

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

Betreuungs- und Pflegeschaden

von

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

Rechtsanwalt und Notar

Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich

mail@hardy-landolt.ch

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

I. Theorie

(siehe Power-Point-Folien im Anhang)

II. Literatur und Urteile

A. Literatur

BREITSCHMID PETER/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Rechtsfragen zum Heimaufenthalt und dessen Finanzierung, Zürich 2010

HÖPFLINGER FRANÇOIS, Demografische Alterung, Langlebigkeit und Pflegebedürftigkeit, in: CHSS 2005, S. 258 ff.

HÖPFLINGER FRANÇOIS/BAYER-OGLESBY LUCY/ZUMBRUNN ANDREA, Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter. Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, Bern 2011

HÖPFLINGER FRANÇOIS/HUGENTOBLE VALÉRIE , Pflegebedürftigkeit in der Schweiz. Prognosen und Szenarien für das 21. Jahrhundert, Bern 2003

HÖPFLINGER FRANÇOIS/HUGENTOBLE VALÉRIE, Familiäre, ambulante und stationäre Pflege im Alter. Perspektiven für die Schweiz, Bern 2005

HUBER CHRISTIAN, Das Ausmass des Schadensersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr (zugleich Anmerkung zu OGH, v. 27.04.2006 - 2 Ob 176/05d), in: ÖJZ 2007, S. 625 ff.

HUBER CHRISTIAN, Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den «angemessenen marktkonformen Ausgleich» – zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken, Urteil vom 13. 11. 2007 – 5 U 62/06 –, MedR 2008, 741, in: MedR 2008, S. 712 ff.

- HUBER CHRISTIAN, Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den «angemessenen marktkonformen Ausgleich» – zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken, Urteil vom 13. 11. 2007 – 5 U 62/06 –, MedR 2008, 741, in: MedR 2008, S. 712 ff.
- HUBER CHRISTIAN, Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten?, in: DAR 2010, S. 677 ff.
- KAUFMANN Daniel N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, S. 123 ff.
- LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden. Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.01.2006 (4C.283/2005), 27.03.2007 (4C.413/2006) und 25.05.2010 (4A_500/2009), in: HAVE 2011, S. 3 ff.
- LANDOLT HARDY, Das soziale Pflegesicherungssystem, Bern 2002
- LANDOLT HARDY, Der Fall Kramis - Pflegeschaden quo vadis? 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 2002 Nr. 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 2002 Nr. 212, 1127 ff.), gleichzeitig eine Kritik am Urteil des Bernischen Appellationshofs vom 13.2.2002 (358/II2001) (publiziert in: ZBJV 12/2002, 831 ff.), in: ZBJV 2003, S. 394 ff.
- LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, Bern 2002
- LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2. Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, S. 67 ff.
- LANDOLT HARDY, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, in: HAVE 2011/2, S. 115 ff.

- LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar, N 139 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR und N 241 ff. zu Art. 46 OR, Zürich 2007
- LANDOLT HARDY, Pflegerecht. Band II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, des haftpflichtrechtlichen Pflegeschadens und der Pflegesozialleistungen, Bern 2002
- LANDOLT HARDY, Präsenzzeitaufwandschaden. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) in: HAVE 2007, S. 35 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, Soziale Sicherheit älterer Geschädigten und ihrer Angehörigen, in: Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich, S. 13 ff.
- LANDOLT HARDY, Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger, in: AJP 2009/10, S. 1233 ff.
- LANDOLT HARDY, Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, S. 59 ff.
- LANDOLT HARDY/RUGGLI SANDRO, Der Bereitschafts-(Präsenz-) und Überwachungsschaden, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, S. 99 ff.
- LATZEL GÜNTHER/ANDERMATT CHRISTOPH/WALTHER RUDOLF, Sicherung und Finanzierung von Pflege- und Betreuungsleistungen bei Pflegebedürftigkeit, Bern 1997
- MÖSLE HANSUELI, Etablissements médico-sociaux et divisions des soins, in: Système de santé suisse 2001/2002, Solothurn 2001, S. 90 ff.
- PIFFNER RAUBER BRIGITTE, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege. Zum Behandlungsanspruch von Krankenversicherten im Rahmen der Wirtschaftlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Langzeitpflege, Zürich 2003

PFIFFNER RAUBER BRIGITTE, Stossende Ungleichbehandlung in der Pflege. Der Pflegeanspruch nach einem Unfall ist umfangreicher als bei einer Krankheit, in: HILL 2007, Fachartikel Nr. 3

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 40 II 68
7. BGE 57 II 94
8. BGE 69 II 324
9. BGE 97 II 259
10. KGer VS vom 06.09.1979 = SG 1979 Nr. 1
11. BGE 108 II 422
12. ZivGer BS vom 15.06.1987
13. BezGer Affoltern vom 23.11.1994
14. ZivGer NE vom 06.11.1995
15. BezGer March vom 21.08.1997
16. BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I 489

17. HGer ZH vom 12.06.2001 (E01/O/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394
18. Appellationshof BE vom 13.02.2002
19. 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
20. OGer LU vom 13.10.2004
21. AmtsGer Sursee vom 02.11.2004
22. KassGer SG vom 20.12.2005 = SG Nr. 1604
23. BGer vom 18.01.2006 (4C.283/2005) = HAVE 2011, S. 3
24. OGer AR vom 25.04.2006 = ARGVP 2006 S. 108
25. OGer LU vom 27.09.2006 (11 04 163) = SG Nr. 1612 = HAVE 2007, S. 35
26. BezGer Zürich vom 23.10.2006
27. BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) = HAVE 2011, S. 3
28. BGer vom 10.05.2007 (K 141/06 und K 145/06)
29. KGer SG vom 11.06.2007 = SG Nr. 1613
30. AmtsGer Luzern-Stadt vom 17.06.2008
31. HGer ZH vom 23.06.2008 (HG030230/U/ei) = SG Nr. 1634
32. OGer LU vom 27.08.2009 (11 08 127) = LGVE 2010 I Nrn. 12 und 20
33. BGer vom 15.09.2009 (4A_47/2009)
34. KGer GR vom 23.11.2009 (ZK2 09 49)
35. BGer vom 25.05.2010 (4A_500/2009) = HAVE 2011, S. 3
36. BGer vom 09.07.2010 (4A_48/2010)
37. BGer vom 25.08.2010 (4A_296/2010)
38. SozVersGer ZH vom 25.08.2010 (OH.2009.00003)
39. BGer vom 21.12.2010 (9C_702/2010)
40. OGer LU vom 14.02.2011 (11 10 177)
41. BGer vom 15.07.2011 (4A_225/2011)

III. Materialien

Zur Vorbereitung wird die Lektüre von folgenden Materialien empfohlen:

1. KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, S. 123 ff.
2. LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden. Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.01.2006 (4C.283/2005), 27.03.2007 (4C.413/2006) und 25.05.2010 (4A_500/2009), in: HAVE 2011, S. 3 ff.
3. LANDOLT HARDY, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, in: HAVE 2011/2, S. 115 ff.

PDF-Versionen sind auf dem Internet verfügbar (<http://www.hardy-landolt.ch/vorlesungen.htm>)

IV. Der Fall

Daniel M., geb. 23.06.1971, hat am 19.09.2007 einen Gleitschirmunfall und infolgedessen eine Tetraplegie (C 2) erlitten. Daniel M. wurde unmittelbar nach dem Unfall ins Paraplegiker-Zentrum Nottwil überführt, wo er bis zum 05.09.2008 behandelt und rehabilitiert wurde. Daniel M. lebt mit seiner Konkubinatspartnerin Natascha P. in deren umgebautem Einfamilienhaus und wird von ihr und Angehörigen sowie von der örtlichen Spitex betreut und gepflegt. Die Grundpflege- und Behandlungspflege am Morgen und meistens auch am Abend wird von der örtlichen Spitex übernommen. Im Zeitpunkt des Unfalls war die Konkubinatspartnerin Natascha P. zu 80 % als Physiotherapeutin erwerbstätig und verdiente rund CHF 68 800.–. Natascha P. ist seit Juli 2009 nicht mehr erwerbstätig und kümmert sich seither um die Betreuung und Pflege von Daniel M. Leistungspflichtig für den Unfall sind die Ersatzkasse UVG (Unfallversicherer) und die Schweizerische Ärzte-Krankenkasse (EGK) (Krankenversicherer). Der

Unfallversicherer richtet Daniel M. voraussichtlich eine Hilflosenentschädigung basierend auf einer schweren Hilflosigkeit von monatlich CHF 2 076.– aus. Unklar ist die Leistungspflicht des Unfall- bzw. Krankenversicherers für die Betreuungs- und Pflegeleistungen. Der Unfallversicherer war anfänglich bereit, eine monatliche Pflegeentschädigung von CHF 4 000.– auszurichten, erhöhte dieses Angebot aber auf CHF 5 500.–.

Es stellen sich folgende Fragen:

Thema 1: Rechtsnatur des Pflegeverhältnisses

1. Wie ist das Pflegeverhältnis rechtlich zu qualifizieren?
2. Wann ist der pflegebedürftige Geschädigte nicht mehr handlungsfähig?

Thema 2: Sozialversicherungsbeiträge und Steuern

3. Ist die Pflege behinderter Angehöriger eine beitragspflichtige Arbeit? Wenn nein/ja, welches sind die Konsequenzen für die haftungsrechtliche Ersatzpflicht?
4. Wie ist die Pflege behinderter Angehöriger steuerrechtlich zu qualifizieren?

Thema 3: Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

5. Inwieweit besteht eine sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht für die Überwachung bzw. Wartezeiten von Schwerstverletzten?
6. Wie ist die Angehörigenpflege sozialversicherungsrechtlich gedeckt?

Thema 4: Haftungsrechtliche Ersatzpflicht

7. Inwieweit geht die haftungsrechtliche über die sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht hinaus?
8. Wie soll der zukünftige Pflegeschaden berechnet und abgegolten werden?
Wie sollte ein Pflegerentenantrag lauten?

Thema 5: Trennung

9. Welches sind die Ansprüche der pflegenden Konkubinatspartnerin bei einer Trennung?
10. Welches sind die Ansprüche des pflegenden Ehegatten bei einer Trennung/Scheidung?

Thema 6: Tod des Geschädigten

11. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche der pflegenden Partnerin/des Ehegatten beim vorzeitigen Tod des Geschädigten?
12. Welches sind die haftungsrechtlichen Ansprüche der pflegenden Partnerin/des Ehegatten beim vorzeitigen Tod des Geschädigten?

Thema 7: Invalidität der pflegenden Angehörigen

13. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten bei Invalidität der pflegenden Angehörigen?
14. Welches sind die haftungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten bei Invalidität der pflegenden Angehörigen?
15. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche der pflegenden Angehörigen, wenn sie invalid werden?

Thema 8: Tod der pflegenden Angehörigen

16. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten beim Tod der pflegenden Angehörigen?
17. Welches sind die haftungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten beim vorzeitigen Tod der pflegenden Angehörigen?

Betreuungs- und Pflegeschaden

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

Inhalt

- Phänomen Pflegebedürftigkeit
- Pflegekostenfinanzierung
- Betreuungs- und Pflegeschaden
 - Ein Blick zurück
 - Grundlagen
 - Betreuungs- und Pflegeleistungen
 - Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens
 - Koordination mit anderen Schadensposten
 - Sozialversicherungsregress

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

2

PHÄNOMEN PFLEGEBEDÜRFTIGKEIT

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

3

Pflegequote

- **Pflegequote**
 - prozentualer Anteil der Bevölkerung, die mittelschwer oder schwer pflegebedürftig ist
- **Pflegequote Schweiz**
 - weniger als 10 % bei Altersgruppe 75–79
 - mehr als 13 % bei Altersgruppe 80–84
 - 34 % bei Altersgruppe 85–90
 - über 50 % bei Altersgruppe über 90

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

4

Pflegefakten OECD

- Der Anteil an über 65-Jährigen liegt in der Schweiz mit 17,3 Prozent über dem OECD-Durchschnitt von 15 Prozent. Etwa fünf Prozent der Menschen sind sogar älter als 80 Jahre.
- Etwa 1,8 Prozent des Schweizer Bruttoinlandproduktes fließen in die Langzeitpflege älterer Menschen in Pflegeeinrichtungen, weiter 0,2 Prozent des BIP gehen in die häusliche Pflege.

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

5

Pflegefakten OECD

- Damit gibt die Schweiz mehr für diese Dienstleistungen aus als der Durchschnitt der OECD-Länder.
- Im Jahr 2006 nutzten 6,4 Prozent aller Schweizer die Leistungen von Pflegeeinrichtungen, weitere 12,3 Prozent liessen sich häuslich betreuen.

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

6

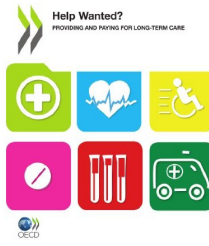
Pflege fakten OECD

- Auf tausend Menschen über 65 Jahre kamen 2007 statistisch gesehen 7,6 Altenpfleger und 72 Betten in Pflegeeinrichtungen. Die Schweiz gehört hier zu den am besten ausgestatteten Ländern der OECD.

