5e/ff. (teilweise auswärts wohnender Student).

<sup>85</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.1.

<sup>86</sup> Siehe dazu die Geburtenstatistik des Bundesamtes für Statistik <[www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data.html)> (zuletzt besucht am 23.09.2014).

<sup>87</sup> Siehe dazu <[www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/05/04.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/05/04.html)> (zuletzt besucht am 23.09.2014).

<sup>88</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.101/2004 vom 29. Juni 2004, E. 3.2.2.

fallschaden oder als Erschwerungsschaden abgegolten werden.<sup>89</sup> Bei der Verletzung eines paarigen Organs kann für den drohenden Einkommensausfall beim Verlust des anderen paarigen Organs ein Erschwerungs-,<sup>90</sup> aber auch ein Lohnausfallschaden<sup>91</sup> zugesprochen werden. Ein Erschwerungsschaden ist dann zu bejahen, wenn sich die erlittenen Gesundheitsbeeinträchtigung zwar an der bisherigen Arbeitsstelle nicht negativ auswirken wird, wohl aber in Bezug auf Arbeitsstellen, welche nach der Ausbildung und dem bisherigen Berufsleben ebenfalls in das Betätigungsfeld der geschädigten Person fallen können.<sup>92</sup>

Soweit einzelne Nachteile, z.B. entgangene Verdienst- und Aufstiegschancen,<sup>93</sup> die mutmassliche Entwicklung des Arbeitsmarkts, die beruflichen Chancen unter Berücksichtigung des Milieus und des Charakters des Geschädigten<sup>94</sup> oder erhöhte Anstrengungen bei einem Berufswechsel,<sup>95</sup> bei der Berechnung des zukünftigen Lohnausfalls erhöhend berücksichtigt worden sind, kann neben dem Lohnausfall- ein zusätzlicher Erschwerungsschaden nur für andere Nachteile geltend gemacht werden, die die erwerblichen Chancen zukünftig beeinträchtigen werden.

Bei Geschädigten, die im Urteilszeitpunkt noch nicht erwerbstätig sind, aber mutmasslich erwerbstätig geworden wären, (Kinder, Jugendliche, Studenten), bzw. zukünftig wieder eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätten, (Hausfrauen bzw. -männer), fehlen in der Regel konkrete Anhaltspunkte, wie sich die Validenkariere entwickelt hätte und die Invalidenkariere entwickeln wird. In solchen Fällen macht es wenig Sinn, neben dem Erwerbsausfall- noch einen Erschwerungsschaden auszuscheiden. Der Richter hat in solchen Fällen den zukünftigen Einkommensausfall im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse im Urteilszeitpunkt zu schätzen und dabei nach pflichtgemäßem Ermessen die Gefährdung des Invaliden- bzw. Valideneinkommens durch konjunkturelle

<sup>89</sup> Siehe z.B. Urteile des BGer 4C.14/1999 vom 30. März 1999 = SG 1999 Nr. 1418 E. 3a und Tribunal de Première Instance GE vom 15. Dezember 1988 i. C. c. Zurich Assurances = SG 1988 Nr. 585 E. 3 ff. (statt vom zukünftigen Gewinnausfall- wird vom Erschwerungsschaden gesprochen).

<sup>90</sup> So z.B. Urteil des BGer 4C.101/2004 vom 29. Juni 2004, E. 3.2.2.

<sup>91</sup> Vgl. z.B. BGE 100 II 298 E. 4.

<sup>92</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.8/2005 vom 11. April 2005, E. 2.2.

<sup>93</sup> Siehe z.B. BGE 104 II 307 = JdT 1979 I, 454 Nr. 49 = SG 1978 Nr. 26 E. 9 und Urteil des ZivGer VS vom 15. März 1986 i. X. c. Y. et Z. = ZWR 1986, 217 E. 8b (Lohnausfall infolge nicht erfolgter Beförderung eines Polizisten).

<sup>94</sup> So z.B. Urteil des BGer 4C.407/1994 vom 19. Dezember 1995 = SG 1995 Nr. 1082 E. 2c.

<sup>95</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.318/1990 vom 22. Mai 1991 = JdT 1992 I, 748 = SJ 1992, 4 E. 2.

