

**Fachausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht**  
**Lehrgang des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechts-**  
**praxis an der Universität St. Gallen**

---

**Betreuungs- und Pflegeschaden**

**von**

**PD Dr. iur. Hardy Landolt, LL.M.,**  
Rechtsanwalt und Urkundsperson,  
Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen

[mail@hardy-landolt.ch](mailto:mail@hardy-landolt.ch)

<http://www.hardy-landolt.ch>

# Inhaltsübersicht

<b>I. DISPOSITION</b> .....	<b>4</b>
A. GRUNDLAGEN .....	4
1. <i>Rechtsprechungsüberblick</i> .....	4
2. <i>Anspruchsvoraussetzungen</i> .....	4
i) Hilflosigkeit.....	4
ii) Dritthilfe .....	4
a) Mehrbedarf – Abgrenzung gegenüber Ohnehinaufwand .....	4
b) Notwendigkeit und Angemessenheit.....	4
3. <i>Entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen</i> .....	4
i) Betreuung .....	4
ii) Pflege .....	4
iii) Präsenz .....	4
iv) Hauswirtschaftlicher Mehrbedarf .....	4
4. <i>Feststellen des Betreuungs- und Pflegemehraufwandes</i> .....	4
B. ÜBERBLICK ÜBER DIE EINZELNEN ARTEN DES BETREUUNGS- UND PFLEGESCHADENS .....	5
1. <i>Spitalpflegeschieden</i> .....	5
2. <i>Heimpflegeschieden</i> .....	5
3. <i>Spitexpflegeschieden</i> .....	5
4. <i>Angehörigenpflegeschieden</i> .....	5
5. <i>Selbstpflegeschieden</i> .....	5
C. KOORDINATION DES BETREUUNGS- UND PFLEGESCHADENS.....	5
1. <i>Mit dem Haushaltschaden</i> .....	5
2. <i>Mit dem Erwerbsausfallschaden</i> .....	5
3. <i>Generelle Überentschädigung?</i> .....	5
D. REGRESS DES PRIVAT- UND SOZIALVERSICHERERS .....	5
1. <i>Überblick über die privat- und sozialversicherungsrechtlichen     Pflegeleistungen</i> .....	5
2. <i>Anrechnung der Hilflosenentschädigung</i> .....	5
3. <i>Erfordernis von Regressvereinbarungen</i> .....	5
E. REGRESS DES ARBEITGEBERS .....	5

<b>II. LITERATUR UND URTEILE</b> .....	<b>6</b>
A. LITERATUR.....	6
B. BETREUUNGS- UND PFLEGESCHADENURTEILE .....	7
<b>III. DER FALL</b> .....	<b>8</b>
<b>IV. MATERIALIEN</b> .....	<b>8</b>
<b>V. ANHANG</b> .....	<b>10</b>
A. URTEIL HGER ZÜRICH VOM 12.06.2001 (E01/0/HG950440) (ANHANG 1).....	10
B. LANDOLT HARDY, DER FALL KRAMIS – PFLEGESCHADEN QUO VADIS?, IN: ZBJV 2003, S. 394 FF. (ANHANG 2).....	23
C. LANDOLT HARDY, RELEVANTER SCHADEN BEI DER BETREUUNG DURCH ANGEHÖRIGE. URTEIL OLG BAMBERG VOM 28.06.2005 (U 23/05) = VERSR 2005/33, S. 1593 FF., IN: HAVE 2006, S. 238 FF. (ANHANG 3).....	35
D. KAUFMANN DANIEL N., NEUN THESEN ZU DEN HILFELEISTUNGSKOSTEN (PFLEGE- UND BETREUUNGSKOSTEN) IM HAFTPFLICHTRECHT, IN: HAVE 2003, S. 123 FF. (ANHANG 4).....	43
E. LANDOLT HARDY, DER PFLEGESCHADEN, IN: TAGUNGSBAND 2. PERSONEN-SCHADEN-FORUM 2003, ZÜRICH 2003, S. 67 FF. (ANHANG 5) .....	55

# I. Disposition

## A. Grundlagen

1. Rechtsprechungsüberblick
2. Anspruchsvoraussetzungen
  - i) Hilflosigkeit
  - ii) Dritthilfe
    - a) *Mehrbedarf – Abgrenzung gegenüber Ohnehin-aufwand*
    - b) *Notwendigkeit und Angemessenheit*
3. Entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen
  - i) Betreuung
  - ii) Pflege
  - iii) Präsenz
  - iv) Hauswirtschaftlicher Mehrbedarf
4. Feststellen des Betreuungs- und Pflegemehraufwandes

## ***B. Überblick über die einzelnen Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens***

1. Spitalpflegeschieden
2. Heimpflegeschieden
3. Spitexpflegeschieden
4. Angehörigenpflegeschieden
5. Selbstpflegeschieden

## ***C. Koordination des Betreuungs- und Pflegeschadens***

1. Mit dem Haushaltschaden
2. Mit dem Erwerbsausfallschaden
3. Generelle Überentschädigung?

## ***D. Regress des Privat- und Sozialversicherers***

1. Überblick über die privat- und sozialversicherungsrechtlichen Pflegeleistungen
2. Anrechnung der Hilflosenentschädigung
3. Erfordernis von Regressvereinbarungen

## ***E. Regress des Arbeitgebers***

## II. Literatur und Urteile

### A. Literatur

- BESSENICH BALTHASAR, Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern, in: SJZ 1992, S. 41 ff.;
- ETTLIN ROBERT, Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Freiburg i.U. 1998;
- KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, S. 123 ff.;
- LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, Bern 2002;
- LANDOLT HARDY, Das soziale Pflegesicherungssystem. Eine Darstellung der sozialen Pflegeleistungen des Bundes und der Kantone unter besonderer Berücksichtigung der Spital-, Heim- und Hauspflegeleistungen, Bern 2002;
- LANDOLT HARDY, Pflegerecht. Bd. II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungs- und bundesrechtlichen Grundlagen des Schweizerischen Pflegerechts unter besonderer Berücksichtigung des privat- und sozialrechtlichen Pflegesicherungssystems sowie des Pflegeschadenersatz- und des Pflegehaftpflichtrechts, Bern 2002;
- LANDOLT HARDY, Der Fall Kramis – Pflegeschaden quo vadis?, in: ZBJV 2003, S. 394 ff.;
- LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2. Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, S. 67 ff.;
- LANDOLT HARDY, Überblick über die Rechtsprechung des EVG im Jahr 2003 zu den sozialen Pflegeversicherungsleistungen, in: AJP 2004, S. 1019 ff.;
- LANDOLT HARDY, Pflegefinanzierung und Kostenwahrheit, in: Managed Care 2006/8, S. 18 ff.;
- LANDOLT HARDY, Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige. Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) = VersR 2005/33, S. 1593 ff., in: HAVE 2006, S. 238 ff.;
- LANDOLT HARDY, Präsenzzeitaufwandschaden bei Angehörigenpflege. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163), in: HAVE 2006, S. ...

SCHAETZLE MARC, Betreuungsschaden. Marktgerechte Entlöhnung und nominallohnindexierte, lebenslängliche Rente. Urteil des BGE vom 26.3.2002, in: HAVE 2002, S. 276 ff.;

SCHÖN-BAUMANN JAQUELINE, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005, S. 274 ff.;

### ***B. Betreuungs- und Pflegeschadenurteile***

1. BGE 21, 1042
2. BGE 28 II 200
3. BGE 33 II 594
4. BGE 35 II 216
5. BGE 35 II 405
6. BGE 97 II 259
7. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i. S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SGW 1979 Nr. 16
8. BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30
9. Urteil ZivilGer BS vom 15.06.1987 (P 184/1983)
10. Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i. S. Altstadt Versicherungen
11. Urteil Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i. S. B. K. gegen Association de Développement de Colombier und Kanton Neuenburg
12. Urteil OGH vom 26.05.1999 (5 Ob 50/99k) = ZVR 1999 Nr. 109, S. 375
13. Urteil BGH vom 08.06.1999 (VI ZR 244/98) = NJW 1999, S. 2819 = MDR 1999, S. 1137 = VersR 1999, S. 1156 = DAR 1999, S. 542
14. Urteil BGer vom 23.06.1999 i. S. P. St. (4C.412/1998) = Pra 1999, S. 890 (erstinstanzliches Urteil BezGer March vom 21.08.1997 [BZ 95 67])
15. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394

16. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 (erstinstanzliches Urteil HGer Zürich vom 12.06.2001 [E01/0/HG950440] = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394)
17. Urteil OGer LU vom 13.10.2004 (11 03 117) i. S. Erben von M. M.
18. Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) = HAVE 2006, S. 238 (Bemerkungen von Hardy Landolt) = VersR 2005, S. 1593
19. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) (erstinstanzliches Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 [21 02 22] i. S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar)

### **III. Der Fall**

Max Muster, geb. 07.01.1970, Schreinerlehrling kurz vor dem Abschluss, hat am 07.02.1990, einen Verkehrsunfall erlitten und leidet seither an einem schweren Schädel-Hirntrauma, das mit einem «Locked-in-Syndrom» verbunden ist. Die Mutter hat ihre Teilzeitstelle bei der Migros (50%) aufgegeben, um sich gänztägig um ihren Sohn kümmern zu können, seit er aus der Klinik entlassen worden ist. Die Eigentumswohnung der Mutter musste zu diesem Zweck umgebaut werden. Unterstützt wird sie von ihrem geschiedenen Ehemann, dem Vater von Max Muster, und weiteren Angehörigen. Diese entlasten die Mutter sporadisch von der Betreuung und Pflege.

### **IV. Materialien**

Zur Vorbereitung wird die Lektüre von folgenden Materialien empfohlen:

1. Urteil HGer Zürich vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 (Anhang 1)
2. LANDOLT HARDY, Der Fall Kramis – Pflegeschaden quo vadis?, in: ZBJV 2003, S. 394 ff. (Anhang 2)
3. LANDOLT HARDY, Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige. Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) = VersR 2005/33, S. 1593 ff., in: HAVE 2006, S. 238 ff. (Anhang 3)

4. KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, S. 123 ff. (Anhang 4)
5. LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2. Personenschaden-Forum 2003, Zürich 2003, S. 67 ff. (Anhang 5)

PDF-Versionen sind auf dem Internet verfügbar ([http://www.hardy-landolt.ch/uni\\_stgallen.htm](http://www.hardy-landolt.ch/uni_stgallen.htm))

## V. Anhang

**A. Urteil HGer Zürich vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 (Anhang 1)**

**94. HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH, URTEIL VOM 12. JUNI 2001 (BESTÄTIGT DURCH BUNDESGERICHT AM 26. MÄRZ 2002) (ZH)**

**Art. 42 OR. Art. 44 OR. Art. 46 OR. Art. 52 IVG. Haftpflichtprozess, Pflegeschaden, Betreuung durch Familienangehörige, Rente, Indexierung, Haushaltschaden, Bruttolohn, Ferienanteil, Heimkosten, Anrechnung der Hilflosenentschädigung, Akontozahlungen.**

Nach Art. 46 Abs. 1 OR hat die aus einem Strassenverkehrsunfall hirngeschädigte Klägerin Anspruch auf Ersatz der entstehenden Kosten. Pflege- und Betreuungskosten sind auch dann zu ersetzen, wenn die Geschädigte durch nahe Familienangehörige betreut wird. Eine Heimeinweisung erscheint als nicht zumutbar, solange sie von der Mutter gepflegt werden kann. Die Schadensschätzung hat sich hier am Lohn einer Krankenschwester zu orientieren. Die für den Haushaltschaden entwickelten Grundsätze sind analog anzuwenden. Die Pflege- und Betreuungsschadensrente ist an den Nominallohnindex anzubinden. Die Geschädigte hat auch dann einen Anspruch auf einen Haushaltschaden, wenn sie zur Zeit des Unfalls noch keinen eigenen Haushalt geführt hat. Beim Haushaltschaden ist der Bruttolohn massgebend. Da einer Hilfskraft die Ferien zu bezahlen wären, ist mit 52 Wochen zu rechnen.

Mitgeteilt von lic. iur. Maurus Meier

---

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 289 \*\***

Aus den Erwägungen:

"Die Klägerin wurde am 24. Januar 1971 geboren. Sie macht Schadenersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 3. Juni 1990 geltend. L ist Fahrer und Halter des unfallbeteiligten Fahrzeuges. Die Beklagte B ist die Haftpflichtversicherung, die für einen allfälligen Schaden aufkommen muss. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin folgende Schadenersatzpositionen geltend:

- vergangene Pflege- und Betreuungskosten
- zukünftige Pflege- und Betreuungskosten
- vergangener Haushaltschaden
- zukünftiger Haushaltschaden

(...)

Die Klägerin war Halterin des Motorrades der Marke Yamaha, Typ 125, Kontrollschild ZG XXX. L fuhr am 3. Juni 1990 um ca. 20.45 Uhr mit seinem Personenwagen auf der Aegerstrasse, von Zug her kommend, zur Verzweigung Talacher und beabsichtigte, dort nach links Richtung B abzubiegen. Dabei missachtete er den Vortritt der Klägerin, welche auf ihrem Motorrad ihm entgegenkam. Es kam zu einer heftigen Kollision. Dabei erlitt die Klägerin dermassen schwere Verletzungen, dass sie mit der REGA ins Universitätsspital Zürich gebracht werden musste. Die Hospitalisation dauerte bis zum 21. Dezember 1990. In der Zusammenfassung der Krankengeschichte vom 21. Dezember 1990 wurde folgende Diagnose gestellt: Schädel-Hirn-Trauma mit Subduralhämatom rechts parietal und Kontusionsherden, Pyramidenlängsfraktur links und Kallottenfraktur li occipital. In der Folge wurde die Klägerin am 21. Dezember 1990 in das Kantonsspital X überwiesen, wo sie bis zum 11. Juli 1991 behandelt wurde. Vom 11. Juli bis zum 6. November 1991 hielt sich die Klägerin in der Rehabilitationsklinik U auf. Eine zweite Hospitalisation in der Klinik Q dauerte vom 6. Januar bis zum 15. April 1992. Am 16. April 1992 wurde die Klägerin nach Hause entlassen. Seither wohnt sie bei ihrer Mutter M, die sie pflegt und betreut. Das Geburtsdatum der Mutter der Geschädigten ist der 11. August 1947.

(...)

Nach Art. 46 Abs. 1 OR hat die Verletzte Anspruch auf Ersatz der entstehenden Kosten. Pflege- und Betreuungskosten sind auch dann zu ersetzen, wenn die Geschädigte durch nahe Familienangehörige betreut wird (Brehm, Berner Kommentar, N. 14 zu Art. 46 OR; Schätzle, Der Schaden und seine Berechnung in: Münch/Geiser, Hrsg., Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, S. 421; Hermann Lange, Schadenersatz, 2. A., Tübingen 1990, S. 310; Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. 2, Bern 1997, S. 56). Nach Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter die Ersatzpflicht mässigen, wenn Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Die Klägerin muss allerdings entgegen der Meinung der Beklagten nicht dafür einstehen, dass sie nicht in ein kostengünstigeres Heim zieht. Eine Heimeinweisung erscheint

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 290 \*\***

als nicht zumutbar, solange sie von der Mutter gepflegt werden kann. Die Geschädigte hat darüber zu entscheiden, wo und in welcher Form Pflege und Betreuung beansprucht wird, in einem Heim oder zu Hause. Der Schädiger hat in der Regel den Pflege- und Betreuungsbedarf in der von der Geschädigten gewählten Lebensgestaltung zu decken. Dies jedenfalls immer dann, wenn

die gewählte Pflegeform den konkreten Umständen des Falles angemessen erscheint und im Einklang mit der objektiven Pflegebedürftigkeit steht (Geisseler, Regulierung von Kinderschäden, in: Koller, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, S. 120). Die Schadensminderung der Klägerin geht hier nicht so weit, dass von ihr verlangt werden kann, ihr Leben in einem Heim zu verbringen, um die Kosten der Beklagten zu verringern. Sie muss sich auch nicht mit einem geringeren Ersatz zufrieden geben, wenn die von ihr gewählte Pflege und Betreuung teurer als eine Heimunterbringung ist, denn sie darf die Pflege und Betreuung zu Hause in Anspruch nehmen. Aufgrund des Gutachtens ist im jetzigen Zeitpunkt die Pflege und Betreuung durch die Mutter der Klägerin die beste Lösung. Prof. G führt dies in seinem Gutachten dementsprechend aus.

Die Klägerin wird durch ihre Mutter gepflegt und betreut. Erfolgt die Pflege und Betreuung in der Familie kostenlos, so wird dadurch der Schädiger bzw. seine Versicherung nicht entlastet. Der Pflege- und Betreuungsaufwand ist angemessen zu entschädigen. Nach Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach dem Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen. Die Schadensschätzung hat sich hier am Lohn einer Krankenschwester zu orientieren. Die für den Haushaltschaden entwickelten Grundsätze sind analog anzuwenden. In einem ersten Schritt ist der erforderliche Zeitaufwand für die Pflege zu ermitteln. Sodann gilt es, den ortsüblichen Lohn einer fiktiven Pflegekraft zu eruieren. Der eruierte Zeitaufwand ist mit dem massgebenden Stundenlohn zu multiplizieren (Geisseler, Regulierung von Kinderschäden, in: Koller, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, S. 122 f.; Schaetzle, Der Schaden und seine Berechnung, in: Münch/Geiser, Hrsg., Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, S. 421).

Der Klägerin wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass bei der Klägerin ein umfangreicher Pflege- und Betreuungsaufwand von mindestens 55 Stunden pro Woche besteht (Beweissatz 4a).

Prof. G hält in seinem Gutachten vom 19. Februar 1999 zu diesem Beweisthema Folgendes fest: "Es sind sicher nicht alle Stunden, die eine Mutter mit ihrer Tochter verbringt, als Pflegeleistung zu taxieren, aber es ist wohl unbestritten, dass Frau K mehrere Stunden pro Tag betreut werden muss und von sich aus keine Aktivitäten entfalten kann." In der Ergänzung zum Gutachten vom 9. Juni 1999 verdeutlicht der Gutachter seine Aussage wie folgt: "Die Einschätzung zur Beantwortung Ihrer Frage hängt nämlich wesentlich davon ab, wie Pflegeleistung definiert wird. Wenn damit nur gemeint ist, welchen Zeitaufwand die Mutter K damit betreiben muss, dass sie ihrer Tochter in körperlichen Verrichtungen wie Ankleiden, Waschen, auf die Toilette gehen etc. hilft, so ist dieser Aufwand wohl mit einer Stunde pro Tag gut berechnet. Es ist aber zu bedenken, dass zum erweiterten Pflegebegriff des "Hegens und Pflegens", auf den die junge Frau K ohne Zweifel Anspruch hat, auch andere Tätigkeiten und Unterhaltungen gehören, die dann sicher 3-4 Stunden pro Tag ausmachen. Wie schon im Gutachten ausgeführt, würde ich mich aber dagegen wehren, jede Zeit, die eine Mutter mit ihrer (auch behinderten) Tochter verbringt, als "Therapie- oder Pflegeleistung" aufzufassen und vergüten zu lassen, weil dadurch die normale zwischenmenschliche und familiäre Gemeinschaft zu einer Handelsware verkommen würde".

Gemäss den Ausführungen des Gutachters kann somit von einem Pflegeaufwand von 4-5 Stunden (1 Stunde + 3 bis 4 Stunden) pro Tag ausgegangen werden. Der durchschnittliche Pflegeaufwand pro Tag ist auf 4,5 Stunden zu schätzen. Bei 4,5 Stunden pro Tag führt dies zu 31,5 Stunden pro Woche (7 Tage à 4,5 Stunden).

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 291 \*\***

Entgegen dem Gutachten kann nicht nur von 4,5 Stunden Pflege pro Tag ausgegangen werden. Die allgemeine Präsenz- bzw. Betreuungszeit ist ebenso zu vergüten. Der Gutachter führt aus, er würde sich dagegen wehren, dass jede Zeit, die eine Mutter mit der Tochter verbringe, als Therapie- oder Pflegeleistung aufzufassen sei und vergütet werden müsse, weil dadurch die normale zwischenmenschliche und familiäre Gemeinschaft zu einer Handelsware verkomme. Der Gutachter beantwortet hier allerdings keine medizinische Frage. Da die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tages nach dem Gutachten notwendig ist, ist diese aufgewendete Zeit zu vergüten. Prof. G geht von einer vollständigen Pflegebedürftigkeit aus. Er erklärte, dass die Klägerin der ständigen Leitung, Animation und Betreuung bedarf. Der Gutachter sagte also gerade nicht, dass die Klägerin mit Ausnahme der 4,5 Stunden Pflege sich selber überlassen werden könne. Es liegt auf der Hand, dass bei einer Hirnverletzten eine Person während des Tages verfügbar sein muss, die bei Problemen um Hilfe gebeten werden kann. Die allgemeine Betreuung einer Hirnverletzten durch eine Hilfskraft während des ganzen Tages (ohne eigentliche Pflegeleistungen) ist auf dem Arbeitsmarkt nur gegen Entgelt zu haben. Der angestellte Arbeitnehmer, der diese Arbeit erbringt, ist dafür zu entschädigen. Der externe Fremdbetreuungs-Hausdienst erbringt seine Leistung auch nur gegen Entgelt. Übernimmt ein Familienmitglied die gleiche Leistung, ist sie gleichermassen zu entschädigen. Dabei ist rechtlich unerheblich, ob es aufgrund der Moral angebracht wäre, dass die Mutter von K diese Leistung freiwillig erbringt. Demnach hat die Klägerin nicht nur Anspruch auf 4,5 Stunden Pflegeentschädigung, sondern auch noch auf eine solche für die allgemeine Betreuung während des Tages.

Im Folgenden ist zu prüfen, welche Präsenzzeit zu welchem Lohn zu vergüten ist.

Die Klägerin hält dafür, M verwende an 6 Tagen pro Woche 12 Arbeitsstunden und am 7. Arbeitstag noch einmal 4-5 Arbeitsstunden pro Woche. Es sei von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 75 Stunden auszugehen. Nach ihrer Ansicht seien ca. 20 Arbeitsstunden für die Haushaltsführung für sich und ihre Tochter abzuziehen. Dies ergebe einen zeitlichen Aufwand von 55 Stunden pro Woche.

Der täglich erforderliche Arbeitsaufwand ist auf insgesamt 9 Arbeitsstunden zu schätzen, da nach dem von der Klägerin selbst eingereichten Gutachten A keine Eigen- bzw. Fremdgefährdung vorliegt und die Klägerin zuweilen einen Familienbetreuungs-Hauservice in Anspruch nimmt. Für den Sonntag ist mit der Klägerin lediglich mit 4,5 Stunden zu rechnen. Das ergibt ein wöchentliches Pensum von 58,5 Stunden (6 x 9 Stunden + 4,5). Ohne den Pflegeaufwand ist die tägliche allgemeine Betreuungszeit auf 4,5 Stunden zu schätzen (9 ./ 4,5). Pro Woche ergibt sich eine allgemeine Betreuungszeit ohne Pflegeaufwand von 27 Stunden (4,5 x 6). Der Sonntag ist durch den Pflegeaufwand bereits berücksichtigt. Da die Mutter von K 20 Stunden Haushaltsarbeiten erbringt, ist die Anwesenheit im Haus von Montag bis Samstag bereits durch die Notwendigkeit der Haushaltsarbeit gegeben. Der Aufwand für den Haushalt für den Sonntag ist auf 1,5 Stunden zu schätzen. Der Aufwand für

den Haushalt für den Montag bis Samstag beträgt demnach 18,5 Stunden (20 ./ 1,5). Von der wöchentlichen Betreuungszeit sind 18,5 Stunden abzuziehen. Pro Woche sind daher 8,5 Stunden allgemeine Betreuungszeit zu entschädigen (27 ./ 18,5).

Der Klägerin wurde der Hauptbeweis auferlegt, dass die von ihrer Mutter erbrachte Arbeit qualitativ derjenigen einer Krankenpflegerin in einem Pflegeheim entspricht.

Der Gutachter Prof. G hält fest, dass es bei seiner Untersuchung keinen Hinweis dafür gebe, dass die Pflegequalität durch eine andere Person höher sein könne, als die von der Mutter erbrachte. Damit ist der Klägerin der Beweis für den Beweissatz 4 lit. b gelungen.

Streitig ist, wie viel eine Krankenpflegerin verdient. Massgeblich ist der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungen (Geisseler, Regulierung von Kinderschäden, in: Koller, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, S. 122). Ein 13. Monatslohn ist ebenso

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 292 \*\***

geschuldet. Das wird von der Beklagten auch nicht bestritten. Weiter ist festzuhalten, dass die Klägerin für die bezahlten Ferien kein zusätzliches Entgelt verlangt.

Die Klägerin behauptet, dass das jährliche Einkommen einer Krankenpflegerin im Kanton X Fr. 65 000.- (Arbeitspensum 100%) betrage. Dafür wurde ihr der Beweis auferlegt (Beweissatz 4c). Sie beruft sich dazu auf die Urkunden act. 6/20 und 6/21 sowie auf ein einkommenanalytisches Gutachten über das Einkommen einer Krankenpflegerin im Kanton X.

Die Urkunde act. 6/20 ist die Gehaltsklassenordnung für das Spitalpersonal des Kantons X vom 23. Oktober 1990, gültig ab 1. Januar 1991. Bei der Urkunde act. 6/21 handelt es sich um eine Besoldungstabelle für die nichtärztlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Spitäler, Kliniken und Heime in X, mit Gültigkeit ab 1. Januar 1995. Aus den Urkunden geht hervor, dass im Jahre 1995 das monatliche Einkommen einer Krankenpflegerin zwischen Fr. 4 072.- (Klasse 9 Stufe 1) und Fr. 6 200.- (Klasse 11 Lohnmaximum) betrug.

Es ist zu berücksichtigen, dass Familienangehörige die Pflege des Verletzten im Rahmen ihrer sonstigen häuslichen Aufgaben rationeller gestalten können und dass sie keine ausgebildeten Fachkräfte sind. Für die Schadensbemessung ist gleichwohl auf die Kosten einer Hilfskraft als Orientierungsrahmen abzustellen. Da die Mutter von K keine Ausbildung als Krankenschwester absolviert hat und der Beruf als Krankenschwester mit unterschiedlichen Patienten, Medikamenten und Vorgesetzten usw. höhere Anforderungen als die Betreuung nur eines Patienten zu Hause stellt, ist der Einstiegslohn lediglich leicht zu erhöhen und auf Fr. 4 500.- festzulegen.

Die Mutter der Klägerin hat pro Woche 31,5 Stunden (7 Tage à 4,5 Stunden) Pflegeleistungen zu erbringen. Der übliche Stundenaufwand pro Woche einer Krankenschwester ist auf 42,5 Stunden zu schätzen. Für die von der Mutter pro Monat geleisteten Stunden ergibt sich ein Entgelt von Fr. 3 335.30 (Fr. 4 500.- x (4 Wochen x 31,5): (4 Wochen x 42,5) = Fr. 4 500.- x 31,5: 42,5).

Im Folgenden ist darzulegen, welcher Stundenlohn für die allgemeine Betreuung als angemessen erscheint. Nach einer Erhebung des Bundesamtes für Statistik verdienen hauswirtschaftlich Angestellte in der Schweiz durchschnittlich Fr. 19.65 netto. Das ergibt einen Bruttolohn von Fr. 21.35 (zitiert bei Widmer et al., Gedanken und Fakten zum Haushaltschaden aus ökonomischer Sicht, ZBJV 2000, S. 19). Für die allgemeine Betreuung ist der angemessene Stundenlohn auf Fr. 21.35 zu schätzen. 8,5 Stunden Betreuung bzw. Präsenz pro Woche sind insgesamt mit Fr. 786.40 zu vergüten (8,5 Stunden x Fr. 21.35 x 52 Wochen: 12 Monate = Fr. 786.40).

Das Entgelt für die Pflege und die Entschädigung für die allgemeine Betreuung sind zu addieren. Man erhält Fr. 4 121.70 (Fr. 3335.30 + Fr. 786.40).

Der 13. Monatslohn ist zu berücksichtigen. Pro Monat ist ein Anteil von 343.50 geschuldet (Fr. 4 121.70: 12 Monate).

Weiter sind 10% Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 446.50 hinzuzurechnen (Fr. 4121.70 + Fr. 343.50 = Fr. 4465.20; 0,10 x 4465.20).

Pro Monat ergibt sich folgende Entschädigung:

Fr. 4121.70 Fr.. 343.50 (Anteil 13. Monatslohn) Fr.. 446.50 (10% Sozialversicherungsleistungen) ===== Fr. 4911.70

Demnach fallen monatlich Kosten für die Pflege und Betreuung durch M von Fr. 4911.70 an. Pro Jahr belaufen sich die Kosten auf Fr. 58 940.40 (12 x Fr. 4911.70). Der vergangene Pflege- und Betreuungsschaden beläuft sich für die Zeit vom 1. Januar 1994 bis 12. Juni 2001 auf Fr. 439 079.10 (1.1.1994 bis 12.6.2001 = 7 + 5/12 (0.416666667) + 12/365 (0.032876712) = 7.449543379 x 58 940.40).

Bei den Pflege- und Betreuungskosten sind weiter die Kosten des Familienbetreuungs-Hausservices zu beachten. Die Klägerin behauptet, sie würde pro Woche 7 Stunden diesen Dienst in Anspruch nehmen. M mache 2 bis 3 Wochen Ferien pro Jahr. Dann ziehe die Klägerin einen externen Betreuungsdienst bei.

(...)

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 293 \*\***

Der Beizug des externen Familienbetreuungs-Hausservices und die angefallenen Kosten des externen Familienbetreuungs-Hausservices werden von der Beklagten nicht ausdrücklich bestritten. Nach § 113 ZPO hat sich die Beklagte im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Die in der Klageantwort der Beklagten aufgestellte pauschale Bestreitungsformel ist unbeachtlich. Mangels substantzierter Bestreitung gelten die Behauptungen der Klägerin als zugestanden.

Der Aufwand von M und die Fremdbetreuungskosten sind zu addieren:

Aufwand	M	1.1.1994	bis	12.6.2001:	Fr. 439 079.10	Fr.. 62 635.80	=====	Fr.
Fremdbetreuungskosten					501 714.90			

Die Klägerin räumt ein, dass vom Pflegeschaden für die Zeit vom 1. Januar 1994 bis 31. Dezember 1994 Fr. 18 000.- abzuziehen sind. Das ist nicht strittig. Die Parteien sind sich einig, dass Hilflosenentschädigungen der IV für die Zeit vom 1. Juni 1991 bis 30. Juni 2000 in der Höhe von Fr. 54 886.- an den Pflege- und Betreuungsaufwand anzurechnen sind. Die Klägerin geht weiter davon aus, dass eine monatliche Hilflosenentschädigung von Fr. 503.- anzurechnen ist. Die Beklagte macht dazu keine Ausführungen.

Für die Zeit vom 1. Juli 2000 bis 12. Juni 2001 sind weitere Fr. 5734.20 Hilflosenentschädigungen zu berücksichtigen (11 Monate und 12/30 Tage; 11,4 x Fr. 503.-). Vom Schaden sind demnach Fr. 5734.20 abzuziehen.

Der Pflege- und Betreuungsschaden bis 12. Juni 2001 berechnet sich wie folgt:

Pflege und Betreuung	./. Abzug	./. Hilflosenentschädigung	./. Fr. 501 714.90	Fr.. 18 000.--	Fr.. 54 886.--	Fr... 5 734.20	=====
Hilflosenentschädigung							

Pflege- und Betreuungsschaden bis 12. Juni 2001 aufgerundet	Fr. 423 094.70	Fr. 423 095.--
---	----------------	----------------

Die Beklagte beruft sich auf weitere Zahlungen. Ob diese zu berücksichtigen sind, ist erst später zu erläutern.

Die Klägerin lässt ausführen, was den zukünftigen Pflege- und Betreuungsschaden anbelange, so habe die geschädigte Person nach einer Praxisänderung des Bundesgerichts neu das Wahlrecht zwischen Renten- und Kapitalform und die Rente sei an den Lohn- oder Teuerungsindex zu binden. Angesichts der noch hohen Lebenserwartung von 55 Jahren der Klägerin sowie auch wegen der langfristigen Sicherung der Pflege- und Betreuungskosten wähle die Klägerin für den Pflege- und Betreuungsschaden die Rente.

Die Beklagte wendet nichts gegen eine Rente ein.

Nach BGE 125 III 320 kann die Geschädigte auch eine Rente statt eine Kapitalabfindung verlangen. Es ist hier also eine Rente zuzusprechen.

Im Folgenden ist die Höhe der monatlichen Rente zu bestimmen:

Die Klägerin behauptet, für die Pflege müsse die Beklagte eine Rente von Fr. 8538.- pro Monat bezahlen. Der Pflegeaufwand der Mutter betrage pro Jahr Fr. 93 630.-. Dazu kämen Fr. 8832.- Fremdbetreuungskosten. Dies ergebe pro Jahr total Fr. 102 462.- oder pro Monat Fr. 8538.-.

Die Klägerin beziffert die monatlichen durchschnittlichen Kosten des Familienbetreuungs-Hausservice auf Fr. 736.-. Im Jahr ergibt dies Fr. 8832.- Fremdbetreuungskosten (12 x 736.-). Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin durchschnittlich pro Monat für Fr. 736.- einen Familienbetreuungs-Hausservice in Anspruch nimmt. Da die Pflege von M nicht die ganze Betreuungszeit abdeckt, ist dieser Aufwand zusätzlich geschuldet. Für die Bestimmung der Rente sind daher pro Monat Fr. 736.- zu berücksichtigen.

Bei der Rente ist streitig, ob die von der IV monatlich bezahlte Hilflosenentschädigung anzurechnen ist.

Die Klägerin macht geltend, dass eine Hilflosenentschädigung nach dem IVG nicht anzurechnen sei, da eine Hilflosenentschädigung nach dem UVG geschuldet sei und daher die Hilflosenentschädigung nach dem IVG entfalle. Die Hilflosenentschädigung nach UVG sei nicht an den Pflege- und Betreuungsschaden anrechenbar. Im Gegensatz zu Art. 52 IVG werde die Hilflosenentschädigung in der Erwähnung der identischen Schadenspositionen

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 294 \*\***

gemäss Art. 43 UVG nicht erwähnt. Dies habe seinen Grund einerseits in der Tatsache, dass der UVG-Versicherte im Gegensatz zu dem aus anderen Gründen invalid und hilflos gewordenen Patienten bei versichertem Aufenthalt in einer Heilanstalt keinen Anspruch mehr auf eine Hilflosenentschädigung habe. Ausserdem seien wegen der Natur der sowieso nur teilweisen Hilflosenentschädigung identischen Pflege- und Betreuungskosten genaue haftpflichtrechtliche Zuordnungen kaum möglich und komme der Versicherte wegen der ihm im Haftpflichtrecht obliegenden Beweispflicht vielfach im Verhältnis zu den tatsächlich für ihn erbrachten Leistungen zu kurz.

Die Beklagte will an die Rente eine Hilflosenentschädigung nach dem IVG bzw. AHVG angerechnet haben.

Die Ausgleichskasse N erklärte im Schreiben vom 28. Juni 2000, dass ab 1. Juli 2000 ein Betrag von Fr. 503.- monatlich für eine Hilflosenentschädigung mittleren Grades ausgerichtet werde.

Ob eine höhere Hilflosenentschädigung nach UVG als diejenige der IV anzurechnen ist, braucht nicht geprüft zu werden. Die Beklagte hat dies innerhalb der Behauptungsphase nicht verlangt. Die Klägerin ist der Meinung, eine Hilflosenentschädigung nach UVG sei nicht an den Pflege- und Betreuungsschaden anrechenbar. Demnach hat niemand die Berücksichtigung entsprechender Beiträge des Unfallversicherers verlangt und sie sind demnach auch nicht vom Schaden abzuziehen.

Von Bedeutung ist weiter, dass die Beklagte nicht nur der Haftpflichtversicherer, sondern auch der UVG-Versicherer ist. Die Beklagte verweigerte als UVG-Versicherung bis heute die Leistung einer Hilflosenentschädigung. Selbst wenn die Beklagte heute sich für eine Anrechnung einer allfälligen Hilflosenentschädigung nach dem UVG aussprechen würde, könnte sie dies nicht mit Erfolg geltend machen, denn dann würde sie sich offensichtlich rechtsmissbräuchlich verhalten, hat sie es doch unterlassen, auch nach Jahren nach dem Unfall (3. Juni 1990) und der Entlassung aus dem Spital eine UVG-Hilflosenentschädigung auszus zahlen.

Daher ist in diesem Zivilprozess davon auszugehen, dass keine Hilflosenentschädigung nach UVG geschuldet ist. Der Klägerin steht eine Hilflosenentschädigung nach dem IVG zu, da eine Hilflosenentschädigung nach dem UVG nicht anzurechnen ist.

Die Klägerin lässt für die Vergangenheit eine Anrechnung der Hilflosenentschädigung nach dem IVG zu, will davon aber für die Rente nichts wissen. Das ist ungereimt. Für die zukünftige Rente ist demnach die Hilflosenentschädigung nach dem IVG abzuziehen. Der Versicherer tritt im Zeitpunkt des versicherten Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen der IVG in die Ansprüche des Versicherten ein. Soweit die Ansprüche übergehen, kann sie die Geschädigte nicht mehr geltend machen (Alexandra Rumo-Jungo, Haftpflicht und Sozialversicherung, Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, Freiburg 1998, S. 428; Ulrich Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 293). Die Hilflosenentschädigung nach dem IVG ist sachlich mit dem Pflege- und Betreuungsschaden kongruent und daher an die Pflege- und Betreuungsrente anzurechnen (Art. 52 Abs. 2 lit. d IVG). Der zusätzliche Betreuungsaufwand für die Verrichtungen des täglichen Lebens erfüllt die gleiche Funktion wie die Hilflosenentschädigung. Die Hilflosenentschädigung entspricht dem Ersatz der Kosten, den Art. 46 Abs. 1 OR für Körperverletzung vorsieht. Zu prüfen ist, ob zeitliche Kongruenz besteht. Haftpflichtrechtlich endet der Anspruch der Klägerin auf eine Pflege- und Betreuungsrente mit ihrem Lebensende. Die Hilflosenentschädigung wird bis zum Wegfall der Voraussetzungen bzw. bis zum Tod ausbezahlt (Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. A., Bern 1997, S. 278). Die Entschädigung der IV endet mit dem Rentenalter (Art. 42 Abs. 1 IVG), ab diesem Zeitpunkt gewährt die AHV dem hilflos Versicherten die Entschädigung mindestens im dann zumaligen Betrag weiter (Art. 42 Abs. 1 Satz 3 IVG in Verbindung mit

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 295 \*\***

Art. 43bis AHVG). Wenn die Geschädigte im Haftpflichtrecht zu kurz kommt, ist dies entgegen der Meinung der Klägerin keine Frage der Subrogation, sondern des Haftpflichtrechts.

Die monatliche Rente für die Pflege und Betreuung ist wie folgt zu berechnen:

Pflege- und Betreuungskosten M + Fr. 4911.70 Fr.. 736.-- Fr.. 503.-- =====  
Fremdbetreuungskosten ./.. Hilflosenentschädigung

Total aufgerundet Fr. 5144.70 Fr. 5145.--

Die Beklagte hat der Klägerin monatlich eine Pflege- und Betreuungsschadenrente von Fr. 5145.- zu bezahlen.

Die Klägerin beantragt, die Rente solle an den Nominallohnindex des Bundesamtes für Statistik angepasst werden und zwar in einer Art und Weise, wie sie z.B. bei der Zusprennung von Scheidungsrenten üblich sei.

Die Beklagte spricht sich gegen eine Indexierung aus.

Bei Entschädigung in Rentenform wird die Auswirkung der Geldentwertung durch eine Indexierung der Rente ausgeschaltet (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 5. A., Zürich 1995, S. 298 Rz. 151). Durch die Indexierung wird sowohl der Reallohnentwicklung als auch den Teuerungskomponenten Rechnung getragen. Um ungerechtfertigten Benachteiligungen jugendlicher Opfer entgegenzuwirken, ist eine indexierte Rente zuzusprechen, wobei die Pflege- und Betreuungsschadenrente an den Nominallohnindex anzubinden ist (Geisseler, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, S. 130; BGE 125 III 320 f.).

Die Klägerin führt weiter aus, es scheine sachgerecht, die Anpassungsformel wie folgt zu wählen: Diese Pflegeschadenrente basiere auf dem Totalnominallohnindex 1993 des Bundesamtes für Statistik, Stand im Urteilsjahr (2001?). Sie sei jährlich auf den 1. Juli eines jeden Jahres, erstmals auf den 1. Juli 2003 dem Indexstand des Vorjahres proportional anzupassen und auf ganze Franken aufzurunden. Der Nominallohnindex werde bekanntlich nur einmal pro Jahr ermittelt und im Frühjahr des folgenden Jahres publiziert. Er könne deshalb für das hypothetische Urteilsjahr des vorliegenden Prozesses, sei es nun das Jahr 2000 oder das Jahr 2001 nicht genau festgelegt werden. Es genüge aber mit Sicherheit, wenn als Ausgangsbasis der Stand im Urteilsjahr ohne Nennung der konkreten Zahl angegeben werde, müsse dieser doch erst im Juli 2003, wenn die erste Anpassung vorgenommen werde, bekannt sein und könne dann genauso einfach wie der Index dieses Jahres abgelesen werden. Wegen der späteren Verfügbarkeit der aktuellen Daten werde aus Praktikabilitätsgründen als Anpassungstermin der 1. Juli eines jeden Jahres gewählt.

Die Beklagte macht dazu keine Ausführungen.

Die Klägerin verlangt eine Anpassung der Rente auf den 1. Juli 2003 auf der Basis des Totalnominallohnindex des Bundesamtes für Statistik des Jahres 2001.