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

7

Aktuelle Literatur



Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

8

PFLEGEKOSTENFINANZIERUNG

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

9

Verfassungsrechtliche Ausgangslage

- grundrechtlicher Schutz des Pflegebedürftigen vor staatlichen Eingriffen in sein Leben und seine Gesundheit (BV 12)
- kein Sozialrecht auf Pflegedienstleistungen und Pflegekostenübernahme (BV 41 I b)
- gesetzlicher Versorgungsauftrag (BV 112a und 117)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

10

Objektfinanzierung

- Staat finanziert Pflegekosten via den Leistungserbringer
- reine Objektfinanzierung
 - Staat deckt das Defizit oder gewährt vordefinierten Beitrag
- subjektorientierte Objektfinanzierung
 - Staat gewährt bedarfsabhängigen Beitrag je Pflegebedürftigen

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

11

Objektfinanzierung

- Objektfinanzierung gemäss KVG
 - Spitalfinanzierung
 - Kantone tragen 55 % (KVG 49 f.)
 - Pflegekostenfinanzierung
 - Beitrag der Krankenkasse in Franken, abgestuft nach Pflegebedarf (KVG 25a IV und 50 sowie KLV 7a I und III)
 - Pflegekostenselbstbehalt von maximal 20 % der durch die Sozialversicherung ungedeckten Kosten (KVG 25a V)
 - Spitex: 20 % von CHF 79.80 = CHF 15.96 x 365 = CHF 5 825.–
 - Pflegeheim: 20 % von CHF 108.– = CHF 21.60 x 365 = CHF 7 884.–

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

12

Objektfinanzierung

- Objektfinanzierung gemäss KVG
 - Pflegekostenfinanzierung
 - Restfinanzierung durch Kanton (KVG 25a V)
 - Föderalismus betreffend Berechnung der Vollkosten unter Einschluss der Investitionskosten
- Objektfinanzierung gemäss anderen Bundesgesetzen
 - Wohnheim
 - BG vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

13

Objektfinanzierung

- Objektfinanzierung gemäss anderen Bundesgesetzen
 - Wohnheim
 - Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) (siehe <http://sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse/>)
 - Altersheim (ELG 10 II und kantonales Recht)
 - Mitteilungen an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen Nr. 286
 - unterschiedliche kantonale Gesetzgebung

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

14

Objektfinanzierung

- Regressrecht des Staates für Pflegekosten-subventionen?
 - Praxis BSV und Kramis-Urteil
 - Nein, weil keine Identität zwischen Zahler (Staat) und Anspruchsberechtigtem (Geschädigter)
 - kantonales Recht (betreffend IFEG-Heime) statuiert
 - Subsidiärklauseln (keine Subvention wenn Haftpflicht)
 - Anrechnungsklauseln (Abzug der HE analog ELG 11 IV und ELV 15b)
 - Regressklauseln (Rückgriff auf Haftpflichtigen)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

15

Subjektfinanzierung

- uneinheitliche Pflegeversicherungsleistungen
- Pflegeversicherungsleistungen für Pflegebedürftige
 - Hilflosenentschädigung
 - IV, UV und AHV
 - unterschiedliche Höhe
 - Privilegierung von Bezüglern einer HE IV (ELG 14 IV und ELV 19b)
 - Intensivpflegezuschlag (bis Alter 18)
 - Entschädigung für lebenspraktische Begleitung (ab Alter 18)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

16

Subjektfinanzierung

- Pflegeversicherungsleistungen für Pflegebedürftige
 - Pflegeentschädigung
 - IV: medizinische Eingliederung/Geburtsgebrechensversicherung (IVG 12 ff.)
 - KV: Grund- und Behandlungspflege (KLV 7)
 - UV: nur Behandlungspflege (UVV 18)
 - Besondere Entschädigungen
 - Assistenzbeitrag (nur für Bezüglern einer HE IV)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

17

Subjektfinanzierung

- Pflegeversicherungsleistungen für Pflegebedürftige
 - Besondere Entschädigungen
 - Pflegehilfsmittel und Dienstleistungen Dritter (IV und MV)
 - Ergänzungsleistungen und Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten (ELG 10 und 14)
- Versicherungsleistungen für betreuende Angehörige
 - Betreuungsgutschriften (AHV)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

18

Angehörigenpflege

- IV
 - Angehörigenpflege wird pauschal durch HE und IPZ abgegolten
 - nur zugelassene Leistungserbringer, jedoch keine Leistungspflicht, wenn Pflegeleistung an Eltern delegierbar ist (BGE 136 V 209 ff.)
- KV
 - zugelassene Angehörige (BGE 133 V 218 E. 6 und BGer 9C_702/2010)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

19

Angehörigenpflege

- KV
 - Anstellung nicht zugelassener Angehöriger durch Spitex für Grundpflegeleistungen
 - (BGer 9C_597/2007 und EVG K 156/04 = RKUV 2006 Nr. KV 376 S. 303)
- UV
 - Versicherungsleistung für zugelassene Angehörige, sofern medizinische Pflege (UVV 18 I)
 - Ermessensleistung für Angehörigenpflege, sofern medizinische Pflege (UVV 18 II)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

20

Angehörigenpflege

- EL
 - keine Bundesregelung mehr seit Einführung NFA (bis dahin ELKV)
 - kantonales Vollzugsrecht unterscheidet
 - hauswirtschaftlichen Leistungen
 - CHF 4 800.– pro Jahr
 - Betreuung und Pflege
 - Nachweis eines Erwerbsausfalls
 - CHF 25 000.– für Einzelperson bzw. CHF 60 000.– für Einzelperson mit HE IV (ab mittlerem Grad)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

21

BETREUUNGS- UND PFLEGESCHADEN

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

22

Inhalt

- Ein Blick zurück
- Grundlagen
- Betreuungs- und Pflegeleistungen
- Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens
- Koordination mit anderen Schadensposten
- Sozialversicherungsregress
- Diskussion eines konkreten Falles

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

23

Ein Blick zurück

- Das Phänomen Betreuungs- und Pflegeschaden existiert seit je
 - Das Bundesgericht hat von 1875 bis 2000 zehn Urteile (BGE) gefällt.
 - Seit Band 108 II erfolgte kein Urteil mehr
- Revitalisierung ...
 - Kramis-Urteil: HGer Zürich/BGer 4C.276/2001
 - seither sind zahlreiche Urteile ergangen

24

Ein Blick zurück

▪ Urteilsübersicht

- Appellationshof Bern vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831
- 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
- OGer LU vom 13.10.2004 (11 03 117)
- AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 (21 01 22)
- KassGer SG vom 20.12.2005 = SG Nr. 1604

25

Ein Blick zurück

▪ Urteilsübersicht

- BGer vom 18.01.2006 (4C.283/2005) = HAVE 2011, S. 3
- OGer AR vom 25.04.2006 = ARGVP 2006 S. 108
- OGer LU vom 27.09.2006 (11 04 163) = HAVE 2007, S. 35
- BezGer Zürich vom 23.10.2006 (CG010056/U)
- BGer vom 10.02.2007 (K 141/06 und K 145/06)
- BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) = HAVE 2011, S. 3

26

Ein Blick zurück

▪ Urteilsübersicht

- BGer vom 10.05.2007 (K 141/06 und K 145/06)
- KGer SG vom 11.06.2007 i.S. X. c. Schulgemeinde Y. = SG Nr. 1613
- AmtsGer Luzern-Stadt vom 17.06.2008 (11 06 14)
- HGer ZH vom 23.06.2008 (HG030230/U/ei) = SG Nr. 1634
- OGer LU vom 27.08.2009 (11 08 127) = LGVE 2010 I Nr. 12 und 20
- BGer vom 15.09.2009 (4A_47/2009)

27

Ein Blick zurück

- Urteilsübersicht
 - KGer GR vom 23.11.2009 (ZK2 09 49)
 - BGer vom 25.05.2010 (4A_500/2009) = HAVE 2011, S. 3
 - BGer vom 09.07.2010 (4A.48/2010)
 - BGer vom 25.08.2010 (4A.296/2010)
 - SozVersGer ZH vom 25.08.2010 (OH.2009.00003)
 - BGer vom 21.12.2010 (9C_702/2010)
 - OGer LU vom 14.02.2011 (11 10 177)
 - BGer vom 15.07.2011 (4A_225/2011)

28

Grundlagen

- Ersatzpflicht
 - Grundsätzliche Anerkennung
 - BGE 21, 1042
 - BGE 28 II 200
 - Ausdehnung auf Besuchsschaden (BGE 97 II 259)
 - Anerkennung des normativen Schadens (BGer 4C.276/2001)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

29

Grundlagen

Das Recht der Ersatzpflicht ist im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten weniger (expl. und impl.) geregelt. Art. 113 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 des Bundesgesetzes über die Bundesgerichtsbarkeit (BGG) bestimmt, dass die Bundesgerichte über die Ersatzpflicht zu entscheiden haben. Dies ist eine Aufgabe, die in der Praxis oft von den kantonalen Gerichten übernommen wird. Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden. Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden. Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden.

Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden. Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden. Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden. Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden. Die Ersatzpflicht ist ein zentraler Bestandteil des Schadensrechts und betrifft insbesondere die Haftung für unerwartete Schäden.

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

30

Grundlagen

- **Rechtsnatur**
 - Aktivlegitimation des Verletzten
 - BGE 28 II 200 (Pflugeschaden)
 - BGE 97 II 259 (Besuchsschaden)
 - Betreuungs- und Pflegeschaden als besonderer und bedeutender Anwendungsfall des Mehrkostenersatzes („damnum emergens“)
 - Ersatzfähigkeit der normativen bzw. eingesparten Kosten trotz Mehraufwand (BGer 4C.276/2001)
 - Keine Ersatzfähigkeit fiktiver Kosten

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

31

Grundlagen

- **Anspruchsvoraussetzungen**
 - Verletzungsbedingte Hilflosigkeit
 - Unterscheidung zwischen der haftpflicht- und der sozialversicherungsrechtlichen Hilflosigkeit
 - Dritthilfebedarf
 - Mehraufwand
 - Ohnehinaufwand
 - Ohnehinaufwand bei Kindern (SAKE 2010 und Anhang III KSIH)
 - Ohnehinaufwand bei Erwachsenen

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

32

Grundlagen

- **Anspruchsvoraussetzungen**
 - Notwendigkeit
 - Querschnittlähmung (KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth)
 - Schädel-Hirntrauma (BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30)
 - offener Beinbruch (BGE 97 II 259)
 - Angemessenheit
 - Ersatzfähigkeit nicht nur der billigsten Pflegeform (HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis)
 - Ersatzfähigkeit von Doppelkosten (BGer 4A_500/2009 und 4A_225/2011)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

33

Grundlagen

- **Anspruchsvoraussetzungen**
 - **Angemessenheit**
 - analoge Problematik im Bereich der KV
 - Sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeit der Spitexkosten
 - keine absolute Prozentgrenze (EVG K 161/00 E. 4c)
 - BGE 126 V 334 E. 3b (350 % – der Kostenunterschied wurde als im oberen Rahmen des Vertretbaren liegend bezeichnet)
 - maximale Spitexkosten (CHF 108.– x 365 x 3,5 = CHF 137 970.–)
 - Hauspflege darf zweieinhalb Mal mehr als Heimpflegekosten (HGer ZH 2008)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

34

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- **Betreuung**
 - **Interne Betreuung**
 - OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) (Hilfe in schulischen Belangen)
 - **Externe Betreuung**
 - **Begleitung**
 - Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) (Begleitung eines Kindes)
 - BGE 35 II 405 (Begleitung eines blinden Erwachsenen)
 - Spital- und Heimbefuche (BGE 97 II 259 sowie BGer 4A_500/2009 und 4A_225/2011)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

35

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- **Pflege**
 - **Unterscheidung zwischen Behandlungs- und Grundpflege (siehe z.B. Art. 7 KLV)**
 - **Behandlungspflege**
 - medizinische Pflege/zusätzlicher Aufwand
 - Heil- bzw. Behandlungszweck
 - **Grundpflege**
 - nichtmedizinische Pflege/Hilfe bei alltäglichen Lebensverrichtungen bzw. Selbstversorgung
 - kein Heil- bzw. Behandlungszweck

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

36

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- **Überwachung/Präsenz**
 - HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis
 - Ja, bei Schädel-Hirn-Trauma
 - OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163)
 - Ja, aber nur die Hälfte
 - HGer ZH vom 23.06.2008 (HG030230/U/ei)
 - Ja, auch bei Paraplegie
 - Anwendung der arbeitsvertraglichen Regelung
 - Wartezeit beim Geschädigten zu Hause voll entschädigen, sonst Pikettzulage

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

37

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- **hauswirtschaftlicher Mehraufwand**
 - Haushaltschaden
 - Hausarbeitsunfähigkeit im Validenhaushalt
 - Betreuung pflegebedürftiger Haushaltsmitglieder (SAKE)
 - Betreuungsschaden
 - Mehraufwand im Invalidenhaushalt
 - unklar: HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

38

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- Abklärungen des Sozialversicherers genügen nicht (BGer K 141/06 und K 145/06 E. 3.2.3)
- Der Zeitaufwand ist im Einzelfall konkret festzustellen
 - BGer 4A_48/2010 E. 1.3.4.2:
„Auch im vorliegenden Fall wird kein Weg daran vorbeiführen, den Betreuungsschaden individuell und konkret zu ermitteln, wozu die Einholung eines Gutachtens angebracht ist.“

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

39

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- BGer 4A_48/2010 E. 1.3.4.2:
 „Den Beschwerdegegnern 1-6 kann nicht gefolgt werden, wenn sie unter Hinweis auf die Internetseite www.hardylandolt.ch dafür halten, hinsichtlich des Betreuungsaufwandes stünden die nötigen Erfahrungszahlen ohne Weiteres zur Verfügung. Wohl finden sich auf dieser Internetseite u.a. auch Gutachten betreffend Betreuungs- und Pflegeschaden von invalid gewordenen Personen. Aus diesen geht jedoch gerade hervor, dass der Schaden unter Berücksichtigung aller Umstände der konkreten Fälle ermittelt wurde.“

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

40

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Spitalpflegeschieden
- Heimpflegeschieden
- Spitexpflegeschieden
- Angehörigenpflegeschieden
- Selbstpflegeschieden

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

41

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

Betreuungsschaden i.w.S.	
Pflegeschieden (Grund- und Behandlungspflegemassnahmen)	Betreuungsschieden i.e.S. (übriger Versorgungsmehraufwand)
Hauspflegeschieden - Spitexpflegeschieden - Angehörigenpflegeschieden	interner Betreuungsschieden (Dritthilfe beim Geschädigten Zuhause) - Hilfe bei der Verrichtung alltäglicher Lebensverrichtungen - hauswirtschaftliche Verrichtungen (erhöhter Koch-, Reinigungs- und Wäschebedarf) - Präsenz und Überwachung
Selbstpflegeschieden	Selbstversorgungsschieden
Spitalpflegeschieden	externer Betreuungsschieden (externe Dritthilfe)
Heimpflegeschieden	- Begleitung ausser Haus - Besuchsschieden (Spital- und Heimbesuchsschieden)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

42

Spitalpflegeschieden

- Mehrkosten der Spitalpflege
 - Franchise und Selbstbehalt
 - Nichtpflichtleistungen
- Mehrkosten von Angehörigen
 - Besuchskosten (BGer 4C.413/2006 E. 4 und BGE 97 II 259 E. III/2–4)
 - unklar: Zweck und Anzahl der Besuche
 - Mehrkosten, Erwerbsausfall (BGE 97 II 259) und Zeitausfall (Appellationshof BE vom 13.02.2002 und BGer 4A_500/2009)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

43

Heimpflegeschieden

- Mutmasslicher Heimübertritt
 - Alter 30 des Verletzten (BGer 4C.412/1998)
 - Alter 70 des Angehörigen (HGer Zürich 2001)
 - Alter 75 des Geschädigten (HGer Zürich 2008)
- Mehrkosten bei Heimaufenthalt
 - Pensionstaxe minus Ohnehinkosten
 - mindestens CHF 2 500.– pro Monat (HGer ZH 2008)
 - Pflögetaxe
 - Franchise sowie allgemeiner Selbstbehalt
 - Pflegekostenselbstbehalt (KVG 25a V)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