Gründe angemessen zu berücksichtigen. Zukünftiger Lohnausfall- und Erschwerungsschaden sind als Einheitsentschädigung zuzuprechnen.<sup>96</sup>

### 3. Erwerbsausfall- und Betreuungsschaden

Der Betreuungs- und Pflegeschaden kann als Kostenersatz (*damnum emergens*) mit dem Erwerbsausfallsschaden (*lucrum cessans*) kumuliert werden.<sup>97</sup> Zwecks Verhinderung einer Überentschädigung sind die Betreuungsleistungen, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Erwerbstätigkeit verletzungsbedingt notwendig sind, z.B. Begleitung auf dem Arbeitsweg oder Betreuung am Arbeitsplatz, entweder als Betreuungsschaden abzugelten oder bei der Festlegung des Invalideneinkommens als Gesteungskosten in Abzug zu bringen<sup>98</sup>.

### 4. Betreuungs- und Haushaltschaden

Mit dem Haushaltschaden wird die beeinträchtigte Arbeitskraft im mutmasslichen Validenhaushalt entschädigt, während mit dem Heimpflegeschaden die zusätzlichen Kosten der behinderungsbedingten Pflege und Betreuung im Heim abgegolten werden. Der Geschädigte, der verletzungsbedingt stationär im Spital oder in einem Heim untergebracht ist, erhält Pensions- und Pflegeleistungen. Die Pensionsleistungen decken den hauswirtschaftlichen Selbstversorgungsaufwand ab, weshalb unter diesem Titel kein Haushaltschaden geltend gemacht werden kann.<sup>99</sup>

Hätte der Verletzte für andere Haushaltsmitglieder den Haushalt besorgt, wird ein Haushaltschaden für den Drittversorgungsausfall geschuldet. Im Zeitpunkt des mutmasslichen Heimeintritts fällt deshalb der Haushaltschaden nicht gänzlich weg, sondern reduziert sich lediglich um den Eigenversorgungsanteil der im

<sup>96</sup> Vgl. BGE 100 II 298 E. 4, 81 II 512 E. 2 und 4, 60 II 38 E. 4, 56 II 396 E. 3 und 34 II 575 E. 5 sowie Urteile des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000, E. 3c und 4C.14/1999 vom 30. März 1999 = SG 1999 Nr. 1418 E. 3 sowie AmtsGer Olten-Gösgen vom 20. Mai 1988 i. Krüttli c. Widmer = SG 1988 Nr. 547 E. 4 und KGer GR vom 26. April 1963 = SJZ 1965, 159 E. 3.

<sup>97</sup> Vgl. Urteile des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 = Pra 2002 Nr. 212 E. 6b/aa und 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999 = Pra 1999 Nr. 171 E. 2 und 3 sowie BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 E. 3.

<sup>98</sup> Vgl. LANDOLT H., *Pflegerecht*, Bd. II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, des haftpflichtrechtlichen Pflegeschadens und der Pflegesozialleistungen, Bern 2002, N 732 ff.

<sup>99</sup> *Ibid.* N 722.

Heim befindlichen Person.<sup>100</sup> Dieser entspricht dem hauswirtschaftlichen Versorgungsaufwand eines Einpersonenhaushalts gemäss der SAKE-Erhebung 2010.<sup>101</sup>

## IV. Überentschädigungsverbot

### A. Allgemeines

Das im Haftpflichtrecht als allgemeines Prinzip anerkannte Bereicherungsverbot schliesst aus, dem Geschädigten eine Entschädigung zuzugestehen, die den durch das schädigende Ereignis erlittenen Schaden übersteigt.<sup>102</sup> Eine Überentschädigung des Geschädigten liegt vor, wenn derselben Person verschiedene Leistungen zum Ausgleich des durch ein bestimmtes haftungsbegründendes Ereignis verursachten Schadens für dieselbe Zeitspanne ausgerichtet werden und die Summe der Leistungen den Schaden übertrifft. Bei der Überentschädigungsrechnung sind Schadenersatzleistungen, die ereignisbezogen, sachlich, zeitlich und personell kongruent sind, miteinander zu vergleichen.<sup>103</sup>