Die Ansprüche der Klägerin wurden basierend auf dem Totalnominallohnindex des Bundesamtes für Statistik von 105,3 Punkten

(Stand 1998; Basisindex 1993 100 Punkte) berechnet. Üblicherweise wird der Rente die Basis seit Klageerhebung zugrundegelegt (Hegnauer, Berner Kommentar, N. 35 zu Art. 286 ZGB). Der Klägerin ist es unbenommen, eine für sie ungünstigere spätere Basis zu wählen. Die erste Anpassung hat am 1. Juli 2003 auf der Basis des Totalnominallohnindex des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2001 zu erfolgen. Die Klägerin verlangt nicht auf das Jahr 2002, sondern erst auf das Jahr 2003 eine Anpassung. Die Klägerin bezeichnet als Basis im Rechtsbegehren den Indexstand des Urteilsjahres. Die Basis des Totalnominallohnindex des Jahres 2001 kann im Dispositiv nicht angegeben werden, da er dem Gericht nicht bekannt ist und von keiner Partei behauptet wurde. Als Basis der Indexierung ist der noch zu bestimmende Indexstand von 2001 festzusetzen. Dies ist zulässig, weil der Punktestand zur Zeit der ersten Anpassung bestimmt werden kann. Die Rente ist nach der ersten Anpassung am 1. Juli 2003 auf den 1. Juli jeden Jahres dem Stand des Vorjahres anzupassen.

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 296 \*\***

Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

neue Rente = (neuer Index x ursprüngliche Rente) / alter Index

Die Klägerin verlangt eine Aufrundung der Rappen auf ganze Franken. Dafür besteht keine Rechtsgrundlage.

(...)

Die Rente ist für diejenige (im Urteil zu bestimmende) Zeit zuzuerkennen, für die nach Lage des Falles mit entsprechenden Schäden des Verletzten zu rechnen ist. Die voraussehbare künftige Gestaltung der Verhältnisse ist dabei zu berücksichtigen (Soergel/Zeuner, Kommentar zum BGB, 12. A., Stuttgart 1999, N. 21 zu § 843 BGB).

Die Klägerin verlangt die Rente ab Urteilsdatum.

Die Beklagte wendet nichts gegen den Beginn der Rente ein.

Im Scheidungsrecht wird die Rente ab Rechtskraft des Urteils zugesprochen (Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 10 zu Art. 126 ZGB). Die vorsorglichen Massnahmen laufen dort aber bis zur Rechtskraft des Urteils weiter. Bei Scheidungskonventionen wird vorgeschlagen, die Rente ab Unterzeichnung der Konvention laufen zu lassen (Schwenzer/Liatowitsch, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 194 zu Anh K). Eine Rente kann vom Zeitpunkt der Schadensentstehung an gewährt werden (Geigel/Rixecker, Der Haftpflichtprozess, 21. A., München 1993, S. 119, N. 157 zu Kapitel 4). Gegen den Beginn der Rente seit Urteilsfällung bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Die Klägerin verlangt für den Schaden bis zum Urteilsdatum eine Summe, ab Urteilsdatum eine Rente. Das Urteil wird am 12. Juni 2001 gefällt. Für den angebrochenen ersten Monat ist eine Rente nur für die Zeit des Urteilsdatums bis zum Ende des Monats geschuldet. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin für den Monat Juni 2001 eine Pflege- und Betreuungsschadensrente von Fr. 3087.- (18 Tage: 30 Tage x 5144.70 = Fr. 3086.82) zu bezahlen. Dabei ist der 12. Juni 2001 nicht zu berücksichtigen. Für diesen Tag wird beim vergangenen Schaden Ersatz zugesprochen. Der normale Rentenlauf beginnt mit dem 1. Juli 2001. Die Rente ist alsdann monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines Monats zu zahlen.

Die Klägerin behauptet in der Replik vom 12. September 1996, ihre Mutter könne die Pflege noch ca. 20 bis 30 Jahre übernehmen. Man könne sicher davon ausgehen, dass die Mutter die Klägerin nicht während ihrer ganzen Lebenszeit betreuen und pflegen könne. Das heisse aber nicht, dass dann keine entsprechenden Kosten mehr anfielen. Die Klägerin müsse weiterhin betreut werden. Es müssten andere Lösungen gesucht werden. Beispielsweise könne die Schwester der Klägerin diese Aufgabe übernehmen. Weniger ideal, aber vielleicht noch die einzige Möglichkeit wäre auch eine Verbringung der Klägerin in ein Heim.

Die Beklagte führt dazu aus, die Mutter der Klägerin könne die Pflegeaufgabe nicht für die nächsten 20 bis 30 Jahre übernehmen. Angesichts des Alters der Mutter der Klägerin sei dies nicht realistisch. Angemessen sei vielmehr, bei der Berechnung der Pflege- und Betreuungskosten von demjenigen Betrag auszugehen, der bei einer vollumfänglichen Heimbetreuung der Klägerin anfallen würde.

Es kann lediglich geschätzt werden, wann mit einer Heimunterbringung der Klägerin zu rechnen ist. Das Gericht muss hier zur Schätzung greifen. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass die Schätzung nicht der Wirklichkeit entspricht. Es ist zu schätzen, dass M die Klägerin bis ins Alter von 70 Jahren pflegen und betreuen wird. Da die Mutter der Klägerin im Alter vermehrt den externen Pflegedienst beiziehen kann, ist schätzungsweise anzunehmen, dass die am 11. August 1947 geborene Mutter die Betreuung der Klägerin noch bis Ende August 2017 übernehmen wird. Für eine Übernahme der Betreuung durch die Schwester der Klägerin bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Selbst die Klägerin spricht nur davon, dass beispielsweise die Schwester diese Betreuung übernehmen könnte. Eine verbindliche Zusage der Schwester wird nicht behauptet. Dies darf von der Schwester auch nicht verlangt werden.

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 297 \*\***

Niemand kann sagen, welche Lebensziele und Lebensgestaltung er Jahrzehnte später haben wird. Demnach ist es wahrscheinlich, dass die Klägerin ab dem 1. September 2017 in einem Heim betreut werden muss.

Die indexierte Rente von Fr. 5145.- ist daher lediglich bis Ende August 2017 zu bezahlen. Für die Zeit danach hat die Beklagte die geschätzten Heimkosten zu bezahlen.

Zu prüfen ist, mit welchen Kosten bei einer Heimbetreuung zu rechnen ist. Zu schätzen ist die monatliche Rente ab dem 1. September 2017.

Die Klägerin führt in der Klageschrift aus, der Aufenthalt in einem auf Hirnverletzte spezialisierten Heim koste mindestens Fr. 400.-, eventuell gar bis Fr. 1000.- pro Tag. Die Klägerin bestreitet in der Replik, dass die Pflegekosten in einem spezialisierten

Heim lediglich Fr. 42 000.- pro Jahr betragen würden. Falls die Klägerin in einem für schwerst hirnverletzte Personen geeigneten Heim wie z.B. dem B in O untergebracht würde, so entstünden dort Kosten von ca. Fr. 156 895.- jährlich (monatlich: Fr. 13 074.-). Für diese Kosten müsse der Haftpflichtige mit Sicherheit aufkommen, da die Heimeinweisung in frühestens 20 Jahren praktisch aktuell werde und in der Gesetzgebung die Tendenz bestehe, die Kosten dem tatsächlichen Verursacher aufzuerlegen. Auch bei einer Heimeinweisung entstehe der Klägerin mindestens ein jährlicher Betreuungsschaden von Fr. 102 462.- oder Fr. 8538.- pro Monat.

Die Beklagte behauptet in der Klageantwort, in einem spezialisierten Heim würde sich der Betreuungsaufwand jährlich auf Fr. 42 000.- belaufen. In der Duplik führt die Beklagte aus, im Spital- und Pflegezentrum in B seien für Pflege- und Betreuung der Klägerin heute monatlich Fr. 4590.- zu bezahlen. Würden dann Kost und Logis von Fr. 1600.- in Abzug gebracht, so würden monatlich Fr. 2990.- oder jährlich Fr. 45 880.- verbleiben. Die Beklagte behauptet in ihrer Stellungnahme zur Bezifferung der Klage vom 21. Januar 2000, die Kosten dürften sich höchstens im Rahmen der Kosten eines zumutbaren Wohnheimes bewegen. Nach Abzug der ohnehin anfallenden Lebenskosten von jährlich Fr. 17 580.- seien bei einer Heimbetreuung mit Aufwendungen von jährlich Fr. 30 000.- zu rechnen. Die ohnehin anfallenden Lebenskosten beliefen sich monatlich auf einen Grundbetrag von Fr. 965.- und einen Mietzinsanteil von Fr. 500.-. Das ergebe ein Total von Fr. 1465.-. Jährlich seien Fr. 17 580.- zu berücksichtigen.

Es wurde ein Beweisverfahren darüber durchgeführt, dass der Betreuungsaufwand in einem spezialisierten Heim jährlich Fr. 42 000.- beträgt (Beweissatz 6).

(...)

Das Gericht holte je mit Schreiben vom 19. Mai 1999 zum Betreuungsaufwand schriftliche Berichte bei der Stiftung B ein. Dabei wurde den angefragten Betrieben das Gutachten von Prof. G ausgehändigt.

Der Bereichsleiter Werken und Wohnen erklärte namens der Stiftung B mit Schreiben vom 26. Mai 1999, für die Bewohnerin und Mitarbeiterin im Wohnen und Werken würden sich Kosten von Fr. 4753.05 ergeben.

Die Beklagte entnimmt der schriftlichen Auskunft der Stiftung B, dass für die Unterbringung der Klägerin Kosten von Fr. 3940.- pro Monat anfallen würden.

Die Klägerin führte in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 4. Oktober 1999 aus, der Beweis des Beweissatzes Ziffer 6 sei der Beklagten nicht gelungen, weil der Betreuungsaufwand nicht etwa an den der Klägerin anfallenden Kosten, sondern an den Gesamtkosten zu bemessen sei. Wie sich aus dem von der Klägerin eingereichten Schreiben des Wohnhauses Z ergebe, würden sich die tatsächlichen Kosten der Betreuung der Klägerin im dafür spezialisierten und von Prof. G als geeignet qualifizierten Wohnhaus Z auf Fr. 156 895.- pro Jahr und ca. Fr. 430.- pro Tag belaufen. Gleich hohe Gesamtkosten würden aber auch in der von der Beklagten als Referenz benannten A oder U entstehen, weil diese ebenfalls nur mit den personenbezogenen Unterstützungsbeiträgen des Bundesamtes für Sozialversicherungen überhaupt finanziell existieren könnten. Nachdem diese aufgrund individuell vereinbarter Tagessätze subventioniert würden, dürften die etwas tieferen

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 298 \*\***

monatlichen Kosten für den Insassen damit zusammenhängen, dass eben entsprechend höhere Tagesansätze entweder vom Bundesamt für Sozialversicherung oder auch von den betreffenden Kantonen und Gemeinden, welche diese Behindertenwerkstätten seit jeher grosszügig finanziell unterstützt hätten, bezahlt würden. Nach der Meinung der Klägerin brauche die Höhe dieser Unterstützungen allerdings ohnehin nicht abgeklärt zu werden, weil die Z gemäss eigener Darstellung mangels spezifisch ausgebildetem Personal gar keine geeignete Institution sei. Das Gleiche dürfte auch für die B-Stiftung gelten, die in S ebenfalls nur Behinderte mit einer gewissen Arbeitsfähigkeit zur Beschäftigung in den dafür heimspezifisch eingerichteten Werkstätten aufnehme.

Aufgrund des Schreibens der Stiftung Behindertenbetriebe im Kanton XY vom 26. Mai 1999 sind folgende Kosten zu beachten:

Betreuungsleistungen	Zuschlag	Ausserkantonale:	Fr. 2945.--	Fr.. 775.--	Fr.. 100.--	Fr...
ausserordentliche		Dienstleistungen:	55.--	Fr.. 165.--	Fr.. 513.05	=====
Betreuungsbeitrag	Werken	Zuschlag	für			
ausserkantonales	Werken	Hilflosenentschädigung				

Total Fr. 4553.05

Die ausserordentlichen Dienstleistungen von Fr. 100.- sind zu berücksichtigen. Die Stiftung verlangt von ihren Insassen Kosten in der Höhe der Hilflosenentschädigung von Fr. 513.05. Die Klägerin wird für diese Kosten aufzukommen haben und daher vergrössert sich der Schaden um Fr. 513.05. Die an den Schaden anrechenbare Hilflosenentschädigung beträgt lediglich Fr. 503.-. So belaufen sich die Kosten auf rund Fr. 4050.- (Fr. 4553.05 ./ 503.-).

Das Wohnheim ist für die Klägerin geeignet. (...)

Die zukünftigen Heimkosten für die Zeit nach 2017 sind zu schätzen. Für 1999 ist mit Heimkosten von Fr. 4050.- zu rechnen, da die Auskunft der Stiftung Behindertenbetriebe im Kanton XY vom 26. Mai 1999 stammt. Für das Jahr 2017 ist die Teuerung zu berücksichtigen. Die Parteien stellen zum Thema der Teuerung in Pflegeheimen keine konkreten Behauptungen auf. Das Gericht hat demnach den zukünftigen Schaden zu schätzen. Das Bundesamt für Statistik publiziert keine Zahlen über die Teuerung von Pflegeheimen. Nach der Tabelle T 5.1 a der Analyse der Auswirkungen des KVG auf die Finanzierung des Gesundheitswesens und anderer Systeme der sozialen Sicherheit, Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2000, stiegen die Kosten im Gesundheitswesen wie folgt:

1990	1991	%	.7,5	13,0
1992	1993		.6,8	.3,1
1994	1995		.3,4	.3,6
1996	1997		.5,4	.2,9
1998			.3,9	====
			49,6	

Der Bericht des BFS ist im Internet abrufbar ( [www.statistik.admin.ch](http://www.statistik.admin.ch) ; ein entsprechender Ausdruck wurde zu den Akten genommen). Pro Jahr lag die durchschnittliche Teuerung bei ca. 5,5% (49,6%: 9 Jahre). Die Jahre 1986 bis 1989 werden bei der Schätzung nicht berücksichtigt, da in den letzten Jahren (1995 bis 1998) die Teuerung zurückgegangen ist. Für die Jahre 1999 bis 2001 sind keine Zahlen verfügbar.

Bei einer geschätzten Teuerung von 5,5% pro Jahr ergibt sich eine Erhöhung um ca. 99% (18 Jahre x 5,5%). Im Jahr 2017 ist mit Kosten von Fr. 8060.- (1,99 x Fr. 4050.-) zu rechnen.

Von den Heimkosten sind die ersparten monatlichen Aufwendungen abzuziehen. Die Beklagte behauptet, es würden jährlich Lebenskosten (Miete, Essen usw.) von Fr. 17 580.- anfallen. Die Schätzung ist angemessen. Monatlich betragen die ersparten Aufwendungen Fr. 1465.- (Fr. 17 580.- : 12).

Die Kosten von Fr. 1465.- sind ebenso der Teuerung anzupassen. Nach dem Landesindex der Konsumentenpreise (Dezember 1982 = 100) nahm die Teuerung von Januar 1985 (106,1) bis Dezember 1999 (146,2) um rund 38% zu (146,2 ./ 106,1 = 40,1; 40,1: 106,1

### **\*\* ZR 101 (2002) Seite 299 \*\***

= 0,3779). Pro Jahr belief sich die Teuerung auf 2,53% (38%: 15 Jahre). Die ersparten Aufwendungen sind um 45,54% zu erhöhen (18 Jahre x 2,53%). 2017 belaufen sich die ersparten Aufwendungen auf rund Fr. 2132.- (1,4554 x Fr. 1465.-).

Werden die ersparten Aufwendungen berücksichtigt, kommt man auf monatliche Kosten von Fr. 5928.- (Fr. 8060.- ./ Fr. 2132.-).

Die Kosten von Fr. 5928.- liegen unter der von der Klägerin verlangten Rente von Fr. 8538.-.

Demnach hat die Beklagte der Klägerin seit dem 1. September 2017 bis zum Lebensende der Klägerin monatlich eine Pflege- und Betreuungsschadensrente von Fr. 5928.- zu bezahlen. Die Rente ist wiederum im Voraus auf den Ersten eines Monats zu bezahlen. Die Rente ist aufgrund des Totalnominallohnindexes jährlich anzupassen.

Die Klägerin verlangt im Rechtsbegehren für den vergangenen Haushaltschaden Fr. 209 217.-, für den zukünftigen Fr. 793 829.-. Sie führt aus, dass sie nach dem Unfall keinen Haushalt mehr führen könne. Es sei anzunehmen, dass sie ihre Wertschöpfung in einem Einfamilien-Haushalt erbracht hätte, da sie nicht genügend wahrscheinlich machen könne, dass sie ohne Unfall mit einem Partner zusammen gewohnt hätte.

Die Beklagte bestreitet Bestand und Umfang des Haushaltschadens. Sie vertritt die Auffassung, die Klägerin lebe bis heute nicht in einem Einpersonenhaushalt, sondern in einer Lebensgemeinschaft mit M. Ein Haushaltschaden entstehe des weitern grundsätzlich nur, wenn die Betroffene zum Zeitpunkt des Unfalls auch einen eigenen Haushalt geführt habe. Dies sei aber bei der Klägerin nicht der Fall gewesen. Die Beklagte stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass die von der Klägerin anhand eines Einpersonenhaushaltes errechnete Forderung keine Grundlage habe und nichts zusätzlich und separat zu entschädigen sei, wenn die Haushaltsarbeiten wie Planung, Einkauf, Kochen, Raumpflege, Wäschebesorgung etc. bereits über die Pflege- und Betreuungskosten abgegolten würden.

Der Klägerin wurde der Hauptbeweis auferlegt, dass sie infolge ihres Gesundheitszustandes nicht in der Lage ist, einen Einpersonenhaushalt zu führen (Beweissatz 7) und dass bis ans Lebensende der Klägerin nicht mit einer Verbesserung des Gesundheitszustandes und damit der Arbeitsfähigkeit im Einpersonenhaushalt zu rechnen ist (Beweissatz 8).

Prof. G kommt in seinem Gutachten vom 19. Februar 1999 zum Schluss, dass die Klägerin nicht in der Lage sei, einen Einpersonenhaushalt zu führen. (...)

Aufgrund der gutachterlichen Ausführungen ist die Klägerin nicht in der Lage, einen Haushalt zu führen. Eine Verbesserung dieser Situation ist gemäss dem Gutachten grundsätzlich möglich, aber zurzeit bestehen keine Anzeichen dafür. Damit ist der Klägerin der Beweis für die Beweissätze 7 und 8 gelungen.

Die Klägerin ist im Alter von 19 Jahren verunfallt. Zur Zeit des Unfalls wohnte sie bei ihrer Mutter. Sie macht einen Haushaltschaden ab 1. Januar 1994 geltend. Am 1. Januar 1994 war sie 22 Jahre alt.

Entgegen der Meinung der Beklagten hat die Klägerin auch dann einen Anspruch auf einen Haushaltschaden, wenn sie zur Zeit des Unfalls noch keinen eigenen Haushalt geführt hat. Massgebend allein ist, ob sie ohne Unfall in der geltend gemachten Zeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung einen Haushalt führen würde ( BGE 108 II 434 = Pra 72 Nr. 43; BGE 117 II 623 f.). Ist anzunehmen, dass die Klägerin ohne Unfall ab dem 1. Januar 1994 Haushaltsarbeiten erbracht hätte, ist ein Haushaltschaden gegeben. Es ist allgemein anerkannt, dass verunfallte invalide Kinder einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Verdienstes haben. Auch bei ihnen wird angenommen, dass sie im Erwachsenenalter einen Beruf ergriffen und ein Erwerbseinkommen erzielt hätten. Auch sie haben zum Zeitpunkt des Unfalles keinen Beruf ausgeübt. Der schuldhaft handelnde Halter haftet für den entstandenen Schaden. Entscheidend ist nach Art. 61 SVG, ob durch den Unfall ein normativer Schaden in der geltend gemachten Zeitdauer entsteht, nicht ob die Klägerin zur Zeit des Unfalls einen eigenen Haushalt führt. Das Führen eines eigenen Haushaltes zum Zeitpunkt des Unfalles ist nicht Anspruchsvoraussetzung.

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 300 \*\***

Demnach besteht ein Anspruch auf Ersatz des Haushaltschadens. Bei Invalidität hat die Geschädigte einen Schadenersatzanspruch, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist. Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob die Geschädigte eine Ersatzkraft anstellt oder ob andere Personen die Hausarbeit übernehmen. Unerheblich ist weiter, ob die Hausarbeit reduziert wird und der damit verbundene Qualitätsverlust hingenommen wird. Der Schaden ist nach Art. 42 Abs. 2 OR nach dem Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen. Anhaltspunkt für die Schadensschätzung ist der Lohn einer Ersatzkraft. Zu schätzen ist die Zeit, die eine Ersatzkraft für die Haushaltsarbeit aufwenden müsste, die die Geschädigte nicht mehr selber erbringen kann. Diese Zeit ist mit dem angemessenen Stundenlohn zu multiplizieren. Da genaue Angaben nur schwer gemacht und in billiger Weise nicht gefordert werden können, ist auf die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen, die sich soweit als möglich auf Untersuchungen und Statistiken stützt. Beim Stundenlohn ist von den üblichen Ansätzen auszugehen (vgl. zum Ganzen: Pra 84 Nr. 172 ; BGE 117 II 623 f.; BGE 113 II 350 ; Stauffer/Schaetzle, Barwerttafeln, 4. A., Zürich 1989, N. 111; Pfiffner/Gsell, Schadensausgleich bei Arbeitsunfähigkeit in der Haus- und Familienarbeit, plädoyer 4/89, S. 45).

Der Zeitaufwand des Haushaltschadens ist streitig.

Die Klägerin behauptet, der Haushaltschaden sei aufgrund eines Einpersonenhaushaltes zu berechnen. Zu beachten ist allerdings, dass die Klägerin nach dem Unfall mit ihrer Mutter zusammen in einem Einfamilienhaus mit 6 Zimmern lebt. Ist nach dem Unfall bekannt, welche Umstände den Haushaltschaden bestimmen, ist auf diese abzustellen, wenn diese Umstände eine angemessene Schätzung des Haushaltschadens erlauben. Soweit möglich und zumutbar ist auf die konkreten Umstände des fraglichen Haushaltes abzustellen (Schaffhauser/Zellweger, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. II, Bern 1988, N. 1282). Wird beispielsweise eine konkrete Ersatzkraft zur Erbringung der Haushaltsarbeit angestellt und gleicht diese den gesamten unfallbedingten Ausfall der Haushaltsarbeit aus, so ist richtigerweise bei der Bestimmung des Schadens dieser Aufwand ausschlaggebend (Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 7. A., München 2000, S. 56). Es darf dann nicht abstrakt unterstellt werden, der Haushalt gestalte sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Andernfalls müsste ja angenommen werden, die Klägerin hätte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung mit 27 Jahren geheiratet und mindestens ein Kind grossgezogen (Bundesamt für Statistik, Erste Ergebnisse des Mikrozensus Familie, Pressemitteilung Nr. 5/1997). Das aber macht nicht einmal die Klägerin geltend.

Die Klägerin behauptet, ihre Mutter wende ca. 20 Stunden für den gemeinsamen Haushalt auf. Dies blieb unbestritten. Da davon auszugehen ist, dass die Tochter ohne Unfall die Hälfte der Haushaltsarbeiten in einem gemeinsamen Haushalt übernommen hätte, muss M die Hälfte der Haushaltsarbeiten ihrer Tochter übernehmen. Demnach führt M den Haushalt für die Klägerin während der Hälfte der 20 Stunden, d.h. während 10 Stunden pro Woche.

Strittig ist, ob der Brutto- oder Nettolohn massgeblich ist.

Die Beantwortung der Frage hängt von der Perspektive ab, aus welcher man die ganze Sache betrachtet.

Aus der Substitutionsperspektive prüft man, was die Anstellung einer bezahlten Arbeitskraft für die Erledigung der Haushaltsarbeit tatsächlich kosten würde. Falls man eine Arbeitskraft mit einem Arbeitsvertrag beschäftigt, wären Sozialversicherungsabgaben wie AHV-, Pensionskassen- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge zu entrichten. Substitutionsüberlegungen auf der Haushaltsebene sprechen daher für eine Bewertung mit Bruttolöhnen.

Die Bruttobewertung ist in Frage gestellt, wenn man die institutionellen Rahmenbedingungen der Hausarbeit in den Vordergrund stellt. Da bei der persönlichen Ausübung

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 301 \*\***

unbezahlter Tätigkeit keine Sozialversicherungsbeiträge anfallen und zudem durch die Hausarbeit keine bzw. nur indirekte Ansprüche gegenüber der Sozialversicherung entstehen, unterstellt eine Bewertung mit Bruttolöhnsätzen Sozialversicherungsbeiträge, die real nicht vorhanden sind.

Der Substitutionsansatz ist für die Bewertung des Haushaltschadens zu bevorzugen. Das Bundesgericht hat klar gemacht, dass auf die Kosten abzustellen ist, welche infolge der ausfallenden Hausarbeit durch eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft entstehen. Dementsprechend muss der Bruttolohn zur Anwendung gelangen (Pra 1995 Nr. 172 S. 556; Geisseler, Der Haushaltschaden, in: Alfred Koller, Hrsg., Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, S. 82; Widmer et al., Gedanken und Fakten zum Haushaltschaden aus ökonomischer Sicht, ZBJV 2000, S. 18 f., offen gelassen bei: Hans Peter Walter, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Haushaltschaden, in: Ileri, Hrsg., Die Ermittlung des Haushaltschadens nach Hirnverletzung, Zürich 1995, S. 33).

Die Klägerin macht einen Stundenansatz von Fr. 30.- geltend, was von der Beklagten bestritten wird.

BGE 108 II 434 ging für das Jahr 1976 von einem Stundenansatz von Fr. 15.- aus. In BGE 117 II 623 (Urteil vom 12. November 1991) wird der Wert einer Arbeitsstunde mit Fr. 22.70 angegeben. Für 1991 ist ein Stundenlohn in Genf von Fr. 30.- für das Bundesgericht nicht zu beanstanden (Urteil vom 9. September 1998 in: plädoyer 4/99 S. 65 f.). Nach Keller gehe man 1997 von Fr. 25.- bis Fr. 30.- aus (A. Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. 2, Bern 1997, S. 64). Schätzle spricht sich 1999 für einen Stundenlohn von Fr. 27.- aus (Münch/Geiser, Hrsg., Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, S. 412). Gemäss Geisseler war 1997 ein Stundenansatz von Fr. 27.- in städtischen Verhältnissen angemessen (Geisseler, Der Haushaltschaden, in: Alfred Koller, Hrsg., Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, S. 83), Nach einer Erhebung des Bundesamtes für Statistik verdienen hauswirtschaftlich Angestellte in der Schweiz durchschnittlich Fr. 19.65 netto. Das ergibt einen Bruttolohn von Fr. 21.35 (Widmer et al., Gedanken und Fakten zum Haushaltschaden aus ökonomischer Sicht, ZBJV 2000, S. 19).

Unter Berücksichtigung der Lohnnebenkosten und der Reallohnentwicklung erscheint heute ein Ansatz von Fr. 27.- pro Stunde für ein ländliches Gebiet angemessen. Bei einem wöchentlichen Arbeitsaufwand für den Haushalt von 10 Stunden beläuft sich der wöchentliche Schaden auf Fr. 270.- pro Woche.

Streitig ist, ob vier Wochen Ferien zu berücksichtigen sind. Die Klägerin multipliziert den Stundenaufwand pro Woche mit 52 Wochen. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 9. September 1998 den jährlichen Haushaltschaden ohne Ferien gerechnet (plädoyer 4/99 S. 65). Eine Begründung ist dem Entscheid jedoch nicht zu entnehmen. Da einer Hilfskraft die Ferien zu bezahlen wären, ist mit 52 Wochen zu rechnen (mit anderer Begründung: Pfiffner/Gsell, Schadensausgleich bei Arbeitsunfähigkeit in der Haus- und Familienarbeit, plädoyer 4/89, S. 49; offen gelassen bei: Hans Peter Walter, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Haushaltschaden, in: Ileri, Hrsg., Die Ermittlung des Haushaltschadens nach Hirnverletzung, Zürich 1995, S. 33).

Pro Jahr fällt ein Schaden von Fr. 14 040.- an (Fr. 270.- x 52).

Jährlich ist ein Haushaltschaden von Fr. 14 040.- geschuldet. Für die Zeit vom 1. Januar 1994 bis 12. Juni 2001 ist ein Schaden in der Höhe von Fr. 104 592.- (7,449543379 x Fr. 14 040.- = Fr. 104 591.60) entstanden.

Die Klägerin verlangt einen zukünftigen Haushaltsführungsschaden, kapitalisiert nach Stauffer/Schätzle, Tafel 20a, Alter 29, weiblich, K 23.45. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kapitalisierungsfaktoren der Tafel 20 der vierten Auflage von Stauffer/Schätzle zur Anwendung gelangen müssten. Die Beklagte macht geltend, es bestehe kein Grund mehr für eine Verlängerung des Haushaltschadens über die statistische Aktivität hinaus, nachdem wenigstens für die unselbstständig Erwerbenden nicht mehr nach Aktivität, sondern nur noch bis zum ordentlichen Pensionierungsalter kapitalisiert

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 302 \*\***

werde ( BGE 123 II 115 ). Es müssten also die Kapitalisierungsfaktoren der Tafel 20 der vierten Auflage von Stauffer/Schätzle Anwendung finden.

Wie bereits erwähnt vermag die Mutter die Klägerin nicht für die ganze Dauer der Pflegebedürftigkeit pflegen. Es ist schätzungsweise anzunehmen, dass die Klägerin ab dem 1. September 2017 in einem Heim betreut werden muss. Die Heimkosten sind von der Beklagten zu tragen. Da das Heim den Haushalt führen wird, sind in den Kosten der Heimunterbringung die Kosten der Hilfskraft für die Führung des Haushaltes eingeschlossen. Wird der Haushalt vom Heim erbracht und werden die dafür entstehenden Kosten konkret vergütet, so endet der Anspruch auf einen zusätzlich zu entschädigenden Haushaltschaden (Schulz-Borck/Hofmann, Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, 6. A., Karlsruhe 2000, S. 18; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 7. A., München 2000, S. 56). Dabei ist schätzungsweise anzunehmen, dass das Heim den ganzen unfallbedingten Ausfall der Haushaltsarbeit übernimmt. Niemand behauptet etwas anderes.

Die Klägerin ist heute 30 Jahre alt (Geburtsdatum: 24. Januar 1971). Der mit dem Urteilsdatum anfallende monatliche Haushaltschaden ist bis zum 31. August 2017 zu berücksichtigen. Das sind 16 Jahre. Der Schaden ist nach den Aktivitätstafeln zu berechnen (Stauffer/Schätzle, Barwerttafeln, Zürich 1989, N. 627, N. 714 und S. 40 Beispiel 8). Der jährliche Haushaltschaden von Fr. 14 040.- ist mit der Tafel 24 (temporäre Aktivitätsrente Frauen) zu kapitalisieren. Der Kapitalisierungsfaktor beläuft sich bei 16 Jahren auf 12.25. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 171 990.- zu bezahlen (Fr. 14 040.- x 12.25 = Fr. 171 990.-).

Die Beklagte schuldet der Klägerin folgende Kapitalsumme:

Pflege- und Betreuungsschaden bis 12.06.01: Haushaltschaden Fr. 423 095.-- Fr. 104 592.-- Fr.  
bis 12.06.01: Zukünftiger Haushaltschaden: 171 990.-- =====

Fr. 699 677.--

Die Beklagte macht geltend, für die Zeit vom 1. Januar 1994 bis 31. März 2000 schulde sie Fr. 187 500.- für die Pflege. Hinzu kämen als mittlerer Schadenszins Fr. 29 296.90, was zu einem Total von Fr. 216 796.90 führe. Die Beklagte behauptet weiter, dass sie neben der unbestrittenen Schadenerledigung bis 31. Dezember 1993 und der Abgeltung der Genugtuung für die Eltern der Klägerin akonto Gesamtschaden bereits total Fr. 300 000.- geleistet habe und zwar in Teilzahlungen von je Fr. 100 000.- am 11. April 1996, am 17. Oktober 1997 und am 12. April 1999. Entgegen den haltlosen Vorwürfen der Klägerin sei demnach der im Recht stehende vorübergehende Schaden aus Pflege bezahlt und die restlichen Fr. 83 203.10 würden als Akontoleistungen für die noch offene Genugtuung der Klägerin und den Ausfall aus Erwerb verbleiben.

Die Klägerin trägt in ihrer Eingabe vom 30. November 2000 vor, gemäss dem Auszug aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Dezember 1995 sei die Anrechnung der nach der Prozesseinleitung bezahlten Beträge nicht Prozessgegenstand. Auch im vorliegenden Fall könnten die von der Beklagten bezahlten Vorschüsse von gesamthaft Fr. 300 000.- nicht berücksichtigt werden.

Die Klage wurde am 4. Oktober 1995 hier rechtshängig. Die Beklagte zahlte demnach nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ihre Beträge.

Hat der Schuldner mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will (Art. 87 Abs. 1 OR). Weiter kann der Schuldner eine Teilzahlung nur insoweit auf das Kapital anrechnen, als er nicht mit Zinsen oder Kosten im Rückstand ist (Art. 85 Abs. 1 OR). Bestehen mehrere Hauptforderungen nebst Zinsen und Kosten, so ist bezüglich der Hauptforderungen zunächst nach Art. 86 und Art. 87 OR zu entscheiden, welche Schuld zunächst getilgt werden soll. Erst danach ist Art. 85 OR anzuwenden (Weber, Berner Kommentar, N. 11 zu Art. 85 OR).

Die Erklärung, welche Schuld von mehreren getilgt werden soll, kann der Schuldner nur bei der Zahlung abgeben. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 303 \*\***

Art. 87 Abs. 1 OR ("so ist er berechtigt, bei der Zahlung zu erklären", vgl. dazu: Jauernig et al., Kommentar zum BGB, 8. A., München 1997, N. 3 zu § 366 BGB; Soergel/Zeiss, Kommentar zum BGB, 12. A., Stuttgart 1990, N. 5 zu § 366 BGB). Die Beklagte hat akonto Gelder überwiesen und demnach gerade nicht erklärt, welche Schuld sie damit getilgt haben will. Mangelt es an einer Erklärung des Schuldners, so wird die Zahlung auf diejenige Schuld angerechnet, die der Gläubiger in seiner Quittung bezeichnet (Art. 86 Abs. 2 OR). Eine entsprechende Erklärung auf einer Quittung wird nicht behauptet. Liegt weder eine Erklärung des Schuldners über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so bestimmt das Gesetz in Art. 87 OR die Anrechnung der Zahlung auf die Schulden. Wenn die Schulden wie hier gleichzeitig verfallen sind, so findet eine verhältnismässige Anrechnung statt (Art. 87 Abs. 2 OR). Die Parteien können auch die Reihenfolge der Tilgung vertraglich regeln.

Da keine Partei behauptet, wie gross die einzeln fällig gewordenen Schulden (Haushaltschaden, Pflege- und Betreuungsschaden und Erwerbsausfall) sind, kann eine verhältnismässige Anrechnung durch das Gericht nicht erfolgen. Der Austausch von gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen über die Anrechnung wird ebenso wenig behauptet.

Demnach sind die Akontozahlungen in diesem Prozess nicht zu berücksichtigen.

Auf dem vergangenen Pflege- und Betreuungsschaden sowie auf dem vergangenen Haushaltschaden ist ein Zins von 5% ab dem mittleren Verfall geschuldet. Addiert man den Pflege- und Betreuungsschaden mit dem vergangenen Haushaltschaden, erhält man Fr. 527 687.-.

Pflege- und Betreuungsschaden bis 12.06.01: Haushaltschaden bis Fr. 423 095.-- Fr. 104 592.--  
12.06.01: =====

Fr. 527 687.--

Der mittlere Verfall (1.1.1994 bis 12. Juni 2001) fällt auf den 6. September 1997. Demnach hat die Beklagte 5% Zins auf Fr. 527 687.- seit dem 6. September 1997 zu bezahlen.

Die Klägerin verlangt für den zukünftigen Haushaltschaden 5% Zins seit dem Urteilsdatum auf Fr. 793 829.-.

Zins und Zinsenlauf sind nicht bestritten. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 5% Zins seit dem Urteilsdatum auf Fr. 171 990.- zu bezahlen.

Die Klägerin äussert sich zum Gebührenstreitwert nicht, obgleich sie vom Gericht dazu aufgefordert worden war.

Im Folgenden ist der Streitwert der Rechtsbegehren der Klägerin zu bestimmen. Die Klägerin wurde am 24. Januar 1971 geboren und ist demnach zur Zeit des Urteils 30 Jahre alt. Die in Ziffer 1 lit d. verlangte lebenslängliche Rente in der Höhe von monatlich Fr. 8538.- ist mit der Tafel 30, Alter 30, weiblich, zu kapitalisieren. Die Rente beläuft sich kapitalisiert auf Fr. 2 487 631.68 (Fr. 8538.- x 12 = Fr. 102 456.-; Fr. 102 456.- x 24.28 = Fr. 2 487 631.68).

Der Streitwert der klägerischen Begehren berechnet sich wie folgt:

Ziffer 1 lit. a Ziffer 1 lit. b Fr... 209 217.-- Fr... 793 829.-- Fr... 596 064.55 Fr. 2 487  
Ziffer 1 lit. c Ziffer 1 lit. d 631.68 =====

Fr. 4 086 742.23

Der Streitwert der klägerischen Begehren beträgt demnach rund Fr. 4 086 000.-.

Die Klägerin hält dafür, dass die Beklagte die ganzen Gerichts- und Anwaltskosten zu tragen habe, auch wenn die Klägerin nicht vollständig obsiegen würde. Der Ersatz des Schadens beruhe auf einer Schätzung des Gerichts. Daher sei ein gewisses Überklagen bei einem Haftpflichtprozess wesensimmanent. Die bisher geleisteten Akontozahlungen seien bei der Bemessung des Streitwertes und der Kostenaufgabe nicht zu berücksichtigen. Die Beklagte hält dafür, die Kosten seien nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen.

Die Kosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Siegt keine Partei in vollem Umfang, so sind die Kosten in der Regel den Parteien im Verhältnis aufzuerlegen, in welchem sie unterliegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Von dieser Regel kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende

**\*\* ZR 101 (2002) Seite 304 \*\***

Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruches nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde (§ 64 Abs. 3 ZPO). Aufgrund des Gutachtens muss die Klägerin ständig betreut werden. Weiter ist die Klägerin gänzlich unfähig, einen Haushalt zu führen. Die Beklagte hat in ihrer Klageantwort keinen Betrag anerkannt und den Umfang des Pflege- und Haushaltschadens gänzlich bestritten. Der Schaden

musste geschätzt werden. Da die genaue Bezifferung des Anspruches aufgrund der richterlichen Schadensschätzung schwierig ist, sind der Beklagten alle Kosten aufzuerlegen. Das Überklagen ist im Haftpflichtprozess systemimmanent. Auf den Prozessausgang kann nach allgemein anerkannter Meinung nicht abgestellt werden ( BGE 112 Ib 333 ; ZR 86 Nr. 56; Frank et al., N. 19 und N. 32 zu § 64 ZPO; Schaffhauser/Zellweger, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. II, Bern 1988, N. 966; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406; Münch/Geiser, Hrsg., Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, S. 433). Weiter ist die Beklagte auch zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. a) Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 699 677.- nebst 5% Zins

-- auf Fr. 527 687.- seit dem 6. September 1997 sowie

-- auf Fr. 171 990.- seit dem 12. Juni 2001 zu bezahlen.

b) Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für den Monat Juni 2001 eine Pflege- und Betreuungsschadensrente von Fr. 3087.- zu bezahlen.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ab dem 1. Juli 2001 bis 31. August 2017 jeweils eine monatliche Pflege- und Betreuungsschadensrente von Fr. 5145.-, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten jeden Monats, zu bezahlen.

Die Rente basiert auf dem Totalnominallohnindex 1993 des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2001. Die erste Anpassung hat am 1. Juli 2003 zu erfolgen. Die Rente wird alsdann auf den 1. Juli jeden Jahres dem Stand des Vorjahres angepasst.

Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

neue Rente = (neuer Index x ursprüngliche Rente) / alter Index

c) Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ab dem 1. September 2017 bis an ihr Lebensende jeweils eine monatliche Pflege- und Betreuungsschadensrente von Fr. 5928.-, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten jeden Monats, zu bezahlen.

Die Rente wird nach dem Totalnominallohnindex des Bundesamtes für Statistik auf den 1. Juli jeden Jahres dem Stand des Vorjahres angepasst. Die erste Anpassung der Rente von Fr. 5928.- hat am 1. Juli 2018 zu erfolgen.

Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

neue Rente = (neuer Index x ursprüngliche Rente) / alter Index

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf ..."

---

**B. LANDOLT HARDY, *Der Fall Kramis – Pflegeschaden quo vadis?*, in: ZBJV 2003, S. 394 ff. (Anhang 2)**

Der Fall Kramis (BGE vom 24.3.2002 4C.276/2001) – Pflegeschaden quo vadis? Hardy Landolt

ZBJV 5/2003 vom 26.05.2003

ZBJV-2003-394

Urteilsanmerkung

Der Fall Kramis (BGE vom 24.3.2002 4C.276/2001) – Pflegeschaden quo vadis?

Von PD Dr. iur. Hardy Landolt, LL.M., Rechtsanwalt, Glarus

Anmerkungen zum Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12.6.2001 (E01/0/HG950440) (publiziert in: plädoyer 6 [2001], 66 ff., plädoyer 1 [2002], 67 ff., und ZR 2002Nr. 94) sowie zum in gleicher Sache ergangenen Urteil des Bundesgerichts vom 26.3.2002 (4C.276/2001/rnd), publiziert und teilweise besprochen in: plädoyer 5(2002), 57 ff., HAVE 4(2002), 276 ff., und Pra 2002Nr. 212, p. 1127 ff., gleichzeitig eine Kritik am Urteil des Bernischen Appellationshofs vom 13.2.2002 (358/II2001) (publiziert in: ZBJV 12 (2002), 831 ff.)