44

Heimpflegeschieden

- Mehrkosten bei Heimaufenthalt
 - Zukünftige Kostenentwicklung
 - vollständige Kantonalisierung seit NFA
 - Entwicklung der Teuerungsproblematik
 - Massgeblich ist Teuerung, die der Geschädigte zu tragen hat
 - Heimpflegekosten steigen jährlich um 5,5 % (HGer Zürich 2001)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

45

Heimpflegeschieden

Index	Stand 1960	Stand 2010	Jährliche Veränderung (in %)
LIKIP	184,6	758,8	311,1 % pro Jahr 6,2%
Reallohnindex	147	298	102,7 % pro Jahr 2 %
Zürcher Bauteuerungsindex	219,7	1042,6	374,6 % pro Jahr 7,5 %
Durchschnitt			pro Jahr 5,23 %

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

46

Heimpflegeschieden

- Mehrkosten der Angehörigen (BGer 4A_500/2009)
 - nur Besuchsschaden und komplementärer, nicht aber der substituierende Betreuungsschaden im Heim
 - zusätzlich Angehörigenpflegeschieden bei Wochenend- und Ferienaufenthalten
 - Ungleichbehandlung der Eltern?
 - Vater nur Lohnausfall
 - Mutter nur Haushaltschaden

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

47

Spitexpflegeschieden

- Mehrkosten der Spitexpflege
 - Franchise und Selbstbehalt
 - Pflegekostenselbstbehalt
- Kosten von Nichtpflichtleistungen
 - Präsenz-/Überwachungskosten
 - Mehrkosten für hauswirtschaftliche Leistungen
 - Pflegehilfsmittel etc.
- Angehörige als Spitexpflegestellte

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

48

Angehörigenpflegeschaden

- **Entschädigungspflichtige Kosten**
 - konkreter Erwerbsausfall oder normative Lohnkosten einer Ersatzkraft (BGer 4C.276/2001)
 - konkreter Erwerbsausfall nur, sofern kein grobes Missverhältnis (OLG Bamberg U 23/05)
- **Stundenansatz**
 - Generalisten- versus Spezialistenansatz
 - Pflege- versus Haushaltschadenansatz

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

49

Angehörigenpflegeschaden

- **Vollkostenersatz („Brutto-Brutto“)**
 - Nettolohn (inklusive 13. Monatslohn)
 - tatsächlich bezahlte Lohnkosten
 - tatsächlich angefallener Erwerbsausfall oder mutmassliche Lohnkosten einer Ersatzkraft
 - Sozialversicherungsbeiträge (inklusive BVG) (BGer 4A_500/2009)
 - normativ auch rückwirkend (BGer 4A.48/2010 und 4A.296/2010)

50

Angehörigenpflegeschaden

- **Pflegestundenansatz (Einstiegslohn einer diplomierten Pflegefachperson)**
 - für Pflegeleistungen, qualifizierte Betreuung und Wartezeiten (HGer ZH 2008), sonst Haushaltstundenansatz
 - beträgt aktuell rund CHF 40.–
- **Stellvertretungskosten**
 - effektive Stellvertretungskosten

51

Angehörigenpflugeschaden

- Stellvertretungskosten
 - normative Stellvertretungskosten
 - freie Tage/Ferien (HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis)
 - Absenzen (3,8 %; siehe Arbeitsvolumenstatistik)
 - pro vollbeschäftigte Ersatzkraft fallen jährlich rund 111 Stellvertretungsstunden an bzw. gemäss SAKE 2004: 14%
- zukünftige Teuerung
 - Reallohnentwicklung (in der Pflegebranche oder Haushaltschadenpraxis)
 - indizierte Rente ist an Nominallohnindex zu knüpfen

52

Selbstpflugeschaden

- Selbstversorgung braucht mehr Zeit oder wird infolge der Verletzung eingeschränkt
- Problem: keine (mutmasslichen) Kosten, nur Zeitverlust bzw. Freizeitverlust
- Ersatzfähigkeit
 - beim Haushaltschaden („Qualitätsverluste“)
 - bei der Hilflosenentschädigung (BGE 121 V 88 E. 6b/c und 106 V 153 E. 2 sowie EVG H 128/03 E. 3.1 und vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d [Darm von Hand ausräumen])
 - beim Pflugeschaden?

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

53

Berechnung und Bemessung

- Berechnung (OR 42)
 - Aufgelaufener Betreuungs- und Pflugeschaden
 - konkret
 - Bedeutung von Substantierungs- und Beweisobliegenheit
 - BezGer ZH vom 23.10.2006 (CG010056/U)
 - Zukünftiger Betreuungs- und Pflugeschaden
 - unbefristet/befristet
 - Mortalität
- Bemessung (OR 43 f.)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

54

Abgeltung

- Wahlrecht
 - Geld- oder Realersatz
 - Kapital oder Rente
- Kapitalisierung
- Rente
 - Anpassung
 - Rentenindex
- fortlaufende Schadenliquidation

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

55

Koordination

- Koordination
 - der verschiedenen Betreuungs- und Pflegeschadensposten untereinander
 - mit anderen Schadensposten
 - mit Sozialversicherungsleistungen

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

56

Koordination

- Koordination der verschiedenen Betreuungs- und Pflegeschadensposten untereinander
 - in der Regel: keine Koordinationsproblematik
 - Spitalpflege
 - Angehörigen- bzw. Spitexpflege
 - Heimpflege
 - Doppelkosten sind zu ersetzen
 - BGer 4A_500/2009: Angehörigenpflegeschieden und Heimpflegeschieden
 - Wechsel der Betreuungs- bzw. Pflegeform

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

57

Koordination

- **Koordination mit dem Haushaltschaden**
 - Haushaltschaden: Ersatz für Validenhaushaltsarbeitsunfähigkeit („lucrum cessans“)
 - Betreuungsschaden: Ersatz der Kosten für hauswirtschaftlicher Mehrbedarf im Invalidenhaushalt
 - keine Anrechnung der Zeitersparnis eines kleineren Invalidenhaushalts (BGE 131 II 656 E. 7.3 [n.p.]

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

58

Koordination

- **Koordination mit dem Erwerbsausfallschaden**
 - Erwerbsausfallschaden: Ersatz für Erwerbsunfähigkeit („lucrum cessans“)
 - Betreuungsschaden: Ersatz der Kosten für verletzungsbedingte Betreuung auf dem Arbeitsweg und am Arbeitsplatz
 - keine Schadenminderungspflicht des Arbeitgebers bzw. von -kollegen
 - Kumulation, sofern Betreuungskosten nicht als Gestehungskosten des Invalideneinkommens abgezogen werden

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

59

Koordination

- **Generelle Überentschädigung?**
 - Der Tag hat 24 Stunden ... können pro Tag mehr als 24 Stunden entschädigt werden?
 - Kumulation implizit bejaht in BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30
 - Teile der Lehre propagieren:
 - Kürzung des Erwerbsausfallschadens
 - Kürzung des Betreuungs- und Pflegeschadens
 - Bereicherung der Erben ist kleineres Übel als Haftungsprivileg

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

60

Sozialversicherungsregress

- alle Sozialversicherer regressieren (Art. 72 ff. ATSG), ausser Ergänzungsleistungen
- Voraussetzungen
 - Ereignisidentität
 - Persönliche Kongruenz
 - nicht Betreuungsgutschriften (Angehörige)
 - nicht Subventionen (Staat–Leistungserbringer)
 - Sachliche Kongruenz
 - Pflegeentschädigung
 - Hilflosenentschädigung
 - nicht Dienstleistungen Dritter (Hilfsmittelersatz)

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

61

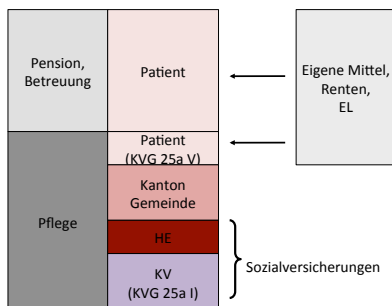
Sozialversicherungsregress

- Anrechnung der Hilflosenentschädigung
 - Grundsatz der sachlichen Kongruenz (HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis)
 - Kongruenz der Hilfe bei der Verrichtung der alltäglichen Lebensverrichtung nur mit:
 - Betreuung
 - Grundpflege
 - Überwachung/Präsenz
 - Nichtanrechnung an Behandlungspflegeschieden (OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163])
 - Sozialversicherungsrechtliche Kürzung beachten

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

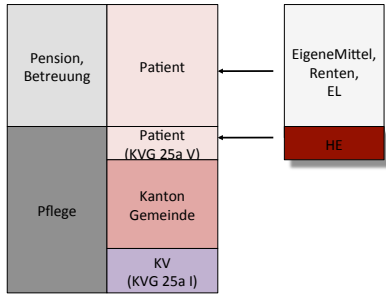
62

Sozialversicherungsregress



63

Sozialversicherungsregress



**Besten Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!**

Folien sind verfügbar unter
www.hardy-landolt.ch

Dokument	HAVE 2003 S. 123
Autor	Daniel N. Kaufmann
Titel	Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht
Publikation	HAVE - Haftung und Versicherung
Herausgeber	Verein Haftung und Versicherung
ISSN	1424-926X
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht

Daniel N. **Kaufmann***

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.

HAVE 2003 S. 123

Einleitung

Dem Bundesgerichtsentscheid vom 26. März 2002¹ 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

* Rechtsanwalt, Ottoberg.

¹ 4C.276/2001/1/rnd.



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.² 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,³ **Betreuungsschaden**⁴ oder Pflege- und **Betreuungsschaden**.⁵ 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 S. 123, 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.⁶

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".⁷ 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

2 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 indexiert. 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.

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

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

5 HGer ZH vom 12.06.2001.

6 Siehe These 3.

7 HGer ZH vom 12.06.2001, 15.



in einem ausgewogenen Verhältnis zur objektiven Pflegebedürftigkeit des Geschädigten steht.⁸

In diesem Fall kann der Geschädigte nicht Kostenersatz für eine im Verhältnis zur Heimunterbringung in der Regel viel teurere Rundum-Pflege⁹ 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.¹⁰

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.¹¹

HAVE 2003 S. 123, 125

⁸ Siehe dazu auch Geisseler, 120.

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

¹⁰ 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 seiner Entscheid vom 18.09.2000 (12 U 1464/99) in analoger Weise zum Handelsgericht Zürich. Konkret forderte der Geschädigte Ersatz für Pflege und Betreuung zum 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).

¹¹ 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 nominallohnindexierte, 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.



Was unentgeltliche Hilfeleistung zugunsten des Geschädigten betrifft, ist in einem relativ engen Rahmen die eheliche Beistandspflicht heranzuziehen.¹² 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.¹³

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.¹⁴ 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.¹⁵

Auch der Verwandtenunterstützungspflicht¹⁶ 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.¹⁷

Zur Berechnung des Hilfeleistungsschadens ist einerseits der erforderliche Mehraufwand für den Geschädigten in pflegerischer und betreuender Hinsicht zu ermitteln. Auszugehen ist vom konkreten gegenwärtigen und zukünftigen Hilfeleistungsbedarf des Geschädigten.¹⁸ 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.¹⁹

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.²⁰

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

12 Art. 159 Abs. 3 ZGB.

13 OR-Schwander, Art. 159 N 12.

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

15 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.

16 Art. 328 ZGB.

17 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.

18 Landolt, Pflegerecht, N 869 ff.

19 HGer ZH vom 12.06.2001, 16.

20 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.).



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 S. 123, 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.²¹

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.²²

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.²³

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 S. 123, 127

Grundsätze analog heranzuziehen. Danach ist einerseits der erforderliche Stundenaufwand für die Pflege und andererseits der ortsübliche Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln.²⁴ 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.²⁵ Für die Schadensberechnung übernahm das Handelsgericht in der Folge den Bruttolohn einer Krankenpflegerin²⁶

21 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.

22 HGer ZH vom 12.06.2001, 14 und 16.

23 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.

24 BGer vom 26.03.2002, 15.

25 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."

26 HGer ZH vom 12.06.2001, 20. Das Handelsgericht übernahm von der Besoldungstabelle des



inkl. 13. Monatslohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungen in der Höhe von 10% des Bruttolohns.²⁷

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.²⁸ Der Angehörige hat einen einzigen, der Krankenpfleger mehrere Patienten zu betreuen.²⁹ 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 Betreuung³⁰ 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.³¹

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.

27 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.

28 Siehe dazu auch HGer ZH vom 12.06.2001, 21, sowie oben Fn. 26.

29 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.

30 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.

31 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. Für 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.



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.³² Wenn man eine Vollzeitwerberstätigkeit zugrunde legt, ergibt dies den Betrag von CHF 5362.50 pro Monat.³³ Daraus resultiert ein Stundensatz von CHF 29.05.³⁴

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

HAVE 2003 S. 123, 128

Stundenansätze in der Grössenordnung von CHF 25.00 bis CHF 30.00 (in einem einzigen Fall CHF 22.00³⁵ als angemessen.³⁶ 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 lohnmassig 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.³⁷ 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.³⁸

³² HGer ZH vom 12.06.2001, 22.

³³ CHF 4500.00 zzgl. 13. Monatslohn von CHF 375.00 pro Monat zzgl. Arbeitgeberbeiträge von CHF 487.50 pro Monat.

³⁴ 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.

³⁵ BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001).

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.



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.³⁹

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.⁴⁰

Haushaltschaden

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

HAVE 2003 S. 123, 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 Verdienstaufschlag erleidet oder im Extremfall gar seinen bisherigen Beruf aufgeben muss.⁴²

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.⁴³ Weiter führte das Bundesgericht aus, dass der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur die tieferen Betreuungskosten als

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Siehe Fn. 21.

⁴² 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.

⁴³ 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.



Schaden geltend machen kann, wenn der Erwerbsausfall des Angehörigen die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson wesentlich übersteigt.⁴⁴ 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.⁴⁵ Nach kurzer Zeit gibt der Angehörige die Hilfeleistung auf⁴⁶ und entschliesst sich, wieder einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Damit liegt eine Überentschädigung seitens des Geschädigten vor, welche es zu vermeiden gilt.⁴⁷

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.⁴⁸

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 möchte⁴⁹, 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.⁵⁰

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

⁴⁴ BGer vom 26.03.2002, 15; Oftringer/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 Verdienstaussfall 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.