### B. Bereicherungsverbot und Genugtuung

#### 1. Kaufkraftunterschiede

Bei der Bemessung der Genugtuung sind die Lebenskosten am Wohnsitz des Berechtigten in der Regel nicht zu berücksichtigen, es sei denn, der Ansprecher würde aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in seinem Wohnsitzland in krasser Weise besser gestellt. Eine massiv tiefere Kaufkraft am ausländischen Wohnsitz des Genugtuungsberechtigten, insbesondere Angehörigen des Getöteten, berechtigt zu einer Reduktion der Genugtuung.<sup>104</sup>

Eine Genugtuungsreduktion ist zulässig, wenn die Lebenshaltungskosten am Wohnsitz des Berechtigten um ein Vielfaches niedriger sind als in der Schweiz, z.B. bei einem 18-fachen Kaufkraftunterschied (Vojvodina)<sup>105</sup> und bei 6- bis 7-

<sup>100</sup> A.A. Urteile des BGer 4C.327/2004 vom 22. Dezember 2004, E. 6.2 und E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 2001/6, 66 und 2002/1, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VIII.

<sup>101</sup> Siehe dazu <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/06/blank/data.html>> (zuletzt besucht am 23.09.2014).

<sup>102</sup> Vgl. BGE 132 III 321 E. 2.2.1.

<sup>103</sup> Vgl. BGE 134 III 489 E. 4.2.

<sup>104</sup> Vgl. BGE 123 III 10 E. 4c/bb.

<sup>105</sup> Vgl. BGE 125 II 554 E. 4a.

fach tieferen Lebenshaltungskosten (Bosnien-Herzegowina).<sup>106</sup> Unzulässig ist eine Reduktion, wenn die Lebenshaltungskosten 70 % des schweizerischen Niveaus betragen, wie das für Portugal zutrifft.<sup>107</sup>

## 2. Bereicherung der Erben

Der Umstand, dass Angehörige die Genugtuung erben, die ein Verunfallter für seine Verletzungen erhalten hat, kann bei der Festsetzung ihrer Genugtuung für den späteren Tod des Geschädigten mitberücksichtigt werden<sup>108</sup>. Eine Genugtuung für den Tod entfällt selbst dann nicht, wenn ein Angehöriger dadurch von seelischem Leid befreit wird.<sup>109</sup> Eine allfällige Bereicherung der Erben des Geschädigten ist auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn dieser die ihm zustehende Genugtuung nicht verwenden kann, weil er dauerhaft bewusstlos ist.

Die Bundesrichter bestätigten 1990 den Genugtuungsanspruch eines hirngeschädigten und dauernd pflegebedürftigen Mädchens, auch «wenn die moralische Unbill ihr nicht bewusst geworden sein sollte».<sup>110</sup> Die Rechtsprechung lässt jedoch bei einer dauernd eingeschränkten Empfindungsfähigkeit eine Reduktion der Genugtuung («Komaabzüge») um einen Viertel zu.<sup>111</sup> Zudem wird ein Koma nicht genugtuungserhöhend betrachtet.<sup>112</sup>

## C. Bereicherungsverbot und Schadenersatz

### 1. Vorteilsanrechnung

Der Geschädigte hat sich allfällige geldwerten Vorteile, die als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eintreten, anrechnen zu lassen bzw. herauszugeben.<sup>113</sup> Die Vorteilsanrechnung betrifft praxisgemäss primär Versicherungsleistungen<sup>114</sup> und damit die inter- bzw. extrasystemische Koordination,<sup>115</sup> spielt aber

<sup>106</sup> Vgl. Urteil 1A.299/2000 des BGer vom 30. Mai 2001, E. 5c.

<sup>107</sup> Vgl. Urteil 1C\_106/2008 des BGer vom 24. September 2008, E. 4.2.

<sup>108</sup> Vgl. BGE 118 II 404 E. 3a.

<sup>109</sup> Ibid. E. 3b/cc.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 2c.

<sup>111</sup> Vgl. BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 E. 5 und Urteil des BezGer Mönchwil TG 258/1997 vom 23. Oktober 1997 = plädoyer 1998/1, 58 E. 4b/dd (Abzug von 25 %).

<sup>112</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000, E. 4c.

<sup>113</sup> Vgl. BGE 71 II 86 E. 4.