## I. Der Fall Kramis

1. Frau Kramis erleidet 1990 bei einem Verkehrsunfall eine schwere Hirnverletzung und wird seit 1992 von ihrer Mutter zu Hause gepflegt. Der Rechtsvertreter der Verletzten macht vor dem Handelsgericht Zürich den aufgelaufenen und zukünftigen Pflege- und Betreuungsschaden sowie den Haushaltschaden geltend. Eingeklagt wird dabei ein aufgelaufener Pflege- und Betreuungsschaden von Fr. 596 064.55 (ab dem 1.1.1994; nebst Zins zu 5%) und eine monatliche, indexierte Pflegeschadenrente von Fr. 8538.– ab dem Urteilszeitpunkt.

2. Das Handelsgericht bejaht die Ersatzfähigkeit der unentgeltlichen Angehörigenpflege und zieht die hypothetischen Lohnkosten einer Pflegerin und die effektiven Fremdbetreuungskosten für die Bemessung der gegenwärtigen Pflegekosten heran (vgl. U HGer, a.a.O., E. V und VI, 16 ff.). In Abzug gebracht werden die Hilflosenentschädigung und die Lebenshaltungskosten (von den ungedeckten Heimpflegekosten nach dem angenommenen Heimeintritt im Jahr 2017).

3. Der aufgelaufene Pflege- und Betreuungsschaden beträgt nach der Meinung des Gerichts Fr. 429 079.10. Die zukünftigen Pflegekosten werden mittels einer Rente abgegolten, die nach Massgabe des Nominallohnindex indexiert wird. Die mit Wirkung ab dem Urteilszeitpunkt beginnende Pflegeschadenrente wird auf monatlich Fr. 5145.– festgesetzt und erhöht bzw.

ZBJV-2003-395

reduziert sich ab dem mutmasslichen Heimeintritt im Jahr 2017 auf Fr. 5928.–.

4. Das Handelsgericht Zürich bejaht im Übrigen einen Haushaltschaden von Fr. 14 040.– pro Jahr bis längstens zum Zeitpunkt des mutmasslichen Heimeintrittes der Klägerin im Jahr 2017. Der seit dem 1.1.1994 bis zum Urteilszeitpunkt aufgelaufene Haushaltschaden beträgt Fr. 104 591.60 (vgl. U HGer, a.a.O., E. VII, 45 ff.), während der zukünftige Haushaltschaden mit Fr. 171 990.– abgegolten wird (vgl. U HGer, a.a.O., E. VIII, 54 ff.).

5. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Das Bundesgericht hat beide Berufungen abgewiesen und den handelsgerichtlichen Entscheid vollumfänglich geschützt. Gleichzeitig mit dem Bundesgericht entscheidet der Berner Appellationshof über einen Pflegeschadenfall, stützt sich dabei jedoch auf entgegengesetzte Haftungsprinzipien ab.

## II. Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens

1. Das Handelsgericht geht von der uneingeschränkten Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens aus (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, S. 15), obwohl die Mutter der Verletzten die Pflege und Betreuung unentgeltlich erbringt, und macht damit klar, dass der Schadensbegriff von Art. 46 OR nicht nur effektiven – insbesondere den Heimpflegeschaden (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 27 ff.) –, sondern auch normativen Schaden umfasst und der Angehörigenpflege- bzw. Angehörigenbetreuungsschaden keinen Reflexschaden darstellt.

2. Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens schon im vorletzten Jahrhundert bejaht (vgl. z.B. BGE 211042, 1050: Pflege durch Ehefrau) und seither mehrfach bestätigt (vgl. z.B. BGE 28II 200: Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau, BGE 33II 594: Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben durch Mutter, BGE 35II 216: Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte, BGE 97II 259: Pflege und Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter, BGE 108II 422: Pflege und Betreuung einer 15-jährigen Tochter durch Mutter, und Urteil BGer vom 23.6.1999 i.S. P. St. [4C.412/1998] = Pra 1999890: Pflege und Betreuung eines Knaben durch Eltern). Im letzten Entscheid verwies das Bundesgericht – unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR – noch stark auf den Ermessenscharakter der Schadenberechnung (U BGer, a.a.O., E. 3), der sich

ZBJV-2003-396

der höchstrichterlichen Kontrolle entziehe, hielt im jüngsten Kramis-Urteil von 2002 jedoch fest, dass die zutreffende Schadenberechnung eine Rechtsfrage darstelle und mithin überprüfbar sei (U BGer, a.a.O., E. II/6, S. 17).

3. Die Praxis des Bundesgericht zu den Krankenbesuchskosten – als einem besonderen Aspekt des Betreuungsschadens – ist dabei nicht widerspruchsfrei geblieben: Ein Mal wurde die Aktivlegitimation der (besuchenden) Angehörigen bejaht (vgl. BGE 57II 68 E. 3b und BGE 69II 324 E. 3a, ein anderes Mal verneint, aber – gestützt auf die GoA – eine Drittschadensliquidation zugelassen (vgl. BGE 97II 259 E. 3b). Unabhängig davon, ob die GoA im innerfamiliären Verhältnis überhaupt greift (Angehörige handeln – entgegen dem klassischen Geschäftsführer – in der Regel ohne Restitutionswillen und zudem in eigenem Interesse), ist der Rückgriff auf dieses Rechtsinstitut in haftungstheoretischer Hinsicht mit zwei Folgerungen verbunden: Einerseits besteht der Schaden gestützt auf Art. 422 OR nur in einem Ersatz effektiver Verwendungskosten (= kein normativer Schaden); andererseits wird der Betreuungsschaden als ein Reflexschaden verstanden, der nur ersetzt werden kann, wenn ein Durchgriff nach Art. 419 ff. OR gerechtfertigt erscheint. Wer – wie der Berner Appellationshof – (auch) den Pflege- und Betreuungsschaden so versteht, der neigt zu einer restriktiven Haltung, die im Gegensatz steht zur handelsgerichtlichen Auffassung.

4. Im Sinne einer Vereinheitlichung der Doktrin ist der Pflege- und Betreuungsschaden (unter Einschluss der Krankenbesuchskosten) als normativer Schaden zu verstehen, wenn die fraglichen Dienstleistungen von Angehörigen unentgeltlich erbracht werden. Ersatz zu leisten ist dabei für objektiv notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, die als natürliche und adäquate Folge des haftungsbegründenden Ereignisses anfallen. Fallen bei den Angehörigen tatsächliche Kosten an oder erleiden sie einen effektiven Erwerbsausfall, wie das bei Krankenbesuchen der Fall ist, liegt kein normativer Schaden, sondern ein eigentlicher Vermögensschaden vor.

## III. Umfang der ersatzfähigen Pflegeleistungen

1. Das Bundesgericht bezeichnete in den vorerwähnten Entscheidungen (siehe supra N III/2) nicht nur eigentliche Pflege- und Betreuungsleistungen (vgl. z.B. BGE 108II 422), sondern auch die Kosten für Besuche im Spital (vgl. z.B. BGE 97II 259) als ersatzfähige Dienstleistungen von Angehörigen. Das Handelsgericht hat in diesem Zusammenhang Neuland beschritten, indem – gestützt auf ein Pflegeaufwandgutachten – neben der eigentlichen

Grund- und Behandlungspflege (> 4,5 Stunden pro Tag) auch die Betreuung und sogar der blosser Präsenzzeit aufwand der Mutter (> 4,5 Stunden pro Tag) als ersatzfähig bezeichnet worden sind (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 16 ff.). Das Handelsgericht verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Präsenzzeit entschädigt werden müsste, wenn nicht die Mutter, sondern eine Drittperson die Geschädigte überwachen müsste (siehe dazu infra N IV/1 ff. und Art. 10 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 [SR 221.215.328.4]).

2. Das Handelsgericht bejaht ferner eine Ersatzpflicht für die Hilfe der Mutter bei der Führung eines Einpersonenhaushaltes (> 18,5 Stunden pro Woche), hält aber dafür, dass die hauswirtschaftlichen Arbeiten während der Präsenzzeit erbracht werden können, weshalb nicht der volle Betreuungs- und Präsenzzeit aufwand (27 Stunden pro Woche) berücksichtigt wird (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 19). Diese teilweise Kompensation des Präsenzzeit aufwandes macht vor dem Hintergrund der Schadenminderungspflicht und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers Sinn. Wäre die Mutter nicht anwesend, müsste die Geschädigte Personal beschäftigen und Lohn für die geleistete Präsenzzeit bezahlen, könnte aber das Personal anhalten, nicht untätig herumzusitzen.

3. Die Handelsrichter sind sich sehr wohl bewusst, dass Frau Kramis «rund um die Uhr» betreut werden muss (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 14 und 18), erachten aber nur 4,5 Stunden für Betreuung und Präsenz als entschädigungspflichtig. Das Bundesgericht hat in einer älteren Entscheidung bei einer pflegenden Ehefrau festgestellt, dass der Haftpflichtige die familiäre Beistandspflicht nicht als Schadenreduktionsgrund ins Feld führen könne (vgl. BGE 28II 200 E. 5). Es drängt sich deshalb die Frage auf, warum nicht der gesamte Präsenzzeit aufwand abgegolten worden ist. Eine mögliche Erklärung könnte sein, dass das Gericht unausgesprochen davon ausging, dass die Mutter auch ohne den Verkehrsunfall bei ihrer Tochter anwesend gewesen wäre. Ein allfälliger «Ohnehin»-Präsenzaufwand ist nicht ersatzfähig, weil er in keinem rechtserheblichen Kausalverhältnis zum Unfall steht.

4. In künftigen Fällen wird deshalb zu klären sein, bei welchen familiären Konstellationen von einem «Ohnehin»-Präsenzaufwand ausgegangen werden darf. Es ist gut möglich und wohl sehr wahrscheinlich, dass die geschiedene Mutter und die erwachsene Tochter Kramis ohne Unfall nicht einen gemeinsamen Haushalt begründet hätten. Vor diesem Hintergrund wäre der gesamte, unfallbedingt entstehende Präsenzzeit aufwand abzugelten. Denkbar sind aber auch andere Konstellationen: Die pflegenden und betreuenden Eltern eines verletzten Kleinkindes oder die pflegende Ehefrau zum

Beispiel wären ohnehin anwesend gewesen, weshalb sich eine nicht vollumfängliche Anrechnung des Präsenzzeit aufwandes rechtfertigen kann.

5. Zu weit geht der Berner Appellationshof, wenn er unter Hinweis auf Art. 276 ZGB den Haftpflichtigen zu Lasten der beistandsverpflichteten Eltern entlastet und von der Nichtersatzfähigkeit des unfallbedingten Betreuungs- und Haushaltsmehraufwandes ausgeht (U Appellationshof BE, a.a.O., E. 8 und 9). Diese Auffassung widerspricht klar dem Grundgedanken, den das Bundesgericht in der Entscheidung 28II 200 E. 5 entwickelt hat. Der Angehörige ist gegenüber dem Geschädigten beistandsverpflichtet, nicht aber gegenüber dem Haftpflichtigen schadenminderungspflichtig. Der Geschädigte kann deshalb für alle notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen, die Angehörige als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses erbringen, Ersatz verlangen. Nicht ersatzfähig sind jedoch die Dienstleistungen, die ohnehin – ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses – erbracht worden wären (z.B. die Mithilfe des Ehemannes beim Eincremen der Ehefrau, so z.B. U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff.).

#### IV. Berechnungsmethode

1. Das Handelsgericht verweist auf die beim Haushaltschaden entwickelte Aufwandmessmethode und berechnet den monetären Wert der Pflege- und Betreuungsleistungen der Mutter, indem die anrechenbaren Stunden mit einem Stundenansatz multipliziert werden, der sich ergäbe, wenn entlohnte Dritte beigezogen werden müssten. Hinzugezählt werden ferner die effektiv ausgewiesenen Fremdbetreuungskosten des privaten Pflegedienstes, der jeweils am Sonntag und während 2–3 Wochen pro Jahr Mutter Kramis entlastet (> Fr. 736.– pro Monat). Bei den zukünftigen Pflegekosten verweist das Handelsgericht auf Art. 42 Abs. 2 OR und hält dafür, dass der zukünftige Pflegeaufwand gleich hoch wie der gegenwärtige sein wird (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 16). Ein allfälliger Pflegemehraufwand im Alter wurde, soweit ersichtlich, weder geltend gemacht noch gutachterlich abgeklärt.

2. Die gewählte Berechnungsmethode stellt prinzipiell eine – um die Fremdbetreuungskosten modifizierte – Stundenlohnberechnung dar, indem nur die effektiv geleisteten Stunden abgegolten werden. Obwohl das Handelsgericht – vor dem Hintergrund der bejahten Normativität des Schadens – zutreffend auf die hypothetischen Lohngesamtsummen eines entlohnten Dritten abstellt, ist die gewählte Berechnungsmethode nicht frei von Kritik. Die Geschädigte muss pro Tag während rund neun Stunden umsorgt werden.

ZBJV-2003-399

Müsste eine hypothetische Pflegeperson angestellt werden, so würde diese nicht im Stunden-, sondern im Monatslohn arbeiten und nur ein 40- bzw. 42-Stunden-Pensum pro Woche absolvieren (vgl. dazu auch Art. 2 und 13 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 [SR 221.215.328.4]).

3. Bei auf Monatslohnbasis entlohnnten Arbeitnehmern wird jedoch die Arbeitssollzeit und nicht die effektiv geleistete Arbeitszeit bezahlt. Der Arbeitnehmer fehlt dabei – betrachtet man ein Jahr – während rund 34 Tagen während der Arbeitssollzeit (20–25 Tage Ferien, vier Feiertage sowie zehn arbeitsfreie Tage infolge Krankheit, Unfall oder anderer unverschuldeter Gründe) und rund 104 Tage an den Wochenenden. Insgesamt fehlt der im Monatslohn angestellte Arbeitnehmer während rund 138 Tagen. Die effektive Arbeitszeit eines Monatslöhners umfasst so nur 227 Tage bzw. 1906 Stunden (bei einer täglichen Arbeitszeit von 8,4 Stunden oder einem 42-Stunden-Pensum pro Woche). Würde Mutter Kramis durch einen «Monatslöhner» ersetzt, wäre – nach dieser Sicht der Dinge – von einem jährlich höheren Pflegeschaden auszugehen.

4. Das Handelsgericht ging von einem Referenzbruttomonatslohn von Fr. 4500.– (mal 13) für 42,5 Stunden pro Arbeitswoche aus (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 21), rechnete den Jahres- bzw. Monatslohn auf einen Stundenansatz um (Fr. 58 500.– geteilt durch 52 Wochen geteilt durch 42,5 Stunden = Fr. 26.47) und multiplizierte Letzteren mit dem Pflegeaufwand von 4,5 Stunden pro Tag. Der Jahresbruttostundenlohn macht bei dieser Berechnungsart Fr. 43 477.– (365 Tage mal 4,5 Stunden mal Fr. 26.47) aus.

5. Würde die hypothetische Arbeitskraft aber im Monatslohn arbeiten, wäre sie pro Woche während fünf Tagen anwesend. Ihre Arbeitssollzeit beliefe sich auf 22,5 Stunden (fünf Arbeitstage à 4,5 Stunden), was – bezogen auf ein 42-Stunden-Pensum – einem rund 53%igen-Teilzeitverhältnis entsprechen würde. Der Jahresbruttolohn beliefe sich in diesem Fall auf Fr. 31 005.– (53% von Fr. 58 500.–). Dieser Lohn deckt aber – wie dargestellt – im Regelfall nur 227 Tage ab. Für 365 Tage wäre ein Betrag von Fr. 49 854.– einzusetzen. Die Differenz zwischen Monats- und Stundenlohnberechnung macht Fr. 6377.– oder rund 14,5% aus.

6. Dieses Rechenbeispiel verdeutlicht, dass zwischen der Monats- und der Stundenlohnbasis ein nicht unerheblicher betragsmässiger Unterschied besteht. In Fällen, in denen die hypothetische Arbeitskraft voraussichtlich im Monatslohn beschäftigt werden müsste, ist deshalb die Monatslohnberechnungsmethode anzuwenden. Bei zeitlich geringeren Einsätzen,

ZBJV-2003-400

z.B. für die Berechnung der vorübergehenden Spitalbesuchskosten, steht die Stundenlohnbasis wohl in Einklang mit den arbeitsvertraglichen Realien: Wer bloss stundenweise arbeitet, erhält keinen Monatslohn

(vgl. Art. 323 Abs. 1 OR und Art. 2 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 [SR 221.215.328.4]).

7. Die handelsgerichtliche Stundenlohnmethode ist ferner in einem weiteren Punkt zu kritisieren. Der im Stundenlohn angestellte Arbeitnehmer kann für das Risiko der unverschuldeten Arbeitsverhinderung, insbesondere für den Ferienfreistellungsanspruch, einen Lohnzuschlag einfordern. Die Stundenlohnansätze von einem Stundenlöhner sind deshalb höher als diejenigen eines Monatslöhners, weil Ersterer Anspruch auf Lohnzuschläge für den 13. Monatslohn, Ferien, Feiertage etc. hat (vgl. z.B. BGE 116II 515 E. 4), die beim Monatslöhner in natura bzw. durch eine Freistellung von der bezahlten Arbeitszeit abgegolten werden. Beim Stundenlöhner fallen dabei rund 14% höhere Lohnkosten an: Zuschlag Ferien (8,33%), Zuschlag Feiertage (Annahme: vier Tage – 1,66%) und Zuschlag für sonstige Ereignisse (Annahme: 10 Tage – 4,16%). Das Handelsgericht hätte deshalb einen entsprechenden Lohnzuschlag mitberücksichtigen oder zumindest klärend festhalten sollen, dass im angenommenen Referenzmonats- bzw. Referenzstundenlohn allfällige Zuschläge bereits enthalten sind.

8. Schliesslich verfahren die Handelsrichter mit der Mutter Kramis zu hart. Sie billigen ihr pro Woche nur einen freien Tag zu, gewähren ihr zwei bis drei Wochen Ferien und lassen sie bis zum 70. Altersjahr arbeiten (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 23 ff.). Kein hypothetischer Arbeitnehmer, auch kein Handelsrichter, würde ein solches Pensum wollen und – vor dem Hintergrund der Arbeitsmarktverhältnisse – auch nicht müssen. Eine adäquate Stellvertretung der Mutter Kramis kostet aber mehr als die berücksichtigten Fremdbetreuungskosten. In Tagen gerechnet hat das Handelsgericht 52 Sonntage und 15 Ferientage (zweieinhalb Arbeitswochen, wobei die Arbeitswoche von Mutter Kramis sechs Tage aufweist), insgesamt also 67 Tage abgedeckt, und zusätzlich weitere 52 Tage (s.c. Samstage), diese allerdings nicht zum höheren Ansatz der Fremdbetreuungskosten, abgegolten.

9. Ein hypothetischer Arbeitnehmer fehlt aber während 138 Tagen pro Jahr, weshalb in casu nur 109 Tage mehr oder minder entschädigt worden sind. Die fehlenden 29 Tage lassen sich auf die Feriendifferenz von eineinhalb Wochen (der Arbeitnehmer macht vier bzw. fünf Wochen Ferien, vgl. Art. 329a OR) sowie krankheitsbedingte und sonstige Absenzen (vgl. Art. 324a OR) zurückführen. Annäherungsweise fallen «doppelte Lohnkosten» – wie dargelegt – während 34 Tagen an. Während dieser Zeit fehlt der im

ZBJV-2003-401

Monatslohn angestellte «Hauptarbeitnehmer» und muss durch einen Stellvertreter ersetzt werden, was zur Folge hat, dass der Arbeitgeber für diesen Zeitraum doppelt zahlt.

10. Vollumfänglich zuzustimmen ist dem Handelsgericht schliesslich, als es auf die Brutto-Buttolohnkosten abstellt (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 22). Aus der Substitutionsperspektive muss der Geschädigte den Betrag erhalten, der erforderlich ist, um die Lohnkosten einer bezahlten Arbeitskraft abdecken zu können, wenn der pflegende Angehörige den Geschädigten entweder nicht mehr pflegen will oder kann. Unter dem Titel Arbeitgeberbeiträge addiert das Gericht 10% zum Bruttolohn, der wie erwähnt 13 Mal gerechnet wird, hinzu. Bei einem hohen jährlichen Lohnaufwand – wie im Fall Kramis – fallen u.U. aber höhere Arbeitgeberbeiträge an, weil neben den Beiträgen für AHV, IV, EO, AIV und BU auch solche für die berufliche Vorsorge zu bezahlen wären, wenn ein Drittperson angestellt wird. Liegt der jährliche Lohnaufwand jedoch unterhalb des Koordinationsabzuges (rund Fr. 25 000.–), so ist der Zuschlag von (bloss) 10% gerechtfertigt.

11. Anzufügen ist der Vollständigkeit halber schliesslich, dass das Handelsgericht zu Unrecht den Zuschlag für den 13. Monatslohn (8,33%) und denjenigen für Arbeitgeberbeiträge (10%) addiert (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 22). Rein rechnerisch korrekt wäre, zuerst die Jahresbruttolohnsumme um 8,33% zu erhöhen und dann vom gesamten Betrag 10% hinzuaddieren (auf den 13. Monatslohn muss der Arbeitgeber auch Sozialversicherungsbeiträge bezahlen).

12. Das Handelsgericht hat die Hilflosenentschädigung der IV in Abzug gebracht (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 26). Dieser Abzug ist gerechtfertigt, weil die Hilflosenentschädigung, die die Dritthilfe bei alltäglichen

Lebensverrichtungen pauschaliert abgilt (vgl. Art. 9 ATSG), mit dem Pflege- und Betreuungsschaden kongruent ist (vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. d ATSG). Beim Heimpflegeschieden wurden die eingesparten Lebenshaltungskosten abgezogen (vgl. infra N VII/3).

13. Die beklagte Winterthur Versicherung hat vor dem Bundesgericht geltend gemacht, dass vom Angehörigenpflegeschieden generell ein Abzug in Höhe von 30% zu machen ist, um eingesparte Sozialversicherungsbeiträge und Steuern zu kompensieren. Ein solcher Abzug wurde vom Bundesgericht verneint (vgl. U BGer, a.a.O., E. II/6, S. 13 ff.). Einerseits ist gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR u.U. auch bei Angehörigen vom Zustandekommen eines Arbeitsvertrages auszugehen, womit Sozialversicherungsbeiträge und (vom pflegenden) Angehörigen Einkommenssteuern zu bezahlen sind.

ZBJV-2003-402

Andererseits hat der Geschädigte keine Gewissheit, auf Dauer von Angehörigen gepflegt zu werden, und muss deshalb einen Betrag, mit dem die gesamten Brutto-Bruttolohnkosten abgedeckt werden können, zur Verfügung haben.

14. Schliesslich ist das Handelsgericht mit guten Gründen der Meinung, dass gestützt auf die Schadenminderungspflicht nicht vom Geschädigten verlangt werden kann, jeweils die billigste Pflegeform zu wählen (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 15). In casu erwies sich die Hauspflege teurer als die Heimpflege. Gleichwohl wurde eine Pflicht zur Heimunterbringung verneint, weil die Hauspflege den konkreten Umständen des Einzelfalles angemessen erachtet wurde. Der Oberste Gerichtshof Österreichs (vgl. Urteil OGH vom 26.5.1999 [5 Ob 50/99k] = ZVR 1999 Nr. 109, 375 ff.) hat diesen Grundsatz ebenso bestätigt wie das EVG in seiner Praxis bei der Abgrenzung der Spitex- von der Heimpflege (vgl. BGE 126V 334, siehe dazu die Urteilsbesprechungen von Duc in: AJP 2001453, und Pfiffner Rauber, B. [2000] Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: AJP 20001403 ff., sowie U EVG vom 18.12.1998 i.S. K.D. [K34/98] = RKUV 1999, 64 = SVR 2000 KV Nr. 9, siehe dazu die Urteilsbesprechung von Duc in: AJP 1999996, und Pestalozzi-Seger in: Behinderung und Recht, Beilage SAEB-Mitteilungen, Nr. 1/1999).

#### V. Höhe des Pflegestundenansatzes

1. Die Pflegeleistungen (> 4,5 Stunden pro Tag) werden vom Handelsgericht nach Massgabe eines Vergleichslohnes, der einer diplomierten Krankenschwester am Wohnsitz bezahlt werden müsste, bewertet. Gemäss Handelsgericht ist dabei ein Stundenansatz heranzuziehen, der einem «leicht erhöhten Einstiegslohn» von Fr. 4500.– brutto (3 13) für 42,5 Arbeitsstunden pro Woche entspricht (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 20 f.). Umgerechnet ergibt sich ein Stundenansatz von Fr. 26.50 brutto (ohne 13. Monatslohn) bzw. Fr. 28.70 brutto (mit 13. Monatslohn). Werden die Arbeitgeberbeiträge (> 10%) hinzugerechnet, resultiert ein Stundenansatz von Fr. 31.60 brutto-brutto.

2. Diesen Ansatz zieht das Handelsgericht für die Berechnung des aufgelaufenen Pflege- und Betreuungsschiedens (vom 1.1.1994 bis zum 12.6.2001) heran. Da kein Teuerungs- oder Reallohnzuschlag berücksichtigt wird, handelt es sich um einen durchschnittlichen Ansatz für die fraglichen

ZBJV-2003-403

rund sechseinhalb Jahre. In künftigen Pflegeschiedenfällen wird deshalb nicht klar sein, welches die zeitliche Basis für den besagten Ansatz von Fr. 31.60 ist, die herangezogen werden muss (1994, Mitte 1997 oder Mitte 2001?), um Teuerung und Realloohnerhöhung zu bestimmen.

3. Da Frau Kramis wohl auf Dauer bei ihrer Mutter wohnen wird, ist die Anknüpfung an die Lohnkosten am Wohnsitz sicher gerechtfertigt. Ist der pflegebedürftige Geschädigte aber mobil oder weiss man, wie bei Kindern, nicht, wo der zukünftige Wohnsitz dereinst sein wird, muss auf einen gesamtschweizerischen Mittelwert abgestellt werden. Damit werden eine Über- und Unterentschiedigung vermieden, die entstehen,

wenn zu hohe oder zu tiefe kantonale Pflegelöhne herangezogen werden. Anzuführen ist allerdings, dass die Pflegelöhne generell bzw. in einigen Kantonen gegen den Anspruch auf Lohngleichheit (Art. 8 Abs. 3 BV) verstossen (vgl. z.B. das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, 4. Abteilung/4. Kammer, vom 22.1.2001 [VK.1996.00 011], auf dem Internet zugänglich). Um eine Unterentschädigung in Bezug auf die zukünftigen Pflegekosten zu verhindern, müssen deshalb diskriminierungsbereinigte Vergleichslöhne herangezogen werden.

4. Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE 1997) wurde für die Berechnung des volkswirtschaftlichen Gesamtwertes unentgeltlicher Pflegeleistungen ein Pflegestundenansatz von Fr. 32.20 herangezogen. Dieser Stundenansatz entspricht der Äquivalenzgruppe «Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern» und gibt einen Durchschnittswert der Pflegelöhne diplomierter und nicht diplomierter Pflegefachkräften wieder (vgl. Bundesamt für Statistik, [1999] Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg, 49).

5. Der vom Handelsgericht für den Zeitraum 1994–2001 verwendete Stundenansatz von Fr. 31.60 brutto-brutto ist vor diesem Hintergrund, nicht zuletzt wegen der Lohndiskriminierungsproblematik, als tendenziell zu tief zu qualifizieren. Es kommt hinzu, dass der fragliche Durchschnittswert, der für die Berechnung des aufgelaufenen Schadens vertretbar ist, auch für die Berechnung der ab dem Urteilszeitpunkt (2001) beginnenden Rente herangezogen wurde. Korrekterweise hätte hierfür aber auf den Stundenansatz abgestellt werden müssen, der im Jahr 2001 galt.

6. Im Kanton Zürich wurden die Pflegelöhne im fraglichen Zeitraum gestützt auf das vorerwähnte verwaltungsgerichtliche Urteil rückwirkend bis 1996 erhöht, wobei eine Heraufsetzung um zwei Lohnklassen erfolgte.

ZBJV-2003-404

Vom Verwaltungsgericht Zürich wurde im fraglichen Fall angeordnet, das Krankenpflegepersonal (DN II) von der Lohnklasse 12 neu in die Lohnklasse 14 einzustufen (beantragt war eine Einstufung in Lohnklasse 15). Regierungs- und Kantonsrat haben in der Folge die kantonale Besoldungsrichtlinien geändert (siehe nachfolgende Tabelle). Die massgeblichen Brutto- bzw. Brutto-Bruttostundenansätze waren nach der Anpassung um 5–10% höher, was den vom Handelsgericht angenommenen Stundenansatz relativiert.

Beispiel Kanton Zürich (Basis der kantonalen Besoldungsrichtlinien ist der Bruttolohn, inkl. 13. Monatslohn, ohne Ferien- und Frei-Tage-Anteil; Stand: 1.1.2001; LS = Leistungsstufe – ES = Erfahrungsstufe – AS = Anlaufstufe)

Berufsgattung	Minimum/Std.	Maximum/Std.	Durchschnitt
Diplomierte Pflegeperson II	LS 39.97	LS 44.13	LS 42.–
(Lohnklasse 14)	ES 30.67	ES 39.07	ES 34.87
	AS 28.57	AS 29.62	AS 29.10
Diplomierte Pflegeperson I	LS 37.83	LS 41.74	LS 39.79
(Lohnklasse 13)	ES 29.03	ES 36.98	ES 33.–
	AS 27.05	AS 28.04	AS 27.55
Pflegeperson FA SRK	LS 35.90	LS 39.93	LS 37.92
(Lohnklasse 12–13)	ES 27.56	ES 35.09	ES 31.33

	AS 25.68	AS 26.62	AS 26.15
Pflegeassistent/-in	LS 31.28	LS 36.30	LS 33.79
(Lohnklasse 9–10)	ES 24.04	ES 31.91	ES 27.80
	AS 22.40	AS 24.22	AS 23.31
Pflegehilfe	LS 28.17	LS 34.79	LS 31.48
(Lohnklasse 6–9)	ES 21.66	ES 30.58	ES 26.12
	AS 20.20	AS 23.22	AS 21.71

## VI. Höhe des Betreuungsstundenansatzes

1. Das Handelsgericht bewertet Betreuung und Präsenz – unter Hinweis auf die SAKE-Erhebung 1997 – pro Stunde mit Fr. 21.35 brutto (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 21 f.) bzw. Fr. 25.25 brutto-brutto (Fr. 21.35 plus 8,33% für den 13. Monatslohn und 10% für Arbeitgeberbeiträge), hauswirtschaftliche Dienstleistungen demgegenüber mit Fr. 27.– brutto-brutto

ZBJV-2003-405

(vgl. U HGer, a.a.O., E. VII, 45 ff.). Dieses unterschiedliche, wenn auch geringfügige «Lohnsplitting» ist einerseits zu kompliziert und scheint andererseits nicht gerechtfertigt zu sein.

2. Die Betreuung von Schwerstpflegebedürftigen weist m. E. ein höheres Anforderungsprofil auf als das Besorgen des Haushaltes. Diese Tatsache widerspiegelt sich auch in der SAKE-Erhebung 1997. Dort wird für innerfamiliäre Betreuungsdienstleistungen (s.c. Kinderbetreuung) ein Brutto-Bruttostundenansatz von Fr. 33.45 bzw. für Haushaltsarbeit ein solcher von Fr. 26.60 empfohlen (vgl. dazu Pribnow V./Widmer R./Sousa-Posa A./Geiser Th. [2002] Die Bestimmung des Haushaltschadens auf der Basis der SAKE, in: HAVE 1[2002], 24 ff., insbes. 37).

3. Der Betreuungsstundenansatz sollte deshalb höher als der Haushaltstundenansatz sein. Die Praxis hat denn auch vereinzelt Qualitätszuschläge gewährt, wenn die Hausfrau nicht nur Hausarbeiten erledigen, sondern auch Angehörige pflegen und betreuen musste (vgl. z.B. Urteil KGer SG vom 7.7.1985 = SJZ 1987399 E. 3, in welchem Entscheid ein Qualitätszuschlag u.U. für die Pflege alter Personen gewährt wurde). Es kommt hinzu, dass im Rahmen der SAKE-Erhebung für die «Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern» ein Stundenansatz von Fr. 32.20 herangezogen wurde (vgl. dazu supra N V/4). Der vom Handelsgericht gewählte Betreuungsstundenansatz von Fr. 25.55 brutto-brutto für den Zeitraum 1994–2001 ist deshalb ebenfalls als zu tief zu qualifizieren.

4. Der Haushaltstundenansatz von Fr. 27.– brutto-brutto für den Zeitraum 1994–2001 erscheint demgegenüber als angemessen, nicht zuletzt deshalb, weil das Bundesgericht 1998 in Haushaltschadenfällen einen Ansatz von Fr. 30.– pro Stunde für gerechtfertigt auch in ländlichen Gebieten erachtet hat (vgl. dazu Urteil BGer vom 9.9.1998 [4C495/1997] = plädoyer 4[1999], 65 ff.).

## VII. Berechnung zukünftiger Pflegekosten

1. Bei der Berechnung der zukünftigen Pflegekosten (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 27 ff.) lässt sich das Handelsgericht zu Recht von der Idee leiten, dass es der Mutter nicht möglich sein wird, ihre Tochter bis zu deren Lebensende zu pflegen. Wider die Arbeitsmarktverhältnisse ist allerdings die Hypothese, dass die Mutter bis zum 70. Altersjahr in der Lage sein wird, die Pflege- und Betreuungsarbeiten zu erbringen (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI,

ZBJV-2003-406

36). Wäre Mutter Kramis eine Arbeitnehmerin, würde sie mit Erreichen des 64. Altersjahres pensioniert. Es rechtfertigt sich deshalb, bereits früher von einem Wechsel der Pflegeform auszugehen.

2. Auf Grund der konkreten Verhältnisse ist es nahe liegend, dass die pflegebedürftige Geschädigte, fällt ihre Mutter altershalber einmal aus, nur noch in einem Pflegeheim adäquat versorgt werden kann (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 37 ff.). Das Handelsgericht hat die gegenwärtigen Heimkosten, die entstünden, wenn die Geschädigte bereits im jetzigen Zeitpunkt in einem Heim untergebracht werden müsste, konkret eruiert. Herangezogen wurden die Pensions- und die Pflorgetaxe eines geeigneten Heimes. Nicht berücksichtigt werden dabei die Subventionen, die das Heim von Bund und Kanton erhält (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 42).

3. Im Anschluss extrapoliert das Handelsgericht die gegenwärtigen Heimkosten anhand der Teuerungsrate der gesamten Gesundheitskosten der Jahre 1990–1998 (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 43 f, > 5,5% p.a.) bis ins Jahr 2017 (mutmasslicher Heimeintritt, wenn Mutter Kramis siebzig wird). In Abzug gebracht werden dabei die im Urteilszeitpunkt eingesparten Lebenshaltungskosten (> Fr. 1465.–); diese werden anhand der Teuerungsrate der Konsumentenpreise der Jahre 1985–1999 hochgerechnet (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 44 f., > 2,53% p.a.), womit letztlich per 2017 ungedeckte Heimkosten in Höhe von Fr. 5928.– (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 45) gegenüber heutigen monatlichen Hauspflegekosten von Fr. 5145.– (vgl. U HGer, a.a.O., E. V, 32) resultieren.

4. Die Berechnung der zukünftigen Heimpflegekosten ist im Ansatz überzeugend, hinterlässt aber zahlreiche Fragen. Unklar ist zunächst, weshalb auf die (tiefere) Teuerungsrate der gesamten Gesundheitskosten (5,5%) und nicht auf die (höhere) Teuerungsrate der Pflegeheimkosten (14,42%, siehe die nachfolgende Tabelle) abgestellt worden ist. Irritierend ist auch die unterschiedliche Vergleichsperiode (neun Jahre bei den Gesundheitskosten und 15 Jahre bei den Konsumentenpreisen); wenn schon, dann hätte eine Vergleichsperiode von 16 Jahren herangezogen werden müssen (der mutmassliche Heimeintritt wird ja für das Jahr 2017 erwartet), vorausgesetzt, dass sich der Entwicklung in der Vergangenheit überhaupt eine Aussage für die Zukunft entnehmen lässt.

Pflegekosten zulasten der Grundversicherung seit Einführung des KVG (in Mio. Fr.):

ZBJV-2003-407

	Pflegeheim		Spitex		Pflege insgesamt	
	Absolut	relativ	absolut	relativ	absolut	relativ
		zu Vorjahr		zu Vorjahr		zu Vorjahr
1996	660		133		793	
1997	784	18,8%	163	22,6%	947	19,4%
1998	1019	30,0%	200	22,7%	1219	28,7%
1999	1127	10,6%	223	11,5%	1350	10,7%
2000	1197	6,2%	250	12,1%	1447	7,2%
2001	1275	6,5%	278	11,2%	1553	7,3%

Tabelle 1: Auszug aus Versichertenstatistik santésuisse

5. Wie bereits erwähnt, hat das Handelsgericht die objektgebundenen Subventionen nicht als Schaden berücksichtigt (vgl. supra N VII/2). Diese Schlussfolgerung ist infolge fehlender persönlicher und sachlicher Kongruenz zwischen Subventionen und Pflegeschaden zutreffend. Die Ausklammerung der Subventionen, so gerechtfertigt sie ist, bewirkt gleichwohl ein haftungsrechtliches Unbehagen. Der Sozialversicherungsgesetzgeber ist – vor allem im Pflegebereich – reformfreudig. So soll im Rahmen der 4.

IV-Revision eine Assistenzentschädigung eingeführt, gleichzeitig aber die Pflegeheim- und Spitexfinanzierung im Rahmen des neuen Finanzausgleichs kantonalisiert werden. Beabsichtigt ist auch, dass die Gesundheitskosten konsolidiert, wenn nicht gar reduziert werden sollen. Wohin die Reise des Sozialstaates aber genau führt, weiss niemand.

6. Fest steht einzig, dass die heute getroffenen Annahmen morgen, ganz sicher, übermorgen nicht mehr richtig sein werden. Trotz Art. 42 Abs. 2 OR bleiben beim Pflegeschaden, vor allem beim Heim- und Spitalpflegeschaden, Bedenken hinsichtlich der korrekten Berechnung der zukünftigen Pflegekosten bestehen, weil bereits geringfügige Systemänderungen, insbesondere der Wegfall von Subventionen, beim Geschädigten zu nachhaltigen Mehrkosten führen können. Absehbar ist darum, dass sich die Problematik der (umstrittenen) Revidierbarkeit von Pflegeschadenrenten und Kapitalabfindungsvereinbarungen infolge Grundlagenirrtums in Zukunft vermehrt stellen wird. Ein Ausweg aus dem Berechnungsdilemma könnte eine fortlaufende Schadenliquidation bilden; eine solche wird aber erfahrungsgemäss von den Versicherern abgelehnt.

## VIII. Abgeltungsform

ZBJV-2003-408

1. Da die Klägerin von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht hat, spricht das Handelsgericht eine ab dem Urteilszeitpunkt laufende Pflegeschadenrente von Fr. 5145.– zu (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 35 f.). Diese wird an den Nominallohnindex gebunden, womit nach der Auffassung des Handels- und des Bundesgerichts sowohl der zukünftigen Teuerung als auch zukünftigen Realloohnerhöhungen gebührend Rechnung getragen wird (vgl. U HGer, a.a.O., E. VI, 32 ff., und U BGer, a.a.O., E. II/8, S. 19). Hätte die Klägerin eine Kapitalabfindung gewählt, so hätte die zukünftige Realloohnerhöhung (Annahme: 1%) durch einen reduzierten Kapitalisierungszins von 2,5% statt 3,5% berücksichtigt werden müssen.

2. Beim Spital-, Heim- und Spitexpflegeschaden kann nicht auf den Nominallohnindex zurückgegriffen werden. Die durchschnittliche Teuerungsrate von Spital-, Heim- und Spitexpflegekosten ist erfahrungsgemäss höher als diejenige der Konsumentenpreise und Nominallöhne. In den Jahren 1966–1989 z.B. haben sich die durchschnittlichen Krankenpflegekosten pro Versicherten von 100% auf 866,4%, die Konsumentenpreise von 100% auf 243,5%, die Arbeiterlöhne von 100% auf 373,5% und die Angestelltenlöhne von 100% auf 353,2% erhöht (vgl. Tabelle A5.1 Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6.11.1991 [Separatdruck], 157). Im Zeitraum 1985–1994 liegen z.B. die jährlichen Zuwachsraten der Pflegekosten (6,7% für die Grundversicherung, 13,8% für die Spitalzusatzversicherung) ebenfalls deutlich über denjenigen der Konsumentenpreise (2,9%) und Angestelltenlöhne (3,6%) (vgl. Tabelle G13.8 Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1996 und Tabelle 1 in: CHSS 19949).

3. Landesindex der Konsumentenpreise und Nominallohnindex können deshalb für Spital-, Heim- und Spitexpflegekosten nicht herangezogen werden. Wird trotzdem darauf abgestellt, entsteht beim Geschädigten eine Unterentschädigung, die sich vor allem bei jüngeren Geschädigten nachteilig auswirkt. Dies übersieht das Handelsgericht etwa, wenn es die künftigen Heimpflegekosten, ausgehend vom aktuellen Kostenstand, mit der von ihm errechneten Gesundheitskostenteuerungsrate von 5,5% p.a. bis 2017 hochrechnet, die Heimpflegeschadenrente ab 2017 aber an den Nominallohnindex koppelt. Geht man von einem Reallohnwachstum zwischen 1 und 2% aus, ergibt sich ab 2017 eine jährliche Einbusse von rund 4%. Bei monatlich ungedeckten Heimkosten in Höhe von Fr. 5928.– beträgt der Ausfall Fr. 2 845.45 p.a. bzw. Fr. 62 059.25 bis zum Tod (vgl. Barwerttafel 1, Alter 46, Faktor Frau 21.81).