⁴⁵ Gemäss BGer vom 26.03.2002, 15.

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

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Geisseler, 123.

⁴⁹ Siehe These 1.

⁵⁰ HGer vom 12.06.2001, 23 ff.



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.⁵¹

So schätzte das Handelsgericht in seinem Urteil die Zeitdauer, während welcher die Geschädigte von ihrer Mutter betreut werden dürfte⁵². In der Folge ging es davon aus, dass dies bis zum 70. Altersjahr der Mutter der Geschädigten erfolgen dürfte.⁵³

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.⁵⁴ Bei leichteren Beschwerden des Geschädigten dürfte die Altersgrenze höher liegen.⁵⁵

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.⁵⁶ 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.

⁵¹ 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).

⁵² 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."

⁵³ 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).

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ HGer ZH vom 12.06.2001, 19.



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.).

Dokument	HAVE 2011 S. 3
Autor	Hardy Landolt
Titel	Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden - Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.1.2006 (4C.283/2005), 27.3.2007 (4C.413/2006) und 25.5.2010 (4A_500/2009)
Publikation	HAVE - Haftung und Versicherung
Herausgeber	Verein Haftung und Versicherung
ISSN	1424-926X
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.1.2006 (4C.283/2005), 27.3.2007 (4C.413/2006) und 25.5.2010 (4A_500/2009)

Hardy Landolt*

Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden bezeichnen den Schaden, der bei Schwerstgeschädigten durch die Benötigung regelmässiger Betreuungs- und Pflegeleistung entsteht. Meist erbringen Eltern und Ehegatten diese Leistungen. Der folgende Beitrag umreisst die Begriffe des Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschadens genauer und konkretisiert die daraus entstehenden Ersatzpflichten. Ebenso werden die Grundsätze der Ersatzpflicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichts anhand der Besprechung dreier höchstinstanzlicher Urteile analysiert. Im Weiteren wird auf die Ersatzpflicht des Besuchsschadens und die Koordination von Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden vertieft eingegangen.

On entend par préjudice d'assistance au sens large du terme le préjudice qui découle des soins, de l'assistance et des visites nécessaires, prodigués régulièrement à une personne gravement atteinte. La plupart du temps, ces prestations sont fournies par les parents ou le conjoint de la victime. La présente contribution décrit dans les grandes lignes les notions de préjudice découlant des soins, de l'assistance et des visites et en définit les conditions de la réparation. Les principes de la réparation sont en outre analysés à la lumière de trois arrêts rendus par le Tribunal fédéral. Par ailleurs, l'auteur traite de manière approfondie de la coordination qui

* Prof. Dr. iur., LL.M., Glarus.



existe entre les différentes catégories de dommage englobées dans le préjudice d'assistance au sens large.

HAVE 2011 S. 3

I. Einleitung

Schwerstgeschädigte benötigen regelmässig Betreuungs- und Pflegeleistungen, die von Angehörigen, namentlich Eltern und Ehegatten, erbracht werden. Das Bundesgericht hat 2002 im Fall 4C.276/2001¹ eine Entschädigungspflicht für Angehörigendienstleistungen bejaht und in den unlängst beurteilten Fällen 4A_500/2009, 4C.413/2006 und 4C.283/2005 ein paar weitere grundsätzliche Erwägungen angestellt.

Der erste Fall 4A_500/2009 betraf ein Kind, das von einem Garagentor eingeklemmt wurde, seither an schwersten Gehirnschäden leidet und sich im Wachkoma (apallisches Syndrom) in einem Heim befindet. Es wird von den Eltern und weiteren Angehörigen dort besucht und regelmässig über das Wochenende und ferienhalber nach Hause geholt.

Das zweite Urteil 4C.413/2006 befasste sich ebenfalls mit einem durch ein Garagentor verletztes Kind, das schwere Quetschverletzungen mit einer Zerstörung der Unterschenkelmuskulatur erlitt. Nachdem es erst vier Monate in der Schweiz im Spital war, wurde es anschliessend nach Belgrad verbracht, wo sich eine eineinviertel Jahre dauernde Spitalbehandlung anschloss. Betreut wurde das Kind dort von Verwandten der in der Schweiz wohnhaften Eltern.

Dass man auch durch anderes als Garagentore verletzt werden kann, erfuhr ein Erwachsener im dritten Fall 4C.283/2005, der kurz vor Weihnachten anlässlich eines Verkehrsunfalls diverse Beinverletzungen erlitt, die drei chirurgische Eingriffe und eine Arbeitsunfähigkeit während eines halben Jahres zur Folge hatten. Der Verunglückte hatte Glück, eine liebe Ehefrau zu haben, die ihn im Spital besuchte und zu Hause betreute.

Die Betroffenen befinden sich während der Behandlungsphase, unter Umständen sogar nach Abschluss der Heilbehandlung, in einem Spital oder einem Heim, wo sie betreut werden. Angehörige und Freunde besuchen die Geschädigten und nehmen bei dieser Gelegenheit mitunter Verrichtungen anstelle des Spital- bzw. Heimpersonals oder in Ergänzung zu diesem wahr. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine Ersatzpflicht für die entgeltliche Betreuung und Pflege sowie die oft unentgeltlichen Besuche und Handreichungen der Angehörigen und Freunde besteht.

Für die Bezeichnung des diesbezüglichen Schadens werden die Begriffe Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

HAVE 2011 S. 3, 4

verwendet². Im Sinne eines Oberbegriffes kann man den **Betreuungsschaden** als den Schaden umschreiben, der entsteht, wenn der Geschädigte verletzungsbedingt Sach- und/oder Dienstleistungen benötigt, weil er sich nicht mehr selbstständig oder nur mit erhöhtem Zeitaufwand versorgen kann³. Bestehen die fraglichen Dienstleistungen in

¹ Siehe Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394.

² Weiterführend Kaufmann Daniel N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, 123 ff., Landolt Hardy, Der Pflegeschaden, Bern 2002, und Landolt Hardy, Der Pflegeschaden, in: Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, 67 ff., sowie ferner Landolt, ZK-K, N 290 ff. zu Art. 46 OR.

³ Das Bundesgericht versteht den Begriff "Pflegeschaden" als Oberbegriff und subsumiert unter den **Betreuungsschaden** nur den Aufwand, "den Angehörige zugunsten der verletzten Person leisten, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens zu mindern" (Urteil BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.3). Zum **Betreuungsschaden** zählen alle verletzungsbedingt notwendigen Dienstleistungen Dritter, die nicht in eigentlichen Grund- und



Grund- oder Behandlungspflegemassnahmen⁴, liegt ein Pflegeschaden vor, der in den Spital-, Heim- und Haus- (Spitex- und Angehörigenpflegeschieden) sowie Selbstpflegeschieden unterteilt werden kann. Die übrigen Hilfeleistungen machen den eigentlichen **Betreuungsschieden** aus.

Der Besuchsschieden ist ein typischer Anwendungsfall eines externen **Betreuungsschiedens**⁵. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich in einem ersten Teil mit der Ersatzpflicht für den Pflege- und **Betreuungsschieden** ganz allgemein und in einem zweiten Teil mit der *Ersatzpflichtigkeit des Besuchsschiedens* unter Einschluss von Betreuungsleistungen anstelle oder in Ergänzung des Spital- bzw. Heimpersonals. Zur Umschreibung dieser beiden Leistungsarten werden nachfolgend die Begriffe des *substituierenden Betreuungs- und des komplementären **Betreuungsschiedens** bei Spital- oder Heimaufenthalt* des Geschädigten verwendet.

Betreuungsschieden i.w.S.	
<i>Pflegeschieden</i> (Grund- und Behandlungspflegemassnahmen)	<i>Betreuungsschieden i.e.S.</i> (übriger Versorgungsmehraufwand)
Hauspflegeschieden – Spitexpflegeschieden – Angehörigenpflegeschieden	interner Betreuungsschieden (Dritthilfe beim Geschädigten Zuhause) – Hilfe bei der Verrichtung alltäglicher Lebensverrichtungen – hauswirtschaftliche Verrichtungen (erhöhter Koch-, Reinigungs- und Wäschebedarf) – Präsenz und Überwachung
Selbstpflegeschieden	Selbstversorgungsschieden
Spitalpflegeschieden	externer Betreuungsschieden (externe Dritthilfe)
Heimpflegeschieden	– Begleitung ausser Haus – Besuchsschieden (Spital- und Heim- besuchsschieden)

Tabelle

II. Ersatzpflicht für den Pflege- und **Betreuungsschieden** im Allgemeinen

A. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

1. Pflegeentschädigung

Die verschiedenen Sozialversicherungen sehen für Pflegeleistungen eine überaus *uneinheitlich geregelte Pflegeentschädigung* vor, deren Ausmass davon abhängt, ob der Geschädigte sich in Spital-, Heim- oder Hauspflege befindet. Die *Angehörigenpflegeentschädigung* ist ein Chamäleon sondergleichen:

Behandlungspflegeleistungen bestehen, unabhängig davon, ob sie beim Geschädigten zu Hause (interne Betreuung) oder andernorts (externe Betreuung) erfolgen.

⁴ Vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 lit. b und c KLV.

⁵ Weiterführend **Landolt**, ZK-K, N 139 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR, N eumann-Duesberg Horst, Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff., Schleich Hans-Wilhelm, Zur schadensersatzrechtlichen Erstattung von Besuchs- und Nebenkosten bei stationärer Heilbehandlung, in: DAR 1988, 145 ff., und Seidel Hans-Jürgen, Der Ersatz von Besuchskosten im Schadensrecht, in: VersR 1991, 1319 ff.



- Die *Invalidenversicherung* sieht eine Hilflosenentschädigung⁶ sowie einen Intensivpflegezuschlag für Betreuungs-, Pflege- und Überwachungsmassnahmen von Angehörigen und Dritten vor⁷. Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass Pflegeleistungen seit der Einführung des Intensivpflegezuschlags nicht (mehr) als medizinische Massnahme i.S.v. Art. 12 ff. IVG qualifiziert werden können⁸.
- In der *Krankenversicherung* sind Angehörige, die selbst nicht die Zulassungsvoraussetzungen des KVG erfüllen, keine anerkannten Leistungserbringer⁹. Es besteht deshalb für die Angehörigenpflege, selbst gestützt auf die Austauschbefugnis, keine Leistungspflicht¹⁰. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht eine Leistungspflicht nach KVG nur dann, wenn Angehörige, die anerkannte Leistungserbringer und selbstständig erwerbend sind, die versicherten Leistungen erbringen¹¹ oder

HAVE 2011 S. 3, 5

von einer zugelassenen Spitex-Organisation angestellt sind¹². Angestellte Angehörige dürfen relativ einfache Grundpflege und/oder Grundpflege in einfachen Situationen¹³, nicht aber Behandlungspflege¹⁴ erbringen.

- Die *Unfallversicherung* gewährt - im Gegensatz zur Krankenversicherung - für Angehörigenpflege Pflegeentschädigungen¹⁵. Es besteht diesbezüglich aber *kein Rechtsanspruch*. Hauspflegebeiträge im Zusammenhang mit einer Angehörigenbetreuung sind im "zurückhaltend auszuübenden Ermessen" des Versicherers und zudem nur für Behandlungs-, nicht aber für Grundpflegeleistungen zuzusprechen¹⁶. Nach der Verwaltungspraxis sind *tatsächlich angefallene Mehrkosten* und der *nachgewiesene Lohnausfall des pflegenden Angehörigen* zu entschädigen. Bei nicht nachgewiesenem Lohnausfall ist eine Pflegeentschädigung zu gewähren, wenn die vom Angehörigen erbrachte Hilfe "eindeutig über das hinausgeht, was man von einem Familienmitglied füglich erwarten darf (z.B. täglich stundenlange Betreuung über eine grössere Zeitspanne hinaus)"¹⁷. Die Pflegeentschädigung für unentgeltlich tätige Angehörige bzw. Dritte soll 1/5 des höchstversicherten Tagesverdienstes pro Tag nicht überschreiten¹⁸.

6 Siehe infra Ziffer 2.

7 Vgl. Art. 39 IVV.

8 Vgl. BGE 136 V 209 ff.

9 Vgl. BGE 111 V 324.

10 Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1b.

11 Vgl. BGE 133 V 218 E. 6. Nach einem 2007 ergangenen Urteil des Bundesgerichts genügt es aber nicht, dass der pflegende Angehörige die materiellen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, dieser muss über eine Abrechnungsnummer verfügen (vgl. Urteil BGer vom 10.5.2007 (K 141/06 und K 145/06) E. 5.2).

12 Vgl. Urteil EVG vom 21.6.2006 (K 156/04) = RKUV 2006, 303 E. 4.

13 Vgl. Art. 9a Abs. 1 lit. a und b KLV sowie Urteile EVG vom 25.8.2003 (K 60/03) E. 3.3 und VersGer SG vom 18.8.2006 i.S. L. = SGGVP 2006 Nr. 18.

14 Vgl. Urteil BGer vom 19.12.2007 (9C_597/2007) E. 5.1.

15 Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.

16 Vgl. BGE 116 V 41 E. 7c und Urteile EVG vom 24.4.2002 (U 479/00) E. 3, vom 14.7.2000 (U 297/99) E. 3, vom 17.12.1992 i.S. Sch. = RKUV 1993, 55 und vom 11.4.1990 i.S. B. = SUVA 1990/5, 9.

17 Ziffer 2.2 Empfehlungen der AD-HOC-Kommission Schaden UVG zur Anwendung von UVG und UVV, Nr. 7/90 Hauspflege, vom 27.11.1990, revidiert am 29.3.2005.

18 Ibid.

19 Vgl. Art. 43bis AHVG und Art. 66bis AHVV.



2. Hilflosenentschädigung

Für interne und externe Betreuungsleistungen von Angehörigen bzw. Dritten erhält der Geschädigte eine *Hilflosenentschädigung*. Eine solche kennen AHV¹⁹, Invaliden-²⁰, Unfall-²¹ und Militärversicherung²². Die Bemessung der Hilflosenentschädigung richtet sich in der AHV, Invaliden- und Unfallversicherung nach denselben Kriterien²³. Der Anspruch entsteht bei Eintritt einer Hilflosigkeit²⁴. Eine Person gilt als hilflos, wenn sie wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf²⁵. Die spezifischen Ausführungsbestimmungen²⁶ erwähnen neben der *Hilfe bei alltäglichen Lebensverrichtungen* und der *persönlichen Überwachung* auch die *Pflege* und die *lebenspraktische Begleitung*²⁷.