<sup>114</sup> Die ältere Rechtsprechung erachtet den Erhalt von Ersatzleistungen mitunter ebenfalls als genugtuungsmindernden Faktor (vgl. BGE 58 II 341 E. 2 und 58 II 213 E. 5).

auch intrasystemisch, als vom jeweiligen Schadensposten diejenigen finanziellen Vorteile in Abzug zu bringen sind, die mit diesem in einem inneren Zusammenhang stehen. Das trifft etwa für eingesparte Lebenshaltungskosten<sup>116</sup> oder einer höheren Lebenserwartung eines Ersatzbaumes<sup>117</sup> zu. Keine Möglichkeit einer Vorteilsanrechnung besteht bei fehlendem Konnex mit dem widerrechtlich entstandenen Schaden. So ist nicht die Differenz zwischen dem Vermögensstand bei Amtsantritt und Amtsenthebung, sondern die Differenz zwischen dem Vermögensstand mit und ohne den als unzulässig erachteten Kapitalverzehr massgeblich.<sup>118</sup>

## 2. Schwerstgeschädigte

Bei Schwerstverletzten hat die Kumulation von Einkommensausfall- sowie Betreuungs- und Pflegeschaden mitunter zur Folge, dass pro Tag mehr als 24 Stunden entschädigt werden. Dies ist dann der Fall, wenn der schwerst pflegebedürftige Geschädigte voll erwerbstätig gewesen und daneben noch einen Familienhaushalt mitversorgt hätte. Er erhält in diesem Fall Ersatz für den Erwerbsausfall- und den Haushaltschaden. Mit diesen Schadensposten wird die mutmasslich aufgewendete Arbeitszeit für Erwerbs- und Hausarbeit entschädigt. Gleichzeitig wird der Betreuungs- und Pflegebedarf abgegolten. Machen die tägliche Arbeitszeit und der Betreuungs- und Pflegebedarf pro Tag zusammen mehr als 24 Stunden aus, stellt sich die Frage, ob eine Überentschädigung vorliegt.

Ein Teil der Lehre<sup>119</sup> vertritt die Auffassung, dass der Einkommensausfallschaden von schwerstpflegebedürftigen bzw. urteilsunfähigen Geschädigten gekürzt werden muss, um eine Bereicherung der Erben auszuschliessen, weil der Geschädigte aus faktischen Gründen nicht in der Lage ist, den erhaltenen Schadenersatz auszugeben. Eine derartige generelle Kürzung ist einerseits nicht mit dem Schadenbegriff vereinbar und andererseits als behinderungsbedingte Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn zwingende Gründe bestünden (Art. 8 Abs. 2 BV).

<sup>115</sup> Der Haftpflichtige darf nur solche Vorteile bzw. Versicherungsleistungen in Anrechnung bringen, die den Direktanspruch geschmälert haben (vgl. BGE 124 III 222 E. 3d). Dazu zählen auch Vorsorgeleistungen (vgl. BGE 132 III 321 ff.).

<sup>116</sup> Vgl. BGE 112 Ib 322 E. 5a.

<sup>117</sup> Vgl. BGE 127 III 73 E. 3b.

<sup>118</sup> Vgl. BGE 136 III 113 E. 3.1.1.

<sup>119</sup> So z.B. OFTINGER K. / STARK E. W., Haftpflichtrecht I, § 6 N 179 ff.

Der Kumulationsgrundsatz gilt auch für urteilsunfähige Schwerstbehinderte.<sup>120</sup> Sollte gleichwohl eine Reduktion bejaht werden, sind die Tagesstunden, während denen der Geschädigte betreuungs-, bzw. pflegebedingt der Hilfe Dritter bedarf, vollumfänglich zu entschädigen, damit sichergestellt wird, dass der Geschädigte die erforderliche Hilfe erhält, bzw. bezahlen kann. Die verbleibende Anzahl Tagesstunden können mit dem Erwerbsausfall-, bzw. Haushaltschaden «aufgefüllt» werden, wobei Erwerbsausfall- und Haushaltschaden nach Massgabe der je für Erwerbs- und Hausarbeit mutmasslich verwendeten Tagesstunden verhältnismässig zu kürzen sind.

<sup>120</sup> Vgl. BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 E. 3 und Urteil des AppGer TI vom 12. Februar 1982 i. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178 sowie KELLER A., Haftpflicht II, 68 f.