ZBJV-2003-409

4. Eine an den mutmasslich zukünftigen Spital-, Heim- und Spitexpflegekosten orientierte Indexierung einer Pflegeschadenrente setzt voraus, dass bekannt ist, welche Gesamtkosten für ambulante Pflegeleistungen, z.B. Spitexleistungen (siehe dazu die jährlichen Spitex-Statistiken, siehe betreffend Spitex-Statistik 2000 z.B. <http://www.bsv.admin.ch/kv/statistik/d/index.htm>), bzw. stationäre Pflegeleistungen in einem Heim (siehe dazu supra N VII/2 f.) oder Spital anfallen (werden), und hernach festgestellt wird, welches der Anteil ist, den

die Leistungsempfänger von diesen Gesamtkosten direkt tragen müssen und wie sich die Belastung prozentual über die Jahre entwickelt hat bzw. entwickeln wird (vgl. dazu z.B. T9 Bundesamt für Statistik, [1999] Kosten des Gesundheitswesens. Definitive Ergebnisse 1997 und Entwicklung seit 1960, Neuenburg, wo ein derartiger Quervergleich für das Jahr 1997 abgedruckt ist, der aber keine Angaben über die Alters- und Pflegeheimkosten enthält).

5. Da kein Index für ambulante und stationäre Pflegekosten existiert, ist eine Indexierung von Pflegeschadenrenten gestützt auf einen periodisch publizierten Index – wie den Landesindex der Konsumentenpreise – nicht möglich. Eine Indexierung ist lediglich insoweit möglich, als die Pflegeschadenrente an die Kostensteigerung im Bereich der Spitex oder der ambulanten bzw. stationären Gesundheitskosten gekoppelt wird. Denkbar ist auch, die Pflegeschadenrente an den für Pflegesozialleistungen massgeblichen sozialversicherungsrechtlichen Mischindex zu binden (vgl. dazu Maurer, A., [1993] Bundessozialversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 112).

#### IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Klägerin hat vorsichtshalber mehr eingeklagt, als ihr das Handelsgericht letztlich zusprach. Beim Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen hat der Umstand des «Überklagens» aber keine Nachteile zur Folge. Das Handelsgericht anerkennt, dass die Schadenberechnung in Pflegeschadenfällen heikel und es deshalb gewissermassen unvermeidbar ist, dass der Geschädigte zu viel fordert. Die Beklagte wird trotz des teilweisen Unterliegens zur Tragung der Gerichtskosten und zum Ausrichten einer Parteientschädigung verpflichtet (vgl. U HGer, a.a.O., E. XII, 59 ff.). Konsequenterweise müsste bei einem «Unterklagen» dem Geschädigten Gelegenheit für eine Klageänderung geboten werden; dies sollte zumindest für pendente Fälle gelten, in denen die Schadenberechnung noch nach Massgabe der präjudizienlosen Zeit ante Kramis vorgenommen wurde.

#### X. Schlussbetrachtung

ZBJV-2003-410

1. Die Pflegeschadenproblematik ist komplex. Ersatzfähigkeit, Berechnung und Abgeltung des Pflege- und Betreuungsschadens sind unklar. Besondere Schwierigkeiten bestehen beim Angehörigenpflegeschaten. Das Handelsgericht Zürich und das Bundesgericht haben im Kramis-Fall wichtige Grundsätze aufgestellt: Der Angehörigenschaden wurde als normativen Schaden bezeichnet und die Schadenberechnung abstrakt nach Massgabe der hypothetischen Lohngesamtsummen bei Hinzuziehen einer Pflegefachkraft, jedoch konkret nach Massgabe des effektiven Pflege-, Betreuungs-, Präsenz- und Haushaltsaufwandes, vorgenommen.

2. Der Kramis-Fall hat für künftige Pflegeschadenfälle wegleitenden Charakter, wenngleich mit ihm nicht alle Fragen restlos geklärt sind. Allein der zeitgleich mit dem Bundesgerichtsurteil im Kramis-Fall gefällte Entscheid des Berner Appellationshofes zeigt, wie unsicher die Praxis ist bzw. vor dem jetzt vorliegenden Präjudiz war. In letztgenanntem Berner Urteil, das gut einen Monat vor dem Bundesgerichtsentscheid gefällt wurde (für einmal waren die Berner zu schnell!), wurde noch das Fehlen höchstrichterlicher Präjudizen bemängelt und ein restriktiver Ansatz gewählt. Es ist zu hoffen, dass die Beteiligten (Versicherer, Anwälte und Gerichte) zu einem einheitlichen Modus finden, wie Pflegeschadenfälle zu liquidieren sind.

**C. LANDOLT HARDY, *Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige. Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) = VersR 2005/33, S. 1593 ff., in: HAVE 2006, S. 238 ff. (Anhang 3)***

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

Hardy Landolt \*

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

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

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

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

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

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

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

**B. Ersatzfähigkeit des Verdienstaufschlages des Vaters**

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

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

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

### III. Bemerkungen

#### A. Ersatzfähigkeit und Rechtsnatur des Angehörigenbetreuungsschadens

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **C. Ohnehinbetreuungsbedarf bei Kindern**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **B. Ersatzpflichtiger Schaden**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **Fussnoten:**

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

---

**Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.**

**D. KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, S. 123 ff. (Anhang 4)**

## NEUN THESEN ZU DEN HILFELEISTUNGSKOSTEN (PFLEGE- UND BETREUUNGSKOSTEN) IM HAFTPFLICHTRECHT

*In einem Entscheid vom 26. März 2002 äusserte sich das Bundesgericht eingehend zu einer Problematik, die erst vor relativ kurzer Zeit neu entdeckt (oder wiederentdeckt) worden ist, nämlich über die Pflege- und Betreuungskosten im Haftpflichtrecht. Dieser Aufsatz versucht einerseits, den Begriff der Pflege- und Betreuungskosten - hier Hilfeleistungskosten genannt - zu definieren und zu konkretisieren. Andererseits werden darin auch deren Ersatzfähigkeit und Abgeltung entsprechend behandelt. Anhand von einzelnen Thesen sollen die entsprechenden Aussagen auf den Punkt gebracht werden.*

*Dans un arrêt du 26ème mars 2002, le Tribunal fédéral s'exprime de manière détaillée au sujet d'une question apparue (ou réapparue) récemment, celle des frais d'assistance en responsabilité civile. Cette contribution fait le point de la situation en la matière sous la forme de quelques thèses. D'une part, elle tente de définir et de concrétiser la notion des frais d'assistance. D'autre part, elle traite du caractère indemnisable de tels frais et de leur indemnisation concrète.*

Daniel N. Kaufmann \*

---

**\*\* HAVE 2003 Seite 123 \*\***

### Einleitung

Dem Bundesgerichtsentscheid vom 26. März 2002 <sup>1</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 3. Juni 1990 ereignete sich in Zug eine heftige Kollision zwischen dem Motorrad von Frau X, geboren am 24. Januar 1971, und dem Personenwagen von Herrn Y, weil Letzterer das Vortrittsrecht von Frau X missachtet hatte. Frau X erlitt sehr schwere Verletzungen - unter anderem ein Schädel-Hirn-Trauma. Nach langem Spital- und Rehabilitationsaufenthalt wurde sie im April 1992 nach Hause entlassen. Seit jenem Zeitpunkt wohnt sie bei ihrer Mutter, welche sie pflegt und betreut.

Im Jahre 1995 reichte Frau X beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage gegen den Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer von Herrn Y ein.

Das Handelsgericht verpflichtete in der Folge den Haftpflichtversicherer zur Abgeltung des erlittenen Pflege- und Betreuungsschadens sowie des Haushaltschadens zugunsten der Geschädigten.<sup>2</sup> Das Bundesgericht bestätigte das Urteil des Handelsgerichts in sämtlichen mit Berufung angefochtenen Punkten.

Mit Hilfe des Handelsgerichts- und des Bundesgerichtsentscheids wird die Frage der Abgeltung der Pflege- und Betreuungskosten in verschiedene Thesen gefasst.

### Begriffsbestimmungen

Rechtsprechung und Lehre verwenden für die Umschreibung des Schadens, welcher unter anderem Leistungen von Angehörigen zugunsten des Geschädigten umfasst, entweder den Begriff Pflegeschaden,<sup>3</sup> Betreuungsschaden<sup>4</sup> oder Pflege- und Betreuungsschaden.<sup>5</sup> Rechtsprechung und Lehre sind sich aber nicht nur über die Wahl des "richtigen" Begriffs uneinig, sondern auch über die Definitionen der einzelnen Begriffe. So ist bis zum heutigen Zeitpunkt nicht geklärt, was unter Pflege- und/oder Betreuungskosten konkret zu verstehen ist. Auch das Handelsgericht Zürich hat in

**\*\* HAVE 2003 Seite 124 \*\***

seinem Urteil vom 12. Juni 2001 diese Unsicherheit nicht geklärt.

Aus diesem Grund wird zugunsten einer verbesserten Übersichtlichkeit und Verständlichkeit im Folgenden der Oberbegriff Hilfeleistungsschaden (bzw. Hilfeleistung oder Hilfeleistungskosten) anstelle des sonst üblichen Pflege- und/oder Betreuungsschadens verwendet. Weiter unten wird der Begriff Hilfeleistungsschaden zudem in verschiedene Unterkategorien aufgeteilt und damit auch entsprechend definiert.<sup>6</sup>

These 1: Grundsätzlich entscheidet der Geschädigte über seinen Aufenthalt zu Hause oder in einem Heim - Ausnahme: Die vom Geschädigten gewählte Form der Lebensgestaltung ist den Umständen des Falles nicht angemessen.

Das Handelsgericht Zürich entschied, dass der Schädiger in der Regel den Pflege- und Betreuungsbedarf in der vom Geschädigten gewählten Lebensgestaltung zu decken hat, und zwar immer dann, "wenn die gewählte Pflegeform den konkreten Umständen des Falles angemessen erscheint und im Einklang mit der objektiven Pflegebedürftigkeit steht".<sup>7</sup> Daraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass von diesem Grundsatz dann abzuweichen ist, wenn die vom Geschädigten bzw. von seinem Vertreter gewählte Form der Lebensgestaltung den Umständen des Falles nicht entspricht und/oder nicht in einem ausgewogenen Verhältnis zur objektiven Pflegebedürftigkeit des Geschädigten steht.<sup>8</sup>

In diesem Fall kann der Geschädigte nicht Kostenersatz für eine im Verhältnis zur Heimunterbringung in der Regel viel teurere Rundum-Pflege<sup>9</sup> zu Hause verlangen. Eine solche gewählte Pflegeform dürfte in den meisten Fällen infolge fehlender Verhältnismässigkeit von vornherein nicht im Einklang mit der objektiven Pflegebedürftigkeit stehen.<sup>10</sup>

Eine andere Beurteilung würde höchstens derjenige Fall erfordern, in welchem die Kosten einer Rundum-Pflege nur unwesentlich höher sind als diejenigen einer Heimunterbringung. In einer solchen Situation muss der Geschädigte weiterhin die Wahl haben, ob er zu Hause oder in einem Heim gepflegt und betreut werden möchte.

Zu entscheiden ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung insbesondere der folgenden Faktoren:

- Bedürfnis des Geschädigten nach entsprechenden Hilfeleistungen (zeitlicher Umfang, Art, Ort, technische und medizinische Mittel etc.);
- Alter des Geschädigten - einem Kind ist eine Heimunterbringung wohl weniger zuzumuten als einer erwachsenen Person;
- finanzielle Aspekte (Kosten der Heimunterbringung etc.);
- Möglichkeit einer Heimunterbringung (Angebot, Standort des Heims etc.);
- familiäre Situation des Geschädigten (Es muss nicht zwingend ein naher Verwandter für den Geschädigten sorgen. Betreuung durch einen guten Bekannten oder Nachbarn ist ebenfalls möglich. Von Bedeutung ist ausschliesslich, dass die Betreuung zu Hause tatsächlich gewährleistet ist.).

These 2: Unentgeltliche Hilfeleistungen zugunsten des Geschädigten durch nahe stehende Personen sind vom Haftpflichtigen zu entschädigen. - Die Schadensberechnung hat in der Regel nach normativen Kriterien zu erfolgen.

Rechtsprechung und Lehre gehen übereinstimmend davon aus, dass unentgeltlich besorgte Hilfeleistungen von nahen Angehörigen des Geschädigten vom Haftpflichtigen entschädigt werden müssen.<sup>11</sup>

### **\*\* HAVE 2003 Seite 125 \*\***

Was unentgeltliche Hilfeleistung zugunsten des Geschädigten betrifft, ist in einem relativ engen Rahmen die eheliche Beistandspflicht heranzuziehen.<sup>12</sup> Diese umfasst sowohl materielle als auch immaterielle Leistungen. Zu den immateriellen Leistungen ist unter anderem auch die Unterstützung des anderen Ehegatten in gesundheitlichen und anderen Krisen zu verstehen.<sup>13</sup>

Die Grenze der ehelichen Beistandspflicht ist jedoch dann erreicht, wenn das Persönlichkeitsrecht des unterstützenden Ehegatten betroffen ist. So darf die eheliche Beistandspflicht die Ehegatten nicht zur Selbstaufopferung zwingen.<sup>14</sup> Dies wäre sicher dann der Fall, wenn ein Ehegatte gezwungen würde, seine Erwerbstätigkeit aufzugeben, um seinen schwerstgeschädigten Ehepartner zu pflegen. Immerhin dürfte die eheliche Beistandspflicht aber zumindest bei einem untergeordneten und zeitlich beschränkten Hilfeleistungsbedarf des Ehegatten anwendbar sein, zum Beispiel bei Verstauchungen, einfachen Knochenbrüchen etc.<sup>15</sup>

Auch der Verwandtenunterstützungspflicht<sup>16</sup> kommt in bezug auf Hilfeleistungen des Geschädigten nur sehr geringe Bedeutung zu, geht diese doch noch viel weniger weit als die eheliche Beistandspflicht.

Im Fall von unentgeltlich besorgten Hilfeleistungen ist die Schadensberechnung nach normativen Gesichtspunkten - analog dem Haushaltschaden - vorzunehmen.<sup>17</sup>

Zur Berechnung des Hilfeleistungsschadens ist einerseits der erforderliche Mehraufwand für den Geschädigten in pflegerischer und betreuerischer Hinsicht zu ermitteln. Auszugehen ist vom konkreten gegenwärtigen und zukünftigen Hilfeleistungsbedarf des Geschädigten.<sup>18</sup> Selbstverständlich müssen bei der Schätzung des zukünftigen Hilfeleistungsaufwands mutmassliche Änderungen im Pflege- und Betreuungsbedarf des Geschädigten berücksichtigt werden.

Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach dem Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen.<sup>19</sup>

These 3: Die Hilfeleistungskosten umfassen vier Arten der Pflege und Unterstützung des Geschädigten: Pflegekosten, Betreuungskosten, Präsenzkosten und Haushaltschaden.

Das Handelsgericht nahm in seinem Urteil eine Unterscheidung in Pflege- und Betreuungskosten sowie in allgemeine Präsenz- und Betreuungskosten vor, ohne jedoch die einzelnen Begriffe zu definieren bzw. eine Definition heranzuziehen.<sup>20</sup>

In teilweiser Abweichung zum Handelsgericht wird an dieser Stelle die Bildung der folgenden Unterkategorien des Begriffs Hilfeleistungskosten vorgeschlagen.

#### Pflegekosten

Die Pflegekosten umfassen diejenigen Leistungen, welche nur von entsprechend ausgebildetem medizinischem Personal - insbesondere von Ärzten und von Krankenpflegern - erbracht werden können. Es handelt sich dabei ausschliesslich um anspruchsvolle Behandlungspflege.

Es ist im Regelfall ausgeschlossen, dass Familienangehörige Tätigkeiten, welche unter den Begriff Pflegekosten fallen, vornehmen. Ausnahmen sind unter anderem die beiden folgenden Fälle:

-- Der hilfeleistende Familienangehörige hat selbst eine Ausbildung als Arzt, Krankenpfleger etc. absolviert, und die Erbringung von Pflegeleistungen im Sinne dieses Absatzes gegenüber dem Geschädigten ist tatsächlich erforderlich.

-- Der hilfeleistende Familienangehörige ohne Ausbildung als Arzt, Krankenpfleger etc. hat sich im Hinblick auf die Pflege des Geschädigten entsprechend weitergebildet bzw. ist von den zuständigen Stellen entsprechend instruiert worden und führt somit anspruchsvolle Behandlungspflege selbst durch.

### **\*\* HAVE 2003 Seite 126 \*\***

Unter den Begriff Pflegekosten fallen insbesondere:

- Physiotherapie
- nicht routinemässiges Verabreichen von Spritzen
- Infusionstherapie
- komplizierte Wundversorgung
- Tracheostomiepflege inkl. Absaugen
- etc.

#### Betreuungskosten

Die Betreuungskosten umfassen insbesondere die folgenden Tätigkeiten zugunsten des Geschädigten:

- An- und Auskleiden
- Anziehen und Ablegen von Prothesen
- Essen (Nahrung zerkleinern, zum Mund führen etc.)
- Waschen, Kämmen etc.

- auf die Toilette bringen
- Hilfstätigkeiten, welche keine besondere Ausbildung erfordern, wie Verabreichung von Tabletten, Wechsel von Bandagen etc.
- Unterstützung in der Fortbewegung
- etc.

#### Präsenzkosten

Bei schwer behinderten Menschen ist es je nach Zustand des Geschädigten aus medizinischen Gründen erforderlich, dass eine Person während einer bestimmten Zeit des Tages anwesend ist, ohne jedoch in der Regel konkrete Betreuungsleistungen für den Behinderten erbringen zu müssen. Diese Zeit ist im Sinne eines Pikettdienstes zu verstehen. Bei allfälligen auftretenden Problemen oder Beschwerden des Geschädigten hat ihm die anwesende Person entsprechend zu helfen bzw. die zuständige Stelle zu alarmieren.

#### Haushaltschaden

Beim Haushaltschaden handelt es sich um den wirtschaftlichen Wertverlust, welcher durch die Beeinträchtigung oder den Verlust der Arbeitsfähigkeit des Geschädigten im Haushalt entsteht. Für die Beurteilung der Ersatzpflicht ist unerheblich, ob eine Ersatzkraft im Haushalt eingestellt wird, ob der Geschädigte einen vermehrten Aufwand betreiben muss, ob Familienangehörige Mehrarbeit leisten müssen oder ob Qualitätseinbussen im Haushalt resultieren.<sup>21</sup>

Der Haushaltschaden ist in vielen Fällen mit Hilfeleistungen seitens von Angehörigen des Geschädigten verbunden. Aus diesem Grund ist der Haushaltschaden ebenfalls unter den Oberbegriff Hilfeleistungsschaden zu subsumieren.

These 4: Mit Hilfe eines Gutachters ist die Ermittlung des täglichen Zeitbedarfs anhand der Unterkategorien Pflegekosten - Betreuungskosten - Präsenzkosten und allenfalls Haushaltschaden vorzunehmen.

Der Vorgehensweise des Handelsgerichts, wonach der Hilfeleistungsaufwand der Angehörigen des Geschädigten unter Hinweis auf Art. 46 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen zu schätzen ist, ist zuzustimmen.<sup>22</sup>

In den einzelnen Fällen kann es sich als notwendig erweisen, dass der tägliche erforderliche Zeitbedarf für die einzelnen Unterkategorien der Hilfeleistungskosten mit Hilfe eines Gutachters zu ermitteln ist. Was die Person des Gutachters betrifft, sollte es sich in der Regel nicht um einen Arzt, sondern um eine Person mit entsprechender Pflege- und Betreuungserfahrung handeln.<sup>23</sup>

These 5: Betreuungsleistungen werden gleich wie der Haushaltschaden berechnet; Präsenzleistungen werden zur Hälfte des Ansatzes für Betreuungsleistungen entschädigt.

#### Pflegeleistungen

Wie bereits oben ausgeführt, werden Pflegeleistungen in der Regel nicht von Familienangehörigen des Geschädigten, sondern von Dienstleistern (Ärzten, Physiotherapeuten etc.) erbracht. Deshalb ist bei dieser Kategorie von den effektiv in Rechnung gestellten Beträgen auszugehen.

Falls der pflegende Familienangehörige selbst Arzt, Krankenpfleger etc. ist und sich eine entsprechende Pflege des Geschädigten als notwendig erweist, sind die diesbezüglichen Lohnansätze für Ärzte, Krankenpfleger etc. zu verwenden.

#### Betreuungsleistungen

Was die Betreuungskosten betrifft, sind gemäss dem Bundesgericht die zum Haushaltschaden entwickelten

### **\*\* HAVE 2003 Seite 127 \*\***

Grundsätze analog heranzuziehen. Danach ist einerseits der erforderliche Stundenaufwand für die Pflege und andererseits der ortsübliche Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln.<sup>24</sup> In diesem Sinne hatte das Handelsgericht festgestellt, dass die von der Mutter der Geschädigten erbrachte Pflege und Betreuung derjenigen einer Krankenpflegerin in einem Pflegeheim entspreche.<sup>25</sup> Für die Schadensberechnung übernahm das Handelsgericht in der Folge den Bruttolohn einer Krankenpflegerin<sup>26</sup> inkl. 13. Monatslohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungen in der Höhe von 10% des Bruttolohns.<sup>27</sup>

Der Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Bestimmung der Betreuungskosten analog derjenigen des Haushaltschadens erfolgen soll, ist grundsätzlich zuzustimmen. Fraglich ist jedoch, ob der Schadensberechnung tatsächlich der Lohnansatz einer ausgebildeten Krankenpflegerin zugrunde zu legen ist.

Unbestritten ist, dass die Pflegequalität des Geschädigten zu Hause durch einen Angehörigen in der Regel mindestens derjenigen in einem Pflegeheim entspricht. So wird der Angehörige durch seine enge persönliche Beziehung zum Geschädigten wohl besonders auf diesen eingehen und die Betreuung entsprechend auf ihn abstimmen.

Was die Pflegequantität betrifft, ist der Angehörige des Geschädigten bei weitem nicht mit so hohen Anforderungen wie der Krankenpfleger in einem Pflegeheim konfrontiert.<sup>28</sup> Der Angehörige hat einen einzigen, der Krankenpfleger mehrere Patienten zu betreuen.<sup>29</sup> Dies erfordert natürlich, dass der Krankenpfleger jeden einzelnen Patienten sowie dessen Bedürfnisse kennen und bei Problemen entsprechend handeln muss. Ebenso gehört dazu, dass der Krankenpfleger - im Gegensatz zum Angehörigen - in der Regel mit einer Vielzahl von Medikamenten konfrontiert wird und deren Wirkungen sowie Nebenwirkungen selbstverständlich kennen muss. Infolge ihrer hohen Anforderungen ist die Tätigkeit des Krankenpflegers mit einer entsprechenden drei- bis vierjährigen Ausbildung verbunden, in welcher neben der manuellen Tätigkeit auch umfangreiches theoretisches Wissen vermittelt wird.

Der nicht entsprechend ausgebildete Angehörige wird in der Regel darin instruiert, wie er den Geschädigten manuell zu betreuen hat. Was das Fachwissen betrifft, wird ihm derjenige Stoff weitervermittelt, welcher für die sichere Betreuung<sup>30</sup> des Geschädigten unentbehrlich ist. Fachwissen, welches darüber hinausgeht, sowie die daraus entstehende Fähigkeit, Zusammenhänge zu erkennen, fehlen dem Angehörigen jedoch weitgehend.

Aus den genannten Gründen ist danach zu fragen, ob der Betreuungstätigkeit des Angehörigen tatsächlich der Lohnansatz eines Krankenpflegers zugrunde zu legen oder ob nicht vielmehr von einem etwas tieferen Lohn (z.B. von einer Pflegeassistentin) auszugehen ist.<sup>31</sup>

Bei der Berechnung des Betreuungsschadens ging das Handelsgericht von einem Bruttolohn einer Krankenpflegerin von CHF 4500.00 zuzüglich 13. Monatslohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge von 10% aus.<sup>32</sup> Wenn man eine Vollzeitwerbstätigkeit zugrunde legt, ergibt dies den Betrag von CHF 5362.50 pro Monat.<sup>33</sup> Daraus resultiert ein Stundensatz von CHF 29.05.<sup>34</sup>

Für den Ersatz des Haushaltschadens erachtete das Bundesgericht in der jüngsten Rechtsprechung

### **\*\* HAVE 2003 Seite 128 \*\***

Stundenansätze in der Grössenordnung von CHF 25.00 bis CHF 30.00 (in einem einzigen Fall CHF 22.00<sup>35</sup>) als angemessen.<sup>36</sup> Der Stundensatz von CHF 29.05 eines Krankenpflegers entspricht somit demjenigen für den Ersatz des Haushaltschadens. Der Stundensatz für einen Pflegeassistenten wäre etwas tiefer anzusetzen. Auch dieser Ansatz wäre aber noch in der Bandbreite des Haushaltschadens enthalten.

Dies führt zur Schlussfolgerung, dass der Betreuungsschaden mit dem für den Ersatz des Haushaltschadens anwendbaren Stundensatz berechnet werden kann. Damit kann die Diskussion darüber, ob der Angehörige lohnmässig nun wie ein ausgebildeter Krankenpfleger oder wie ein Pflegeassistent zu qualifizieren ist, entfallen. Dies ist auch richtig so, handelt es sich beim Angehörigen, welcher einen einzigen Patienten betreut, doch um so etwas wie eine neue Berufsgruppe, welche nicht einfach in ein bestehendes Schema gezwängt werden kann.<sup>37</sup> Als nicht unerwünschter Nebeneffekt ist damit eine wesentliche Erleichterung der Fallabwicklung zwischen Geschädigtem und Haftpflichtigem verbunden.

#### Präsenzleistungen

Gemäss dem Handelsgericht kann die Geschädigte auch dann, wenn keine eigentlichen Pflege- oder Betreuungsleistungen zu erbringen sind, nicht sich selbst überlassen werden. Die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tages ist somit erforderlich.<sup>38</sup>

Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich bei der Präsenzzeit um eine Art Pikettdienst. Der Angehörige muss einerseits somit in der Nähe des Geschädigten sein, um ihm bei Problemen helfen zu können. Andererseits kann er während dieser Zeit zum Beispiel den Haushalt besorgen oder sich seinem Hobby widmen. Aus diesem Grund scheint eine entsprechende Herabsetzung des Stundenansatzes für die Entschädigung des Präsenzschadens als gerechtfertigt. Wie hoch eine derartige Herabsetzung anzusetzen ist, ist Ermessensfrage. An dieser Stelle wird von einer 50%-igen Reduktion des Stundenansatzes für den Haushaltschaden bzw. für den Betreuungsschaden ausgegangen. Es wird deshalb vorgeschlagen, dass der

Stundenansatz für die Erstattung des Präsenzschadens zwischen CHF 12.50 und CHF 15.00 beträgt.

Was die Austauschbarkeit der Erbringung von Präsenzleistungen von Angehörigen im Vergleich zu derjenigen auf dem freien Markt betrifft, ist Folgendes zu erwähnen: Für die Leistung dieses Pikettdienstes für eine einzige Person wäre auf dem freien Markt wohl tatsächlich mehr als CHF 12.50 bis CHF 15.00 zu bezahlen. So hat die Betreuungsperson im fremden Haushalt kaum die Möglichkeit, ihrem Hobby nachzugehen etc. Infolge der hohen Kosten dürfte diese Art von Tätigkeit heute auf dem freien Markt aber nur in Sondersituationen nachgefragt werden.<sup>39</sup>

Die Situation würde sich jedoch anders präsentieren, wenn eine einzige Person entweder mit der Anwendung von technischen Hilfsmitteln oder mit der Anwesenheit von mehreren Betreuungsbedürftigen am selben Ort die so genannten Präsenzleistungen im Sinne eines Pikettdienstes erbringen könnte. Zu denken ist zudem auch an die Möglichkeit, dass sich der betreuende Angehörige selbst ausser Haus begeben und mit dem Geschädigten trotzdem in Kontakt bleiben kann. Mit dem Einsatz von technischen Hilfsmitteln ist dies heute ohne weiteres möglich.<sup>40</sup>

Haushaltschaden

Diesbezüglich gelten die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze, worauf an dieser Stelle verwiesen wird.<sup>41</sup>

### **\*\* HAVE 2003 Seite 129 \*\***

These 6: Die Differenz zwischen dem Erwerbsausfall des hilfeleistenden Angehörigen und den Kosten für die von ihm erbrachte Hilfeleistung ist grundsätzlich nicht zu ersetzen.

Es ist nicht auszuschliessen, dass der Angehörige infolge der von ihm übernommenen Hilfeleistung in seiner ursprünglichen Berufsarbeit einen Verdienstausschlag erleidet oder im Extremfall gar seinen bisherigen Beruf aufgeben muss.<sup>42</sup>

Gemäss dem Bundesgericht entspricht der vom Haftpflichtigen zu ersetzende Schaden in jenem Fall, in welchem ein Familienangehöriger seine Erwerbstätigkeit aufgibt, um den Geschädigten zu betreuen, in der Regel dem entgangenen Erwerbseinkommen des Angehörigen.<sup>43</sup> Weiter führte das Bundesgericht aus, dass der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur die tieferen Betreuungskosten als Schaden geltend machen kann, wenn der Erwerbsausfall des Angehörigen die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson wesentlich übersteigt.<sup>44</sup> In diesem Fall muss somit eine externe Betreuungsperson hinzugezogen werden.

Einerseits ist die Auffassung des Bundesgerichts unter Berücksichtigung des folgenden Beispiels abzulehnen: Der Haftpflichtige begleicht den zukünftigen Hilfeleistungsschaden des Geschädigten mit einer Kapitalzahlung. Entschädigt werden nicht die mutmasslichen Hilfeleistungskosten des Geschädigten, sondern der höhere Erwerbsausfall des hilfeleistenden Angehörigen.<sup>45</sup> Nach kurzer Zeit gibt der Angehörige die Hilfeleistung auf<sup>46</sup> und entschliesst sich, wieder einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Damit liegt eine Überentschädigung seitens des Geschädigten vor, welche es zu vermeiden gilt.<sup>47</sup>

Andererseits ist der Argumentation des Bundesgerichts zum Erwerbsausfall des Angehörigen auch deshalb nicht zu folgen, weil es sich diesbezüglich um einen nicht zu ersetzenden Reflexschaden handelt.<sup>48</sup>

Im Sinne einer Ausnahme dazu ist meines Erachtens ausschliesslich derjenige Fall zu behandeln, in welchem der Erwerbsausfall des Angehörigen den Wert seiner Hilfeleistung zugunsten des Geschädigten nur unwesentlich übersteigt. Das Interesse des Geschädigten zu wählen, ob er zu Hause oder in einem Pflegeheim betreut werden möchte<sup>49</sup>, steht dem Interesse des Haftpflichtigen gegenüber, nicht für einen Reflexschaden aufkommen zu müssen. In der Praxis soll die Wahl der Pflegeform durch den Geschädigten nun nicht daran scheitern müssen, dass der Erwerbsausfall des Angehörigen nur unwesentlich höher ist als der diesbezügliche Hilfeleistungsschaden. In diesem Fall ist deshalb die Differenz der Hilfeleistungskosten zum Erwerbsausfall zu entschädigen. Eine geringe Überentschädigung des Geschädigten ist damit in Kauf zu nehmen.

These 7: Die neben der Hilfeleistung durch Angehörige des Geschädigten entstehenden externen Hilfeleistungskosten werden ersetzt, sofern sie notwendig und angemessen sind.

Laut Handelsgericht zog die Geschädigte trotz der grundsätzlich umfassenden Betreuung durch ihre Mutter sporadisch einen so genannten Familienbetreuungs-Hausservice bei. Die Beklagte bestritt die dafür geltend gemachten Kosten nicht.<sup>50</sup>

Dass die Kosten eines externen Familienbetreuungs-Hausservices grundsätzlich einen vom Haftpflichtigen zu entschädigenden Posten darstellen, ist klar. Auch hier kommen - wie bei den übrigen Hilfeleistungskosten - die Kriterien der Notwendigkeit und der

**\*\* HAVE 2003 Seite 130 \*\***

Angemessenheit in der betreffenden Situation zur Anwendung.

These 8: Es muss im Einzelfall geschätzt und begründet werden, während wie vielen Jahren Angehörige gegenüber dem Geschädigten wohl Hilfeleistungen erbringen werden.

Voraussetzung einer Betreuung des Geschädigten durch Angehörige ist, dass diese willens und in der Lage sind, den Geschädigten tatsächlich zu betreuen. Bei der Schadensberechnung der zukünftigen Betreuungskosten besteht natürlich immer eine Unsicherheit, während wievielen Jahren der Geschädigte wohl von Angehörigen betreut werden wird.<sup>51</sup>

So schätzte das Handelsgericht in seinem Urteil die Zeitdauer, während welcher die Geschädigte von ihrer Mutter betreut werden dürfte<sup>52</sup>. In der Folge ging es davon aus, dass dies bis zum 70. Altersjahr der Mutter der Geschädigten erfolgen dürfte.<sup>53</sup>

Für die Schätzung, während welcher Zeit ein Geschädigter von einem Familienangehörigen betreut wird, sind unter anderem die Beschwerden des Geschädigten zu berücksichtigen. Bei Schwerstinvaliden ist - infolge der sehr hohen körperlichen und auch psychischen Belastungen des betreuenden Angehörigen - davon auszugehen, dass dieser längstens bis zu seinem 65. Altersjahr entsprechende Betreuungsleistungen vornehmen kann.<sup>54</sup> Bei leichteren Beschwerden des Geschädigten dürfte die Altersgrenze höher liegen.<sup>55</sup>

These 9: Während den folgenden täglichen Zeitperioden kann der Geschädigte nicht die Erstattung von Präsenzkosten geltend machen:

- der Angehörige besorgt den Haushalt des Geschädigten;
- der Angehörige besorgt seinen eigenen Haushalt oder denjenigen der Familie;
- der Angehörige wäre auch ohne Unfall des Geschädigten zu Hause.

Das Handelsgericht führte in seinem Urteil aus, dass bei der Erstattung von Präsenzkosten zu berücksichtigen sei, dass die Anwesenheit der Mutter der Geschädigten von Montag bis Samstag bereits durch die Notwendigkeit der Haushaltsarbeit gegeben sei. Während dieser Zeit seien deshalb keine Präsenzkosten zu erstatten.<sup>56</sup> Der Argumentation des Handelsgerichts ist zuzustimmen.

So ist es einerseits dem Geschädigten verwehrt, kumulativ den Ersatz von Pflege- oder Betreuungskosten und Präsenzkosten geltend zu machen. Die Pflege und Betreuung des Geschädigten bedingt selbstverständlich auch die Anwesenheit einer entsprechenden Pflege- oder Betreuungsperson.

Andererseits müssen darüber hinaus die folgenden Fallkonstellationen - jeweils auf den Einzelfall angewendet - unterschieden werden:

- Der Angehörige des Geschädigten besorgt für ihn Haushaltarbeiten. Zudem ist es erforderlich, dass eine Betreuungsperson rund um die Uhr im Sinne einer Leistung von Pikettdienst anwesend ist.

Für diejenige Zeitperiode, während welcher der Angehörige den Haushalt des Geschädigten besorgt, kann Letzterer nicht den Ersatz von Haushalt- und Präsenzscha-den fordern. Eine Kumulation ist somit per se ausgeschlossen. Davon dürfte nur diejenige Zeit ausgenommen sein, welche der Angehörige benötigt, um Einkäufe (für sich selbst bzw. für seine Familie und für den Geschädigten) zu besorgen.

- Der Geschädigte kann auch nicht - wenn er bei einem Angehörigen wohnt - Ersatz für Präsenzkosten während derjenigen Zeit verlangen, während welcher der Angehörige seinen eigenen Haushalt oder denjenigen seiner Familie besorgt.

Auch ohne das eingetretene Schadenereignis wäre der Angehörige während dieser Zeit zu Hause.

- Schliesslich kommt ein Ersatz von Präsenzkosten auch während derjenigen Zeit nicht in Betracht, während welcher der Angehörige ohnehin - das heisst auch ohne Unfall des Geschädigten - zu Hause wäre (zum Beispiel in der Nacht, bei Freizeitaktivitäten des Angehörigen zu Hause etc.).

**Fussnoten:**

\* Rechtsanwalt, Ottoberg.

<sup>1</sup> 4C.276/2001/1/rnd.

<sup>2</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, E01/O/HG950440. Konkret hatte der Haftpflichtversicherer unter anderem die folgenden Leistungen auszurichten:

-- einmalige Zahlung zur Abgeltung des bisherigen Pflege- und Betreuungsschadens sowie des bisherigen und des zukünftigen Haushaltschadens zuzüglich Zinsen;

-- monatliche Pflege- und Betreuungsschadensrente ab dem Zeitpunkt des Urteils bis zum 31. August 2017. Die Rente wird indiziert. Massgebend ist der Totalnominallohnindex;

-- monatliche Pflege- und Betreuungsschadensrente ab dem 1. September 2017 bis ans Lebensende der Geschädigten. Auch diese Rente wird jährlich dem Totalnominallohnindex angepasst.

<sup>3</sup> Geisseler, Regulierung von Kinderschäden, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, 105, 119; Landolt, Der Pflegeschaden, Bern 2002, N 3.

<sup>4</sup> Schaetzle/Weber, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 3.265.

<sup>5</sup> HGer ZH vom 12.06.2001.

<sup>6</sup> Siehe These 3.

<sup>7</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 15.

<sup>8</sup> Siehe dazu auch Geisseler, 120.

<sup>9</sup> Bei der so genannten Rundum-Pflege benötigt der Geschädigte während 24 Stunden pro Tag Hilfeleistung.

<sup>10</sup> Auch das BGB lässt - gleich wie das OR - offen, wer (der Geschädigte oder der Haftpflichtige) über die Art der Hilfeleistung entscheiden kann. Das Oberlandesgericht Koblenz entschied diese Frage in seinem Entscheid vom 18.09.2000 (12 U 1464/99) in analoger Weise zum Handelsgericht Zürich. Konkret forderte der Geschädigte Ersatz für Pflege und Betreuung durch Angehörige von 24 Stunden pro Tag. Gemäss dem Oberlandesgericht Koblenz kann angesichts der wesentlich günstigeren Möglichkeiten der Pflege in einem Heim eine volle Vergütung einer Rund-um-die-Uhr-Pflege nicht verlangt werden (VersR 2002, 244).

<sup>11</sup> BGE 97 II 259; BK-Brehm, Art. 46 N 14; Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. 2, Bern 1998, 56; Landolt, Pflegeschaden, N 29; Schaetzle, Betreuungsschaden - Kosten an marktgerechter Entlohnung bemessen und als nominallohnindizierte, lebenslängliche Rente ersetzt, Urteil des BGE vom 26.3.2002, HAVE 2002, 276, 278. Ausführlich mit dem Thema der Ersatzpflicht für unentgeltliche Pflege- und Betreuungsleistungen befasst sich Landolt, Pflegerecht, Bd. 2: Schweizerisches Pflegerecht, Bern 2002, N 736 ff. In diesem Sinne siehe auch HGer ZH vom 12.06.2001, 16: "Die Klägerin wird durch ihre Mutter gepflegt und betreut. Erfolgt die Pflege und Betreuung in der Familie kostenlos, so wird dadurch der Schädiger bzw. seine Versicherung nicht entlastet." Das Bundesgericht bestätigte die Ausführungen des HGer ZH wie folgt: "Die Kosten sind vom Haftpflichtigen grundsätzlich auch dann zu ersetzen, wenn die notwendige Betreuung auf familiärer oder freundschaftlicher Basis unentgeltlich erfolgt. Eine Entlastung des Schädigers im Umfang unentgeltlicher Hilfeleistung zu Gunsten des Geschädigten käme allenfalls in Frage, wenn und soweit den Geschädigten eine entsprechende Rechtspflicht zur Schadensminderung träge. Davon kann indessen vorliegend nicht die Rede sein." BGer vom 26.03.2002, 16.

<sup>12</sup> Art. 159 Abs. 3 ZGB.

<sup>13</sup> OR-Schwander, Art. 159 N 12.

<sup>14</sup> Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, Bern 1993, N 15.27.

<sup>15</sup> Gemäss Landolt, Pflegerecht, N 739, besteht eine Schadenersatzpflicht nicht nur bei schwerer bzw. dauerhafter Pflegebedürftigkeit wie bei Querschnittlähmung, Hirnschädigung etc., sondern auch bei geringfügigeren Gesundheitsschäden wie bei einem offenen Beinbruch sowie bei einer bloss vorübergehenden Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit. Gemäss Landolt, Pflegerecht, N 752, ist das innerfamiliäre Dienstleistungssystem wie ein gesetzliches Schadenausgleichssystem zu behandeln, und zwar in Anlehnung an Art. 51 Abs. 1 OR. Danach ist die familienrechtliche Beistands-, Unterhalts- oder Unterstützungspflicht gegenüber der Deliktshaftung subsidiär.

<sup>16</sup> Art. 328 ZGB.

<sup>17</sup> Danach wird der klassische Schadensbegriff - Schaden als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und demjenigen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte - wertend konkretisiert oder korrigiert. Siehe dazu Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1998, N 176; Schaetzle, Der Schaden und seine Berechnung, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, N 9.1, N 9.65.

<sup>18</sup> Landolt, Pflegerecht, N 869 ff.

<sup>19</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 16.