Die Hilflosenentschädigung ist nicht mit der Behandlungspflege-²⁸, wohl aber mit der Grundpflegeentschädigung, je nachdem, ob und inwieweit alltägliche Lebensverrichtungen mit den Grundpflegeverrichtungen identisch sind, teilweise kongruent²⁹. Eine Überschneidung kann sich in der Regel auf die alltäglichen Lebensverrichtungen "Verrichtung der Notdurft" und "Körperpflege" ergeben. Trotz sachlicher Kongruenz entfällt praxisgemäss eine Anrechnung der Hilflosenentschädigung an die Grundpflegeentschädigung in dem Ausmass, als keine Überentschädigung vorliegt³⁰. Eine Überentschädigung liegt nur dann vor, wenn die Pflegeentschädigung und die Hilflosenentschädigung die Pflegekosten und allfällige zusätzliche Betreuungskosten betragsmässig übersteigen würden³¹.

B. Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht

1. Allgemeines

Der von der Pflege- und Hilflosenentschädigung nicht gedeckte Pflege- und **Betreuungsschaden** ist von einem allfälligen Haftpflichtigen zu vergüten. Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit von Angehörigendienstleistungen schon im vorletzten Jahrhundert bejaht³² und seither mehrfach bestätigt³³. Der Angehörigenschaden ist entweder ein *Vermögensschaden*, wenn die Pflege- und Betreuungsleistungen beim Angehörigen Kosten verursachen oder ein Erwerbsausfall eintritt, oder ein *normativer Schaden*, weil zwar verletzungsbedingt ein Mehraufwand,

20 Vgl. Art. 42 ff. IVG und Art. 35 ff. IVV.

21 Vgl. Art. 26 f. UVG und Art. 37 f. UVV.

22 Vgl. Art. 20 MVG.

23 Vgl. BGE 127 V 115 E. 1d.

24 Art. 37 UVV, der den Beginn des Anspruchs auf eine Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung an den Beginn eines allfälligen Rentenanspruchs knüpft, ist verfassungs- und gesetzeswidrig (vgl. BGE 133 V 42 E. 3).

25 Vgl. Art. 9 ATSG.

26 Vgl. z.B. Art. 37 IVV und Art. 38 UVV.

27 Die lebenspraktische Begleitung beinhaltet weder die direkte oder indirekte Dritthilfe bei den sechs alltäglichen Lebensverrichtungen noch die Pflege noch die Überwachung. Sie stellt vielmehr ein zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe dar (vgl. BGE 133 V 450 E. 9).

28 Vgl. Urteil BGer vom 19.6.2007 (U 595/06) E. 3.3.2.

29 Vgl. BGE 125 V 297 E. 5a und b.

30 Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c.

31 Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c und Urteil VerwGer GR vom 28.8.2008 (S 07 214) E. 3h.

32 Vgl. z.B. BGE 21, 1042/1050 (Pflege durch Ehefrau).

33 Vgl. BGE 28 II 200 E. 5, 33 II 594 E. 4, 35 II 216 E. 5, 97 II 259 E. III/3 und 108 II 422 sowie Urteil BGer vom 23.6.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, 58 = SJZ 1999, 58 und 479 = JdT 2001 I 489.

nicht aber ein eigentlicher Vermögensschaden eintritt, gleichwohl aber eine Ersatzpflicht im Umfang der eingesparten Substitutionskosten entsteht³⁴.

HAVE 2011 S. 3, 6

2. Grundsätze der Ersatzpflicht

Das Bundesgericht hält im jüngst ergangenen Urteil 4A_500/2009 die *Grundsätze der Ersatzpflicht für den Pflege- und Betreuungsschaden* fest: Art. 46 OR gewährt der verletzten Person Anspruch auf die Kosten, die sie aufwenden muss, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens einzuschränken. Darunter fallen die Kosten dauernder Betreuung und Pflege. Auch die Pflege zu Hause geht, soweit sie unfallbedingt ist, zulasten des Haftpflichtigen. Wird sie von Familienangehörigen besorgt, muss sie gleichwohl entschädigt werden, da sich unter dem Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs derartige freiwillige Leistungen nicht zugunsten des Schädigers auswirken sollen, wenn der Leistende nicht diesen, sondern den Geschädigten begünstigen will. Der Schaden ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter Zugrundelegung des erforderlichen Stundenaufwandes nach dem ortsüblichen Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln, wobei der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung massgeblich ist. Sämtliche Lohnkosten sind einzubeziehen. Es ist auf die tatsächlichen Kosten abzustellen, die eine entsprechende Betreuung verursachen würde, beziehungsweise auf deren Marktwert³⁵.

3. Kognition des Bundesgerichts

Im Entscheid 4C.412/1998 verwies das Bundesgericht - unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR - noch stark auf den Ermessenscharakter der Schadenberechnung³⁶, der sich der höchstrichterlichen Kontrolle entziehe, hielt im Kramis-Urteil von 2002 aber zutreffend fest, dass die Schadenberechnung eine Rechtsfrage darstelle und mithin überprüfbar sei³⁷. Rechtsfrage ist insbesondere, ob der Verletzte oder dessen Angehörige aktivlegitimiert sind³⁸ und die geleistete Betreuung die normale und zumutbare Betreuung gemäss Art. 272 und 276 ZGB übersteigt und daher überhaupt als ersatzfähiger Schaden des Verunfallten zu gelten hat³⁹. Wo die Grenze zwischen *Ohnehinleistung* und *Mehrleistung* zu ziehen ist, musste das Bundesgericht in den drei zu referierenden Urteilen nicht eingehend klären, hielt immerhin fest, dass eine ersatzpflichtige Leistung "indispensable" sein müsse⁴⁰. Dass beistandsverpflichtete Angehörige nicht verpflichtet sind, zugunsten des Haftpflichtigen Mehrleistungen zu bringen, mithin nicht schadenminderungspflichtig sind, macht das Bundesgericht im Fall 4A_500/2009 unmissverständlich klar: "Die Liberalität der Eltern mindert mithin die Schadenersatzpflicht des Schädigers nicht."⁴¹

Die drei zu referierenden Urteile belegen, dass das Bundesgericht in Bezug auf den Pflege- und **Betreuungsschaden** *nicht nur eine Willkür-, sondern eine umfassende Rechtskontrolle* vornimmt, und wie wichtig es ist, vor den kantonalen Gerichten im Rahmen der anwendbaren Zivilprozessordnung die verletzungsbedingt erbrachten

34 Vgl. Urteil BGer vom 26.3.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 E. II/6b/aa.

35 Vgl. Urteil BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 2.1.

36 Vgl. Urteil BGer vom 23.6.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, 58 = SJZ 1999, 58 und 479 = JdT 2001 I, 489 E. 3.

37 Vgl. Urteil BGer vom 26.3.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 E. II/6.

38 Das Bundesgericht erachtet den Verletzten in Bezug auf den Pflege- und **Betreuungsschaden** als aktivlegitimiert (vgl. Urteile BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.2. und vom 27.3.2007 (4C.413/2006) E. 4).

39 Vgl. Urteil BGer vom 27.3.2007 (4C.413/2006) E. 4.

40 Vgl. Urteil BGer vom 18.1.2006 (4C.283/2005) E. 4.1.

41 Urteil BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 2.6



Pflege- und Betreuungsdienstleistungen rechtsgenügend zu beweisen. Im Fall 4C.283/2005 misslang etwa der Nachweis, dass die Ehefrau den Verletzten während dessen Rekonvaleszenz betreute⁴², genauso wie im Fall 4A_500/2009, in welchem das Bundesgericht im Rahmen der Willkürkontrolle die kantonale Prozessvorschrift, dass die Eltern keine Beweisaussage betreffend ihres eigenen **Betreuungsschadens** machen können, nicht beanstandete⁴³. Nach der Meinung der Bundesrichter liegt trotz Art. 42 Abs. 2 OR bzw. des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung kein Verstoss gegen Bundesrecht vor, wenn die kantonale Tatsacheninstanz eine rechtsgenügende Substanziierung des Sachverhalts bereits im Hauptverfahren, vor Durchführung von Beweismassnahmen, verlangt und eine Ergänzung der Substanziierung aufgrund des Beweisverfahrens nicht mehr zulässt⁴⁴.

Wie wichtig das Prozessrecht für das materielle Recht ist, wird im Fall 4A_500/2009 augenfällig. Für die Berechnung der Substitutionskosten sind nicht die eingesparten (höheren) Honoraransätze selbstständigerwerbender Pflegefachkräfte, sondern die *eingesparten Lohnkosten unselbstständigerwerber Pflegefachkräfte* massgeblich. Die eingesparten "Lohnkosten" umfassen Nettolohnkosten, Sozialversicherungsbeiträge und Stellvertretungskosten. Im zu referierenden Fall verlangte die Verletzte vor der ersten Instanz einen Stundenansatz von CHF 35.-, das Amtsgericht errechnete einen höheren Ansatz von CHF 38.-, sprach diesen aber in Anwendung der Dispositionsmaxime nicht zu. Die Klägerin verlangte vor Obergericht einen noch höheren Stundenansatz mit der Begründung, dass das Amtsgericht keine Zuschläge für Sonntagsarbeit eingerechnet und die Stellvertretungskosten aussen vor gelassen habe. Das Obergericht trat auf diese Rüge nicht ein, was die Geschädigte als Bundesrechtsverletzung rügte. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in diesem Punkt nur gut, weil in den vorinstanzlichen Erwägungen Feststellungen zur Höhe der Zuschläge, die bei

HAVE 2011 S. 3, 7

Betreuung durch eine Drittperson tatsächlich angefallen wären, fehlten⁴⁵.

III. Ersatzpflicht für den Besuchsschaden im Besonderen

A. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

Eine besondere Form der externen Betreuung stellen Spital- und Heimbesuche von Angehörigen dar. Die verschiedenen Sozialversicherungszweige sehen eine *unterschiedliche Ersatzpflicht für Reise- und Transportkosten* vor:

- Die *Invalidenversicherung* entschädigt Reisekosten, die im Zusammenhang mit Abklärungs- und Eingliederungsmassnahmen anfallen⁴⁶. Das Kreisschreiben über die Vergütung der Reisekosten in der Invalidenversicherung (KSVR)⁴⁷ statuiert eine *Entschädigungspflicht auch für Besuche von Angehörigen minderjähriger Versicherter*, die sich in einem Spital aufhalten. Kann oder soll der Versicherte behinderungsbedingt oder aus medizinischen bzw. aus anderen beachtlichen Gründen die Krankenanstalt nicht verlassen, so besteht Anspruch auf Vergütung der Reisekosten einer Besuchsperson an jedem dritten Tag; wann und in welchem Rhythmus diese Besuche stattfinden, ist unerheblich⁴⁸. Der Anspruch ist beschränkt auf Besuche der Eltern oder - bei deren Fehlen - anderer Angehöriger oder Dritter, die als dem versicherten Kind

42 Vgl. Urteil BGer vom 18.1.2006 (4C.283/2005) E. 4.2.

43 Vgl. Urteil BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 1.1-1.5.

44 Ibid. E. 1.5.

45 Vgl. Urteil BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 2.1-2.5.

46 Vgl. Art. 51 IVG und Art. 78 IVV.

47 Gültig ab 1.1.2008.

48 Siehe BGE 118 V 206 E. 4b und 5b.



nahestehende Bezugspersonen Elternfunktionen ausüben. Bei Eingliederungsmassnahmen im Ausland besteht kein Anspruch auf Besuchsfahrten⁴⁹. Hat der Versicherte keine solchen Angehörigen, so können bei Vorliegen beachtlicher persönlicher Gründe die Kosten für regelmässige Wochenend- sowie für die Besuchsfahrten des Versicherten nach einem vom Wohnort verschiedenen, regelmässig besuchten anderen Ort, z.B. Wohnort eines Verwandten, vergütet werden⁵⁰. Entschädigt werden die Kosten der öffentlichen Transportmittel 2. Klasse⁵¹, nicht aber Unterkunfts- und Verpflegungskosten⁵².

- Die *Unfallversicherung* vergütet die notwendigen Reisekosten⁵³. Entstehen Reisekosten im Ausland, so werden sie höchstens bis zu einem Fünftel des Höchstbetrages des versicherten Jahresverdienstes vergütet⁵⁴. Weiter gehende Reise- und Transportkosten werden vergütet, wenn es die familiären Verhältnisse rechtfertigen⁵⁵. Die kantonale Rechtsprechung hat - in analoger Anwendung der invalidenversicherungsrechtlichen Regelung - bestätigt, dass im Rahmen der Reisekostenvergütung auch *Anspruch auf Ersatz der Besuchskosten naher Angehöriger* besteht, die den Versicherten im Spital bzw. Heim besuchen⁵⁶.

- Von der *Krankenversicherung* werden nur Beiträge an medizinisch notwendige Transport- sowie Rettungskosten geleistet⁵⁷. Entschädigt werden die Hälfte der Kosten, maximal 500 Franken pro Jahr, von medizinisch indizierten Krankentransporten zu einem zugelassenen, für die Behandlung geeigneten und im Wahlrecht des Versicherten stehenden Leistungserbringer, wenn der Gesundheitszustand des Patienten oder der Patientin den Transport in einem anderen öffentlichen oder privaten Transportmittel nicht zulässt⁵⁸.

B. Haftungsrechtliche Ersatzpflicht

1. Ersatzpflicht auch für den Heimbesuchsschaden

Die Rechtsprechung hat seit je den *Spitalbesuchsschaden* als ersatzfähig qualifiziert⁵⁹. Das Bundesgericht ist im Fall 4A_500/2009 ohne nähere Begründung von der *Ersatzpflicht auch des Heimbesuchsschadens* ausgegangen, hat eine solche aber nur für die Mutter, nicht aber den Vater des wachkomatösen Kindes bejaht⁶⁰. Dessen Anspruch scheiterte aus prozessualen Gründen, wie bereits erwähnte wurde, und weil elterliche Besuche keinen Marktwert haben⁶¹. Die Mutter machte vor dem Luzerner Obergericht einen wöchentlichen Besuchsaufwand von zehn Stunden geltend. Die Oberrichter zogen von diesem Aufwand den gemäss SAKE in einem Familienhaushalt mit drei Kindern auf ein Kind entfallenden Betreuungsanteil von einer Stunde pro Tag ab und bejahten eine Ersatzpflicht für drei Stunden je Woche berechnet zum Haushaltstundenansatz

49 Vgl. Rz 10 KSVR.

50 Vgl. Rz 11 und 27 ff. KSVR.

51 Vgl. Rz 32 KSVR.

52 Vgl. Rz 51 KSVR.

53 Vgl. Art. 13 Abs. 1 UVG und Art. 20 UVV.

54 Vgl. Art. 20 Abs. 2 UVV.

55 Vgl. Art. 20 Abs. 1 UVV.

56 Vgl. Urteil VersGer AG vom 13.10.2004 (BE.2004.00233) E. 4.

57 Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG sowie Art. 26 f. KLV.