<sup>20</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 17 f.: Danach ist neben dem Pflegeaufwand auch die allgemeine Präsenz- bzw. Betreuungszeit zu vergüten, weil die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tages notwendig ist. Das Handelsgericht verwarf in der Folge die Ausführungen des eigens zur Bestimmung des Pflegeaufwands eingesetzten Gutachters und nahm in der Folge eine komplizierte Berechnung der zeitlichen Aufwendungen der Mutter der Geschädigten vor (HGer ZH vom 12.06.2001, 19 ff.).

<sup>21</sup> Landolt, Pflegerecht, N 707 ff.; Rey, N 305a; Walder, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Haushaltschaden, in: Ileri (Hrsg.), Die Ermittlung des Haushaltschadens nach Hirnverletzung, 15, 22. Ausführlich mit diesem Thema befasst sich Geisseler, Der Haushaltschaden, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungstagung 1997, St. Gallen 1997, 59 ff.

<sup>22</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 14 und 16.

<sup>23</sup> Im selben Sinn führt Landolt, Pflegerecht, N 872 ff., aus, dass die Einholung eines Pflegeaufwandgutachtens in der Mehrheit der Fälle unabdingbar sein wird. Dieses Pflegeaufwandgutachten soll aus zwei Teilen bestehen, einer von einem Arzt vorgenommenen medizinisch-theoretischen und einer von einem Arzt oder einer Pflegefachkraft durchgeführten Pflegebedarfsfeststellung. Die Praxis zeigt jedoch, dass Pflegekräfte infolge ihrer spezifischen Berufsausbildung und Erfahrung in der Regel besser als Ärzte entsprechende Pflegebedarfsfeststellungen vornehmen können.

<sup>24</sup> BGer vom 26.03.2002, 15.

<sup>25</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 19 f. So stellte das Handelsgericht fest: "Der Gutachter Prof. K hält fest, dass es bei seiner Untersuchung keinen Hinweis dafür gebe, dass die Pflegequalität durch eine andere Person höher sein könne, als die von der Mutter erbrachte."

<sup>26</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 20. Das Handelsgericht übernahm von der Besoldungstabelle des Kantons Zug für das Jahr 1995 einen Einstiegslohn als Krankenpflegerin von CHF 4072.00 und führte weiter aus: "Da (die Mutter der Geschädigten) keine Ausbildung als Krankenschwester absolviert hat und der Beruf als Krankenschwester mit unterschiedlichen Patienten, Medikamenten und Vorgesetzten usw. höhere Anforderungen als die Betreuung nur eines Patienten zu Hause stellt, ist der Einstiegslohn lediglich leicht zu erhöhen und auf Fr. 4500.00 festzulegen." HGer ZH vom 12.06.2001, 21.

<sup>27</sup> Die Berechnung dieses Schadens aufgrund des Bruttolohns zuzüglich Arbeitgeberbeiträge (= Brutto-Bruttolohn) stellt gemäss dem Bundesgericht sicher, dass der Geschädigte frei wählen kann, wie er die notwendige Pflege organisieren will - mithilfe von Angehörigen oder mittels eines Pflegeheimaufenthalts (BGer vom 26.03.2002, 16). Landolt, Pflegerecht, N 920 ff., nimmt noch weitere Zuschläge für Stellvertretungskosten, für Nacht- und Sonntagsarbeit und für künftige Realloohnerhöhungen vor.

<sup>28</sup> Siehe dazu auch HGer ZH vom 12.06.2001, 21, sowie oben Fn. 26.

<sup>29</sup> So sorgt der Krankenpfleger auch bei sehr hohem Betreuungsbedarf in der Regel für mindestens drei Personen gleichzeitig. Bei tieferem Bedarf betreut der Krankenpfleger selbstverständlich entsprechend mehr Patienten.

<sup>30</sup> Mit der sicheren Betreuung ist nicht die optimale Betreuung gemeint. Die sichere Betreuung gewährleistet, dass der Patient vor weiteren schädigenden Einflüssen bewahrt wird. Die optimale Betreuung wird nur dann erreicht, wenn der Patient von praktisch und theoretisch sehr gut qualifiziertem Personal umsorgt wird.

<sup>31</sup> Eine Übersicht zu den Lohnansätzen des Pflegepersonals findet sich in der NZZ vom 19./20.05.2001, Der Rahmen der Löhne für Spitalberufe, 49. Auch das Handelsgericht führte in seinem Urteil diesbezüglich aus: "Es ist zu berücksichtigen, dass Familienangehörige die Pflege des Verletzten im Rahmen ihrer sonstigen häuslichen Aufgaben rationeller gestalten können und dass sie keine ausgebildeten Fachkräfte sind. Die Schadensbemessung ist gleichwohl auf die Kosten einer Hilfskraft als Orientierungsrahmen abzustellen." HGer vom 12.06.2001, 21. Auf der einen Seite führte das Handelsgericht somit aus, dass auf die Kosten einer Hilfskraft abzustellen ist, auf der anderen Seite legte es aber trotzdem den Lohn einer ausgebildeten Krankenpflegerin zugrunde.

<sup>32</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 22.

<sup>33</sup> CHF 4500.00 zzgl. 13. Monatslohn von CHF 375.00 pro Monat zzgl. Arbeitgeberbeiträge von CHF 487.50 pro Monat.

<sup>34</sup> CHF 5362.50 dividiert durch 21,7 Arbeitstage pro Monat (siehe dazu Art. 40a AVIV sowie Bollier, Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, Wädenswil 2001, 212) ergeben CHF 247.10 pro Tag. Der Betrag von CHF 247.10 ist zudem durch 8,5 Stunden pro Tag (siehe dazu HGer ZH vom 21.06.2001, 21) zu dividieren. Dies ergibt den Stundensatz von CHF 29.05.

<sup>35</sup> BGer vom 12.03.2002 ( 4C.195/2001).

<sup>36</sup> BGer vom 08.01.2003 ( 1A.109/2002): CHF 25.00; BGer vom 19.12.2002 ( 4C.194/2002): CHF 25.00 (dieser Stundenansatz wurde von den Parteien anerkannt); HGer ZH vom 12.06.2001, 52 f., bestätigt durch das BGer vom 26.03.2002: CHF 27.00; BGer vom 09.09.1998 (4C.495/1997): CHF 30.00. Ebenso geht auch Landolt, Pflegerecht, N 712, für das Jahr 1998 von einem Stundensatz von CHF 30.00 aus.

<sup>37</sup> Im konkreten Fall ging das Handelsgericht für den Haushaltschaden von einem Stundensatz von CHF 27.00 aus (HGer ZH vom 12.06.2001, 52 f.). Unter Anwendung dieser These hätten die Hilfeleistungen der Mutter der Geschädigten somit nicht mit einem Stundensatz CHF 29.05, sondern mit CHF 27.00 berechnet werden müssen. Wenn man berücksichtigt, dass für die Lohnansätze der jeweiligen Berufsgruppen keine fixen Beträge, sondern Bandbreiten gelten, und wenn man in Betracht zieht, dass die Hilfeleistungen des Angehörigen als eigenständige neue Berufsgruppe irgendwo zwischen dem Lohn eines Pflegeassistenten und demjenigen eines Krankenpflegers anzusetzen ist, ist ein Stundensatz von CHF 27.00 im konkreten Fall als angemessen zu qualifizieren.

<sup>38</sup> So führte das Handelsgericht aus: "Da die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tages nach dem Gutachten notwendig ist, ist diese aufgewendete Zeit zu vergüten. (...) Es liegt auf der Hand, dass bei einer Hirnverletzten eine Person während des Tages verfügbar sein muss, die bei Problemen um Hilfe gebeten werden kann. Die allgemeine Betreuung einer Hirnverletzten durch eine Hilfskraft während des Tages (ohne eigentliche Pflegeleistungen) ist auf dem Arbeitsmarkt nur gegen Entgelt zu haben. Der angestellte Arbeitnehmer, der diese Arbeit erbringt, ist dafür zu entschädigen." HGer ZH vom 12.06.2001, 18.

<sup>39</sup> Zum Beispiel dann, wenn ein Student, welcher sich auch im fremden Haushalt auf seine Prüfung vorbereiten kann, Präsenzleistungen zugunsten des Geschädigten erbringt. Der Student wird wohl mit einem Stundensatz von CHF 12.50 bis CHF 15.00 zufrieden sein, da er sich zum grössten Teil seinem Studium widmen kann und nur im Ausnahmefall Betreuung des Geschädigten zu leisten hat.

<sup>40</sup> Zu denken ist beispielsweise an ein funkähnliches Gerät, das so genannte Babyphon. Babyphons haben eine Reichweite von mehreren hundert Metern. Es ist ohne weiteres denkbar, dass diese Geräte auch für die Überwachung von Personen mit entsprechendem Bedarf eingesetzt werden.

<sup>41</sup> Siehe Fn. 21.

<sup>42</sup> Der Schadenersatzanspruch entsteht beim Geschädigten, nicht beim Angehörigen. Aus diesem Grund hat auch der Geschädigte den Anspruch geltend zu machen (BGer vom 26.03.2002, 16); siehe dazu auch Geisseler, 123; Keller, 56.

<sup>43</sup> Im Entscheid des BGer vom 26.03.2002 machte die Beklagte unter anderem geltend, dass beim Angehörigen ein Abzug wegen Steuererleichterung vorzunehmen sei. Das Bundesgericht verneinte dies auf S. 16 mit der Begründung, dass der eigene Schaden des Geschädigten und nicht derjenige des Angehörigen abgegolten werde.

<sup>44</sup> BGer vom 26.03.2002, 15; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Zürich 1995, N 110; Keller, 56. Auch gemäss Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 655, geht die Pflege zu Hause durch einen Angehörigen zulasten des Haftpflichtigen. Dem Angehörigen sei neben den Kosten der unvermeidliche Verdienstausschlag zu ersetzen. Aufgrund der Schadenminderungspflicht hätten die Tätigkeiten jedoch nach Möglichkeit während der Freizeit des Angehörigen zu erfolgen. So sei der Erwerbsausfall des Angehörigen nur dann zu ersetzen, wenn ihm tatsächlich nicht mehr zugemutet werden könne, einer Erwerbstätigkeit im bisherigen Ausmass nachzugehen. Landolt spricht sich dagegen aus, dass der Erwerbsausfall des Angehörigen ersetzt wird. Das Abstellen auf ein hypothetisches Erwerbseinkommen des Angehörigen würde bei Langzeitpflegefällen oft zu einer massiven Über- oder Unterentschädigung führen. Zudem seien aus Gründen der rechtsgleichen Schadenersatzbemessung stets die mutmasslichen Kosten einer externen Fachkraft zu entschädigen (Landolt, Pflegerecht, N 887 f.). Dieselbe Meinung vertritt Geisseler, 123. Danach ist der Lohnausfall des Familienangehörigen als irrelevanter Reflexschaden zu qualifizieren.

<sup>45</sup> Gemäss BGer vom 26.03.2002, 15.

<sup>46</sup> Der Angehörige kann ja nicht dazu verpflichtet werden, zeitlebens für den Geschädigten zu sorgen.

<sup>47</sup> zum Überentschädigungsverbot siehe Beck, Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, N 6.1, N 6.12; Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel 1984, N 464.

<sup>48</sup> Geisseler, 123.

<sup>49</sup> Siehe These 1.

<sup>50</sup> HGer vom 12.06.2001, 23 ff.

<sup>51</sup> So zum Beispiel, wenn ein Angehöriger selbst die Betreuung des Geschädigten infolge Invalidität etc. aufgeben muss oder wenn er nicht mehr bereit ist, den Geschädigten zu betreuen. Der Angehörige kann selbstverständlich nicht gezwungen werden, für den Geschädigten zu sorgen (siehe dazu auch These 6).

<sup>52</sup> HGer vom 12.06.2001, 37: "Es kann lediglich geschätzt werden, wann mit einer Heimunterbringung der Klägerin zu rechnen ist. Das Gericht muss hier zur Schätzung greifen. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass die Schätzung nicht der Wirklichkeit entspricht."

<sup>53</sup> Die Geschädigte machte weiter geltend, dass sie von jenem Zeitpunkt an beispielsweise von ihrer Schwester betreut werden könnte. Das Handelsgericht verwarf diese Hypothese und betrachtete es als

wahrscheinlich, dass die Geschädigte ab dem 70. Altersjahr ihrer Mutter in einem Heim betreut werden muss (HGer vom 12.06.2001, 37).

<sup>54</sup> Die Annahme des Handelsgerichts, welches von einer Altersgrenze von 70 Jahren ausgeht, ist als sehr hoch zu qualifizieren, wenn man bedenkt, dass die Geschädigte gemäss HGer ZH vom 12.06.2001, 13, vollständig pflegebedürftig ist.

<sup>55</sup> Gemäss Landolt, Pflegerecht, N 878 ff., ist auf die mittlere Aktivität (Mittelwert zwischen Aktivität und Mortalität) des pflegenden Angehörigen abzustellen. Diese liegt sowohl bei Männern als auch bei Frauen weit über 70 Jahren. Ob dies der Realität entspricht, scheint doch eher fraglich zu sein, zumal Hilfeleistungen von Personen in der Regel mit hohen physischen Belastungen verbunden sind.

<sup>56</sup> HGer ZH vom 12.06.2001, 19.

---

**Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.**

**E. LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2.  
Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, S. 67 ff. (An-  
hang 5)**

**DER PFLEGESCHADEN***Hardy Landolt* \***\*\* HAVE 2003 I Seite 67 \*\***

## Inhaltsverzeichnis:

I.	Grundlagen	69
	A. Pflegebedürftigkeit	69
	B. Pflegeschadenrecht	70
II.	Begriff, Rechtsnatur und Erscheinungsformen des Pflegeschadens	71
	A. Pflegeschaden	71
	1. Begriff	71
	2. Rechtsnatur	71
	B. Pflegeschaden als Dienstleistungsschaden	71
	C. Pflegeschaden als Sachleistungsschaden	72
III.	Haftpflichtrechtliche Problematik des Pflegeschadens	73
	A. Ausgangslage	73
	B. Widerrechtlichkeit	73
	C. Schaden	74
	D. Kausalzusammenhang	75
	E. Verschulden	77
IV.	Ersatzfähigkeit des Pflegeschadens	77
	A. Ersatzfähigkeit	77
	1. Ausgangslage	77

2.	Objektiv ausgewiesener Pflege- und Betreuungsmehrbedarf	78
3.	Notwendigkeit der erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen	78
B.	Schadenersatzberechtigung	79
1.	Ausgangslage	79
2.	Unmittelbarkeitstheorie	80
3.	Einheitstheorie	81
V.	Bemessung des Pflegeschadens	83
A.	Allgemeine Bemessungsgrundsätze	83
1.	Schadenminderungsgrundsatz	83
a)	Schadenminderungspflicht der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person	83
(1)	Allgemeines	83
(2)	Selbstversorgungsmehrbedarf	85
(3)	Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform	86
b)	Schadenminderungspflicht der Angehörigen	88
2.	Vorteilsausgleichungsgrundsatz	88
3.	Ersatz für Direktschaden	88
B.	Bemessung des Spital-, Heim- und Spitexpflegeschadens	90
1.	Allgemeines	90
2.	Krankenbesuchskosten	91
<b>** HAVE 2003 I Seite 68 **</b>		
C.	Bemessung des Angehörigenpflegeschadens	93
1.	Allgemeines	93
2.	Zeitlicher Bezugsrahmen	94
a)	Aktueller Zeitaufwand	94

b)	Zukünftiger Zeitaufwand	94
c)	Zur Bedeutung eines Pflegeaufwandgutachtens	95
3.	Monetärer Bezugsrahmen	95
a)	Bemessungsgrundlage	95
b)	Anwendbarer Stundenansatz	98
(1)	Uneinheitlicher Stundenansatz	98
(2)	Brutto-Bruttolohnprinzip	99
(a)	Nettolohn	99
(b)	Zuschläge	102
(i)	Sozialversicherungsbeiträge	102
(ii)	13. Monatslohn	103
(iii)	Stellvertretungskosten	103
(iv)	Nacht- und Sonntagsarbeit	104
(v)	Reallohnerhöhung	104
4.	Monats- und Stundenlohnberechnungsmethode	105
a)	Ausgangslage	105
b)	Berechnungsmodell "Stundenlohn"	106
c)	Berechnungsmodell "Monatslohn"	107
(1)	Variante A: Effektiver Stundenlohn	107
(2)	Variante B: Doppelte Lohnkosten	108
VI.	Abgeltung des Pflegeschadens	110
A.	Allgemeines	110
B.	Pflegeschatdenkapital	110
C.	Pflegeschatdenrente	112

**\*\* HAVE 2003 I Seite 69 \*\***

## I. Grundlagen

## A. Pflegebedürftigkeit

Alter, Krankheit und Unfall können eine dauernde oder vorübergehende Pflegebedürftigkeit zur Folge haben. Eine Pflegebedürftigkeit ist mit einem teilweisen oder vollständigen Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit, d.h. der Fähigkeit, alltägliche Lebensverrichtungen selbstständig auszuführen (Hilflosigkeit, Grundpflegebedarf), verbunden. Besteht als Folge der zu Grunde liegenden Krankheit oder der Unfallfolgen zudem eine Behandlungsbedürftigkeit, so ergibt sich ein zusätzlicher Behandlungspflegebedarf<sup>1</sup>.

Das Risiko "Pflegebedürftigkeit" stellt ein Sonderrisiko dar: Es tritt relativ selten ein, ereignet es sich aber, ist es mit hohen Kosten verbunden. Die Risikowahrscheinlichkeit hängt von den Ursachen ab. Krankheit und Unfall führen äusserst selten zu einer dauerhaften Pflegebedürftigkeit, während eine alterungsbedingte Pflegebedürftigkeit bei Kindern bis zu einem bestimmten Alter immer besteht und bei älteren Personen ab dem 75. Altersjahr stetig zunimmt. Bei den (unter) 65-Jährigen ist der Anteil der Pflegebedürftigen zwischen 1 und 2%, während er bei den über 90-Jährigen bei 30% liegt<sup>2</sup>.

Die volkswirtschaftlichen Kosten der Pflegebedürftigkeit setzen sich aus den effektiven Kosten, die Bund und Kantone für individuelle Pflegesozialleistungen und Subventionen, die für den Bau und den Betrieb von Pflegebetrieben aufgewendet werden, und dem volkswirtschaftlichen Gesamtwert der unbezahlten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen<sup>3</sup> zusammen. Es existiert keine umfassende Pflegekostenstatistik, weshalb die Höhe der volkswirtschaftlichen Gesamtpflegekosten nicht klar ist<sup>4</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 70 \*\***

Seit der Einführung des KVG, das für die gesamte Bevölkerung obligatorische Heim- und Spitexpflegeleistungen eingeführt hat, lässt sich eine stetige Kostensteigerung beobachten (siehe nachfolgende Tabelle). Diese Tendenz wird sich durch die demographische Entwicklung (Zunahme der älteren Bevölkerung und von Einzelpersonenhaushalten, steigende Quote von erwerbstätigen Frauen etc.) und die Fortschritte der Medizin verstärken. Die Einführung einer Pflegeversicherung bzw. Reform des bestehenden Pflegesicherungssystems wird deshalb auf längere Sicht unvermeidbar sein.

Pflegekosten zulasten der Grundversicherung seit Einführung des KVG (in Mio. Fr.):

	Pflegeheim		Spitex		Pflege insgesamt	
	absolut	relativ zum Vorjahr	absolut	relativ zum Vorjahr	absolut	relativ zum Vorjahr
1996	.660		133		.739	
1997	.784	18,8%	163	22,6%	.947	19,4%
1998	1019	30,0%	200	22,7%	1219	28,7%
1999	1127	10,6%	223	11,5%	1350	10,7%
2000	1197	.6,2%	250	12,1%	1447	.7,2%
2001	1275	.6,5%	278	11,2%	1553	.7,3%

## B. Pflegeschadenrecht

In haftpflichtrechtlicher Hinsicht ist die Pflegeproblematik mit zwei grundsätzlichen Fragestellungen verbunden:

-- Das Pflegeschadenrecht befasst sich mit der Problematik, ob und inwieweit für die widerrechtliche Verursachung einer Pflegebedürftigkeit (= Pflegeschaden) Ersatz verlangt werden kann.

-- Das Pflegehaftpflichtrecht demgegenüber betrifft die Frage der Haftung von Pflegepersonen <sup>5</sup>.

Der vorliegende Aufsatz befasst sich ausschliesslich mit dem Pflegeschadenrecht und möchte einen Überblick über die haftungsrechtliche Problematik des Pflegeschadens geben <sup>6</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 71 \*\***

## II. Begriff, Rechtsnatur und Erscheinungsformen des Pflegeschadens

### A. Pflegeschaden

#### 1. Begriff

Der Pflegeschaden umfasst den Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Pflegebedürftigkeit eintreten. Der Geldwert bestimmt sich nach Massgabe der dem Haftungsrecht zu Grunde liegenden Schadentheorie. Nach der Vermögensschadentheorie besteht der Geldwert nur in unfreiwillig erlittenen effektiven Pflegekosten, während die Kommerzialisierungstheorie auf den volkswirtschaftlichen Wert der erbrachten Pflegeleistungen abstellt und neben den effektiven, auch hypothetische bzw. normative Kosten für unentgeltlich erbrachte Pflege und Betreuung umfasst <sup>7</sup>.

#### 2. Rechtsnatur

Eine Pflegebedürftigkeit ist einerseits mit einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit verbunden und führt andererseits zu einem Dienst- und Sachleistungsmehrbedarf. Die monetären Folgen der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit werden als Erwerbsausfall- und Haushaltschaden (lucrum cessans) abgegolten <sup>8</sup>. Der Pflegeschaden umfasst nur den eigentlichen Dienst- und Sachleistungsmehrbedarf, der als Folge der Pflegebedürftigkeit entsteht. Die Funktion des Pflegeschadens besteht deshalb nur in einem Kostenersatz (damnum emergens).

### B. Pflegeschaden als Dienstleistungsschaden

Der Pflegeschaden stellt - wie bereits erwähnt - einen Dienstleistungsschaden dar. Als solcher umfasst er sämtliche Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, die als Folge der Pflegebedürftigkeit erforderlich sind. Dazu zählen:

-- Spitalpflegeleistungen bzw. der Spitalpflegeschieden (= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Spitalpflegebedürftigkeit eintreten),

**\*\* HAVE 2003 I Seite 72 \*\***

-- Heimpflegeleistungen bzw. der Heimpflegeschieden (= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Heimpflegebedürftigkeit eintreten) und

-- Hauspflegeleistungen bzw. der Hauspflegeschieden (= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Hauspflegebedürftigkeit eintreten).

Der Hauspflegeschieden weist zwei Erscheinungsformen auf. Der Angehörigenpflegeschieden entspricht dem Geldwert der von den Angehörigen des Geschädigten unentgeltlich erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen. Werden Pflege und Betreuung beim Geschädigten Zuhause entgeltlich von Dritten, insbesondere von Spitex-Organisationen, erbracht, liegt ein Spitexpflegeschieden vor.

### C. Pflegeschaden als Sachleistungsschaden

Der Pflegeschaden umfasst ferner auch die Kosten von Hilfsmitteln, die entweder Pflege- und Betreuungsdienstleistungen Dritter substituieren oder die zusätzlich zu solchen Dienstleistungen erforderlich sind. Als ersatzpflichtige Hilfsmittelkosten i.S.v. Art. 46 OR fallen praxismässig in Betracht <sup>9</sup>:

-- Auslagen für Medikamente und Pflegemittel (z.B. Inkontinenzartikel, Abführmittel, Betteinlagen, Salben, Hautöle usw.),

-- Auslagen für die Anschaffung und den Unterhalt von Hilfsmitteln (z.B. Prothesen, Rollstühle, Pflege- und Stehbetten, Hörgeräte, Induktionsanlagen, Brillen, Schuheinlagen, Schreibtelefone, Liftanlagen usw.),

-- Lebenshaltungsmehrkosten (z.B. Kosten für Spezialkleider, Mehrkosten für behinderungsbedingte Ernährung oder für eine behindertengerechte Wohnung),

**\*\* HAVE 2003 I Seite 73 \*\***

-- Kosten für Dienstleistungen Dritter (z.B. vorprozessuale Anwalts- und Expertisekosten oder Kosten für den Beizug eines Steuerexperten oder eines Architekten) sowie

-- wiederkehrende Kosten (z.B. behinderungsbedingte Transportkosten an den Arbeitsort, zum Arzt oder zur Therapie, Kosten für behinderungsbedingte bauliche Anpassungen der Wohnung).

## III. Haftpflichtrechtliche Problematik des Pflege schadens

### A. Ausgangslage

Eine Haftung für den Pflegeschaden setzt voraus, dass die in Art. 41 ff. OR bzw. den besonderen Haftungsnormen genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Eine Verschuldenshaftung nach Art. 41 Abs. 1 i.V. m. Art. 46 OR ist gegeben, wenn der Haftpflichtige schuldhaft und widerrechtlich einen Personenschaden in rechtlich erheblicher Weise herbeigeführt hat.

#### B. Widerrechtlichkeit

Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie liegt eine Widerrechtlichkeit bei einer Verletzung eines absoluten Rechtsgutes oder einer Schutznorm vor<sup>10</sup>. Da die Gesundheit ein absolutes Rechtsgut darstellt und Art. 46 OR eine Haftung bei einer widerrechtlich zugefügten "Körperverletzung" ausdrücklich vorsieht, ergeben sich beim Pflegeschaden in Bezug auf die Widerrechtlichkeit keine Probleme. Eine Pflegebedürftigkeit setzt nämlich zwingend eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit eines absolut geschützten Rechtsgutes voraus.

Bei einer pränatal verursachten bzw. bestehenden Pflegebedürftigkeit ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten in zweierlei Hinsicht. In Bezug auf die aktive

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 74 \*\***

Widerrechtlichkeit (Schadenverursachung durch ein Tun) fragt es sich, ob und inwieweit vorgeburtliches Leben als absolutes Rechtsgut geschützt ist bzw. ein Embryo als potenziell Geschädigter überhaupt rechtsfähig ist<sup>11</sup>. Bei der passiven Widerrechtlichkeit (Schadenverursachung durch ein Unterlassen oder Dulden) stellt sich zudem das Problem nach dem Vorhandensein von Schutznormen, die zur Verhinderung vorgeburtlicher Schäden verpflichten<sup>12</sup>.

#### C. Schaden

Der dem Haftungsrecht zu Grunde liegende Schadensbegriff, insbesondere derjenige von Art. 41 ff. OR, basiert auf der Vermögensschadentheorie: Ein "Schaden" tritt ein, wenn der vom widerrechtlichen Verhalten Betroffene unfreiwillig einen Erwerbsausfall (*lucrum cessans*) oder eine Vermögensminderung (*damnum emergens*) erleidet<sup>13</sup>. Eine Pflegebedürftigkeit führt in der Regel zu unfreiwilligen Kosten (Vermögensminderung bzw. *damnum emergens*), weshalb ein eigentlicher "Vermögensschaden" vorliegt.

Werden die Pflegedienst- und Pflegesachleistungen unentgeltlich von Angehörigen erbracht, liegt vor dem Hintergrund der Vermögensschadentheorie kein Schaden vor. Der Pflegebedürftige muss für die erbrachten Dienst- bzw. Sachleistungen nichts bezahlen<sup>14</sup>. Ein Schaden kann in einem solchen Fall nur dann bejaht werden, wenn Art. 41 ff. OR auf einer anderen Schadentheorie beruhen. Die Rechtsprechung bejaht die Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens<sup>15</sup>, was

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 75 \*\***

die Geltung der Kommerzialisierungstheorie ("es kostet zwar nichts, hat aber einen Geldwert") zwingend voraussetzt. Der Angehörigenpflegeschaden stellt insoweit keinen effektiven, sondern einen normativen Schaden dar.

#### D. Kausalzusammenhang

Zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem Schaden muss sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang (rechtserheblicher Kausalzusammenhang) bestehen. Tritt eine Pflegebedürftigkeit als Folge eines widerrechtlich zugefügten Gesundheitsschadens ein, ist der rechtserhebliche Kausalzusammenhang in der Regel gegeben: Ohne das Ereignis wäre die Pflegebedürftigkeit nicht eingetreten (natürliche Kausalität) - eine Beeinträchtigung der Gesundheit führt erfahrungsgemäss - je nach den Umständen und der Schwere der Beeinträchtigung - zu einer (vorübergehenden) Pflegebedürftigkeit (adäquate Kausalität).

Bei einer vorbestehenden Pflegebedürftigkeit - es wird z.B. eine betagte Verkehrsteilnehmerin schwer verletzt und erleidet eine Querschnittlähmung - fragt es sich, ob der Haftpflichtige für den gesamten Pflegebedarf oder nur für den von ihm verursachten Pflegemehrbedarf entschädigungspflichtig ist. Diese Problematik ist nach Massgabe der beim Vorliegen einer konstitutionelle Prädisposition geltenden Schadenersatzregeln zu lösen<sup>16</sup>.

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 76 \*\***

Bei einer später eintretenden Pflegebedürftigkeit - der Geschädigte wäre z.B. im Alter ohnehin pflegebedürftig geworden - stellt sich die Problematik der sog. "Ohnehin-Schäden" bzw. der "überholenden Kausalität"<sup>17</sup>. Eine (volle) Haftung fällt dann ausser Betracht, wenn eine Schadenersatzreduktion oder sogar eine Unterbrechung des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs angenommen wird<sup>18</sup>.

Der Beweis der überholenden Kausalität dürfte in tatsächlicher Hinsicht vom Haftpflichtigen nicht zu erbringen sein, da eine alterungsbedingte Pflegebedürftigkeit statistisch erst ab dem 75. Altersjahr zunehmend ins Gewicht fällt. Da die Kapitalisierung des Pflegedienstleistungsschadens nach Mortalität erfolgt und so auf die durchschnittliche Lebenserwartung abstellt, kommt eine Kürzung nur bei den Frauen, nicht aber bei den Männern in Betracht (diese sterben statistisch um das 79. Altersjahr)<sup>19</sup>. Zudem liegt die Wahrscheinlichkeit einer alterungsbedingten Pflegebedürftigkeit bei den über 90-Jährigen bei rund 30%, weshalb auch bei den Frauen, die statistisch mit 87 Jahren sterben, die Beweisanforderung (mit an

Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) nicht erfüllt werden kann.

Tritt als Folge der Pflegebedürftigkeit bzw. des ihr zu Grunde liegenden Gesundheitsschadens eine verkürzte Lebenserwartung ein, ist unklar, ob eine vollumfängliche Ersatzpflicht besteht<sup>20</sup>. Eine Schadenersatzreduktion fällt von vornherein ausser Betracht, wenn die verkürzte Lebenserwartung eine Folge der Pflegebedürftigkeit bzw. des Gesundheitsschadens ist. Der Haftpflichtige, der die verkürzte Lebenserwartung verursacht hat, würde ungerechtfertigt begünstigt, wenn eine Kürzung erfolgen würde. Eine vorbestehende verkürzte Lebenserwartung ist demgegenüber als konstitutionelle Prädisposition zu behandeln.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 77 \*\***

Ein Kausalitätsproblem besteht ferner beim Angehörigenpflegeschieden. Alltägliche Dienstleistungen von Angehörigen, die auch ohne Eintritt der Pflegebedürftigkeit erbracht worden wären, sind nicht ersatzpflichtig, da der natürliche Kausalzusammenhang nicht gegeben ist<sup>21</sup>. Zudem ist unklar, ob der Angehörigenpflegeschieden ein in kausaler Hinsicht anrechenbarer Schaden darstellt. Vor dem Hintergrund des Reflexschadenersatz- und Drittschadensliquidationsverbotes und des Adäquanzerfordernisses wäre der Angehörigenpflegeschieden dann nicht ersatzfähig, wenn er als ein Drittschaden qualifiziert werden müsste<sup>22</sup>.

E. Verschulden

Eine Verschuldenshaftung setzt beim Schädiger Urteilsfähigkeit sowie ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraus<sup>23</sup>. Diese Anforderungen sind im Zusammenhang mit der Haftung für den Pflegeschieden nicht von primärer Bedeutung. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich aber bei einer pränatal verursachten Pflegebedürftigkeit, als in solchen Fällen unklar ist, inwieweit Eltern oder Dritte, insbesondere Ärzte, fahrlässig handeln<sup>24</sup>.

IV. Ersatzfähigkeit des Pflegeschiedens

A. Ersatzfähigkeit

1. Ausgangslage

Bundesgericht und kantonale Gerichte bejahen die Ersatzfähigkeit des Spital-, Heim- und Spitexpflegeschiedens<sup>25</sup>. Unentgeltlich erbrachte Dienstleistungen von Angehörigen sind ebenfalls als normative Pflegekosten ersatzfähig<sup>26</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 78 \*\***

2. Objektiv ausgewiesener Pflege- und Betreuungsmehrbedarf

Die Schadenersatzpflicht setzt einen objektiv ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsmehrbedarf voraus. Es genügt nicht, dass der Geschädigte effektiv Dritthilfe beansprucht. Die Dritthilfe muss im Hinblick auf die erlittene Beeinträchtigung der Gesundheit gerechtfertigt sein.

Die Rechtsprechung ist etwa bei folgenden Gesundheitsschädigungen von einem ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsbedarf ausgegangen:

- Querschnittlähmung<sup>27</sup>,
- Hirnschädigung<sup>28</sup>,
- Gliedmassenverlust<sup>29</sup>,
- Blindheit<sup>30</sup>,
- offener Beinbruch<sup>31</sup>,
- vorübergehender Hilfs- und Betreuungsbedürftigkeit<sup>32</sup>.

3. Notwendigkeit der erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen

Das Vorliegen eines objektiven Pflege- und Betreuungsbedarfes begründet keine Haftung für beliebige Dienstleistungen. Zwischen der Pflegebedürftigkeit und den fraglichen Dienstleistungen muss ein Bedingungsverhältnis bestehen. Ersatzfähig sind Pflege- und Betreuungsdienstleistungen nur dann, wenn sie geeignet und notwendig sind, um die eingeschränkte Selbstversorgungsfähigkeit des Geschädigten zu kompensieren. Eignung und Notwendigkeit lassen sich abstrakt nicht umschreiben. Im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage ist eine Ersatzpflicht in jedem Fall immer dann zu bejahen, wenn der Geschädigte für bestimmte Dienstleistungen Dritter Pflegesozialleistungen, insbesondere eine Hilflosenentschädigung, beanspruchen kann.

Die Rechtsprechung hat die Notwendigkeit u.a bei folgenden Dienstleistungen bejaht:

**\*\* HAVE 2003 I Seite 79 \*\***

- bei der Heilung dienlichen Pflegeleistungen: z.B. Behandlungs- und Grundpflege sowie Krankenbesuche <sup>33</sup>,
- bei notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen: z.B. "Pflegetraining" im Hinblick auf künftige Hauspflege durch Angehörige <sup>34</sup> und ausserhäusliche Begleitung und Betreuung <sup>35</sup>,
- bei pflegebedingt erforderlichen Haushaltleistungen Dritter <sup>36</sup>, und
- bei pflegebedingt erforderlichen Präsenzzeiten <sup>37</sup>.

Je nach den konkreten Umständen kann eine Notwendigkeit für eine Angehörigenpflege und -betreuung trotz stationärer Unterbringung in einem Spital oder einem Pflegeheim bestehen. Dies ist insbesondere der Fall für notwendige Besuche <sup>38</sup>, ein Plegetraining <sup>39</sup> und die spital- bzw. heimexterne Begleitung <sup>40</sup>.

## B. Schadenersatzberechtigung

### 1. Ausgangslage

Bei entgeltlich erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen tritt der Schaden beim pflegebedürftigen Geschädigten ein. Er muss die vom (regressierenden) Sozialversicherer ungedeckten Kosten, insbesondere Selbstbehalt und Franchise, bezahlen und kann dafür Ersatz verlangen. Bei der Angehörigenpflege ist die Ausgangslage unklar: Der pflegebedürftige Geschädigte muss den Angehörigen kein Pflegeentgelt bezahlen bzw. diese wollen nicht bezahlt werden, trotzdem bejaht die Rechtsprechung eine Ersatzpflicht.

Es fragt sich deshalb, wer eigentlich geschädigt ist: der Pflegebedürftige, der nichts zu bezahlen hat, oder der Angehörige, der nicht entlohnt wird? Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass für Pflege- und

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 80 \*\***

Betreuungsleistungen - auch wenn sie von Angehörigen unentgeltlich erbracht werden - immer die pflegebedürftige Person geschädigt und damit aktivlegitimiert ist <sup>41</sup>.

Bei den Krankenbesuchskosten hat das Bundesgericht in seiner früheren Praxis die besuchenden Angehörigen als aktivlegitimiert bezeichnet <sup>42</sup>. In BGE 97 II 259 wich es ohne nähere Begründung von dieser Auffassung ab und erachtete die besuchte Person als geschädigt. Im fraglichen Entscheid wurde dabei die Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen, um die - vor dem Hintergrund des Reflexschadenersatzverbotes - an sich nicht bestehende Ersatzfähigkeit von Besuchskosten zu begründen.

Die Lehre hat das Konstrukt der Geschäftsführung ohne Auftrag mitunter mit dem begründeten Hinweis kritisiert, dass deren Voraussetzungen im innerfamiliären Verhältnis nicht erfüllt sind <sup>43</sup>. Der besuchende Angehörige ist kein Geschäftsführer; er handelt aus einem sittlichen Pflichtgefühl heraus und hat in der Regel keinen Restitutionswillen. Was ist daraus zu folgern? Soll eine Haftung für den Angehörigenschaden verneint werden, weil er einen Reflexschaden von ohnehin beistandsverpflichteten Angehörigen darstellt?

### 2. Unmittelbarkeitstheorie

Die haftungstheoretische Einordnung des Angehörigenpfleges Schadens bereitet Schwierigkeiten. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung vertritt die Unmittelbarkeitstheorie. Die Verschuldenshaftung von Art. 41 ff. OR ist nur auf unmittelbar durch das haftungsbegründende Ereignis pflegebedürftig gewordene Personen anwendbar. Schäden Dritter, insbesondere von Angehörigen, sind nicht ersatzfähig (Reflexschadenersatzverbot) und dürfen auch nicht indirekt über den Geschädigten abgegolten werden (Drittschadensliquidationsverbot) <sup>44</sup>.

Vor dem Hintergrund der "reinen" Unmittelbarkeitstheorie sind Reflexschäden nur dann ersatzpflichtig, wenn eine ausdrückliche Ausnahmehaftungsnorm besteht. Als solche werden Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR verstanden. Da Art. 46 OR die Angehörigen nicht expressis verbis erwähnt, besteht nach der Meinung der Vertreter der Unmittelbarkeitstheorie für den Schaden, den Angehörige von körperverletzten Personen erleiden, keine Ersatzpflicht. Insbesondere ist ein Versorgerschaden ausgeschlossen <sup>45</sup>.

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 81 \*\***

Lehre und Rechtsprechung basieren zwar auf der Unmittelbarkeitstheorie, relativieren diese aber in Bezug auf Angehörige in mehrfacher Hinsicht:

-- Angehörigenreflexgenugtuung: Angehörige von Schwerstverletzten können eine Genugtuung gestützt auf Art. 49 OR in ihrem eigenen Namen geltend machen <sup>46</sup>,

-- Drittschadensliquidation von Besuchskosten: Der pflegebedürftige Geschädigte kann die Besuchskosten von Angehörigen in eigenem Namen geltend machen, obwohl strenggenommen nicht er, sondern die besuchenden Angehörigen geschädigt sind <sup>47</sup>. Diese Drittschadensliquidation ist nicht zuletzt deshalb ungerechtfertigt, weil sie beim Tod des pflegebedürftigen Geschädigten zur Folge hat, dass die Angehörigen, die ihn nicht besucht haben, die Besuchskostenentschädigung anteilmässig erben. Diese Benachteiligung wird nicht durch eine allfällige Entschädigungspflicht des Geschädigten

wettgemacht. Selbst wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag für besuchende Angehörige anwendbar wäre, könnten sie nämlich im internen Verhältnis keine Vergütung (Lohn), sondern nur Kostenersatz verlangen<sup>48</sup>.

-- Ersatzfähigkeit unentgeltlicher Pflege- und Betreuungsdienstleistungen von Angehörigen: Bei den eigentlichen Pflege- und Betreuungsdienstleistungen geht die Rechtsprechung von der Aktivlegitimation des Geschädigten aus, äussert sich aber nicht dazu, ob im internen Verhältnis die Geschäftsführung ohne Auftrag oder Art. 320 Abs. 2 OR gilt<sup>49</sup>.

Die "modifizierte" Unmittelbarkeitstheorie ist in mehrfacher Hinsicht in sich widersprüchlich. Ein Mal sind Angehörige gestützt auf Art. 49 OR aktivlegitimiert, ein anderes Mal sind sie es nicht. Dafür darf der an sich nicht geschädigte "Geschädigte" Ersatz für ihren Schaden verlangen, muss diesen aber nicht unbedingt zurückerstatten.

### 3. Einheitstheorie

Die Unmittelbarkeitstheorie krankt letztlich daran, dass sie Angehörige als Fremde betrachtet, was sie aber nicht sind. Wenn der Blitz der Widerrechtlichkeit ins Hausdach einschlägt, wird nicht nur derjenige Hausbewohner "geschädigt",

#### **\*\* HAVE 2003 I Seite 82 \*\***

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.

Das Haftpflichtrecht muss deshalb - wie die übrige Rechtsordnung auch - die Familie als ökonomische und rechtliche Einheit verstehen. 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 Geschädigte durch das haftungsbegründende Ereignis unmittelbar oder bloss mittelbar betroffen ist<sup>50</sup>.

Wird eine Person widerrechtlich verletzt, wirkt sich die Widerrechtlichkeit auch auf die Angehörigen aus. Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR haben vor diesem Hintergrund eine andere Bedeutung. Sie stellen keine Ausnahmehaftungsnormen dar, sondern limitieren bzw. konkretisieren eine an sich vorbestehende Haftung für Angehörigenschäden beim - ohnehin eintretenden - Tod<sup>51</sup>.

Die Konsequenzen der Einheitstheorie sind folgende:

-- Das Reflexschadenersatz- und das Drittschadensliquidationsverbot sind nur auf ausserfamiliäre Drittschäden anwendbar, gelten dafür aber ausnahmslos. Eine Haftung für Reflexschäden setzt eine spezifische Schutznorm voraus.

-- Der Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag im innerfamiliären Verhältnis zwischen dem unmittelbar Geschädigten und Angehörigen, die als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses nützliche oder notwendige Dienstleistungen erbringen, ist nicht erforderlich, um eine externe Haftung zu begründen.

-- Der (unmittelbar) Geschädigte und die (mittelbar geschädigten) Angehörigen können für ihren eigenen Schaden und die erlittene immaterielle Unbill Ersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen der jeweiligen Haftungsnorm erfüllt sind. Allfällige kollidierende Haftungsinteressen sind nach Massgabe des überwiegenden Restitutionsinteresses zu lösen.

-- Im Vergleich zur geltenden Praxis bewirkt die Einheitstheorie eine Haftungsausweitung. Nicht selbst verletzte Angehörige können für den Versorgerschaden und weitere finanzielle Nachteile, die im Zusammenhang mit dem Eintritt einer Körperverletzung bei einem anderen Familienmitglied erfahrungsgemäss entstehen, Ersatz verlangen.

#### **\*\* HAVE 2003 I Seite 83 \*\***

-- Die Einheitstheorie ist schliesslich mit einem anderen Haftungsverständnis des Besuchskosten- und Haushaltschadens verbunden Aktivlegitimiert für die Besuchskosten sind die besuchenden Angehörigen<sup>52</sup>. Der Haushaltschaden ist in den Eigenschaden der haushaltsarbeitsunfähigen Person (Geschädigte; *lucrum cessans*) und den Versorgerschaden der Angehörigen der haushaltsarbeitsunfähigen Person (*damnum emergens*) aufzuteilen<sup>53</sup>.

### V. Bemessung des Pflegeschadens

#### A. Allgemeine Bemessungsgrundsätze

##### 1. Schadenminderungsgrundsatz

##### a) Schadenminderungspflicht der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person

###### (1) Allgemeines

Die geschädigte bzw. pflegebedürftige Person ist schadenminderungspflichtig. Privat- und sozialrechtliche Schadenminderungspflicht sind dabei nach einheitlichen Grundsätzen zu konkretisieren, um einerseits ungerechtfertigte Deckungslücken beim Geschädigten zu vermeiden<sup>54</sup> und andererseits Regressrecht und Ersatzpflicht zu koordinieren. Die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht darf deshalb nicht strenger als die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht verstanden werden

Der Geschädigte hat bei Eintritt eines Gesundheitsschadens von sich aus alles ihm Zumutbare vorzukehren, um die Folgen

des Gesundheitsschadens bestmöglich zu mildern (sog. Grundsatz der Selbsteingliederung). Neben der selbstständigen

**\*\* HAVE 2003 I Seite 84 \*\***

Vornahme von schadenverhütenden und -vermindernden Massnahmen, z.B. Operationen oder Heilbehandlungen<sup>55</sup>, ist der Geschädigte auch zur weisungsgebundenen Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen verpflichtet<sup>56</sup>.

Massnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen, werden von Gesetz und Verordnung ausdrücklich untersagt<sup>57</sup>. Massnahmen zu Diagnose-<sup>58</sup> oder Therapiezwecken gelten praxismässig als zumutbar<sup>59</sup>, während bei anderen medizinischen Massnahmen, die wie Operationen mit eigentlichen Eingriffen in den Körper verbunden sind, in jedem Einzelfall die Zumutbarkeit geprüft werden muss.

Die Zumutbarkeit von Operationen und anderen Eingriffen in den Körper wird von Lehre und Rechtsprechung bejaht, wenn es sich um einen erfahrungsgemäss unbedenklichen, nicht mit Lebensgefahr verbundenen Eingriff handelt, der mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit völlige Heilung oder doch wesentliche Besserung des Leidens und damit verbunden eine wesentliche Erhöhung der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit erwarten lässt und nicht zu einer normalerweise sichtbaren Entstellung führt oder nicht übermässige Schmerzen verursacht<sup>60</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 85 \*\***

(2) Selbstversorgungsmehrbedarf

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Geschädigte ebenfalls geeignete und zumutbare Massnahmen zu treffen, um seine Selbstständigkeit zu erhalten<sup>61</sup>. Für die Feststellung des Pflege- und Betreuungsaufwandes ist entscheidend, welche Tätigkeiten bei zumutbarer Kleidung oder Vorhandensein zumutbarer Pflegeutensilien selbst vorgenommen werden könnten<sup>62</sup>. Verletzt der Versicherte diese Pflicht, so wird die dadurch verursachte direkte oder indirekte Dritthilfe nicht berücksichtigt.

Ein Geschädigter darf dann nicht als einer Lebensverrichtung fähig gelten, wenn er sie nur auf unübliche Art ausführen kann. Unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten wird eine auf unübliche Art und Weise erfolgende Dritthilfe praxismässig leistungserhöhend angerechnet<sup>63</sup>. Allfällige aussergewöhnliche Anstrengungen über die Schadenminderungspflicht hinaus, die zu einer Schadenverringerung geführt haben oder führen werden, sind ebenfalls zu Gunsten des Geschädigten zu berücksichtigen<sup>64</sup>.

Der Geschädigte, der unübliche Pflegeleistungen an sich selbst ausführt oder aussergewöhnliche Anstrengungen unternimmt, um den Pflegebedarf zu minimieren, kann deshalb für den Selbstversorgungsmehrbedarf Ersatz der dadurch eingesparten Pflegekosten verlangen. Bei Geschädigten, die ihren Pflegebedarf eigenhändig decken können, entsteht u.U. indirekt ein Erwerbsausfall- oder Haushaltschaden, wenn - als Folge der erhöhten zeitlichen Beanspruchung für die alltägliche Selbstversorgung - die verbliebene Erwerbs- oder Haushaltsarbeitsfähigkeit nicht voll ausgeschöpft werden kann. Der normative Pflegeschaden (für den Selbstversorgungsmehrbedarf) und der effektive Erwerbsausfall- bzw. Haushaltschaden können aber nicht kumuliert werden<sup>65</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 86 \*\***

(3) Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform

Das EVG hatte in jüngster Zeit mehrfach Gelegenheit, das Verhältnis zwischen der Spitex- und der Heimpflegebedürftigkeit zu bestimmen<sup>66</sup>. Die Abgrenzung der sozialversicherungsrechtlichen Leistungspflicht erfolgt dabei nach den beiden Kriterien der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit. Eine Leistungspflicht setzt zunächst voraus, dass die Spitex- oder die Heimpflege für die Behandlung des Versicherten zweckmässig ist.

Erweisen sich sowohl Spitex- als auch Heimpflege als zweckmässig, lässt das EVG dem Versicherten nicht die uneingeschränkte Wahl der Pflegeform. Er kann nur die Kosten geltend machen, die bei der wirtschaftlichsten Pflegeform entstehen würden<sup>67</sup>. Am Wirtschaftlichsten ist dabei nicht die billigste Pflegeform, sondern jene zu betrachten, bei der im Hinblick auf die Zweckmässigkeit nicht ein "grobes Missverhältnis" zwischen den Spitex- und den Heimpflegekosten besteht<sup>68</sup>.

Die Wirtschaftlichkeit wird nicht nach Massgabe der Gesamtkosten beurteilt. Massgeblich sind vielmehr die dem Versicherer entstehenden Kosten<sup>69</sup>. Die Rechtsprechung hat es abgelehnt, eine prozentuale Obergrenze festzusetzen, bei der automatisch von einem groben Missverhältnis auszugehen wäre<sup>70</sup>. Als wirtschaftlich wurden Spitexkosten bezeichnet, die 35 bzw. 37%<sup>71</sup>, 200%<sup>72</sup>, 350%<sup>73</sup> bzw.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 87 \*\***

400%<sup>74</sup>, nicht aber solche, die 500%<sup>75</sup> der Heimpflegekosten ausmachen<sup>76</sup>. Erweisen sich die Spitexkosten als

unverhältnismässig, besteht eine Leistungspflicht auch dann nicht, wenn die Hauspflege zweckmässiger und wirksamer ist <sup>77</sup>.

Diese sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage hat - vor dem Hintergrund des Regressrechtes - zur Folge, dass auch in haftpflichtrechtlicher Hinsicht ein Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform anzuerkennen ist <sup>78</sup>. Die geschädigte Person kann, muss sich aber nicht durch Angehörige pflegen und betreuen lassen. Schwerstpflegebedürftigen Geschädigten steht zudem praxisgemäss das Recht zu, sich zu Hause von Pflegefachkräften pflegen zu lassen <sup>79</sup>.

Gestützt auf die Schadenminderungspflicht kann insbesondere nicht verlangt werden, dass sich ein Geschädigter in ein (billigeres) bzw. nicht in ein (teureres) Pflegeheim begibt <sup>80</sup>. Nur dann, wenn er ohne plausible Gründe eine bestimmte Pflegeform wählt, sich z.B. trotz nicht vorhandener Hilfsbedürftigkeit in ein Pflegeheim begibt oder teures Pflegepersonal bezieht, und dadurch klarerweise unnötige Mehrkosten verursacht werden, rechtfertigt es sich, die Wahlfreiheit des Geschädigten einzuschränken <sup>81</sup>.

Ersatzfähig sind zudem nur konkret nachgewiesene notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen <sup>82</sup>. Nicht in Anspruch genommene Pflege- und Betreuungsdienstleistungen sind nicht ersatzpflichtig, auch wenn sie normalerweise bei einer Pflegebedürftigkeit der vorliegenden Art erforderlich bzw. zweckmässig wären. Der Geschädigte kann deshalb "eingesparte" Pflegekosten - z.B. weil er sich

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 88 \*\***

im billigeren, weil indirekt mit Subventionen finanzierten Pflegeheim statt durch angestelltes Pflegepersonal betreuen lässt - nicht beanspruchen <sup>83</sup>. Eine Ersatzpflicht für nicht beanspruchte Kosten würde auf den Ersatz "fiktiver" Kosten hinauslaufen und wäre zudem mit dem Gebot von Treu und Glauben (widersprüchliches Verhalten) nicht vereinbar.

#### b) Schadenminderungspflicht der Angehörigen

Die Angehörigen der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person sind zwar u.U. dieser gegenüber beistandspflichtig, nicht aber gegenüber dem Haftpflichtigen schadenminderungspflichtig. Die Beistandspflicht stellt vielmehr ein gesetzliches Schadenausgleichssystem dar <sup>84</sup>. Allfällige Beistandsleistungen sind als Naturalschadenersatz zu betrachten und berechtigen zum "Regress". Angehörige können aber in Bezug auf den "eigenen" Schaden nur Ersatz verlangen für notwendige Dienstleistungen, die sie ohne haftungsbegründendes Ereignis nicht erbracht hätten, und soweit auf Grund eines überwiegenden Restitutionsinteresses nicht der Pflegebedürftige aktivlegitimiert ist <sup>85</sup>.

#### 2. Vorteilsausgleichungsgrundsatz

Die geschädigte Person ist vorteilsausgleichungspflichtig und muss sich allfällige finanzielle Vorteile anrechnen lassen. Dazu gehören z.B. eingesparte Lebenshaltungskosten bei einem Spital- oder Heimaufenthalt <sup>86</sup>, nicht aber tiefere Pflegekosten bei der Wohnsitzverlegung ins Ausland <sup>87</sup> und Steuereinsparungen, insbesondere Steuerbefreiungen für Kapitalabfindungen bei Körperschäden <sup>88</sup>.

#### 3. Ersatz für Direktschaden

Die geschädigte Person kann nur für ungedeckte Kosten entgeltlich oder unentgeltlich erbrachter Pflege und Betreuung Ersatz verlangen. Der Sozialversicherer regressiert für von ihm erbrachte Pflegesozialleistungen, soweit diese mit dem Pflegeschaden in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht kongruent sind. Dazu gehören insbesondere die Behandlungs- und Pflegekosten bei einem stationären

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 89 \*\***

Aufenthalt <sup>89</sup>, die Hilflosenentschädigung <sup>90</sup> und die Dienstleistungen Dritter <sup>91</sup> sowie Pflegehilfsmittel <sup>92</sup>.

Nicht anrechenbar sind die Betreuungsgutschriften der AHV <sup>93</sup> und Subventionen (Bau- und Betriebsbeiträge) an Pflegeinstitutionen <sup>94</sup>, in denen bzw. von denen der Geschädigte gepflegt wird. In beiden Fällen besteht keine personelle Kongruenz, da die Leistungen nicht der pflegebedürftigen, sondern der pflegenden Person ausgerichtet werden. Die Objektfinanzierung via Subventionen hat deshalb einen Regressverlust zu Lasten des Gemeinwesens zur Folge. Würde der Staat Pflegesozialleistungen statt Subventionen gewähren, könnte der Sozialversicherungsträger gegenüber allfällig Haftpflichtigen regressweise Ersatz verlangen. Diese Begünstigung des Schädigers bzw. dessen Versicherer ist de lege ferenda aufzuheben.

Die Berechnung des (zukünftigen) Direktschadens ist im Hinblick auf die Reformfreudigkeit des Gesetzgebers im Sozialversicherungsrecht nicht einfach:

-- Ein zukünftiger Ausbau von Pflegesozialleistungen - d.h. höhere oder neue Versicherungsleistungen, die bei der Direktschadenberechnung nicht in Abzug gebracht worden sind, werden vom Gesetzgeber eingeführt - ist mit einer Überentschädigung verbunden. Eine solche entsteht z.B. mit der Einführung der Assistenzentschädigung im Rahmen der 4. IV-Revision. Würde die bisherige Hilflosenentschädigung, die betragsmässig in etwa der Hälfte der geplanten Assistenzentschädigung entspricht, bei der Direktschadenberechnung in Abzug gebracht, erleidet der Versicherer einen

"Schaden", weil er u.U. gegenüber dem Sozialversicherer im Umfang des dem Geschädigten bereits geleisteten zukünftigen Pflegeschadens regresspflichtig wird.

-- Ein zukünftiger Abbau von Pflegesozialleistungen - d.h. Versicherungsleistungen, die bei der Direktschadenberechnung in Abzug gebracht worden sind, werden reduziert oder fallen sogar gänzlich weg - ist demgegenüber mit einer Unterentschädigung verbunden. Der Geschädigte hat im Vertrauen auf den Weiterbestand der ihm gewährten Pflegesozialleistungen einen tieferen Pflegedirektschaden akzeptiert. Fallen die in Abzug gebrachten Pflegesozialleistungen nachträglich weg, entsteht beim Geschädigten ein "Schaden", weil er auf Grund einer Saldoerklärung oder des Verjährungseintrittes nicht mehr auf den Haftpflichtigen greifen kann.

Besondere Bedeutung kommt deshalb den sozialversicherungsrechtlichen Übergangsfristen zu. Sehen diese eine Besitzstandswahrung vor, tritt kein

**\*\* HAVE 2003 I Seite 90 \*\***

Schaden ein, weil die bisherigen Pflegesozialleistungen weiterhin gewährt werden. Wird keine Besitzstandswahrung vorgesehen, entsteht eine Unterdeckung, was für den Geschädigten eine empfindliche Einbusse zur Folge haben kann. Dies ist etwa bei einer unfallbedingten Pflegebedürftigkeit der Fall, da Art. 118 Abs. 2 lit. a und c UVG keine Besitzstandswahrung vorsehen. Nach dem Inkrafttreten von Art. 21 UVG besteht - im Gegensatz zur früheren Rechtslage - nur noch für medizinische Pflegekosten eine Leistungspflicht des Unfallversicherers, was bei Fällen, die unter dem alten Recht reguliert wurden, zu einer Unterdeckung führt<sup>95</sup>.

-- Ein nachträgliches Inkrafttreten einer Regressbestimmung kann ebenfalls zu Bemessungsschwierigkeiten führen. Bis 1996 verfügte der Krankenversicherer nicht über ein gesetzliches Regressrecht<sup>96</sup>. Bei altrechtlichen Unfällen, die (neu) unter das KVG fallen, aber noch nicht abgeschlossen sind, stellt sich deshalb die Frage, ob und inwieweit der Krankenversicherer für Pflegesozialleistungen nach dem KVG (rückwirkend) gegenüber haftpflichtigen Dritten regressieren oder von der geschädigten Person, die sich vor Inkrafttreten des KVG den gesamten zukünftigen Pflegeschaden hat abgelden lassen, Ersatz verlangen bzw. Leistungskürzungen vornehmen kann<sup>97</sup>.

## B. Bemessung des Spital-, Heim- und Spitexpflegeschadens

### 1. Allgemeines

Spital-, Heim- und Spitexpflegeleistungen werden in der Regel entgeltlich erbracht und (teilweise) von der Sozialversicherung übernommen<sup>98</sup>. Auf Grund des Sozialversicherungsregresses kann der Geschädigte von vornherein nur Ersatz

**\*\* HAVE 2003 I Seite 91 \*\***

verlangen für die vom Sozialversicherer nicht übernommenen Kosten für notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen. Dazu gehören im Bereich der KV insbesondere die Franchise und der Selbstbehalt.

Bei der Direktschadenberechnung sind deshalb in einem ersten Schritt die (mutmasslichen) Gesamtpflegekosten zu ermitteln und hernach die (mutmasslichen) Pflegesozialleistungen in Abzug zu bringen. Bei der Ermittlung der Gesamtpflegekosten ist dabei darauf zu achten, dass die jeweiligen Tagestaxen (bei einem Spitalaufenthalt), Pensions- und Pflegetaxen (bei einem Heimaufenthalt) bzw. Tarife (bei der Spitexpflege) nur die versicherten Pflegeleistungen abgelden. Die versicherten und die notwendigen Pflegeleistungen sind jedoch nicht deckungsgleich.

Pflegeleistungen von Angehörigen, die vom Pflegepersonal nicht erbracht werden oder dieses entlasten<sup>99</sup>, stellen keinen sozialversicherungsrechtlichen Leistungstatbestand dar, können aber im Einzelfall notwendig sein, weshalb sie zusätzlich zu entschädigen sind. Zusätzlich zu entschädigen sind ebenfalls Pflegeleistungen, die von Spitälern, Heimen oder Spitexpflegeorganisationen erbracht werden, für die aber keine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht besteht<sup>100</sup>.

### 2. Krankenbesuchskosten

Lehre<sup>101</sup> und Rechtsprechung<sup>102</sup> bejahen den Grundsatz, dass notwendige Besuchskosten Angehöriger gestützt auf die Regeln der Geschäftsführung ohne

**\*\* HAVE 2003 I Seite 92 \*\***

Auftrag zu ersetzen sind. 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<sup>103</sup>. Daraus leitet die Lehre mitunter ab, dass für medizinisch nicht indizierte Besuche kein Ersatzanspruch besteht<sup>104</sup>.

Die Notwendigkeit von Besuchen Angehöriger kann ohne weiteres auch aus nichtmedizinischen Gründen gegeben sein, z.B. beim regelmässigen Bringen und Holen von persönlichen Effekten oder im Zusammenhang mit der Erledigung von Alltagsgeschäften. Geschädigter und Angehörige haben zudem einen grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützten Anspruch auf angemessenen Kontakt miteinander<sup>105</sup>.

Die Ersatzpflicht für Besuche von Angehörigen ist deshalb generell zu bejahen. Das zeitliche Intervall der ersatzpflichtigen Besuche und die Anzahl der besuchsberechtigten Angehörigen<sup>106</sup> ist einzelfallweise zu beurteilen. Kinder und Jugendliche, nahe Angehörige, insbesondere Ehegatten, sowie Schwerstverletzte sind dabei öfters, u.U. sogar mehrmals täglich, als andere Geschädigte zu besuchen<sup>107</sup>.

Zu ersetzen sind dabei alle durch notwendige Besuche verursachten Mehrkosten. Dazu gehören die Reisekosten<sup>108</sup> sowie die Kosten für Unterbringung und

**\*\* HAVE 2003 I Seite 93 \*\***

Verpflegung<sup>109</sup>. Unklar ist, inwieweit Kosten für Geschenke<sup>110</sup> und Trinkgelder sowie die Zerstreuung des Geschädigten, z.B. Kosten für Bücher, Zeitschriften und Zeitungen sowie die Miete eines Radio- oder Fernsehgerätes<sup>111</sup>, und ein allfälliger Erwerbsausfall der besuchenden Angehörigen<sup>112</sup> ersatzpflichtig sind<sup>113</sup>.

C. Bemessung des Angehörigenpfleges Schadens

1. Allgemeines

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die im Bereich des Haushaltschadens entwickelte Aufwandmessmethode auch für die Bemessung des Angehörigenpfleges Schadens gilt<sup>114</sup>. Die Höhe des Angehörigenpfleges Schadens ergibt sich solchermassen aus der Multiplikation des Stundenaufwandes mit einem marktconformen Stundenansatz.

Das Bundesgericht betont ferner, dass es sich bei der Bemessung des Angehörigenpfleges Schadens um einen Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR handelt<sup>115</sup>, was einen eingeschränkten Rechtsschutz zur Folge hat, da dem Bundesgericht keine volle Kognition zukommt und es nur eigentliche Ermessensverletzungen bzw. -missbräuche korrigieren kann<sup>116</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 94 \*\***

2. Zeitlicher Bezugsrahmen

a) Aktueller Zeitaufwand

Ausgangspunkt der Schadenberechnung ist die Feststellung des täglich, wöchentlich und monatlich (regelmässig oder unregelmässig) anfallenden Zeitaufwandes für die ersatzfähigen Dienstleistungen (Pflegedienstleistungen, hauswirtschaftliche Dienstleistungen und Präsenzdienstleistungen sowie Betreuungsdienstleistungen am Arbeitsplatz).

b) Zukünftiger Zeitaufwand

Der zukünftige Zeitaufwand kann, muss aber nicht mit dem aktuellen Zeitaufwand übereinstimmen. Ein zusätzlicher oder geringerer Zeitaufwand kann sich insbesondere bei einem Wechsel der Pflegeform (Übertritt in die Heimpflege) ergeben. Ein Wechsel der Pflegeform bzw. eine Veränderung des Pflegebedarfes können verschiedene Umstände als Ursachen haben:

- Wegfall der pflegenden Angehörigen (Tod, Alter, Scheidung),
- Verschlechterung des Gesundheitszustandes (Spätfolgen, Alter),
- Aufnahme einer Ausbildung oder Erwerbstätigkeit (Kinder und Jugendliche; Umschulung) oder
- Begründung eines eigenen Haushaltes (Kinder und Jugendliche).

Der zukünftige Pflegeaufwand kann nur abgeschätzt bzw. mit abstrakten Erfahrungswerten substantiiert werden. Die Praxis geht z.B. davon aus, dass ein Heimübertritt erfolgt, wenn Kinder, die von ihren Eltern gepflegt werden, das 30. Altersjahr erreichen<sup>117</sup>, oder der pflegende Angehörige das 70. Altersjahr überschreitet<sup>118</sup>.

Der letztere Erfahrungswert ist insoweit problematisch, als nicht auf ein bestimmtes Altersjahr, sondern das Ende der Aktivität abgestellt werden sollte. Mit dem Ende der Aktivität endet - spätestens - auch die Pflegearbeitsfähigkeit. Die Altersgrenze ist ferner auch deshalb zu kritisieren, weil im fraglichen Entscheid nur Stellvertretungskosten berücksichtigt worden sind, die es der Mutter erlauben, sich am Sonntag zu erholen. Das im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages tätige Pflegepersonal arbeitet aber - wie die Richter - gewöhnlich nur während fünf Tagen und 48 Arbeitswochen pro Jahr. Angehörigen ist deshalb auch ein "Entlastungsurlaub" zugestehen<sup>119</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 95 \*\***

c) Zur Bedeutung eines Pflegeaufwandgutachtens

Der zeitliche und sachliche Pflegeaufwand ist mittels eines Pflegeaufwandgutachtens festzustellen und in die Zukunft zu extrapolieren. Ein Pflegeaufwandgutachten hat sowohl medizinisch-theoretische Feststellungen eines Arztes (Gesundheitszustand, objektiver Pflegebedarf usw.) als auch pflegerische Feststellungen einer Pflegefachperson (Art und

Umfang der notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen, anwendbarer Pflegestundenansatz usw.) zu enthalten. Damit die gutachterlichen Angaben objektiv überprüfbar sind, ist ein Pflegeaufwandmesssystem (LEP, Rai-Home-Care etc.) zu verwenden <sup>120</sup>.

### 3. Monetärer Bezugsrahmen

#### a) Bemessungsgrundlage

Die Rechtsprechung bestimmt den Stundenansatz entweder nach Massgabe des Erwerbsausfalles der pflegenden Angehörigen <sup>121</sup> oder der hypothetischen Lohnkosten einer Ersatzkraft <sup>122</sup>. Die sachgerechteste Lösung besteht darin, unentgeltlich erbrachte Pflegeleistungen anhand des Stundenansatzes, der für eine hypothetische Ersatzkraft bezahlt werden müsste, zu bewerten <sup>123</sup>.

#### **\*\* HAVE 2003 I Seite 96 \*\***

Auf den mutmasslichen Erwerbsausfall kann aus mehreren Gründen nicht abgestellt werden:

-- Der Pflegeschaden stellt einen *damnum emergens* dar, weshalb ein allfälliger Einkommensverlust der pflegenden Angehörigen von vornherein 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.

-- Pflegenden Angehörige können nicht vorhanden sein oder aus- bzw. wegfallen, weshalb aus Gründen einer rechtsgleichen Schadenersatzbemessung (Art. 8 Abs. 1 i.V. m. Art. 35 Abs. 2 und 3 BV) in allen Fällen die mutmasslichen Kosten zu entschädigen sind, die beim Bezug einer externen Ersatzkraft entstehen würden.

-- Der Geschädigte hat ein Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Dieses Wahlrecht bezieht sich sowohl auf den Pflegeort (Haus-, Heim- oder Spitalpflege) als auch die Pflegeperson (Angehörige oder externe Pflegefachkräfte). Wählt er eine bestimmte Pflegeform, sind ihm die mit dieser Pflegeform mutmasslich zusammenhängenden Kosten zu ersetzen.

-- Angehörige sind bei Fehlen eines eigentlichen Pflegevertrages nicht verpflichtet, den Geschädigten zu pflegen oder zu betreuen. Der Haftpflichtige kann sich in Anbetracht der Subsidiarität der familienrechtlichen Beistandspflicht nicht auf die Schadenminderungspflicht berufen. Lässt sich der Geschädigte durch Angehörige pflegen und betreuen, sind die Kosten zu ersetzen, die entstehen würden, wenn Dritte die fraglichen Leistungen erbringen würden. Eine höhere oder tiefere Entschädigung ist nicht gerechtfertigt, insbesondere weil die Schadenbemessung nicht dem Zufall überlassen sein kann, ob ein Angehöriger einer gut oder einer schlecht bezahlten Erwerbstätigkeit nachgehen würde oder könnte.

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 müssen. Ein ungedeckter Erwerbsausfall kann aber in jedem Fall nur insoweit entstehen, als keine Lohnfortzahlungspflicht besteht.

#### **\*\* HAVE 2003 I Seite 97 \*\***

Unselbstständig Erwerbstätige, die in Erfüllung der Beistandspflicht einen Angehörigen pflegen oder besuchen, haben Anspruch auf Lohnfortzahlung <sup>124</sup>. Der Schadenersatzanspruch für den Betreuungs- und Pflegeschaden geht im Umfang des im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht bezahlten Lohnes auf den Arbeitgeber über, der seinerseits regressieren kann <sup>125</sup>. Verzichtet der Arbeitgeber auf den Regress, kann der Angehörige bzw. der Geschädigte den bereits bezahlten Lohn nicht nochmals als "Besuchsschaden" geltend machen.

Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der sonst erwerbstätige Angehörige seine arbeitsfreie Zeit (Ferien, freie Tage usw.) für die Betreuung und Pflege des Geschädigten verwendet. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber zwar

#### **\*\* HAVE 2003 I Seite 98 \*\***

u.U. ebenfalls den Lohn bezahlen. Da er 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". Der "Zeitausfallschaden" kann nach Massgabe von hypothetischen Besuchskosten Dritter (z.B. eines Spitalclowns) oder der für den Erwerbsausfall (Erwerbstätige) bzw. Haushaltschaden (Nichterwerbstätige) geltenden Grundsätze berechnet werden <sup>126</sup>.

#### b) Anwendbarer Stundenansatz

##### (1) Uneinheitlicher Stundenansatz

Das Handelsgericht Zürich hat unlängst entschieden, dass bei der Bemessung des Angehörigenpflegeschadens ein uneinheitlicher Stundenansatz ("Lohnsplitting") zur Anwendung kommt <sup>127</sup>. Die ersatzfähigen Pflege- und

Betreuungsleistungen sind dabei in zwei Gruppen einzuteilen. Für Pflege- und Betreuungsleistungen, die Haushaltleistungen entsprechen, ist der für den Haushaltschaden massgebliche Stundenansatz heranzuziehen <sup>128</sup>.

Die eigentlichen Pflegeleistungen sind nach Massgabe eines Pflegestundenansatzes zu berechnen. Der Pflegestundenansatz bestimmt sich dabei nach Massgabe von Vergleichslöhnen des Pflegepersonals, das befähigt bzw. erforderlich ist, die fraglichen Pflegeleistungen auszuüben. Für die Bemessung des Angehörigenpfleges Schadens nicht massgeblich sind deshalb:

-- Spitex-Tarife: Die Spitexkosten werden direkt durch Honorare und indirekt durch Subventionen finanziert. Die Spitex-Tarife sind deshalb grundsätzlich nicht kostendeckend. Spitex-Tarife gelten ferner auch dienstleistungsunabhängige Kosten (z.B. Fix- und Betriebskosten der Spitex-Organisation) ab,

**\*\* HAVE 2003 I Seite 99 \*\***

weshalb die Spitex-Stundenansätze (für Pflegeleistungen) in der Regel doppelt so hoch sind wie die Stundenansätze des Spitex-Personals <sup>129</sup>.

-- Honoraransätze freiberuflich tätiger Pflegefachkräfte: Die freiberuflichen Honoraransätze sind entweder "eigenmächtig" festgesetzt oder entsprechen einem Tarif <sup>130</sup>, wenn versicherte Leistungen erbracht werden (Tarifschutz). Im ersten Fall beinhalten sie dienstleistungsunabhängige Kosten (Fixkosten) und einen Gewinnanteil; im letzten Fall stellt sich grundsätzlich dieselbe Problematik wie bei den Spitex-Tarifen.

(2) Brutto-Bruttolohnprinzip

Die neuere Rechtsprechung geht für die Berechnung des Pflegestundenansatzes von der Anwendbarkeit des Brutto-Bruttolohnprinzips aus <sup>131</sup>. Der Brutto-Bruttolohn, d.h. die dem Arbeitgeber entstehenden Lohngesamtkosten, setzt sich aus dem Nettolohn und den Zuschlägen zusammen.

(a) Nettolohn

Ausgangspunkt der Schadenberechnung stellt der Nettolohn dar, d.h. der Lohn, der einer Pflegeperson effektiv bezahlt wird. Die kantonalen Besoldungsrichtlinien basieren in der Regel aber nicht auf dem Nettolohn, sondern auf dem Bruttolohn inklusive 13. Monatslohn (siehe dazu die nachfolgende Tabelle). Der Bruttolohn setzt sich dabei aus dem Nettolohn und den Arbeitnehmerbeiträgen zusammen.

Im konkreten Schadenfall muss deshalb in einem ersten Schritt der Bruttolohn, der einer hypothetischen Pflegeperson bzw. der entsprechenden Berufsgattung mit entsprechender Qualifikation bezahlt werden müsste, festgestellt und anschliessend geklärt werden, welche Zuschläge darin bereits enthalten sind.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 100 \*\***

Beinhaltet der Bruttolohn die Arbeitnehmerbeiträge (ca. 13%) und den 13. Monatslohn (8,33%), beträgt der Nettolohn rund 80% des Bruttolohnes.

Beispiel Kanton Zürich (Basis der kantonalen Besoldungsrichtlinien ist der Bruttolohn, inkl. 13. Monatslohn, ohne Ferien- und Frei-Tage-Anteil; Stand: 1.1.2001 <sup>132</sup>; LS = Leistungsstufe - ES = Erfahrungsstufe - AS = Anlaufstufe) <sup>133</sup>

Berufsgattung	Minimum/Std.	Maximum/Std.	Durchschnitt
Diplomierte Pflegeperson II (Lohnklasse 14)	LS 39.97 ES 30.67 AS 28.57	LS 44.13 ES 39.07 AS 29.62	LS 42.-- ES 34.87 AS 29.10
Diplomierte Pflegeperson I (Lohnklasse 13)	LS 37,83 ES 29.03 AS 27.05	LS 41.74 ES 36.98 AS 28.04	LS 39.79 ES 33.-- AS 27.55
Pflegeperson FA SRK (Lohnklasse 12-13)	LS 35.90 ES 27.56 AS 25.68	LS 39.93 ES 35.09 AS 26.62	LS 37.92 ES 31.33 AS 26.15
Pflegeassistent/-in (Lohnklasse 9-10)	LS 31.28 ES 24.04 AS 22.40	LS 36.30 ES 31.91 AS 24.22	LS 33.79 ES 27.80 AS 23.31
Pflegehilfe (Lohnklasse 6-9)	LS 28.17 ES 21.66 AS 20.20	LS 34.79 ES 30.58 AS 23.22	LS 31.48 ES 26.12 AS 21.71

Die Vergleichslöhne variieren von Region zu Region, unterscheiden sich zwischen Stadt und Land und hängen zudem von der Ausbildung, der Funktion und der Qualifikation ab. Um eine faktische Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 BV), welche gestützt auf Art. 28 ZGB bzw. Art. 35 Abs. 2 und 3 BV auch

**\*\* HAVE 2003 I Seite 101 \*\***

im Privatrecht gilt <sup>134</sup>, zu verhindern, ist nicht auf die im Zeitpunkt der Bemessung massgeblichen Stundenansätze am Wohnsitz, sondern auf einen gesamtschweizerischen Mittelwert abzustellen <sup>135</sup>.

Ist jedoch davon auszugehen, dass sich der Geschädigte auf absehbare Zeit in einer bestimmten Region aufhält <sup>136</sup>, rechtfertigt es sich, auf die üblichen Stundenansätze in der fraglichen Wohnregion abzustellen. Würde auf ein Durchschnittslohn abgestellt, so entstünde je nach dem Lohnniveau in der Wohnregion entweder eine nicht gerechtfertigte Über- oder Unterentschädigung.

Unabhängig davon, ob regionale oder gesamtschweizerische Vergleichslöhne herangezogen werden, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Löhne des Pflegepersonals oft nicht dem verfassungsmässigen Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) entsprechen <sup>137</sup>. Wird auf einen

**\*\* HAVE 2003 I Seite 102 \*\***

gesamtschweizerischen Vergleichslohn abgestellt, ist deshalb ein "Diskriminierungszuschlag" zu berücksichtigen, während es bei regionalen Ansätzen darauf ankommt, ob die Vergleichslöhne bereits den verfassungsmässigen Vorgaben angepasst wurden.

(b) Zuschläge

(i) Sozialversicherungsbeiträge

Die Sozialversicherungsbeiträge, die vom Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber zu tragen sind, machen je nach Versicherungsbereich einen bestimmten Prozentsatz der Nettolohnsumme aus.

	<i>AG-Beitrag</i>	<i>AN-Beitrag</i>	<i>Total</i>
<i>AHV</i>	4,2%	4,2%	8,4%
<i>IV</i>	0,7%	0,7%	1,4%
<i>EO</i>	0,15%	0,15%	0,3%
<i>AIV</i>	3%	3%	6%
<i>BV</i>	3,5% bzw. 4% (138)	3,5% bzw. 4% (138)	8%
<i>NBU</i>		0,881-1,776% 1,5% (139) bzw.	1,5%
<i>BU</i>	0,04-1,35% bzw. 1% (140)		1%
<i>Total</i>	13,05%	13,55%	26,6%
(138) (139) (140)	Infolge des Koordinationsabzuges beträgt der effektive Prozentsatz des Jahresbruttoeinkommens rund 8%, weshalb auf den Arbeitgeber 4% entfallen. Vgl. z.B. Bundesamt für Statistik, (Fn. 135), 41, wo von einem Mittelwert von 1,5% ausgegangen wird. Vgl. z.B. Widmer, R., Der volkswirtschaftliche Wert der unbezahlten Arbeit und deren Bedeutung im Kindesunterhaltsrecht, Diss. St. Gallen 1999, 111, wo von einem Mittelwert von 1% ausgegangen wird.		

**\*\* HAVE 2003 I Seite 103 \*\***

## (ii) 13. Monatslohn

Der 13. Monatslohnanteil ist nicht zwingend geschuldet. Ein Anspruch besteht nur, wenn der hypothetischen Ersatzkraft gestützt auf einen Normal-<sup>141</sup> oder Gesamtarbeitsvertrag oder infolge einer überwiegenden Usanz im Wohnkanton oder in der Wohnregion des Pflegebedürftigen ein 13. Monatslohn oder eine Gratifikationszahlung zusteht<sup>142</sup>. Letztere Voraussetzungen treffen regelmässig für das Pflegepersonal zu, weshalb ein Zuschlag in der Höhe von 8,33% zu berücksichtigen ist<sup>143</sup>.

## (iii) Stellvertretungskosten

Die hypothetische Ersatzkraft arbeitet während der Arbeitssollzeit (Annahme: während fünf Tagen die Woche, ca. 40-42 Std.). Die Arbeitskraft steht während der Arbeitssollzeit aber nicht effektiv zur Verfügung. Der Arbeitnehmer fehlt am Arbeitsplatz ausserhalb der Arbeitssollzeit an den Wochenenden (104 Tage) und innerhalb der Arbeitssollzeit während der Ferien (Annahme: 20 Tage), den Feiertagen (Annahme: 4 Tage) und sonstiger Ereignisse (Krankheit, Unfall usw. - Annahme: 10 Tage).

Der Arbeitnehmer bzw. die hypothetische Pflegeperson ist deshalb nur an 227 Tagen pro Jahr effektiv anwesend. Die Jahreslohnsumme deckt deshalb nur 227 Tage oder 62% des Jahres ab. Besteht der Pflegebedarf aber während 365 Tagen pro Jahr, müssen die Pflege- und Betreuungsdienstleistungen an den restlichen 138 Tagen oder 38% des Jahres von einem Stellvertreter erbracht und zusätzlich bezahlt werden ("doppelte Lohnkosten"). Bezogen auf die effektive Arbeitszeit von 227 Tagen erhöht sich die Jahreslohnsumme um 61%<sup>144</sup>.

Für den effektiven Pflegebedarf pro Jahr ist deshalb ein Zuschlag von maximal 61% zu berücksichtigen<sup>145</sup>, wenn davon ausgegangen werden muss, dass die

**\*\* HAVE 2003 I Seite 104 \*\***

hypothetische Ersatzkraft im Monatslohn entlohnt würde<sup>146</sup>. Ein tieferer Stellvertretungszuschlag ist dann gerechtfertigt, wenn der Pflegebedarf vor allem an den Wochentagen anfällt (z.B. pflegebedingte Betreuung am Arbeitsplatz) bzw. einzelne Pflege- und Betreuungsleistungen (z.B. pflegebedingt notwendige hauswirtschaftliche Verrichtungen) "vertagt" werden können.

Wird die Schadenberechnung basierend auf reinen Stundenlohnansätzen vorgenommen, wird die Stellvertretungsproblematik ausgeklammert<sup>147</sup>. Anstelle eines Zuschlages für Stellvertretungskosten werden die arbeitsvertraglich geschuldeten Zuschläge für Ferien, Feiertage sowie weitere unverschuldete Ereignisse, für welche nach Art. 324a OR eine Lohnfortzahlungspflicht besteht, hinzugerechnet. Nach dem vorstehenden Berechnungsmodell wäre ein Zuschlag für 34 bezahlte "Freitage" (Ferien: 20 Tage, Feiertage: 4 Tage und sonstige Ereignisse: 10 Tage) und damit ein "Stellvertretungszuschlag" von rund 14,16% geschuldet<sup>148</sup>.

## (iv) Nacht- und Sonntagsarbeit

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer einen Zuschlag von 25% für Überstundenarbeit zu bezahlen<sup>149</sup>. Sind Pflege- oder Präsenzzeiten zu unüblichen Tageszeiten, z.B. am Abend oder während der Nacht oder an den Wochenenden erforderlich, rechtfertigt sich ein Zuschlag auch im innerfamiliären Verhältnis.

Bei den Wochenendzuschlägen ist jedoch zu beachten, dass die Lohnkosten eines Stellvertreters bereits im entsprechenden Zuschlag enthalten sind, weshalb für übliche Pflege- und Betreuungsleistungen an Wochenenden nicht zusätzlich ein Zuschlag geltend gemacht werden kann, da der Stellvertreter - bezogen auf seinen Wochenendeinsatz - nicht Überstunden, sondern normale Arbeitszeit leistet.

## (v) Realloohnerhöhung

Die Löhne einer hypothetischen Ersatzkraft verändern sich infolge

-- der Teuerung: Die Teuerung wird praxismässig mit dem (tiefen) Kapitalisierungszinssatz von 3,5% abgegolten oder durch die Anbindung an einen Teuerungsindex (LIKPI oder Nominallohnindex) abgegolten.

-- einer Realloohnerhöhung: Die durchschnittliche Realloohnerhöhung beträgt - je nach Vergleichsperiode - zwischen 1-1,5% und kann entweder durch eine

**\*\* HAVE 2003 I Seite 105 \*\***

Herabsetzung des Kapitalisierungszinssatzes oder durch ein Aufrechnen von periodischen Lohnzuschlägen erfasst werden.