58 Vgl. Art. 26 Abs. 1 KLV.

59 Siehe BGE 97 II 266 E. III/2-4, BGE 69 II 324 E. 3 und BGE 57 II 94 E. 3 sowie Urteile Appellationshof BE vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 und KGer VS vom 2.3./6.9.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7.

60 Vgl. Urteil BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.4 und 3.5. Rechtsvergleichend Urteil OLG Bremen vom 31.08.1999 (3 U 165/98) = FamRZ 2001, 1300 = OLGR-BHS 2000, 95 = VersR 2001, 595.

61 Dazu infra Ziffer III/3/i f.



HAVE 2011 S. 3, 8

von CHF 27.-⁶². Das Bundesgericht beanstandete diesen Entscheid nicht⁶³.

2. Aktivlegitimation

Die ältere Rechtsprechung erachtete den *besuchenden Angehörigen* als aktivlegitimiert⁶⁴. Der Verletzte konnte den Besuchsschaden nur dann geltend machen, wenn eine schriftliche Abtretung vorlag⁶⁵. In BGE 97 II 266 E. III/2-4 änderte das Bundesgericht ohne nähere Begründung seine Auffassung. Es erwog, dass der *besuchte Verletzte* aktivlegitimiert ist und die Besuchskosten des Angehörigen vom Verletzten gestützt auf die *Geschäftsführung ohne Auftrag* zu ersetzen sind⁶⁶. Diese beiden Auffassungen hat das Bundesgericht in den zu referierenden Urteilen bestätigt und erachtet den Verletzten nicht nur in Bezug auf den Pflege- und **Betreuungsschaden**, sondern auch den Besuchsschaden als aktivlegitimiert und die Geschäftsführung ohne Auftrag im Verhältnis zwischen dem Verletzten und den Angehörigen als anwendbar⁶⁷.

Sowohl die Aktivlegitimation des Verletzten als auch die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag werden mit den Hinweisen kritisiert, dass der Besuchsaufwand letztlich nicht von der Hilfsbedürftigkeit des Verletzten, sondern vom Vorhandensein von und Besuchswillen der Angehörigen abhängt und die besuchenden Angehörigen keine Geschäftsführer sind, die ein fremdes Geschäft auftragslos erbringen, sondern in eigenem Interesse tätig werden. Der Vermögensschaden fällt ferner bei den besuchenden Angehörigen an, weshalb - wie bei der Angehörigengenußnahme - von der Aktivlegitimation der Angehörigen ausgegangen werden sollte⁶⁸.

3. Rechtsnatur des Besuchsschadens

a) Tatsächlicher Besuchsschaden

Die bisherigen Urteile haben die Ersatzpflicht lediglich für tatsächlich angefallene Besuchskosten bejaht. Der tatsächliche Besuchsschaden umfasst sowohl Kosten, insbesondere Reise-⁶⁹, Unterbringungs-⁷⁰, Verpflegungs-⁷¹ und Kinderbetreuungskosten⁷², als auch einen *Erwerbsausfallschaden* der besuchenden Angehörigen⁷³, sofern dieser im Rahmen einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit

62 Vgl. Urteil OGer LU vom 27.8.2009 (11 08 127) E. 4.2.4 ff.

63 Vgl. Urteil BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.5.

64 Vgl. BGE 57 II 94 E. 3b: "perché il diritto di farla valere spettava al marito solo, il quale, invece, non si è portato attore".

65 Vgl. BGE 69 II 324 E. 3a.

66 Gl. M. Urteil BGH vom 12.12.1978 (VII ZR 91/77) = NJW 1979, 598.

67 Vgl. Urteile BGer vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.3 und vom 27.3.2007 (4C.413/2006) E. 4.

68 Siehe z.B. Landolt Hardy, Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden - oder sogar beides?, in: HAVE 2009/1, 3 ff.

69 Vgl. Urteile AppGer TI vom 12.2.1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178 und KGer VS vom 2.3./6.9.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b (bei Besuchen im Inland nur Kosten von öffentlichen Verkehrsmitteln, nicht aber Kosten eines Mietautos; bei Besuchen im Ausland auch Auto- und Flugkosten); ferner Urteil LG Saarbrücken vom 18.12.1987 (14 O 117/87) = NJW 1988, 2958.

70 Vgl. BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 und Urteil AppGer TI vom 12.02.1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178.

71 Vgl. Urteil KGer VS vom 2.3./6.9.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b (CHF 60.- pro Tag für Unterkunft und Verpflegung).

72 Vgl. Urteile BGer 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.5 und ferner BGH vom 24.10.1989 (VI ZR 263/88) = DAR 1990, 58 = NJW 1990, 1037 = VersR 1989, 1308, vom 21.5.1985 (VI ZR 201/83) = NJW 1985, 2757 und vom 28.10.1980 (VI ZR 303/79) = VersR 1981, 239.

73 Vgl. BGE 97 II 259 E. 3 und BGE 52 II 384 E. 5 sowie ferner Urteil KGer VS vom 1.12.1978 i.S. Jordan c. Mutuelle Vaudoise = ZWR 1979, 322 = SG 1978 Nr. 30 E. IV.



nicht durch Vor- oder Nacharbeit aufgefangen⁷⁴ bzw. mit den Arbeitszeiten koordiniert werden kann, wie das Bundesgericht im jüngst ergangenen Urteil räsontiert⁷⁵.

b) Normativer Besuchsschaden

Eine "Normativierung" des Besuchsschadens nahm der Berner Appellationshof im Jahr 2002 vor, indem er eine Ersatzpflicht für den Zeitaufwand der Mutter eines schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Wegs vom und ins Spital und die Besuchszeit, berechnet zum Haushaltstundenansatz von CHF 25.-, bejahte⁷⁶. Dieser Rechtsprechung folgt das Bundesgericht in seinem jüngsten Urteil. Es bejaht explizit eine Ersatzpflicht für eine "konkrete, durch die Besuche verursachte Beeinträchtigung in der Haushaltsführung"⁷⁷. Die Bundesrichter stellen sogar fest, dass es keine Rolle spielt, ob die Beeinträchtigung durch Anstellung von Hilfskräften oder Mehreinsatz der Betroffenen kompensiert wird, und verweisen für die Schadenberechnung auf die Grundsätze des Haushaltschadens⁷⁸. Diese Klarheit weicht einer gewissen Verwirrung, wenn dieselben Richter wenige Zeilen zuvor erwägen: "Der Ansicht der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, dass der Besuchsschaden als Teil des Pflegeschadens "normativ" nach einem objektiven Wert der Besuche zu bestimmen sei. Besuche im Spital oder Pflegeheim haben ihren Grund in jedem Fall in der persönlichen Beziehung und können nicht als Leistung Dritter bewertet werden; sie haben keinen Marktwert"⁷⁹. Was will das Bundesgericht uns Anwendern damit sagen? Ist der Besuchsschaden nun normativ oder nicht?

Wenn eine Beeinträchtigung in der Haushaltsführung nach Massgabe der *Grundsätze des normativen Haushaltschadens*

HAVE 2011 S. 3, 9

zu entschädigen ist, dann hat der Besuchsschaden (auch) eine "normative" Rechtsnatur. Ein normativer Schaden liegt immer dann vor, wenn beim Verletzten oder Dritten, namentlich Angehörigen, als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses ein Mehraufwand entsteht, dieser aber keinen klassischen Vermögensschaden verursacht. Der Verletzte kann gestützt auf Artikel 46 OR insbesondere für *eingesparte Lohnkosten einer unentgeltlich tätigen Ersatzkraft* bei einer Hausarbeitsunfähigkeit (Haushaltschaden)⁸⁰ oder einer Hilflosigkeit (Betreuungs- und Pflegeschaden)⁸¹ Ersatz verlangen. Zu entschädigen sind auch die *eingesparten Kosten im Zusammenhang mit Schadenminderungsmassnahmen, zu denen der Geschädigte nicht verpflichtet war*⁸².

Der verletzungsbedingt anfallende Besuchsaufwand Angehöriger ist ein solcher typischer normativer Personenschaden. Der höchstrichterliche Duktus ist daher wohl eher im prozessualen Kontext des konkreten Einzelfalls zu sehen. Weil der Erwerbsausfall des besuchenden Vaters im kantonalen Verfahren nicht rechtsgenügend bewiesen wurde, geht es nicht an, mit dem Hinweis auf die Normativität des Besuchsschadens anstelle des nicht bewiesenen Erwerbsausfalls den "Marktwert" der Besuchsleistung einzufordern. Dieser Betrachtungsweise ist nichts weiter hinzuzufügen

⁷⁴ Vgl. Urteil BGH vom 19.02.1991 (VI ZR 171/90) = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559 E. 2c/dd.

⁷⁵ Vgl. Urteil BGer 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.3.

⁷⁶ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und 12.

⁷⁷ Urteil BGer 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.5.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Urteil BGer 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.3.

⁸⁰ Vgl. z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

⁸¹ Vgl. Urteil BGer vom 26.3.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 E. 6.

⁸² Vgl. Urteil BGer vom 23.6.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, 58 = SJZ 1999, 58 und 479 = Jd2001 I, 489 E. 2c (Einsparungen bei einem Wohnsitzwechsel).



als die Betonung der anwaltlichen Binsenwahrheit, dass erst der Beweis eine Behauptung zum Recht macht.

c) *Fiktiver Besuchsschaden*

Die Absage an einen "Marktwert" der Besuchsleistung bedeutet letztlich auch eine Absage an den *fiktiven Besuchsschaden*. Der fiktive Personenschaden umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungsbegründende Ereignis weder beim Verletzten noch bei Dritten einen Mehraufwand verursacht, weil diese darauf verzichten, eine Sach- oder Dienstleistung zu erbringen, die in vergleichbarer Lage regelmässig erbracht wird. Der Verletzte, der nicht besucht wird, kann deshalb genauso wenig Ersatz für eingesparte Besuchskosten wie für eingesparte Heilungskosten⁸³ fordern. Dass man nichts zu Geld machen kann, was nicht war, ist einsichtig.

Doch bleiben bei all dieser dogmatischen Klarheit berechnete Fragen: Wenn unterbliebene Besuche nicht zu einem Schaden führen können, wie muss in Fällen einer externen Unterbringung eines Geschädigten, besonders eines Kindes, der *zukünftige Besuchsschaden* nachgewiesen werden? Das Bundesgericht musste sich im Fall 4A_500/2009 nicht damit beschäftigen, weil nur der *aufgelaufene Besuchsschaden* umstritten und eingeklagt war. Als Beweis dafür, dass zukünftige Besuche erfolgen, dient wohl einzig der Umstand, dass in der Vergangenheit solche erfolgt sind. Genügt das als Beweis oder muss das richterliche Ermessen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR entscheiden?

4. Ausmass der ersatzpflichtigen Verletztenbesuche

a) *Besuchsberechtigung*

Die bisherige schweizerische Praxis, insbesondere das zu referierende Urteil 4A_500/2009, bejahen eine Ersatzpflicht nur für *Eltern*⁸⁴ und *Ehegattenbesuche*⁸⁵. Mitunter wird sogar nur ein Anspruch auf den Besuch eines Elternteils bejaht, obwohl beide Eltern bzw. Geschwister den Geschädigten besucht haben⁸⁶. Die deutsche Rechtsprechung geht zwar davon aus, dass nicht nur "nächste", sondern auch "nahe" Angehörige besuchsberechtigt sind⁸⁷, schränkt den Ersatzanspruch aber auf medizinisch notwendige Besuchskosten ein⁸⁸. Diese Voraussetzung ist praktisch nicht beweisbar, weshalb in der Regel eine Ersatzpflicht, insbesondere für Besuchskosten von Geschwistern, abgelehnt wird⁸⁹. Immerhin anerkennt die deutsche Rechtsprechung, dass nicht eheliche bzw. gleichgeschlechtliche Lebenspartner den Ehegatten gleichgestellt sind⁹⁰. Die Ersatzpflicht hängt zudem nicht davon ab, ob die Partner ständig zusammen gewohnt haben⁹¹.

⁸³ Siehe dazu rechtsvergleichend Urteile OLG Köln vom 19.5.1999 = CaseTex Nr. 5461 = VersR 2000, 1021 (Kosten eines Zahnimplantats), BGH vom 4.6.1992 (IX ZR 149/91) = BGHZ 118, 312 = EWiR 1992, 827 = NJW 1992, 1935 = ZIP 1992, 1256, OGH vom 4.12.1986 = CaseTex Nr. 1437 = VersR 1989, 90 und BGH vom 14.1.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, 14 = NJW 1986, 1538 = MDR 1986, 486 = JZ 1986, 638 E. II/2b.

⁸⁴ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a.

⁸⁵ Vgl. BGE 69 II 324 E. 3 und BGE 57 II 94 E. 3.

⁸⁶ Vgl. Urteil KGer VS vom 2.3./6.9.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b.

⁸⁷ Vgl. Urteil OLG Düsseldorf vom 18.6.1973 (1 U 205/73) = NJW 1973, 2112 (Ersatzpflicht für Flugkosten und den Verdienstausschlag der aus dem Ausland anreisenden Tochter der Verletzten wurde anerkannt).

⁸⁸ Grundlegend Urteil BGH vom 19.2.1991 (VI ZR 171/90) = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559 E. 2b.

⁸⁹ Vgl. Urteil OLG Karlsruhe vom 11.7.1997 (10 U 15/97) = VersR 1998, 1256 E. 2 (Bruder) und ferner Urteil FG München vom 21.6.2007 (5 K 2313/06) = BeckRS 2007 26023733.

⁹⁰ Vgl. Urteile LG Münster vom 12.6.1997 (8 S 410/96) = r + s 1997, 460 und OLG Nürnberg vom 11.7.1995 (11 U 267/95) = ADAJUR Nr. 12662 und 3591 = NZV 1997, 34.

⁹¹ Vgl. Urteil KG vom 12.3.2009 (22 U 39/06) = NJOZ 2009, 2256.