-- von individuellen Lohnerhöhungen: Die Vergleichslöhne hängen einerseits von der Ausbildung (Diplomniveau I oder II, FA SRK usw.) und andererseits von der beruflichen Qualifikation (Erfahrung, Zusatzausbildung usw.) und Funktion (leitender Pfleger/Schwester, Stationsleitung usw.) ab<sup>150</sup>. Es fragt sich deshalb, ob diese Gegebenheiten bei der Schadenberechnung berücksichtigt werden müssen. Das Handelsgericht Zürich erachtet z.B. einen "leicht erhöhten

Einstiegslohn" als massgeblich und verneint deshalb implizit individuelle Lohnerhöhungen. Dieser prinzipielle Ausschluss ist nicht gerechtfertigt, wenn davon auszugehen ist, dass eine dauerhafte Pflege bzw. eine besondere Pflegequalität erforderlich sind. In derartigen Fällen muss der Stundenansatz so angesetzt werden, dass der Geschädigte langfristig genügend qualifiziertes Pflegepersonal anstellen könnte.

#### 4. Monats- und Stundenlohnrechnungsmethode

##### a) Ausgangslage

Für die Berechnung des jährlichen Angehörigenpflegeschadens ist die Aufwandmessmethode (Zeitaufwand x Lohn pro Zeiteinheit) massgeblich<sup>151</sup>. Für die Bestimmung des Parameters "Lohn pro Zeiteinheit" sind zwei Methoden denkbar: Man kann entweder auf den Nettomonatslohn oder den Nettostundenlohn der hypothetischen Ersatzkraft abstellen.

Dem Arbeitnehmer, der im Monatslohn bezahlt wird, wird eine Entschädigung für die Sollarbeitszeit ausgerichtet, während der Arbeitnehmer, der im Stundenlohn angestellt ist, den Lohn für effektiv geleistete Arbeitszeit erhält. Der Stundenansatz bei der Stundenlohnabrede ist höher als der vom Monatslohn in Stunden umgerechnete Ansatz, weil der "Stundenlöhner" Anspruch auf Lohnzuschläge (13. Monatslohn, Ferien, Feiertage usw.) hat, die dem "Monatslöhner" in Form einer Freistellung von der Arbeitsleistung zukommen. Nach den vorstehenden Annahmen (Ferien: 20 Tage, Feiertage: 4 Tage und sonstige Ereignisse: 10 Tage) ist ein Zuschlag für 34 bezahlte "Freitage" zu berücksichtigen, was - bezogen auf 240 Arbeitstage (48 Wochen mal 5 Arbeitstage) ein Zuschlag von 14,16% ergibt.

#### \*\* HAVE 2003 I Seite 106 \*\*

Diese lohnmassige Gleichstellung zwischen Monats- und Stundenlohn hat in der Regel zur Folge, dass dieselbe Jahreslohnsumme resultiert. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die effektiv geleistete Arbeitszeit beim Monats- und beim Stundenlöhner identisch ist. Der im Monatslohn angestellte Arbeitnehmer arbeitet pro Jahr nur während 227 Tagen bzw. 1907 Stunden (bei einer 42-Stunden-Woche). Der im Stundenlohn bezahlte Arbeitnehmer kann demgegenüber - zumindest theoretisch - während 365 Tagen arbeiten.

Besteht - wie beim Pflegeschaden - ein effektiver Arbeitsbedarf während des gesamten Jahres, hängt die Höhe der Jahreslohnsumme davon ab, ob die hypothetische Ersatzkraft im Monats- oder im Stundenlohn angestellt ist. Im ersteren Fall muss der Geschädigte für die hypothetische Ersatzkraft und einen Stellvertreter maximal 161% der Jahreslohnsumme der hypothetischen Ersatzkraft bezahlen. Im letzteren Fall hat er (nur) einen um rund 14% höheren Stundenansatz zu gewähren, was zu einer tieferen Jahreslohnsumme führt. Muss auf Grund der Umstände davon ausgegangen werden, dass der Pflege- und Betreuungsbedarf nur durch "Monatslöhner" adäquat abgedeckt werden kann, darf daher nicht auf das Berechnungsmodell "Stundenlohn" abgestellt werden.

##### b) Berechnungsmodell "Stundenlohn"

Der Haushaltstundenansatz beträgt zurzeit Fr. 30.- brutto (inkl. 13. Monatslohnanteil) bzw. Fr. 24.- netto. Die Vergleichslöhne für das Krankenpflegepersonal liegen etwa zwischen Fr. 25.- und Fr. 45.- brutto (inkl. 13. Monatslohnanteil) bzw. Fr. 20.- und Fr. 36.- netto<sup>152</sup>. Der massgebliche Nettostundenansatz muss im konkreten Fall innerhalb dieser Bandbreite nach Massgabe des Anforderungsprofils der jeweiligen Pflege- und Betreuungsdienstleistungen bestimmt werden. Ein Nettostundenansatz von Fr. 30.- (entspricht einem Mittelwert der Vergleichslöhne Diplommiveau I und II unter Berücksichtigung eines Diskriminierungszuschlages) dürfte in der Regel angemessen sein.

Bildet der Nettostundenlohn die Ausgangsbasis, muss der jährliche Stundenaufwand je nach den vier Leistungskategorien (Pflegeleistungen, hauswirtschaftliche Leistungen, Präsenzzeit und Betreuung am Arbeitsplatz/Schule) und den dafür massgeblichen Pflege- bzw. Haushaltstundenansätzen berechnet werden. Der für Pflegeleistungen massgebliche Brutto-Bruttostundenansatz berechnet sich wie folgt:

#### \*\* HAVE 2003 I Seite 107 \*\*

<i>Nettostundenansatz</i>	=====	30.--
		=====
<i>Zuschlag 13. Monatslohn (8,33% von Fr. 30.--)</i>		.2.50
<i>Zuschlag Ferien (8,33% von Fr. 30.--)</i>		.2.50
<i>Zuschlag Feiertage (1,66% von Fr. 30.--)</i>		.-.50
<i>Zuschlag sonstige Ereignisse (4,16% von Fr. 30.--)</i>		.1.25
		=====

Zuschlag Sozialversicherungsbeiträge (24,1% von Fr. 30.--) .7.25  
=====

Brutto-Bruttostundenansatz (ca. 147% des Nettostundenansatzes) 44.--  
=====

Zuschlag für Nacht- und Sonntagsarbeit 25% des Nettostundenansatzes .7.50  
=====

Brutto-Bruttostundenansatz (Überstunden; ca. 172% des Nettostundenansatzes) 51.50  
=====

Besteht z.B. ein täglicher Pflegebedarf von fünf Stunden (ohne Überstunden)<sup>153</sup>, so beläuft sich der jährliche Angehörigenpflegeschieden auf Fr. 80 300.- (365 Tage mal 5 Stunden mal Fr. 44.-).

### c) Berechnungsmodell "Monatslohn"

#### (1) Variante A: Effektiver Stundenlohn

Bildet demgegenüber der Nettomonatslohn die Ausgangsbasis, sind zwei Varianten denkbar. Der Nettomonatslohn kann zunächst nach Massgabe der Arbeitssollzeit bzw. effektiv geleisteten Arbeitszeit in einen Stundenlohn umgerechnet werden, der dann seinerseits für die Berechnung herangezogen wird. Dieses Variante stellt weder eine reine Stunden- noch eine reine Monatslohnberechnung dar. Sie basiert insoweit auf einer Stundenlohnberechnung, als der Monatslohn, der für die Arbeitssollzeit bezahlt wird, in einen Stundenlohn für effektive Arbeitszeit umgerechnet wird.

Beispielberechnung: Der jährliche Pflegeaufwand beträgt 1825 Stunden (5 Stunden pro Tag). Die hypothetische Ersatzkraft ist im Monatslohn (Fr. 30.- Nettostundenlohn zuzüglich 13. Monatslohn) angestellt. Die wöchentliche Arbeitssollzeit beträgt 25 Stunden. Die hypothetische Ersatzkraft fehlt während 34 Arbeitstagen.

#### \*\* HAVE 2003 I Seite 108 \*\*

Nettomonatslohn	Fr. 3250.--	Fr. 30.-- mal 25 Stunden mal 4,33 Wochen pro Monat
Nettojahreslohn	Fr. 42 250.--	Fr. 3250.-- x 13
Sozialversicherungsbeiträge	Fr. 10 182.--	24,1% vom Nettojahreslohn
Brutto-Bruttojahreslohn	Fr. 52 432.--	
Arbeitssolltage pro Jahr	260	52 Wochen mal 5 Arbeitstage
Arbeitssollstunden pro Jahr	1300	5 Arbeitssollstunden pro Arbeitstag
Stundenansatz pro Sollstunde	Fr. 40.35	Fr. 52 432.-- geteilt durch 1300
Effektiv geleistete Arbeitstage	227	365 Tage minus Wochenenden pro Jahr (104 Tage), Ferien (20 Tage), Feiertage (4 Tage) und sonstige Ereignisse (10 Tage)
Effektiv geleistete Arbeitsstunden pro Jahr	1135	227 Tage mal 5 Stunden
Stundenansatz pro effektiv	Fr. 46.20	Fr. 52 432.-- geteilt durch 1135

geleistete Arbeitsstunde		
Effektive Pflegestunden pro Jahr	1825	5 Stunden pro Tag, d.h. 365 mal 5 Stunden
Pflegeschieden pro Jahr	Fr. 84 315.-	1825 Stunden mal Fr. 46.20

Der jährliche Angehörigenpflegeschieden beträgt für das vorerwähnte Beispiel Fr. 84 315.-. Der Differenzbetrag von Fr. 4005.- (gegenüber der reinen Stundenlohnberechnung) erklärt sich durch den unterschiedlichen Stundenansatz. Der im Berechnungsbeispiel resultierende Stundenansatz pro effektive Arbeitszeit von Fr. 46.20 ist deshalb höher als der vergleichbare Ansatz von Fr. 44.- bei der reinen Stundenlohnberechnung, weil bei Letzterer die Zuschläge basierend auf 240 Arbeitssolltagen und nicht - wie beim Monatslohn - auf 260 Arbeitssolltagen berechnet werden.

## (2) Variante B: Doppelte Lohnkosten

Der Nachteil der vorstehenden "Monatslohnberechnung" besteht darin, dass die Stellvertretungsproblematik gänzlich ausgeklammert wird. Vor dem Hintergrund des Arbeitsmarktes und im Hinblick auf eine Sicherstellung der Pflegequalität und -kontinuität dürfte es sich so verhalten, dass der Geschädigte in der Regel das Pflegepersonal auf einer Monatslohnbasis beschäftigt. Während der Abwesenheit der hypothetischen Ersatzkraft muss dabei ein Stellvertreter angestellt werden. Dieser kann im Monats- oder Stundenlohn entlohnt werden. Die Anstellung eines Stellvertreters hat zur Folge, dass während maximal 138 Tagen doppelte Lohnkosten anfallen.

Beispielberechnung: Der jährliche Pflegeaufwand beträgt 1825 Stunden (5 Stunden pro Tag). Die hypothetische Ersatzkraft ist im Monatslohn (Fr. 30.-

### \*\* HAVE 2003 I Seite 109 \*\*

Nettostundenlohn zuzüglich 13. Monatslohn) angestellt. Die wöchentliche Arbeitssollzeit beträgt 25 Stunden. Die hypothetische Ersatzkraft fehlt während 34 Arbeitstagen. Während der Abwesenheit der hypothetischen Ersatzkraft muss ein Stellvertreter angestellt werden. Der Stellvertreter wird entweder im Monatslohn (Variante B1) oder im Stundenlohn (Variante B2) entlohnt.

Nettomonatslohn der hypothetischen Ersatzkraft	Fr. 3250.--	Fr. 30.-- mal 25 Stunden mal 4,33 Wochen pro Monat
Nettojahreslohn der hypothetischen Ersatzkraft	Fr. 42 250.--	Fr. 2598.-- x 13
Sozialversicherungsbeiträge	Fr. 10 182.--	24,1% vom Nettojahreslohn
Brutto-Bruttojahreslohn der hypothetischen Ersatzkraft (227 Pflage tage)	Fr. 52 432.--	Die hypothetische Ersatzkraft fehlt während 138 Tagen: 365 Tage minus Wochenenden (104 Tage), Ferien (20 Tage), Feiertage (4 Tage) und sonstige Ereignisse (10 Tage)
<b>Variante B1:</b> Der Stellvertreter wird im Monatslohn angestellt		
Brutto-Bruttojahreslohn des Stellvertreters für 138 Pflage tage	Fr. 31 875.--	Fr. 52 432.-- geteilt durch 227 mal 138
Zuschlag Stellvertretung (maximal)	Fr. 19 444.--	61% von Fr. 31 875.--
Brutto-Bruttojahreslohn des Stellvertreters (138 Pflage tage)	Fr. 51 319.--	

Pflegeschieden pro Jahr	Fr. 103 751.--	
<b>Variante B2:</b> Der Stellvertreter wird im Stundenlohn angestellt		
Brutto-Bruttojahreslohn des Stellvertreters (138 Pflagegetage)	Fr. 30 360.--	Fr. 44.-- mal 138 Pflagegetage mal 5 Stunden
Pflegeschieden pro Jahr	Fr. 82 792.--	

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass drei der vier denkbaren Berechnungsarten zu vergleichbaren Ergebnissen führen (reine Stundenlohnberechnung: Fr. 80 300.-, Stundenlohnberechnung auf Monatslohnbasis: Fr. 84 315.- und Monatslohnberechnung/Stellvertretungskosten auf Stundenlohnbasis: Fr. 82 792.-). Der Pflegeschaden gemäss der reinen Monatslohnberechnung demgegenüber beträgt Fr. 103 751.- und liegt im Vergleich zum Durchschnittswert der drei anderen Berechnungsarten (Fr. 82 469.-) um gut Fr. 21 000.- höher, was rund 25% ausmacht. Damit eine Unter- bzw. Überentschädigung vermieden werden kann, ist der Praktiker deshalb gut beraten, nicht nur den Pflegebedarf umfassend abzuklären, sondern auch die mutmasslichen Pflegekosten genau zu berechnen.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 110 \*\***

## VI. Abgeltung des Pflegeschadens

### A. Allgemeines

Der Geschädigte hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Wahlrecht zwischen Kapital und Rente<sup>154</sup>. Kapital und Rente haben je ihre Vor- und Nachteile. Die Rente weist - im Gegensatz zum Kapital - eine ausgeprägte Wertsicherungsfunktion auf und ist daher immer dann sinnvoll, wenn Unsicherheit in Bezug auf die künftige Teuerung herrscht und diese durch die Anbindung an einen entsprechenden Index nicht beseitigt werden kann. Die Rente ist auch in Fällen angebracht, in denen entweder der Geschädigte unfähig ist, ein Kapital zu verwalten<sup>155</sup>, oder der Schaden in regelmässigen Abständen eintritt und entsprechende flüssige Mittel zur Verfügung stehen müssen.

Ein Teil der Lehre spricht sich in Anbetracht dieser Vorteile dafür aus, dass der Pflegeschaden nicht mit einem Kapital, sondern als indexierte Rente abgegolten werden sollte<sup>156</sup>. Die Rente ist aber dann mit denselben Nachteilen wie ein Kapital verbunden, wenn die Höhe des zukünftigen Schadens - wie das z.B. für den Heimpflegeschieden zutrifft - nicht zuverlässig vorausgesagt werden kann. Zudem darf die Rente nicht an den "falschen" Teuerungsindex angehängt werden, ansonsten ein kontinuierlicher Wertverlust resultiert, der u.U. mit einer Reduzierung des Kapitalisierungszinssatzes in Kombination mit einem - bei einem grossen Kapital - überdurchschnittlichen Realzins geringer ausgefallen wäre.

Die Rente ist daher - wie das Kapital - für die Abgeltung des Pflegeschadens nur bedingt geeignet. Mit einer Kombination von Kapital und Rente - die voraussehbaren Kosten mit einigermaßen sicherem Teuerungsverlauf werden durch ein Kapital abgegolten; die regelmässig anfallenden Kosten oder die Kosten mit unsicherem Teuerungsverlauf werden in Rentenform entschädigt - kann u.U. ein Risikoausgleich erzielt werden.

### B. Pflegeschadenkapital

Das Kapital wird ermittelt, indem der aktuelle jährliche Schadensbetrag nach Massgabe der mutmasslichen Dauer kapitalisiert wird. Die Kapitalisierung erfolgt

**\*\* HAVE 2003 I Seite 111 \*\***

nach Massgabe der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle und hängt vom Kapitalisierungsfaktor (Schadensdauer und Lebenserwartung des Geschädigten) und dem Kapitalisierungszinssatz (Teuerung)<sup>157</sup> ab.

Die Kapitalisierung ist daher je nach Eintritt und Dauer der zu kapitalisierenden Kosten unterschiedlich vorzunehmen:

-- Kosten für Pflegehilfsmittel und Lohnkosten für ordentliche Pflege-, Betreuungs- und Präsenzleistungen sowie hauswirtschaftliche Leistungen<sup>158</sup> sind nach Mortalität zu kapitalisieren<sup>159</sup>, allenfalls ist der Zinsfuss von 3,5% zu reduzieren, wenn anzunehmen ist, dass die Teuerung über die allgemeine Teuerung der Konsumentenpreise hinaus ansteigen wird bzw. wenn Reallohnsteigerungen zu berücksichtigen sind.

-- Alle paar Jahre entstehende Kosten, z.B. Kosten für die Anschaffung eines Pflegebettes oder eines Duschrollstuhles, sind ebenfalls lebenslänglich, aber unter Berücksichtigung der zeitlichen Abstände zu kapitalisieren<sup>160</sup>. Unter dem Jahr unregelmässig anfallende ausserordentliche Pflegeleistungen, z.B. im Rahmen einer ausserhäuslichen Betreuung oder Ferienbegleitung, sind im ordentlichen Pflegeaufwand zu berücksichtigen und nach Mortalität zu kapitalisieren.

-- Lohnkosten für die Betreuung am Arbeitsplatz sind nach Aktivität zu kapitalisieren <sup>161</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 112 \*\***

-- Später anfallende oder nur während eines bestimmten Zeitraums anfallende Kosten, z.B. Kosten für die Betreuung während der schulischen und beruflichen Ausbildung eines pflegebedürftigen Kindes, sind aufgeschoben <sup>162</sup> bzw. temporär <sup>163</sup> zu kapitalisieren.

C. Pflegeschadenrente

Im Gegensatz zum Kapital besteht die Rente in einer periodischen, in der Regel monatlichen Geldleistung an den Geschädigten, mit der der Schaden im Zeitpunkt seines Eintritts kontinuierlich - und nicht wie beim Kapital vorgezogen und einmalig - abgegolten wird. Wird eine Rente zugesprochen, muss sie vom Haftpflichtigen in geeigneter Weise sichergestellt werden <sup>164</sup>.

Die Pflegeschadenrente ist dem Geschädigten entweder auf den vereinbarten Termin oder rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung bzw. ab Ende des aufgelaufenen und separat eingeklagten Schadens zuzusprechen. Wird ein späterer Zeitpunkt gewählt, muss dem Geschädigten Gelegenheit zu einer Klageänderung in Bezug auf den während der Rechtshängigkeit des Verfahrens aufgelaufenen Schadens gegeben werden.

Die Höhe der Pflegeschadenrente bemisst sich primär nach Massgabe der gegenwärtigen jährlichen Pflegekosten. Eine Anpassung hat dabei an überwiegend wahrscheinlich eintretende zukünftige Veränderungen (z.B. Heimübertritt, Teuerung usw.) zu erfolgen. Die zukünftige Teuerung wird mittels einer Indexierung an den LIKP (bei Pflegehilfsmitteln), den Nominallohnindex (bei unentgeltlicher und entgeltlicher Pflege durch Drittpersonen) <sup>165</sup> oder den Gesundheitskostenindex (bei ungedeckten Spital- und Heimpflegekosten) <sup>166</sup> berücksichtigt.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 113 \*\***

Andere zukünftige Ereignisse, die im Zeitpunkt der Rentenfestsetzung nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit absehbar sind <sup>167</sup>, dürfen nicht berücksichtigt werden. Unklar ist, ob die Rente beim Eintritt eines nicht absehbaren zukünftigen Ereignisses, das den Pflegeschaden wesentlich erhöht oder reduziert, revidiert werden kann. Eine Anpassung an zukünftige Ereignisse, z.B. im Zusammenhang mit der Veränderung von Pflegesozialleistungen, kann jedoch in der Entschädigungsvereinbarung regeln.

D. Fortlaufende Pflegeschadenliquidation

Sowohl die Berechnung als auch die Abgeltung des Pflegeschadens weisen einige "Klappen" auf, die nicht immer umschiffen werden können. Besonders problematisch sind zukünftige Spitex-, Heim- und Spitalpflegekosten, die sich weder genau berechnen noch durch eine indexierte Rente effektiv abgelden lassen <sup>168</sup>. Geschädigter, Anwalt und Haftpflichtiger sind daher oft gut beraten, nur den Teil des Pflegeschadens als Kapital oder Rente abzugelten, der sich einigermaßen verlässlich berechnen lässt.

Der restliche Schaden ist im Rahmen einer fortlaufenden Schadensliquidation abzugelten <sup>169</sup>. Der Vorteil einer solchen Schadensliquidation liegt in der Beseitigung der zahlreichen Unwägbarkeiten und in einer effektiven Schadensabgeltung.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 114 \*\***

Dass die Parteien u.U. über eine längere Zeit aneinander gebunden sind, ist vor dem Hintergrund des nicht unerheblichen Risikos einer Über- oder Unterentschädigung umso erträglicher, als sie bei einer indexierten Rente ohnehin aneinander, in der Regel bis zum Tod des Geschädigten, gebunden wären.

Eine fortlaufende Schadensliquidation können die Parteien vergleichsweise vereinbaren, wobei es sich zwecks Vermeidung von Streitigkeiten empfehlen dürfte, die Rahmenbedingungen zu regeln, und zwar insbesondere:

- Ersatzpflichtige Leistungen (Pflege, Betreuung, Präsenzzeiten usw.),
- Person des Gutachters, wenn sich die Parteien nicht über den zeitlichen Pflege- und Betreuungsbedarf einigen können,
- Anrechnung von bereits geleistetem Schadenersatz (Pflege- oder Haushaltschaden),
- Anrechnung von Pflegesozialleistungen (Sozialversicherungsregress),
- Anrechnung von eingesparten Lebenshaltungskosten,
- Kostentragung (Anwalts- und Gutachterkosten),
- Sicherstellung der zukünftigen Pflegekosten und
- Pflegeschiedsgerichts- oder Mediationsklausel <sup>170</sup>.

**Fussnoten:**

\* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Urkundsperson, Glarus

<sup>1</sup> Vgl. dazu Art. 7 KLV, der zwischen Behandlungs- und Grundpflege unterscheidet.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Bundesamt für Sozialversicherung, Spitex aus der Sicht der Sozialversicherung. Bericht der amtsinternen Arbeitsgruppe Spitex, Bern 1991, und die Hinweise bei Landolt H., Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts, Bern 2001, N 10 ff. und 104 ff.

<sup>3</sup> Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 1997 wurde der volkswirtschaftliche Gesamtwert der unbezahlten Arbeit (basierend auf Spezialistenansätzen) mit 141 260 Mio. veranschlagt, was 38% des BIP entspricht. Pflege und Betreuung machen mit 1 120 Mio. einen Anteil von 9,1% aus (0,3% des BIP). Auf Frauen entfallen 687 Mio. und auf Männer 433 Mio. Wird der volkswirtschaftliche Gesamtwert der unbezahlten Arbeit basierend auf Opportunitätsansätzen ermittelt, so resultiert ein Wert von 139 347 Mio., was 37,5% des BIP entspricht. Die Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern macht bei dieser Berechnungsart nur 407 Mio. (0,1% des BIP) aus, wobei auf Frauen 248 Mio. und auf Männer 159 Mio. entfallen (vgl. Bundesamt für Statistik, Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg 1999, 48 ff.).

<sup>4</sup> Subventionen für Pflegebetriebe und Pflegesozialleistungen (z.B. Hilflosenentschädigung) sind in den jeweiligen Sozialversicherungsstatistiken z.T. separat aufgeführt. Siehe dazu Landolt (Fn. 2), N 104 ff., und die Sozialversicherungsstatistik.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Landolt H., Pflegerecht. Band II: Schweizerisches Pflegerecht, Bern 2002, N 986 ff.

<sup>6</sup> Weiterführende Hinweise finden sich bei Ibid. und bei Landolt H., Der Pflegeschaden, Bern 2002 (auf S. 77 ff. sind Auszüge von diversen Pflegeschadenurteilen abgedruckt).

<sup>7</sup> Vgl. dazu Roberto V., Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 19 ff., der zusammenfassend auf die verschiedenen in der Lehre vertretenen "normativen" Schadenstheorien (objektive Schadenstheorie, Theorie des Funktionsschadens, Einzelschadenstheorie, Theorie des Frustrations- oder des Kommerzialisierungsschadens oder Theorie des normativen Schadens) hinweist.

<sup>8</sup> Erwerbsausfall- und Haushaltschaden können mit dem Pflegeschaden kumuliert werden, vgl. dazu Landolt H. (Fn. 5), N 732 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu BK-Brehm, N 7 ff. zu Art. 46 und Oftinger, K./Stark, E.W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, 110 und 281 ff. sowie aus der Rechtsprechung: behinderungsbedingte Wohnungskosten (BGE 35 II 553, BGE, in: JdT 1979 I 454, U Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B.K. gegen Association de Développement de Colombier und Kanton NE (Fr. 30 000.- für den Umbau des elterlichen Wohnhauses eines Querschnittgelähmten), U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1.3 (Fr. 3000.- bei einer rollstuhlabhängigen Geschädigten mit eigenem Einfamilienhaus), KGer VS i.S. Hennemuth vom 02.03./06.09.1979, E. 7e, S. 36 ff. (DM 17 000 für den Umbau des elterlichen Wohnhauses bei einem Paraplegiker), und BGH, in: VersR 1981, 239, sowie U OGH vom 10.04.1991 (2 Ob 10/91), in: VersR 1992, 259 ff. (kein Anspruch eines beidseitig amputierten Jugendlichen auf Ersatz der Kosten für die Errichtung eines Schwimmbades; ersatzfähig sind nur unbedingt notwendige Anpassungs- oder Umbaukosten - siehe dazu Huber, C., Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Einrichtungskosten eines privaten Schwimmbades?, in: VersR 1992, 545 ff.), Heilungskosten (BGE 35 II 223, 52 II 392, 72 II 205, 81 II 515 und ZBJV 1970, 280), Krankentransport (BGE 33 II 584), Reisekosten (BGE 21, 141 und 97 II 259), Kuren und Bäder (BGE 29 II 561, 33 II 17 und 57 II 101), Arzneien und Krankennahrung (BGE 6, 263), Kranken- und Pflegeutensilien, inkl. Wäsche (BGE 35 II 223), Fahrstühle und Prothesen (BGE 25 II 49, 27 II 8, 33 II 586, 34 II 583, 35 II 223, 40 II 69, 41 II 684, 47 II 431, 72 II 205, 89 II 23 f. und ZWR 1971, 96).

<sup>10</sup> Siehe dazu BK-Brehm, N 33 ff. zu Art. 41 OR, Oftinger, K./Stark, E.W., (Fn. 9), 165 ff., und Widmer, P., Privatrechtliche Haftung, in: Schaden - Haftung - Versicherung (Eds. Münch, P., und Geiser, T.), Basel/Genf/München 1999a, 7 ff., 35 ff. Im Bereich der Staatshaftung gilt eine Schadenszufügung dann als widerrechtlich, wenn die amtliche Tätigkeit des Beamten gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen (vgl. BGE 118 Ib 473 E. 2b, 116 Ib 193 E. 2a, 107 Ib 160 E. 3a). Das Bundesgericht geht dabei davon aus, dass der Widerrechtlichkeitsbegriff im Haftpflicht- und Staatshaftungsrecht identisch ist bzw. bereits ein Verstoß gegen ein absolutes Rechtsgut eine Widerrechtlichkeit begründet und keine Amtspflichtverletzung erforderlich ist (vgl. BGE 123 II 577 E. 4d).

<sup>11</sup> Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird (vgl. Art. 31 Abs. 2 ZGB). Siehe dazu weiterführend Mannsdorfer, T.M., Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, in: ZBJV 2001, 605 ff., und Mannsdorfer, T.M., Pränatale Schädigung, Diss. Freiburg i.U. 2000.

<sup>12</sup> Der BGH z.B. schliesst Haftungsansprüche pränatal geschädigter Kinder unter Hinweis auf die Haftungsmaxime aus, dass der Mensch, auch der behinderte Mensch, sein Leben so hinzunehmen hat, wie es von der Natur gestaltet ist, und deshalb keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere hat (vgl. BGHZ 86, 240, 250 ff.).

<sup>13</sup> Vgl. BK-Brehm, N 67 ff. zu Art. 41 OR, Oftinger, K./Stark, E.W. (Fn. 9), 69 ff., Rumo-Jungo, A., Haftpflicht und Sozialversicherung. Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U. 1998, 58 ff., Roberto, V., (Fn. 7), 9 ff., und Widmer, P. (Fn. 10), 7 ff., 27 ff. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Schadensbemessung eine vom kantonalen Richter abschliessend zu beurteilende Tatfrage. Rechtsfrage - und vom Bundesgericht im Berufungsverfahren zu prüfen - ist jedoch, ob der kantonale Richter den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verletzt hat ( BGE 113 II 346 E. 1 m.H.).

<sup>14</sup> Es wird vorausgesetzt, dass weder Art. 320 Abs. 2 OR noch die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) generell anwendbar sind. Siehe Landolt, H. (Fn. 5), N 432 ff., zu den innerfamiliären Entschädigungsansprüchen.

<sup>15</sup> Vgl. dazu infra Ziff. IV. A.

<sup>16</sup> Vgl. dazu letztmals BGer vom 15.01.2002 (4C.215/2001/rnd) = plädoyer 2002/, 59 = HAVE 2002, 138 und die Urteilsbesprechung von Stefan A. Dettwiler in: HAVE 2002, 302 ff., E. 3a: "Hinsichtlich der Adäquanz wird bei der konstitutionellen Prädisposition danach unterschieden, ob das vorbestehende Leiden voraussichtlich unabhängig vom Unfallereignis später zum Schaden geführt hätte oder ob es sich ohne den Unfall voraussichtlich nicht schädigend ausgewirkt hätte und nur in Verbindung mit diesem den tatsächlich eingetretenen Schaden bewirkt oder vergrössert hat. Im ersten Fall kann dem Anteil der konstitutionellen Prädisposition an der Kausalität im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 OR Rechnung getragen werden. Im zweiten Fall bleibt dagegen der Schädiger auch dann voll verantwortlich, wenn der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat. Diesfalls besteht selbst bei singulären Auswirkungen kein Grund, sie vom Begriff des adäquaten Kausalzusammenhangs von vornherein auszuschliessen, hiesse dies doch, den Geschädigten seine Schwächen selber entgelten zu lassen, als ob der Schädiger sich den Gesundheitszustand des Opfers aussuchen könnte." - Siehe ferner Kräuchi, T., Die konstitutionelle Prädisposition, Diss. Bern 1998, Oftinger, K./Stark, E.W. (Fn. 9), 141 ff., und Weber, S., Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition, in: SJZ 1989, 73 ff. Ileri, A., Wertschöpfungstheorie, in: Collezione Assista, Genf 1998, 288 ff., 302 ff., versteht unter einer konstitutionellen Prädisposition auch sog. "stumme" Schäden, mithin körperliche Beeinträchtigungen ohne Schadenseintritt, aber mit erhöhter Schadensgefahr, die erst nach dem haftungsbegründeten Ereignisse als Folge desselben entstehen.

<sup>17</sup> Damit wird eine Situation bezeichnet, in der ein Schaden durch eine Ursache B (Reserveursache) auch eingetreten wäre, wenn die Ursache A (Schadensursache) keine Wirkung entfaltet hätte. Der Schaden wäre also auch eingetreten, wenn die Schadensursache A "weggedacht" würde (vgl. dazu BK-Brehm, N 149 zu Art. 41 OR, Rey, H., Ausservertragliches Haftpflichtrecht. 2. A., Zürich 1998a, N 607 ff., sowie Roberto, V. (Fn. 7), 58 ff.). Die Reserveursache kann im Zeitpunkt der Verwirklichung der Schadensursache A bereits bestehen, z.B. in der Form einer konstitutionellen Prädisposition, oder erst später entstehen; in beiden Fällen wäre ein allfälliger Schaden jedoch erst zeitlich nach der Schadensursache eingetreten. Da eine Pflegebedürftigkeit immer mit einem (normativen) Schaden einhergeht, ist nur die letzte Konstellation denkbar (eine bereits vorbestehende Pflegebedürftigkeit hat bereits einen Schaden verursacht und fällt daher als Reserveursache ausser Betracht). Für den adäquaten Kausalzusammenhang ist die überholende Kausalität insoweit von Bedeutung, als danach gefragt wird, ob die Schadensursache in Anbetracht der Reserveursache noch als adäquat erscheint (vgl. dazu auch Widmer, P. (Fn. 10), 7 ff., 56 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. dazu den umfassenden Überblick über die Lehrmeinungen in BGE 115 II 440 E. 4a. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid die Frage offen gelassen, ob auch hypothetische Ereignisse von Bedeutung sind, die erst nach Schadeneintritt wirksam werden; besondere Bedeutung mass das Bundesgericht in diesem Fall der "zeitlichen Nähe der hypothetischen Ereignisse" zu (BGE a.a.O. E. 4b).

<sup>19</sup> Vgl. Stauffer, W./Schaetzle, T., et al, Barwerttafeln. 5. A., Zürich 2001, T 42.

<sup>20</sup> Siehe die weiterführenden Hinweise bei Landolt, H. (Fn. 5), N 876 und Fn. 1723.

<sup>21</sup> Vgl. BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, und Ibid., N 751 ff.

<sup>22</sup> Dazu infra Ziff. IV. B. 2.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 41 OR.

<sup>24</sup> Siehe dazu bereits supra Ziff. III. B.

<sup>25</sup> Vgl. z.B. BGE 21, 135 ff. und BGE 72 II 198 E. 3a (zukünftige Operationskosten).

<sup>26</sup> Vgl. BGE 21, 1042 ff., 1050 (Pflege durch Ehefrau), BGE 28 II 200 ff. (Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau), BGE 33 II 594 ff. (Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben durch Mutter), BGE 35 II 216 ff. (Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte), BGE 57 II 94 ff. (Krankenbesuche des Ehemannes), BGE 97 II 259 ff. (Pflege und Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter), BGE 108 II 422 ff. (Pflege und Betreuung einer 15-jährigen Tochter durch Mutter), BGer vom 23.06.1999 i.S. P.St. (4C.412/1998) = Pra 1999, 890 (Pflege und Betreuung eines Knaben durch Eltern), BGer vom 26.03.2002 i.S. I.K. (4C.276/2001/rnd) (siehe dazu die Urteilsbesprechung von Marc Schaetzle, in: HAVE 2002, 276 ff.), VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S. (Pflege und Betreuung durch Ehemann), BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen (Pflege und Betreuung durch Ehemann), Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B.K. (Pflege und Betreuung durch Angehörige und Dritte) und HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. = plädoyer 2001/6, 66 ff. (Pflege und Betreuung einer 21-Jährigen durch Mutter).

<sup>27</sup> Vgl. BGE 35 II 216 ff., Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B.K., E. 5, U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff., und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., 20 ff.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 108 II 422 ff. und U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. sowie U OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. K.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 33 II 594 ff. und 40 II 68 ff.

<sup>30</sup> Vgl. BGE 35 II 405 ff.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 97 II 259 E. 3.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 97 II 259 (42-tägige Hauspflege) und BGE 33 II 594 ff. (drei Monate).

<sup>33</sup> Vgl. BGE 97 II 259 E. 4, siehe ferner U OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. I.K., U TC VS vom 10./27.10.1989 i.S. X. (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist nicht erforderlich).

<sup>34</sup> Vgl. BGE 108 II 422.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 35 II 405 und U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff. Siehe dazu auch U OGer ZH vom 08.12.1995 = ZR 1997, 2 ff.

<sup>36</sup> Vgl. U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff., und U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., 20 ff.

- <sup>37</sup> Vgl. U HGer ZH vom 12.06.2001 i. I.K.
- <sup>38</sup> Vgl. dazu infra Ziff. V. B. 2.
- <sup>39</sup> Vgl. BGE 108 II 422 .
- <sup>40</sup> Vgl. BGE 57 II 94, 97 II 259 E. 3 und 4 und 108 II 422 sowie U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., S. 33 f., U OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. I.K.
- <sup>41</sup> Vgl. z.B. BGE 28 II 200, 35 II 216 und 40 II 68.
- <sup>42</sup> Vgl. BGE 57 II 94 und 69 II 324.
- <sup>43</sup> Siehe dazu z.B. die Hinweise bei Landolt, H. (Fn. 6), Fn. 27.
- <sup>44</sup> Vgl. zum Folgenden Landolt, H. (Fn. 5), N 755 ff.
- <sup>45</sup> Vgl. BGE 123 III 204 E. 2e, BK-Brehm, N 31a zu Art. 41 OR, und Egli, J.-F., De la réparation accordée à la famille du défunt et de l'invalidité en responsabilité civile, in: Problèmes de droit de la famille, Neuenburg 1987, 51 ff.
- <sup>46</sup> Vgl. BGE 112 II 118 und nachfolgende Entscheide.
- <sup>47</sup> Vgl. BGE 97 II 259.
- <sup>48</sup> Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR und infra Ziff. V. C. 3.a. zur Frage, ob besuchende Angehörige einen Erwerbsausfall geltend machen können.
- <sup>49</sup> Vgl. z.B. U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002 i.S. I.K.
- <sup>50</sup> Vgl. zum Folgenden Landolt, H. (Fn. 5), N 807.
- <sup>51</sup> Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR stellen nach diesem Verständnis positivierete Schadenersatznormen für einen Fall der überholenden Kausalität dar (vgl. dazu supra Ziff. III. b.).
- <sup>52</sup> Siehe dazu die Hinweise zur alten Praxis des Bundesgerichts supra Ziff. IV. B. 1.
- <sup>53</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anspruch auf Ersatz des Versorgerschadens gemäss Art. 45 Abs. 3 OR grundsätzlich für jeden Berechtigten gesondert zu berechnen und zuzusprechen (vgl. BGE 119 I 361 E. 4, 102 II 90 E. 2a, 101 II 257 E. 2 und 66 II 175). Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn der Ehemann nach dem Tod der Ehefrau aus eigenen Bedürfnissen Anspruch auf den vollen Ersatz des durch die Anstellung einer Haushälterin bedingten Mehraufwandes hat oder zeitlich begrenzte Ansprüche der Kinder im Anspruch des Ehemannes aufgehen (vgl. BGE 102 II 90 E. 2, zustimmend BK-Brehm, N 175 ff. zu Art. 45 OR, ablehnend Schaetzle, M./Weber, S., Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 4.114 ff. Die Ersatzansprüche der Kinder können in diesen Fällen nicht getrennt erhoben werden, weshalb in Bezug auf den Kinderversorgerschaden eine Drittschadensliquidation über den - unmittelbar betroffenen - Ehemann bzw. Vater erfolgt.
- <sup>54</sup> So auch Rumo-Jungo, A. (Fn. 13), N 834.
- <sup>55</sup> Vgl. z.B. den Anwendungsfall AHI-Praxis 1996, 196 (therapeutische Massnahmen am rechten Bein).
- <sup>56</sup> Vgl. BGE 113 V 28 E. 4a, 107 V 20, 105 V 178 E. 2, 99 V 48, EVGE 1967, 33 und ZAK 1989, 213 ff., 1985, 325 je m.H.
- <sup>57</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 IVG, Art. 18 Abs. 2 MVG und Art. 61 Abs. 3 UVV.
- <sup>58</sup> Z.B. Röntgenaufnahmen, Elektrokardiogramme, Enzephalogramme, Lumbalpunktionen usw.
- <sup>59</sup> Siehe U EVG vom 29.11.1983 i.S. B. (Zumutbarkeit einer ärztlichen Behandlung), U EVG vom 23.03.1983 i.S. B., U EVG vom 17.2.1976 i.S. St. E. 3 (Abklärungsaufenthalt in Appisberg) und U EVG vom 02.07.1975 i.S. B. (Zumutbarkeit einer psychiatrischen Betreuung), U EVG vom 12.04.1956 i.S. K. und vom 09.02.1961 i.S. C. (diagnostische Lumbalpunktion), EVGE 1945, 78 (Zumutbarkeit therapeutischer Massnahmen; Rehabilitationstraining) und U EVG vom 22.05.1936 i.S. W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose).
- <sup>60</sup> Vgl. z.B. Maurer, A., Schweizerisches Unfallversicherungsrecht. 2. A., Bern 1989, 303 f. und BGE 105 V 178 f. E. 3 (Unzumutbarkeit einer Operation mit einem Todesfallrisiko von 4% und einer Chance von 20-40% bzw. 70-90%, die volle bzw. teilweise Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit zu bewirken), ZAK 1992, 126: Unzumutbarkeit einer ophthalmologischen Begutachtung des Auges, nachdem der Versicherte infolge mehrerer chirurgischer Eingriffe die Sehkraft verloren und sich die Ärzte bereits in einer früheren Expertise zur Frage der zumutbaren Arbeitsfähigkeit geäussert hatten), ZAK 1985, 326 (Unzumutbarkeit einer Vestibularisneurektomie = Durchtrennung des Gleichgewichtsnervs rechts bei Morbus Menière wegen begründeter Angst vor Eingriff und Alters des Versicherten), ZAK 1985, 328 (Unzumutbarkeit einer Spondylodese = operative Versteifung von Teilen der Wirbelsäule), U EVG vom 15.06.1973 i.S. M. (Zumutbarkeit einer Double-Arthrodesese links = Gelenkversteifung), EVGE 1965, 35 = ZAK 1965, 504 (Unzumutbarkeit einer Leistenbruchoperation, wenn ein früherer gleicher Eingriff beim Patienten zwei lebensgefährliche Lungenembolien verursacht hat) und SUVA-Jahresbericht 1961, 20 f. (Zumutbarkeit einer Teilamputation des Zeigefingers).
- <sup>61</sup> ZAK 1986, 507.
- <sup>62</sup> ZAK 1989, 228.
- <sup>63</sup> Vgl. U EVG vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d (Darm von Hand ausräumen als unübliche Art und Weise der Notdurftverrichtung), U EVG vom 12.02.1987 i.S. Z. (Dienstleistungen der Ehefrau, die den Ehemann zur Toilette bringen, ihm die Flasche reichen und ihn für die Nacht mit dem Urinal ausrüsten muss), ZAK 1986, 483 (leidensangepasste Kleidung und Schuhe, bestätigt in ZAK 1989, 213 ff.) und ZAK 1985, 401 (Hilfeleistung eines Ehemannes, der seiner harninkontinenten Gattin nachts mehrmals den Topf reichen und diesen anschliessend reinigen muss, als erhebliche

Drittleistung).