Der *Ausschluss des Besuchsschadenersatzes für nahe Angehörige bzw. von Mehrfachbesuchen* ist nicht haltbar. Einerseits steht auch anderen Angehörigen, insbesondere den Kindern oder den Geschwistern, ein

HAVE 2011 S. 3, 10

grund- und persönlichkeitsrechtlich geschütztes Kontaktrecht zu, das sich letztlich auch in einem Genugtuungsanspruch niederschlägt. Genugtuungsberechtigt sind die Angehörigen der Kernfamilie, d.h. Ehegatten⁹², Verlobte bzw. Konkubinatspartner⁹³, Eltern⁹⁴, Nachkommen⁹⁵ sowie Geschwister⁹⁶ des Verletzten. Es wäre vernünftig, *Genugtuungs- und Besuchsberechtigung* einheitlich zu handhaben. Andererseits ist im Hinblick auf die von der Rechtsprechung zur Begründung der Ersatzpflicht des Verletzten gegenüber dem besuchenden Angehörigen herangezogene Geschäftsführung ohne Auftrag konsequenterweise davon auszugehen, dass alle *nützlichen und notwendigen Besuche* zu entschädigen sind⁹⁷. Notwendig sind unter Umständen sogar *Besuche von Dritten*, z.B. Geschäftspartnern oder engen Mitarbeitern.

Es bleibt schliesslich zu betonen, dass letztlich auch der in einem Heim oder einer Wohneinrichtung untergebrachte Verletzte ein Kontaktrecht hat, wenn keine nächsten Angehörigen vorhanden sind; in solchen Fällen übernehmen Verwandte, Freunde oder Behördenvertreter die Angehörigenfunktion, weshalb ausnahmsweise - nicht zuletzt in Anwendung der Regelung der Invalidenversicherung⁹⁸ - eine Ersatzpflicht für den Besuchsschaden geboten erscheint⁹⁹.

b) Besuchszweck

Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für den Besuchsschaden mit der Erwägung bejaht, dass Angehörigenbesuche der Heilung förderlich seien¹⁰⁰. Daraus leiten Lehre¹⁰¹ und kantonale Rechtsprechung mitunter ab, dass für *medizinisch nicht indizierte Besuche* kein Ersatzanspruch besteht¹⁰². Bei bewusstseinsbeeinträchtigten bzw. wachkomatösen Geschädigten wurde die medizinische Nützlichkeit von Angehörigenbesuchen infrage gestellt, die

⁹² Vgl. z.B. BGE 112 II 220 E. 3 und Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8.

⁹³ Vgl. BGE 114 II 144 E. 3a.

⁹⁴ Vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7, 116 II 95 E. 2c und Urteil BGer vom 19.5.2003 (4C.32/2003) E. 2.2. Den Schwiegereltern steht kein Genugtuungsanspruch zu (vgl. BGE 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 5).

⁹⁵ Vgl. BGE 117 II 50 E. 3 und BGE 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2, BGE 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 4, BGE 72 II 170 E. 9, BGE 58 II 248 E. 2, BGE 56 II 2127 E. 7 = Pra 1946 Nr. 117, Pra 1932 Nr. 124 und Pra 1930 Nr. 74. Es sind keine Gesamtgenugtuung, sondern Einzelgenugtuungen je Kind auszusprechen (vgl. BGE 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2).

⁹⁶ Geschwister sind genugtuungsberechtigt, sofern ein gemeinsamer Haushalt oder eine besonders starke Bindung besteht (vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7, BGE 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 = ZBJV 1994, 283 E. 3b/bb, BGE 89 II 396 = Pra 1964 Nr. 31 E. 3, BGE 64 II 62 = Pra 1937 Nr. 106, BGE 63 II 220 = Pra 1938 Nr. 27 sowie Urteil BGer vom 07.11.2002 (6S.700/2001) = Pra 2003 Nr. 122 E. 4.3).

⁹⁷ Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

⁹⁸ Siehe supra Ziffer III/A.

⁹⁹ Vgl. z.B. Urteil LG Mainz vom 28.7.1997 (8 T 144/97) = JurBüro 1998, 39 (ein bis zwei Besuche monatlich des Beistandes eines im Heim untergebrachten Geschädigten).

¹⁰⁰ Vgl. BGE 97 II 266 E. III/4.

¹⁰¹ Z.B. Neumann-Duesberg Horst, Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff., 455.

¹⁰² Statt vieler Urteile Appellationshof BE vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und KGer VS vom 27.10.1989 i.S. N. c. La Commune de Lens = SG 1989 Nr. 62 E. 4b/aa (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist für die Heilung nicht erforderlich) und vom 2.3./6.9.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb sowie BezGer SG vom 27.5.1988 i.S. Steinauer c. Kanton SG = SG 1988 Nr. 35 E. 5a, KGer FR vom 01.07.1980 = CaseTex Nr. 1850 (Besuche der Eltern eines 6-jährigen Kindes, das eine Niere verlor) und KGer VS vom 30.01.1975 = CaseTex Nr. 216 = ZWR 1975, 260.



Rechtsprechung bejaht in solchen Fällen eine Ersatzpflicht gleichwohl¹⁰³, was aus der Perspektive der besuchenden Angehörigen nur folgerichtig ist. Zum Beweis der medizinischen Notwendigkeit von Besuchsfahrten, die Eltern zu ihrem verletzten Kind unternehmen, reicht die Vorlage von ärztlichen Bescheinigungen aus. Dabei dürfen an die Darlegungslast keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden; es ist insbesondere keine detaillierte Schilderung des Krankheitsverlaufs zu verlangen¹⁰⁴.

Das Bundesgericht hat im jüngsten Entscheid auf das Erfordernis der medizinischen Notwendigkeit hingewiesen, aber auch eine *nicht medizinische Notwendigkeit* anerkannt und erwogen, dass sich Elternbesuche (auch) als erforderlich erweisen können, "um über die medizinische Behandlung zu bestimmen"¹⁰⁵. Was für die Besuchsberechtigung ausgeführt wurde, gilt auch für den Besuchszweck. Ist die Geschäftsführung ohne Auftrag massgeblich, sind *alle nützlichen und notwendigen Besuche* zu entschädigen. Eine Notwendigkeit für Besuche kann ohne Weiteres auch aus nicht medizinischen Gründen, z.B. beim regelmässigen Bringen und Holen von persönlichen Effekten, im Zusammenhang mit der Erledigung von Alltagsgeschäften oder dem Erlernen der nach Spitalentlassung erforderlichen Pflege¹⁰⁶, gegeben sein.

c) Besuchshäufigkeit

Die ersatzpflichtige Besuchshäufigkeit lässt sich nur unter *Berücksichtigung der konkreten Umstände* bestimmen. Die Rechtsprechung ist zurückhaltend bis rigide:

HAVE 2011 S. 3, 11

- In BGE 99 II 259 ff. wurden die gelegentlichen Spitalbesuche der Mutter einer mit einem offenen Beinbruch im Spital befindlichen erwachsenen Tochter als ersatzfähig bezeichnet.

- Das Walliser Kantonsgericht hat die Anspruchsberechtigung sehr restriktiv ausgelegt. Anerkannt wurden drei Besuche durch den Vater eines Querschnittgelähmten in einem Monat¹⁰⁷.

- Das EVG hat festgestellt, dass Kinder im vorschul- und schulpflichtigen Alter einen Anspruch auf Vergütung der Kosten für Spitalbesuche an jedem dritten Tag haben¹⁰⁸.

- Der Berner Appellationshof demgegenüber hat bei Elternbesuchen im Spital während der Akutphase fünf bis sieben Stunden (inklusive Anfahrzeit) pro Tag als ersatzfähig qualifiziert¹⁰⁹.

- Das Amtsgericht Stadt-Luzern hat drei Besuche der Eltern eines im Wachkoma liegenden Kindes pro Woche (inklusive einem wöchentlichen Familienbesuchstag) bzw. wöchentlich insgesamt einen Zeitaufwand von 20 Stunden als der konkreten Situation angemessen bezeichnet¹¹⁰. Das Luzerner Obergericht kürzte diesen

¹⁰³ Vgl. Urteile Appellationshof BE vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8a sowie OLG Bremen vom 31.8.1999 (3 U 165/98) = VersR 2001, 595 (apallisches Syndrom), und OLG Saarbrücken vom 23.10.1987 (3 U 176/85) = NZV 1989, 26 = BeckRS 2008, 18882 und LG Saarbrücken vom 18.12.1987 (14 O 117/87) = NJW 1988, 2958 (dreiwöchige Besuche der Eltern eines komatösen Kindes); ferner Neumann-Duesberg Horst, Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff., 456 f.

¹⁰⁴ Vgl. Urteil OLG Hamm vom 13.1.1992 (13 U 118/91) = NZV 1993, 151.

¹⁰⁵ Urteil BGer 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 3.3.

¹⁰⁶ Dazu BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 bzw. das vorinstanzliche Urteil AppGer TI vom 12.2.1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178 (Ersatzfähigkeit der Besuchskosten von CHF 20 000.-, die im Zusammenhang mit dem Spitalaufenthalt der Mutter, welche die spätere Pflege des verletzten Kindes zu Hause erlernen musste, anfielen).

¹⁰⁷ Vgl. Urteil vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c.

¹⁰⁹ Vgl. Urteil vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394.

¹¹⁰ Vgl. Urteil vom 17.6.2008 (11 06 14) E. 4.3.1.5.

¹¹¹ Vgl. Urteil vom 27.8.2009 (11 08 127) E. 4.2.4 ff.



Anspruch auf drei Stunden pro Woche¹¹¹, was das Bundesgericht wie ausgeführt nicht beanstandete.

Aus diesen Urteilen geht hervor, dass in der Akutphase ein ausgedehnteres Besuchsintervall zuzubilligen ist. Beim Eintritt einer schweren Verletzung sollten *tägliche Besuche in der Akutphase*¹¹² und *drei Besuche pro Woche während der restlichen Rehabilitations- bzw. Aufenthaltsphase*¹¹³ als ersatzfähig betrachtet werden. Das im Fall "Hennemuth" bei einem Paraplegiker entschädigte Besuchsintervall von drei Besuchen eines Angehörigen pro Monat ist zu streng und wohl darauf zurückzuführen, dass die Eltern des geschädigten jungen Mannes in Deutschland wohnten, er aber in der Schweiz rehabilitiert wurde.

IV. Koordination zwischen Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

Pflege- und **Betreuungsschaden** sind komplementär zueinander, können aber gleichzeitig vorliegen, wenn der Verletzte nicht nur betreuungs-, sondern auch noch pflegebedürftig ist¹¹⁴. Der Besuchsschaden ist mit dem Pflege- und dem übrigen **Betreuungsschaden** kumulierbar¹¹⁵. Bei in einem Heim untergebrachten Geschädigten ist neben dem Heimpflege- und dem Heimb Besuchsschaden auch und zusätzlich der Angehörigenpflegeschieden zu entschädigen, der entsteht, wenn der Geschädigte an Wochenenden oder ferienhalber sich zu Hause aufhält und dort gepflegt und betreut wird¹¹⁶. Bei Kindern, die in einem Heim untergebracht sind, bejaht die Rechtsprechung einen Anspruch auf ein Besuchswochenende pro Monat¹¹⁷.

Die Bundesrichter erachten aber *nur den komplementären, nicht aber den substituierenden **Betreuungsschaden** bei einem Heimaufenthalt* als ersatzfähig: "Wenn die Eltern anlässlich ihrer Besuche auch für die Pflege der Beschwerdeführerin sorgen und das Heimpersonal insoweit entlasten, kann die Beschwerdeführerin diesen freiwillig geleisteten Aufwand ihrer Eltern nicht noch einmal zum Ersatz verstellen."¹¹⁸ Ersatzfähig sind nur Betreuungs- und Pflegeleistungen, die nicht durch die Pflege- und Pensionstaxe abgedeckt sind. Im Einzelfall muss deshalb anhand des Heimunterbringungsvertrages festgestellt werden, welche *Betreuungsleistungen* vom Heim geschuldet und durch die *Pensionstaxe* mitabgegolten werden. Die versicherten *Pflegeleistungen* werden pauschal durch die *Pflegetaxe* des Kranken- bzw.

¹¹² Siehe rechtsvergleichend Urteile OLG Köln vom 22.11.2000 (11 U 75/00) = BeckRS 2001, 02698 E. 3 (täglich bzw. "rund um die Uhr"), OLG Hamm vom 14.5.1998 (27 U 7/98) = BeckRS 1998, 04356 E. 5 (Für die ersten zehn Tage nach dem Unfall ist ein täglicher Besuch seiner Ehefrau vertretbar, danach aber nicht mehr, zumal eine besondere physische und psychische Labilität des Klägers, die dergleichen erfordert hätte, nicht nachprüfbar dargetan ist.) und OLG Saarbrücken vom 23.10.1987 (3 U 176/85) = NZV 1989, 26 = BeckRS 2008, 18882 (tägliche Besuche der Eltern eines wachkomatösen Kindes in den ersten 19 Tagen nach dem Unfall).

¹¹³ Siehe rechtsvergleichend Urteile OLG Koblenz vom 13.10.2003 (12 U 1490/02) = NJOZ 2004, 132 E. 2a/aa (alle zwei Tage), LG Mainz vom 28.07.1997 (8 T 144/97) = JurBüro 1998, 39 (ein bis zwei Besuche monatlich eines im Heim untergebrachten Geschädigten) sowie OLG Köln vom 21.3.1989 (3 U 146/88) und LG Aachen vom 5.7.1988 (1 O 21/86) = r + s 1989, 400 (Ein maximal dreimaliger Besuch in der Woche durch den Ehemann während der stationären Behandlung ist ausreichend.) und OLG Koblenz vom 23.3.1981 (12 U 880/80) = VersR 1981, 887 (18-jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschenkels hat wöchentlich Anspruch auf 2 Besuche der Eltern).

¹¹⁴ Bei unfallbedingter Hilfsbedürftigkeit des Verletzten kann der Schädiger verpflichtet sein, nebeneinander für die Kosten eines Tagespflegeheims und einer ausserhalb der Öffnungszeiten des Tagespflegeheims zu beschäftigenden Hilfskraft aufzukommen (vgl. Urteil OLG Köln vom 17.9.1987 (7 U 76/87) = FamRZ 1989, 178).

¹¹⁵ Vgl. Urteil BGER vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 1-3.

¹¹⁶ Vgl. Urteil BGER vom 25.5.2010 (4A_500/2009) E. 2.6.

¹¹⁷ Vgl. Urteil OLG Bremen vom 31.8.1999 (3 U 165/98) = VersR 2001, 595.

¹¹⁸ Ibid. E. 2.6.

¹¹⁹ Vgl. z.B. Art. 9a KLV.



Unfallversicherers entschädigt¹¹⁹; nicht versicherte Pflegeleistungen können wegen des Tarifschutzes nicht zusätzlich dem Geschädigten verrechnet werden.