<sup>64</sup> Vgl. BK-Brehm, N 74 zu Art. 46 und N 56 zu Art. 42 OR.

<sup>65</sup> Im Übrigen ist eine Kumulation zulässig (vgl. Landolt, H. (Fn. 5), N 732 ff.).

<sup>66</sup> Vgl. BGE 126 V 334 (siehe dazu die Urteilsbesprechungen von Duc in: AJP 2001, 453, und Pfiffner Rauber, B. Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: AJP 2000, 1403 ff.) U EVG vom 18.12.1998 i.S. K.D. (K 34/98) = RKUV 1999, 64 = SVR 2000, KV Nr. 9 (siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in: AJP 1999, 996, und Pestalozzi-Seiger in: Behinderung und Recht, Beilage SAEB-Mitteilungen, Nr. 1/1999) sowie ferner U EVG vom 05.09.2000 i.S. G. (K 62/00 Vr), U EVG vom 22.09.2000 i.S. Helsana c. D (K 59/00 Vr), U EVG vom 22.09.2000 i.S. G. (K 52/99 Vr), U EVG vom 05.10.2000 i.S. Helsana c. R. (K 66/00 Vr), U EVG vom 05.10.2000 i.S. B. (K 61/00 Vr/Gb) und U EVG vom 25.05.2001 i.S. S. (K 161/00 Gb).

<sup>67</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 2b.

<sup>68</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 3b.

<sup>69</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 4b. Allfällige dem Versicherten im Zusammenhang mit der Spitex- oder Heimpflege entstehenden Mehrkosten sind im Rahmen der Zweckmässigkeitsprüfung mitzuberücksichtigenden (vgl. dazu Landolt, H. Pflegebedürftigkeit im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsschutz und Kosteneffizienz, in: SZS 2002/2, 97 ff., 121 ff.).

<sup>70</sup> Vgl. U EVG vom 25.05.2001 i.S. S. (K 161/00 Gb) E. 4c, wo das EVG eine fixe Kostengrenze von 20% abgelehnt hat.

<sup>71</sup> Vgl. U EVG vom 25.05.2001 i.S. S. (K 161/00 Gb), E. 4c.

<sup>72</sup> Vgl. U EVG vom 22.09.2000 i.S. Helsana c. D. (K 59/00 Vr), E. 3b.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b (der Kostenunterschied wurde als im oberen Rahmen des Vertretbaren liegend bezeichnet).

<sup>74</sup> Vgl. U EVG vom 05.10.2000 i.S. Helsana c. R. (K 66/00 Vr), E. 3d (allerdings Rückweisung zur genaueren Abklärung des versicherten Pflegeaufwandes).

<sup>75</sup> Vgl. U EVG vom 18.12.1998 i.S. K.D. (K 34/98) = RKUV 1999, 64 = SVR 2000, KV Nr. 9, E. 4b.

<sup>76</sup> In U EVG vom 22.09.2000 i.S. G. (K 52/99 Vr), E. 3b, wurde zwar die Zweckmässigkeit der Spitexpflege bei einer Tetraplegie bejaht, der Fall aber betreffend Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der geltend gemachten Erhöhung der Spitexpflege von 90 auf insgesamt 420 Stunden pro Quartal an die Vorinstanz zurückgewiesen.

<sup>77</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 2a und RKUV 1999, 70 E. 4b.

<sup>78</sup> Das Wahlrecht leitet sich auch aus den Persönlichkeits- und Grundrechten des Geschädigten ab (s.c. Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit).

<sup>79</sup> Vgl. BGE 35 II 216 ff. und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., S. 20 ff. (beide Fälle betrafen Paraplegiker) sowie U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K.

<sup>80</sup> So ausdrücklich U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440), E. V.2, S. 15, und U OGH vom 26.05.1999 (5 Ob 50/99k) = ZVR 1999 Nr. 109, 375 ff.

<sup>81</sup> Vgl. z.B. U Trib Pr. Instance GE vom 03.09.1992 i.S. X. Dieser Fall betraf eine schwer Geschädigte, die sich nach einer medizinischen Versorgung in der Schweiz in den USA bei ihren Kindern medizinisch weiter versorgen liess, was mit Kosten verbunden war, die gegenüber schweizerischen Ansätzen erheblich höher waren. Das Gericht hat gestützt auf Art. 44 OR eine Herabsetzung der in den USA entstandenen Heilungskosten um 20% vorgenommen, weil die Geschädigte wusste, dass die Behandlung in den USA mit höheren Kosten verbunden sein würde.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR.

<sup>83</sup> Vgl. dazu statt vieler z.B. Roberto, V. (Fn. 7), 172 ff. m.w.H.

<sup>84</sup> Vgl. Art. 51 Abs. 2 OR.

<sup>85</sup> Siehe dazu supra Ziff. IV. B. und III. D.

<sup>86</sup> Vgl. U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E0170/HG950440), E. VI, S. 44 (monatlicher Abzug von Fr. 1465.- per 2001 bei einem Heimaufenthalt) und U ZGer BS vom 15.06.1987 i.S. X., E. 7 (Verpflegungs- und Unterkunftskostenabzug von Fr. 18.- pro Heimtag).

<sup>87</sup> Vgl. U BGer 4 L. 412/1998 vom 23.06.1999 = Pra 1999, 890, E. 2c.

<sup>88</sup> Vgl. U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002, E. 6b/cc, und vom 13.12.1994 i.S. R.J. gegen Basler Versicherung = JdT 1996 I 728, E. 6a.

<sup>89</sup> Vgl. Landolt, H., Das soziale Pflegesicherungssystem, Bern 2002, N 67 ff.

<sup>90</sup> Vgl. Ibid., N 46 ff.

<sup>91</sup> Vgl. Ibid., N 29 f.

<sup>92</sup> Vgl. Ibid., N 28.

<sup>93</sup> Vgl. Ibid., N 31 ff.

<sup>94</sup> Vgl. Ibid., N 10 ff., 22 und 212 ff.

- <sup>95</sup> Vgl. BGE 124 V 52 E. 4-9 und U SozVersGer ZH vom 19.11.1998 i.S. H.M. (UV.96.00062) (Fall einer betreuungs- und pflegebedürftigen Versicherten mit Schädelhirntrauma, Leistungspflicht bei Spitalpflegebedürftigkeit: keine Leistungspflicht für Unterkunft, Verpflegung und nichtmedizinische Pflege und Betreuung beim Aufenthalt in der Schweizerischen Epilepsie-Klinik, E. 2d, und Bedeutung des Vertrauensgrundsatzes bei einer nachträglichen Kürzung der Pflegeleistungen, E. 3d). Siehe dazu Landolt, H., (Fn. 89), N 117 f. und 144 ff.
- <sup>96</sup> Art. 79 KVG sieht nunmehr ein gesetzliches Regressrecht vor.
- <sup>97</sup> Vgl. dazu BGE 127 V 398 E. 1 und ferner Landolt, H. (Fn. 5), Fn. 3177 und 3215. Ist das haftungsbegründende Ereignis vor dem 1. Januar 1996 eingetreten, beurteilt sich das Verhältnis zwischen dem Krankenversicherer des Geschädigten und dem haftpflichtigen Dritten nach dem alten Recht, das kein gesetzliches Subrogationsrecht kannte. Der Geschädigte kann deshalb in altrechtlichen Fällen - auch nach Inkrafttreten des neuen KVG - über sämtliche Haftungsansprüche verfügen. Der Abschluss einer Saldovereinbarung schliesst eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht grundsätzlich aus. Eine Leistungspflicht des Krankenversicherers besteht aber für solche Kosten, die der Geschädigte im Zeitpunkt der Saldoerklärung weder kannte noch hätte kennen können (vgl. BGE a.a.O. mit Hinweis auf BGE 100 II 42 und RKUV 1988 Nr. K 768 199 E. 1).
- <sup>98</sup> Vgl. Landolt, H. (Fn. 89), N 90 ff.
- <sup>99</sup> Z.B. Haftung für Pflgetraining ( BGE 108 II 422 ) und Begleitung und Betreuung zum und vom bzw. am Arbeitsplatz und während der Ferien (BGE 35 II 402).
- <sup>100</sup> Art. 7 KLV zählt z.B. die versicherten Grund- und Behandlungspflegemassnahmen auf; für andere Dienstleistungen, insbesondere hauswirtschaftliche Leistungen, besteht keine Leistungspflicht.
- <sup>101</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei Landolt, H. (Fn. 5), Fn. 1835. Siehe ferner zum deutschen Recht Neumann-Duesberg, H., Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff., Schleich, H.-W., Zur schadensersatzrechtlichen Erstattung von Besuchs- und Nebenkosten bei stationärer Heilbehandlung, in: DAR, 145 ff., und Seidel, H.-J., Der Ersatz von Besuchskosten im Schadensrecht, in: VersR 1991, 1319 ff.
- <sup>102</sup> In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht die Kosten eines Ehemannes, der seine hospitalisierte Ehefrau besuchte, als ersatzpflichtig bezeichnet, jedoch die Aktivlegitimation der Ehefrau verneint (vgl. BGE 57 II 94 E. 3b). In BGE 97 II 259 E. 4 vertrat es in Bezug auf die Anspruchsberechtigung eine entgegengesetzte Auffassung, bejahte aber eine Ersatzpflicht für Besuchskosten. Siehe dazu ferner BGH vom 19.02.1991 (VI ZR 171/90) = NJW 1991, 559 ff. (Besuchskosten Angehöriger, s.c. Ersatzfähigkeit des Verdienstaufalles), BGH vom 24.10.1989 (VI ZR 263/88) = NJW 1990, 1308 ff. (Babysitterkosten während der Besuche des verletzten Elternteils im Spital sind ersatzfähig), BGH vom 22.11.1988 (VI ZR 126/88) = NJW 1989, 766 ff. (Ersatzpflicht elterlicher Zuwendung; Abgrenzung zu nicht ersatzfähiger Betreuung), BGH vom 21.05.1985 (VI ZR 201/83) = NJW 1985, 2757 ff. (Kinderbetreuungsschaden bei Krankenhausaufenthalt des Vaters), BGH vom 28.10.1980 (VI ZR 303/79) = VersR 1981, 239 ff. (Babysitterkosten während der Besuche des verletzten Elternteils im Spital), LG Saarbrücken vom 18.12.1987 (14 O 117/87) = NJW 1988, 2958 ff. (Fahrkosten der Eltern bei Besuch des Kindes als ersatzfähige Heilungskosten) und 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).
- <sup>103</sup> Der fragliche Entscheid betraf die Besuche der Mutter eines Verkehrsunfallopfers, das einen offenen Beinbruch erlitten hatte.
- <sup>104</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei Landolt, H., (Fn. 5), Fn. 1835, und U OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. I.K., U TC VS vom 10/27.10.1989 i.S. X. (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist nicht erforderlich) und U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. H., E. 7b, S. 32 ff. (in welchem die Unterscheidung in medizinisch und nichtmedizinisch indizierte Besuche nicht gemacht wurde). Siehe ferner Huber, C., Fragen der Schadensberechnung, Wien 1993, 366 ff., der der - zurückhaltenden - Auffassung ist, dass auch geistig-seelische Beistandsleistungen ersatzpflichtig sein können), und zum deutschen Recht Küppersbusch, G., Ersatzansprüche bei Personenschaden. Eine praxisbezogene Anleitung. 7. A., München 2000, N 166 ff.
- <sup>105</sup> Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c. Da auch die Angehörigen Anspruch auf angemessene Besuche haben, spielt es keine Rolle, ob der Geschädigte bei Bewusstsein ist oder nicht. Der BGH vertrat in einem Entscheid von 1991 (vgl. dazu Neumann-Deusberg, H. (Fn. 101), Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff.) entgegen der Ansicht der Vorinstanz ( OLG Saarbrücken = NZV 1989, 26) die Auffassung, dass für die rund dreiwöchigen Besuche der Eltern eines Schwerverletzten (Schädelhirntrauma, Kniescheibentrümmerbruch), der im fraglichen Zeitraum bewusstlos war, keine Ersatzpflicht besteht.
- <sup>106</sup> Vgl. KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H. E. 7: nur Vater.
- <sup>107</sup> Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c und zum deutschen Recht den Überblick bei Schleich, H.-W. (Fn. 101), 145 ff., sowie 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).
- <sup>108</sup> Vgl. z.B. U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. H., E. 7b, S. 32 ff., Ersatzpflicht nur von Kosten der öffentlichen Verkehrsmittel (Flug-, Automiet- sowie Unterkunftskosten bei Spitalpflege im Ausland, nur Ersatz der Kosten für öffentliche Verkehrsmittel bei Spitalpflege am Wohnort des besuchenden Angehörigen).
- <sup>109</sup> Unterkunftskosten sind insbesondere dann zu vergüten, wenn die Angehörigen in die erforderliche Pflege eingeübt werden müssen (Pflgetraining). Vgl. dazu BGE 108 II 422 und U KGer TI vom 12.02.1982 i.S. X. Die Vorinstanz hat die Besuchskosten der Mutter in Höhe von über Fr. 30 000.- gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR im Umfang von Fr. 20 000.- als ersatzpflichtig erachtet, da die Mutter die Behandlung im Spital mitverfolgen musste, damit sie eine spätere Pflege zu Hause gewährleisten konnte.
- <sup>110</sup> Vgl. U BGH vom 22.10.1957 in: VersR 1957, 790 (Spielsachen für Kinder).
- <sup>111</sup> Vgl. z.B. U TC VS vom 10/27.10.1989 i.S. X. Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch für die Miete von

Videokassetten durch den Verletzten und die Telefonspesen von über Fr. 100.- pro Tag wurde abgewiesen, weil diese weder geschäftsbedingt noch durch einen allfälligen Kontakt mit den Angehörigen verursacht worden sind.

<sup>112</sup> Vgl. infra N 76 ff., BGE 97 II 259 E 3 (Erwerbsersatz für pflegende und besuchende Mutter) und BK-Brehm, N 18 zu Art. 46 OR (für ausserhäusliche Begleitung). Siehe demgegenüber U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. H., E. 7b, S. 32 ff. (Ersatzpflicht für Erwerbsausfall abgelehnt).

<sup>113</sup> Schleich, H.-W. (Fn. 101), 145 ff., 146 ff. bejaht eine umfassende Ersatzpflicht für allfällige Nebenkosten und vertritt die Auffassung, dass bei der Schadenersatzbemessung nicht "engherzig" zu verfahren sei. Einen differenzierteren Standpunkt vertritt Huber, C. (Fn. 104), 289 ff.

<sup>114</sup> Vgl. zuletzt HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K., E. V.2, S. 16 (bestätigt in U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002).

<sup>115</sup> Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23.06.1999 i.S. P.St. = Pra 1999, 890.

<sup>116</sup> Vgl. dazu Landolt, H. (Fn. 6), N 41 ff.

<sup>117</sup> Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23.06.1999 i.S. P.St. = Pra 1999, 890.

<sup>118</sup> Vgl. HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K.

<sup>119</sup> Vgl. infra Ziff. V. C. 3.b. 2. ii. zur Stellvertretungsproblematik.

<sup>120</sup> Vgl. dazu Landolt, H. (Fn. 2), N 99 ff., und Landolt, H., (Fn. 89), N 157 ff.

<sup>121</sup> Vgl. z.B. 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 und U VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S. (Ersatz des durchschnittlichen Jahresgehaltes von Fr. 30 000.- bei einem Selbstständigerwerbenden, der zwecks Pflege seiner Ehefrau die Mechanikerwerkstatt vorzeitig aufgegeben hat).

<sup>122</sup> Vgl. z.B. BGE 99 II 221 E. 2 und 35 II 216 (Kosten einer Pflegerin) sowie U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440) (Kosten einer Krankenpflegerin), U HGer ZH vom 20.10.1986 i.S. S. gegen W. (HG 286/80), E. 5.3, S. 20 f. (unentgeltliche Pflege und Betreuung durch Eltern; Massgeblichkeit der Lohnansätze für Hausangestellte), und U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H. gegen Luftseilbahnen Bettmeralp AG, S. 20 ff. (Kosten der Hausangestellten).

<sup>123</sup> Vgl. U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002 E. 6b/aa: "Gibt ein Familienangehöriger seine Erwerbstätigkeit auf, um die geschädigte Person zu pflegen, entspricht der zu ersetzende Schaden in der Regel dem entgangenen Erwerbseinkommen. Übersteigt der Verdienstaufschlag jedoch wesentlich die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson, kann der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur diese tieferen Kosten als Schaden geltend machen (Oftringer/Stark, a.a.O., § 6 Rz. 110, Fn. 149; Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, S. 56). Der notwendige Pflegeaufwand ist als Schaden der verletzten Person selbst im Sinne eines *damnum emergens* anzusehen (Geisseler, Der Schaden und seine Berechnung, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungstagung 1999, S. 123). Die Ersatzpflicht für derartigen unter normativen Gesichtspunkten bestimmten Betreuungsschaden wird in der neueren Lehre nicht in Frage gestellt".

<sup>124</sup> Art. 324a Abs. 1 OR bestimmt, dass der Arbeitnehmer, der aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine beschränkte Zeit hat, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die Erkrankung bzw. die Pflegebedürftigkeit eines Angehörigen unter einschränkenden Voraussetzungen Anspruch auf eine Lohnfortzahlung gewährt (vgl. dazu den Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen bei Bessenich, B., Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern, in: SJZ 1992, 41 ff., 42, und Schürer, H.U., Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis. Band I. Der Arbeitsvertrag, Zürich 1995, N I/8.1). Vorausgesetzt wird, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem pflegebedürftigen Angehörigen beistandsverpflichtet ist und keine Drittbetreuung möglich oder zumutbar ist, vgl. z.B. SJZ 1988, 49 f. (einwöchige Lohnfortzahlungspflicht einer allein erziehenden Mutter eines kranken Kindes), und Bessenich, 44. Unklar ist, ab welchem Schweregrad die Anwesenheit des beistandsverpflichteten Arbeitnehmers erforderlich ist (BK-Rehbinder, N 2 zu Art. 324a OR verlangt im Gegensatz zu anderen Autoren z.B. eine "schwere" Krankheit; OR-Streiff, N 20 zu Art. 324a/b OR demgegenüber lässt eine Krankheit des Kindes oder des Ehegatten genügen) und ob die Lohnfortzahlungspflicht nur dann besteht, wenn beistandsberechtigte Angehörige (Ehegatte, Kindern, Eltern), nicht aber andere Verwandte (z.B. Geschwister) oder Hausgenossen (z.B. Verlobte; zustimmend U ArGer LU vom 09.10.1981 i.S. X.) der Pflege und Betreuung bedürfen. Das ArGer ZH hat die Lohnfortzahlungspflicht nicht nur gegenüber Kindern ( SJZ 1988, 49 f.) und Eltern ( SJZ 1981, 234 ff. = JAR 1982, 118 ff.; Suche nach Eltern und Geschwistern nach einem Erdbeben), sondern auch im Verhältnis zu Geschwistern bejaht (vgl. JAR 1988, 201 f. (dreitägiger Besuch der Schwester, die einen Selbstmordversuch überlebte), und Brunner, C./Bühler, J.-M., et al., Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Basel 1997, N 10 zu Art. 324a, die eine bestehende Hausgemeinschaft voraussetzen). Bessenich, B., 44, ist der Auffassung, dass bei Kindern eine ausserfamiliäre Drittbetreuung zwar zumutbar ist, jedoch die erfahrungsgemäss eingeschränkten Möglichkeiten kurzfristiger Betreuung durch Dritte angemessen zu berücksichtigen sind und zudem dem pflegebedürftigen Kind eine ungewohnte Betreuung "nur selten" zugemutet werden dürfe. Der Vater eines schwerkranken Kindes mit langen Spitalaufenthalten hat für regelmässige Besuche auch dann einen beschränkten Lohnfortzahlungsanspruch, wenn Pflege und Betreuung des Kindes an sich sichergestellt sind (vgl. JAR 1994, 147; siehe ferner BGE 118 V 211 f. E. 5b und c = EuGRZ 1993, 83). Vgl. ferner ZR 1990, 51 f., wonach es sich bei der Pflegebedürftigkeit Angehöriger um eine rechtsbegründende Tatsache handelt, für die der Arbeitnehmer beweispflichtig ist; der Arbeitnehmer ist demgegenüber zum Beweis verpflichtet, dass eine Drittbetreuung möglich und zumutbar ist (vgl. E. 2).

<sup>125</sup> Vgl. BGE 126 III 521 E. 2b analog (dieser Entscheid betraf den Fall, in dem der Geschädigte gleichzeitig der Arbeitnehmer ist).

<sup>126</sup> Sofern eine Ersatzpflicht für den Erwerbsausfall verneint wird, ist der Umstand der "verdorbenen Freizeit" im Rahmen der Angehörigenengutgung zu berücksichtigen.

<sup>127</sup> U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. = plädoyer 2001/6, 66 ff. Das HGer ZH hat in diesem Entscheid, der ein schweres

Schädelhirntrauma betraf, eine "Mischrechnung" vorgenommen. Der für Pflege- und Betreuungsleistungen anrechenbare Monatslohn wurde im Hinblick auf die für Krankenpflegepersonal massgeblichen Vergleichslöhne am Wohnsitz (Fr. 4072.- bis Fr. 6200.-), basierend auf einem leicht erhöhten Einstiegslohn, mit Fr. 4500.- (brutto, ohne 13. Monatslohn) für 42,5 Arbeitsstunden pro Woche angenommen. Bei der Präsenzzeit vertrat das Gericht die Auffassung, dass ein Stundenansatz, der für hauswirtschaftliche Angestellte bezahlt werden müsste, massgeblich sei, und bezifferte diesen - unter Hinweis auf Widmer, et. al. - mit Fr. 21.35 (brutto) (vgl. HGer ZH a.a.O. E. V, S. 20 ff.).

<sup>128</sup> Das Bundesgericht hält in Haushaltschadenfällen im Zusammenhang mit Leistungen von Angehörigen Fr. 30.- pro Stunde für gerechtfertigt (vgl. dazu BGer 4C.495/1997 vom 09.09.1998 = plädoyer 1999/4, 65 ff.).

<sup>129</sup> Gemäss Bundesamt für Sozialversicherung, (2000) Spitex-Statistik 1998, Bern, (Tabelle 11.7.1) betragen die Gesamtkosten für Spitexleistungen z.B. im Jahr 1998 Fr. 72.- pro Stunde und die Personalkosten Fr. 61.- pro Stunde. Siehe betreffend Stundenansätze des Pflegepersonals infra FN 118 und 120.

<sup>130</sup> Siehe dazu z.B. den Vertrag zwischen Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer und Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger betreffend Leistungen und Tarife in der spitalexternen Kranken- und Gesundheitspflege ambulant und zu Hause im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 23.05.1997.

<sup>131</sup> Zuletzt BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002 i.S. I.K. E. 6c: "Die Berechnung des Pflege- und Betreuungsschadens durch die Vorinstanz hält daher in allen Teilen vor Bundesrecht stand, namentlich auch mit Bezug auf die von der Beklagten beanstandete Berücksichtigung von Sozialabgaben (Brutto-brutto-Prinzip), von Ferien und eines dreizehnten Monatslohns, zumal die Beklagte zu Recht nicht einwendet, die Klägerin hätte die entsprechenden Kosten bei entgeltlicher Anstellung einer Pflegeperson nicht aufzubringen."

<sup>132</sup> Die Ansätze per 1.1.2002 finden sich unter <http://www.sbk-zh.ch> (go: News-Zürich-Lohnnachzahlungen).

<sup>133</sup> Vgl. dazu ferner die Besoldungsempfehlungen 2001 des Spitex-Verbandes des Kt. ZH. Haushelferinnen sollen neu der Besoldungsklasse 9-11 (vorher 7-9), Hauspflegerinnen der Besoldungsklasse 12-13 (vorher 10-11), Leiterinnen HP/HH der Besoldungsklasse 13-17 (vorher 12-15), Krankenpflegerinnen FASRK der Besoldungsklasse 12-13 (vorher 10-11), Krankenschwestern DN I der Besoldungsklasse 13 (vorher 11), Krankenschwestern DN II der Besoldungsklasse 14-16 (vorher 12-14) und Spitex-Betriebsleiterinnen der Besoldungsklasse 16-19 (vorher 13-18) zugeordnet werden. Innerhalb jeder Besoldungsklasse werden 2 Anlauf-, 8 Erfahrungs- und 6 Leistungsstufen unterschieden. Der Bruttojahreslohn 2001 (inkl. 13ter Monatslohn) beträgt in der Besoldungsklasse 13 zwischen Fr. 59 085.- und Fr. 91 169.-, in der Besoldungsklasse 14 zwischen Fr. 62 414.- und Fr. 96 396.- und in der Besoldungsklasse 15 zwischen Fr. 66 102.- und Fr. 102 183.-. Umgerechnet auf einen Stundenlohn (Annahme: 42 Arbeitsstunden pro Woche) ergibt sich Bruttostundenlohn bei der Besoldungsklasse 13 von Fr. 27.05 bis Fr. 41.75, bei der Besoldungsklasse 14 von Fr. 28.60 bis Fr. 44.10 und bei der Besoldungsklasse 15 von Fr. 30.25 bis Fr. 46.80, d.h. im Durchschnitt Fr. 36.90.

<sup>134</sup> Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23.06.1999 = Pra 1999, 890, E. 2c: "Die freie Wahl ihres Wohnsitzes und insbesondere die Beibehaltung ihres bisherigen Wohnsitzes darf einer geschädigten Person nicht verwehrt werden." - Dieser Fall betraf einen Geschädigten, der von der Schweiz nach Norditalien zog). Unklar ist, ob auch im umgekehrten Fall - als Folge eines künftigen Wohnsitzwechsels entstehen höhere Kosten - ein Anspruch auf einen höheren Schaden besteht oder insoweit bloss ein "fiktiver" Schaden vorliegt. - Pribnow, V., Zur Bestimmung des Haushaltsschadens, in: plädoyer 1996/4, 29 ff., 31, und U KGer ZG vom 05.09.1997 i.S. W.B. gegen Winterthur-Versicherungen, E. 4.5, S. 44 f., berücksichtigen im Hinblick auf einen künftigen Wohnsitzwechsel einen durchschnittlichen Stundenansatz, der nicht demjenigen am Wohnsitz entspricht. A.A. ist Geisseler, R., Der Haushaltschaden, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997 (Ed. Koller, A.), St. Gallen, 59 ff., 81 m.w.H.

<sup>135</sup> Der Bruttomonatslohn einer diplomierten Pflegeperson betrug im Jahr 1995 im gesamtschweizerischen Durchschnitt zwischen Fr. 4100.- und Fr. 6320.-, was einem Bruttostundenlohn von Fr. 24.40 bzw. Fr. 37.60 entspricht (vgl. Weyermann, U./Brechtbühler, M., Pflege, in: Gesundheitswesen Schweiz 2001/2002. Ein aktueller Überblick (Eds. Kocher, G., und Oggier, W.), Solothurn 2001, 164 ff., 168, mit dem Hinweis, dass die Löhne seither nicht voll der Teuerung angepasst worden sind.) Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 1997 wurde im Zusammenhang mit der Berechnung des volkswirtschaftlichen Gesamtwertes unentgeltlicher Pflegeleistungen ein Pflegestundenansatz von Fr. 32.20 herangezogen. Dieser Stundenansatz entspricht der Äquivalenzgruppe "Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern". Der Stundenansatz der Äquivalenzgruppe "Hausarbeiten" liegt je nach Tätigkeitsbereich zwischen Fr. 22.50 (Haustierversorgung, Pflanzenpflege, Gartenarbeiten) und Fr. 37.10 (administrative Arbeiten). Der Durchschnittsansatz der acht Tätigkeitsbereiche beträgt rund Fr. 27.-. Vgl. Bundesamt für Statistik (BFS), Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg, 1999, 48 f.

<sup>136</sup> Bei pflegebedürftigen Geschädigten kann in der Regel von der "Sesshaftigkeit" ausgegangen werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Geschädigte eine Eigentumswohnung oder ein Einfamilienhaus erworben oder seine Mietwohnung behinderungsgerecht angepasst hat, womit eine widerlegbare tatsächliche Vermutung der Sesshaftigkeit begründet wird. Bei Mietern oder jungen Geschädigten demgegenüber, die noch bei ihren Eltern wohnen, ist in jedem Fall, auch wenn die Eltern die Wohnung unter Umständen sogar umgebaut haben, ein Mittelwert anzuwenden.

<sup>137</sup> Vgl. dazu BGE 126 II 217 (Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege und Berufsschullehrer mit Meisterausbildung) und die Urteile VerwGer ZH vom 22.01.2001 (VK.1996.00011 (Gleichstellungsklage der Krankenpflegenden), VK.1996.00013 (Gleichstellungsklage der Berufsschullehrkräfte) VK.1996.00015 (Gleichstellungsklage der Physiotherapierenden) und VK.1996.00017 (Gleichstellungsklage der Ergotherapierenden)), mit welchen das Gericht die Einstufungen der traditionellen Frauenberufe der Krankenschwestern sowie Ergo- und Physiotherapeutin beanstandete. Die Ausbildung und Erfahrung dieser Berufsgruppen sei im Vergleich zum Polizeiberuf nicht angemessen gewichtet worden. Die Urteile des Verwaltungsgerichts haben zur Folge, dass die Mehrheit der Krankenschwestern sowie der Ergo- und Physiotherapeutinnen von der Lohnklasse 12 in Klasse 14 aufsteigt (beantragt war eine Einstufung in Lohnklasse 15). Die Lehrerinnen für Spitalberufe steigen von der Lohnklasse 17 in Klasse 18 auf (beantragt war eine Einstufung in Lohnklasse 21). Die Einteilung der Krankenschwestern in Klasse 14 entspricht dabei der Erhöhung, die der Regierungsrat Zürich mit Wirkung ab 01.07.2001 beschlossen hat. Die Urteile des Verwaltungsgerichts werden mit rückwirkenden Lohnnachzahlungen von 200 bis 300 Mio. verbunden sein (vgl. NZZ vom 02.03.2001, Nr. 51, S. 45). Siehe dazu auch BGer 2P.343/1996 vom 18.12.1998 i.S. Sektion Bern des Schweizerischen Berufsverbandes der Krankenschwestern und

Krankenpfleger = plädoyer 1999/2, 66 (Rückstufung des diplomierten Krankenpflegepersonals um zwei Gehaltsstufen verletzt das Diskriminierungsverbot nicht), U VerwGer ZH vom 10.07.1996 (Lohnleichheit für Hauswirtschaftslehrerinnen), in: plädoyer 1996/6, 58 ff., U VerwGer ZH vom 11.4.2001 (PB.2000.00026) (Gleichstellung von Lehrkräften für Schwerbehinderten) und ferner U AppellationsGer BS vom 24.10.2001 i.S. X. (Einreihung des diplomierten Krankenpflegepersonals in das neue Lohngesetz).

<sup>141</sup> Der NAV für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 ( SR 221.215.328.4) sieht keinen 13. Monatslohnanspruch vor, verweist aber auf die Besoldungspraxis der öffentlichen Spitäler.

<sup>142</sup> Vgl. Art. 322d OR.

<sup>143</sup> So auch das U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440).

<sup>144</sup> In Landolt, H. (Fn 6), N 83, 87 und 99, und Landolt, H. (Fn. 5), N 922, 925 und 935, wird der prozentuale Zuschlag mit 37,8% bzw. 35-40% angegeben. Bei dieser Prozentzahl handelt es sich um ein Beispiel, das von der Annahme ausgeht, dass wohl nur in Ausnahmefällen der maximale Zuschlag von 61% ausgewiesen ist.

<sup>145</sup> In der Praxis werden - ohne nähere Begründung - tiefere Stellvertretungskosten berücksichtigt. Vgl. z.B. BGE 108 II 422 und U KGer TI vom 12.02.1982, wo unter dem Titel "Pflegekosten" pro Monat pauschal Fr. 2000.- (Lohn der angestellten Krankenschwester Fr. 1690.- pro Monat inkl. Kost und Logis zuzüglich Zuschlag für die Lohnkosten von Stellvertreterinnen während der freien Tage und der Ferien zugesprochen wurden). Siehe auch U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440), wo Fremdbetreuungskosten für die am Sonntag stattfindende Entlastung der Mutter entschädigt, aber keine weiteren Zuschläge für Ferien, Freizeit, Krankheit oder Unfall gewährt wurden).

<sup>146</sup> Siehe dazu infra Ziff. V. C. 4. zu den verschiedenen Berechnungsmodellen.

<sup>147</sup> Siehe dazu infra Ziff. V. C. 4. b.

<sup>148</sup> Basis der Berechnung: 240 Arbeitstage.

<sup>149</sup> Vgl. Art. 321c Abs. 3 OR.

<sup>150</sup> Vgl. dazu supra Ziff. V. C. 3. b. (2). (a).

<sup>151</sup> Die nachfolgenden Ausführungen weichen von den Berechnungsbeispielen in Landolt, H. (Fn. 6), N 97 ff., und Landolt, H. (Fn. 5), N 934 ff. ab. Der Verfasser dankt an dieser Stelle für die zahlreichen Bemerkungen und kritischen Anregungen, die ihm aufmerksame Leser und Zuhörer an Vorträgen zukommen liessen und die letztlich Ursache für die nachfolgenden, hoffentlich verständlicheren Beispiele sind.

<sup>152</sup> Der Nettolohn wird annäherungsweise mit 80% des Bruttolohnes angenommen.

<sup>153</sup> Diese Beispiel wird nachfolgend bei allen Berechnungen verwendet.

<sup>154</sup> Vgl. BGE 125 III 312 .

<sup>155</sup> Vgl. z.B. Gressly, W., Schadenersatz in Form einer indexierten Rente? in: Collezione Assista, Genf 1998, 242 ff., 246.

<sup>156</sup> Vgl. z.B. Chappuis G., Les tables de capitalisation, in: Tagungsband, Strassenverkehrsrechtstagung, Freiburg 1998, 4 f., und Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53), N 3.63 (betreffend Hauspflegeschieden).

<sup>157</sup> Gemäss konstanter Rechtsprechung wird bei der Kapitalisierung ein Zinssatz von 3,5% angewendet, (vgl. statt vieler BGE 125 III 312 E. 7). Das Bundesgericht hat sich in diesem Entscheid ausführlich mit der Kritik der Lehre auseinandergesetzt und festgehalten, dass der Kapitalisierungszinssatz von 3,5% im Bereich des Erwerbsausfalles nicht geändert werde. Die bisherige, langjährige Rechtsprechung sei nur zu ändern, wenn hinreichend sichere Anzeichen dafür bestehen, dass ein Realertrag von 3,5% auf Kapitalabfindungen in absehbarer Zukunft nicht realisierbar ist, und sich mit hinreichender Gewissheit sagen liesse, dass der seit 1946 geltende Kapitalisierungszinssatz mit dem Grundsatz des vollen Schadensausgleichs nicht zu vereinbaren ist.

<sup>158</sup> Der bis zum Tod anfallende pflegebedingte Haushaltsmehraufwand ist vom Haushaltungsschaden zu unterscheiden, der praxismässig anhand des arithmetischen Mittels der Aktivitäts- und Mortalitätsfaktoren kapitalisiert wird (vgl. BGE 113 II 351 E. 2b). Dagegen wendet ein Teil der Lehre zutreffend ein, dass mit dem Ende der Aktivität auch von einer Haushaltsarbeitsunfähigkeit auszugehen sei (vgl. Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53), N 2.227 ff., und Weber, S./Schaetzle, M., Die Barwerttafeln in: Tagungsband, Strassenverkehrsrechtstagung Freiburg 1998, Freiburg i.U., 1 ff., 43 ff.).

<sup>159</sup> Vgl. Barwerttafel 1 sowie Beispiel 9a von Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53). Vgl. ferner Schaetzle, M., Der Schaden und seine Berechnung in: Schaden - Haftung - Versicherung (Eds. Münch, P. und Geiser, T.), Basel/Genf/München 1999, 401 ff., 430 f.

<sup>160</sup> Vgl. Barwerttafel 8 und 9 sowie Beispiel 10 von Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53).

<sup>161</sup> Vgl. Barwerttafel 10 und 10a.

<sup>162</sup> Vgl. Barwerttafel 4x und 4y (aufgeschobene Leibrente) sowie 14x und 14y (aufgeschobene Aktivitätsrente).

<sup>163</sup> Vgl. Barwerttafel 2x und 2y (temporäre Leibrente) sowie 12x und 12y (temporäre Aktivitätsrente).

<sup>164</sup> Vgl. Art. 43 Abs. 2 OR.

<sup>165</sup> Vgl. BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001/rnd), E. 8: "Schliesslich beantragt die Beklagte, die Anpassung der Pflege- und Betreuungsschadenrente habe nicht nach dem Nominallohnindex, sondern nach dem Landesindex der Konsumentenpreise zu erfolgen entsprechend den Bestimmungen des UVG/UVV sowie der jeweils gültigen bundesrätlichen Verordnung über die Teuerungszulagen an Rentner der obligatorischen Unfallversicherung. Sie legt dabei dar, welche Vorteile eine solche Indexierung für die Haftpflichtversicherer hat. Sie lässt indessen ausser Acht, dass es bei der Pflege-

und Betreuungsrente darum geht, sicherzustellen, dass sich die geschädigte Person auch in Zukunft eine ganz bestimmte, gegen Lohnzahlung erhältliche Arbeitsleistung, auf die sie wegen ihrer Schädigung angewiesen ist, zu beschaffen in der Lage ist. Demgegenüber dient eine UVG-Rente dem Zweck, den allgemeinen Unterhalt abzusichern. Schon daraus erhellt, dass es wenig Sinn macht, eine Rente, die spezifische, dem Geschädigten regelmässig anfallende Lohnkosten ersetzen soll, an einen allgemeinen Kostenindex zu binden, wenn ein spezieller Lohnindex zur Verfügung steht. Dass dies schlecht praktikabel sein soll, wie die Beklagte vorbringt (ebenso Karlen, a.a.O., S. 49), ist umso weniger nachvollziehbar, als die entsprechenden Daten ebenso wie jene über den Hausarbeitslohn, welche die Beklagte als Berechnungsbasis nicht ablehnt, vom Bundesamt für Statistik erhoben werden und allgemein zugänglich sind. Die Bindung des Pflegeschadens an den Nominallohnindex, wie sie in der Lehre gefordert wird (Geisseler, a.a.O., S. 130 mit Hinweisen; Ileri, Schadenersatz in Rentenform, HAVE 1/2002, S. 47; Pribnow/Widmer/Sousa-Poza/Geiser, Die Bestimmung des Haushaltsschadens auf der Basis der SAKE, HAVE 1/2002, S. 36), erfüllt zudem das Erfordernis möglichst konkreter Schadensermittlung und kann sich durchaus auch zu Gunsten des Schädigers auswirken; dann nämlich, wenn die allgemeine Lohnsteigerung nicht mit der Preissteigerung Schritt hält."

<sup>166</sup> Es existiert kein eigentlicher Gesundheitskostenindex. Das Bundesamt für Statistik und das Bundesamt für Sozialversicherung publizieren unterschiedliche Kostenvergleiche, die ebenso unterschiedliche Teuerungsraten ergeben. Eine Indexierung nach Massgabe eines Gesundheitskostenindex ist deshalb nicht möglich. Denkbar ist, dass auf die Kostenveränderung von bestimmten Gesundheitskosten abgestellt wird. In Frage kommen z.B. die Kostenzunahme der Pflegeheim- bzw. Spitexkosten gemäss KVG (siehe supra Ziff. I. A.), die Entwicklung der Spitexstundenansätze (vgl. dazu die Spitex-Statistiken des BSV) oder der sozialversicherungsrechtliche Mischindex.

<sup>167</sup> Zum Problem der Revision von Pflegesozialleistungen siehe supra Ziff. V. A. 3.

<sup>168</sup> Vgl. dazu auch Pribnow, V., Einzelfragen zur Anwendung der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle in: Collezione Assista, Genf 1998, 500 ff., 503, und Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53), N 3.64 f.

<sup>169</sup> Gl. M. Karlen, U., Entschädigung in Rentenform - Empfehlungen der Schadenleiterkommission des SVV in: Personen-Schaden-Forum 2002. Tagungsbeiträge (Ed. HAVE), Zürich 2002, 49 ff., 50.

<sup>170</sup> Vgl. dazu z.B. Hasenböhler, F., "Schlichten statt richten" - Gedanken zu neuen Formen der Streiterledigung im Haftpflichtrecht in: Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz (Eds. Metzler, M. und Fuhrer, S.), Basel 2000, 135 ff.

---

**Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.**