Dokument	HAVE 2011 S. 115
Autor	Hardy Landolt
Titel	Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick
Publikation	HAVE - Haftung und Versicherung
Herausgeber	Verein Haftung und Versicherung
ISSN	1424-926X
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick

Hardy Landolt*

Im Verlauf der letzten Jahrzehnte hat sich historisch gewachsen ein unübersichtliches duales System der Pflege- und Betreuungskostenfinanzierung entwickelt. Bund und Kantone sehen einerseits eine Objektfinanzierung (Subventionierung) von Heimen, Behinderteneinrichtungen und Hilfsorganisationen vor; diese wurde mit Inkrafttreten des "Neuen Finanzausgleichs" per 1. Januar 2008 und der "Neuen Pflegefinanzierung" per 1. Januar 2011 weitgehend kantonalisiert. Neu sind die Kantone für die Subventionierung von Alters- und Pflegeheimen sowie Behinderteneinrichtungen allein zuständig. Im Rahmen der Subjektfinanzierung (Versicherungs- und Entschädigungsleistungen) sehen Bund und Kantone zahlreiche Vergütungen für Betreuungs- und Pflegeleistungen vor. Diese werden im vorliegenden Beitrag überblicksweise dargestellt.

Au cours des décennies passées le financement des frais de soins et d'assistance s'est développé dans le cadre d'un système dual et peu transparent. D'une part, la confédération et les cantons prévoient le subventionnement des homes, des institutions pour handicapés et des organisations d'aide, subventionnement qui a été largement cantonalisé par l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 de la nouvelle péréquation financière et au 1^{er} janvier 2011 par le financement nouveau des frais de soins. Désormais les cantons sont seuls compétents pour le subventionnement des maisons de retraite, des homes médicalisés ainsi que des institutions pour handicapés. D'autre part, la confédération et les cantons versent de nombreuses indemnités pour les prestations d'assistance et de soins sous la forme de prestations d'assurance ou de prestations à caractère indemnitaire. La présente contribution donne un aperçu de ces dernières.

* Prof. Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsultent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, sowie Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

I. Einleitung

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 selbständig auszuführen (Hilflosigkeit, Grundpflegebedarf), verbunden. Besteht als Folge der zu Grunde liegenden Krankheit oder der Unfallfolgen zudem eine *Behandlungsbedürftigkeit*, so ergibt sich ein zusätzlicher Behandlungs- und Pflegebedarf¹.

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 altersbedingte Pflegebedürftigkeit bei Kindern bis zu einem bestimmten Alter immer besteht und bei älteren Personen ab dem 75. Altersjahr stetig zunimmt². Der *kontinuierliche Anstieg der Lebenserwartung, die veränderten Sozialstrukturen und die medizinischen Fortschritte* tragen dazu bei, dass die Anzahl der Pflegebedürftigen in den kommenden Jahrzehnten steigen wird³.

Die *Versorgung der Pflegebedürftigen* durch professionelle Fachkräfte ist allerdings *nicht sichergestellt*. Im Jahr 2009 wurden nur zwei Drittel der benötigten Pflegefachkräfte bzw. 2400 Pflegefachkräfte zuwenig ausgebildet⁴. Die Prognosen gehen davon aus, dass bis 2020 rund 25 000 zusätzliche Pflegefachkräfte notwendig werden⁵. Das Phänomen "Pflegebedürftigkeit" und damit auch die Frage, wie die Pflegekosten finanziert werden sollen, wird sich daher im Verlauf der nächsten Jahre zu einem *zentralen gesellschaftlichen Problem* entwickeln. Entsprechend anspruchsvoll gestaltet sich die Abgeltung des Betreuungs- und **Pflegeschadens** in haftpflicht- und versicherungsrechtlicher Hinsicht⁶.

II. Grundlagen des Pflegekostenersatzrechts

Für pflegebedürftige Personen von vorrangiger Bedeutung sind die *Versorgungssicherheit* und die *Absicherung gegen hohe Pflegekosten*. Das Gesundheitswesen, insbesondere die Versorgung der Bevölkerung, fällt traditionsgemäss in die Kompetenz der Kantone. Die Bundesverfassung hält lediglich in Art. 41 Abs. 1 lit. b fest, dass sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen haben, dass jede Person *die für ihre Gesundheit notwendige Pflege* erhält. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nach

-
- ¹ Vgl. dazu Art. 7 KLV, der zwischen Behandlungs- und Grundpflege unterscheidet.
 - ² Vgl. z.B. Schön-Bühlmann Jacqueline, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005/5, 274 ff., und die Hinweise bei **Landolt Hardy**, Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts, Bern 2001, N 10 ff. und 104 ff.
 - ³ Siehe Höpflinger François/Hugentobler Valérie, Pflegebedürftigkeit in der Schweiz. Prognosen und Szenarien für das 21. Jahrhundert, Bern 2003.
 - ⁴ Vgl. Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektoren (GDK), Nationaler Versorgungsbericht für die Gesundheitsberufe. Personalbedarf und Massnahmen zur Personalsicherung auf nationaler Ebene, Bern 2009.
 - ⁵ Vgl. Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Obsan), Gesundheitspersonal in der Schweiz - Bestandaufnahme und Perspektiven bis 2020, Neuenburg 2009.
 - ⁶ Siehe in Bezug auf den Besuchsschaden den unlängst in HAVE 2011/1, 3 ff. erschienen Beitrag.



dem klaren Wortlaut und ihrer systematischen Stellung weder um eine Kompetenznorm⁷ noch um ein soziales Grundrecht⁸.

Die Bundesverfassung weist dem Bund verschiedene Teilkompetenzen zur Regelung des Sozialversicherungsrechts zu⁹. Die sozialversicherungsrechtlichen Kompetenzen des Bundes bestehen namentlich in Bezug auf die sozialen Risiken Alter und Invalidität¹⁰ sowie Krankheit und Unfall¹¹. Der Bund verfügt allerdings nicht über eine umfassende Bundeskompetenz zur Regelung des Sozialversicherungsrechts schlechthin. Die Kantone sind entweder gestützt auf Art. 3 BV, eine besondere Verfassungsbestimmung¹² oder eine vom Bund an sie delegierte Kompetenz¹³ ebenfalls zum Erlass sozialversicherungsrechtlicher Normen berechtigt.

Pflegebedürftigkeit wird in den sozialversicherungsrechtlichen Kompetenznormen nicht als ein selbständiger Anknüpfungsbegriff verwendet, weist aber mannigfaltige Gemeinsamkeiten mit anderen von der Verfassung anerkannten Tatbeständen¹⁴ auf. Da Pflegebedürftigkeit immer eine Folge von Alter, Krankheit oder Unfall ist, besteht eine besonders enge Verflechtung mit diesen sozialen Risiken. Entsprechend ist der Bund primär zuständig zu entscheiden, ob und wie die Pflegekosten sozialversicherungsrechtlich zu decken sind.

Im Verlauf der letzten Jahrzehnte hat sich historisch gewachsen ein unübersichtliches *duales System der Pflege- und Betreuungskostenfinanzierung* entwickelt. Bund und Kantone sehen einerseits eine *Objektfinanzierung* (Subventionierung) von Heimen, Behinderteneinrichtungen und Hilfsorganisationen vor; diese wurde mit Inkraft-Treten des "Neuen Finanzausgleichs" per 1. Januar 2008 und der "Neuen Pflegefinanzierung" per 1. Januar 2011 weitgehend kantonalisiert. Neu sind die Kantone für die Subventionierung von Alters- und Pflegeheimen sowie Behinderteneinrichtungen¹⁵ allein zuständig. Der Bund subventioniert nur noch Organisationen der privaten Invalidenhilfe¹⁶ sowie die Pro Senectute, die Pro Infirmis und die Pro Juventute¹⁷ und trägt ⁵/₈ der Ergänzungsleistungen für Heimbewohner¹⁸.

Im Rahmen der *Subjektfinanzierung* (Versicherungs- und Entschädigungsleistungen) sehen Bund und Kantone zahlreiche Vergütungen für Betreuungs- und Pflegeleistungen vor. Es handelt sich insbesondere um folgende Vergütungen:

- Pflegeentschädigung
- Hilflosenentschädigung
- Entschädigung für lebenspraktische Begleitung
- Pflegehilfsmittel
- Entschädigung für Dienstleistungen Dritter
- Betreuungsgutschriften

⁷ Vgl. Art. 41 Abs. 3 BV.

⁸ Vgl. Art. 41 Abs. 4 BV.

⁹ Siehe z.B. Art. 59 Abs. 5 BV und Art. 112 ff. BV.

¹⁰ Vgl. Art. 112 f. BV.

¹¹ Vgl. Art. 117 BV.

¹² Vgl. Art. 114 Abs. 4 BV und Art. 115 BV.

¹³ Vgl. z.B. Art. 111 Abs. 3 BV.

¹⁴ Z.B. Alter (Art. 8 Abs. 2, 41 Abs. 2 und 111 BV), Behinderung bzw. Behinderte/r (Art. 8 Abs. 2 und 108 Abs. 4 BV), Betagte/r (Art. 108 Abs. 4 und 112 Abs. 4 BV), Bedürftige (Art. 108 Abs. 4 und 115 BV), Invalidität bzw. Invalide/r (Art. 41 Abs. 2, 111 und 112 Abs. 6 BV), Krankheit bzw. Geisteskrankheit (Art. 41 Abs. 2, 117, 118 Abs. 2 lit. b, 119 Abs. 2 lit. c und Art. 136 Abs. 1 BV), Unfall (Art. 41 Abs. 2, und 117 BV) sowie Existenzbedarf (Art. 112 Abs. 2 lit. b BV und 10. Übergangsbestimmung BV).

¹⁵ Siehe dazu Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG).

¹⁶ Vgl. Art. 74 IVG.

¹⁷ Vgl. Art. 17 Abs. 1 ELG.

¹⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 2 ELG.



Die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene "Neue Pflegefinanzierung" und die zu diesem Datum abgelaufene Übergangsfrist für die Einführung des "Neuen Finanzausgleichs"¹⁹ haben das Pflegeversicherungsrecht ebenfalls in einigen wesentlichen Bereichen geändert. Diese Vergütungen und unlängst eingeführten Veränderungen sollen nachfolgend überblicksweise dargestellt werden²⁰.

III. Pflegeentschädigung

Das Sozialversicherungsrecht des Bundes kennt eine uneinheitliche Entschädigung für Pflegekosten. Unter "Pflege" wird dabei die *Behandlungs- und Grundpflege* verstanden. Erstere meint Pflegeleistungen, die einen eigentlichen Behandlungszweck erfüllen²¹, Letztere umfasst alle Hilfeleistungen Dritter, die anfallen, weil sich der Pflegebedürftige nicht mehr selbst versorgen kann. Zur Behandlungspflege zählen beispielsweise

HAVE 2011 S. 115, 117

die tägliche Verabreichung von Medikamenten und das Anlegen einer Bandage²² sowie das Katheterisieren oder Klopfen und Pressen der Blase, das Anlegen eines Kondoms mit Urinal und das digitale Stuhlausräumen²³. Grundpflegeleistungen sind etwa Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen, Betten und Lagern, Bewegungsübungen, Mobilisieren, Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut sowie Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden, beim Essen und Trinken²⁴.

A. Unfallversicherung

Die verschiedenen Sozialversicherungszweige sehen eine *unterschiedliche Ersatzpflicht für Behandlungs- und Grundpflegeleistungen* vor. Die *unfallversicherungsrechtliche Pflegeentschädigung* deckt nur Behandlungs- und akzessorische Grundpflegeleistungen²⁵, nicht aber die Grundpflege an sich²⁶ und auch nicht die Betreuung sowie Überwachung des Versicherten²⁷. Entschädigt werden die versicherten Pflegeleistungen, wenn sie in einem Spital oder Heim oder durch die Spitex oder freiberuflich tätige Pflegefachpersonen erbracht werden²⁸. Die Pflegeentschädigung kann *nach Eintritt der Berentung* nur in den nachfolgende Fällen gewährt werden, wenn der Versicherte²⁹:

- an einer Berufskrankheit leidet,

19 Vgl. Art. 197 Ziff. 4 BV.

20 Der Bundesgesetzgeber hat unlängst entschieden, einen Assistenzbeitrag im Rahmen der hängigen 6. IV-Revision einzuführen.

21 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ff. KLV.

22 Vgl. BGE 107 V 136 E. 1b, 106 V 153 E. 2a und 105 V 52 E. 4.

23 Vgl. BGE 116 V 41 E. 4b.

24 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV.

25 Bei der akzessorischen Grundpflege handelt es sich um grundpflegerische Verrichtungen, die im Zusammenhang mit der Durchführung von behandlungspflegerischen Massnahmen anfallen bzw. notwendig sind. Akzessorisch ist zum Beispiel die grundpflegerische Körperpflege bzw. -reinigung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV) nach behandlungspflegerischer Darmentleerung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 11 KLV).

26 Vgl. Art. 10 Abs. 1 UVG und Art. 18 UVV.

27 Siehe z.B. Urteil Sozialversicherungsgericht des Kt. Zürich vom 28.1.2009 (UV.2007.00455) E. 4.3.

28 Vgl. Art. 18 Abs. 1 UVV.

29 Vgl. Art. 21 Abs. 1 UVG und weiterführend Ziffer 3 Empfehlungen der Ad-Hoc-Kommission Schaden UVG zur Anwendung von UVG und UVV, Nr. 7/90 Hauspflege, vom 27.11.1990, revidiert am 29.3.2005.



- unter einem Rückfall oder an Spätfolgen leidet und die Erwerbsfähigkeit durch medizinische Vorkehren wesentlich verbessert oder vor wesentlicher Beeinträchtigung bewahrt werden kann,
- zur Erhaltung seiner verbleibenden Erwerbsfähigkeit dauernd der Behandlung und Pflege bedarf oder
- erwerbsunfähig ist und sein Gesundheitszustand durch medizinische Vorkehren wesentlich verbessert oder vor wesentlicher Beeinträchtigung bewahrt werden kann.

Pflegende Angehörige sind ebenfalls als Leistungserbringer anerkannt, nur wird bei ihnen unterschieden, ob es sich um eine diplomierte Pflegefachperson handelt oder nicht. Unfallversicherer bzw. andere Sozialversicherer sind verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches Versicherte und Angehörige über ihre Rechte und Pflichten, insbesondere auch das Recht zur selbständigerwerbenden Pflegeverrichtung, aufzuklären. Stellt ein Versicherungsträger fest, dass der Versicherte oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, hat er ihnen unverzüglich davon Kenntnis zu geben³⁰.

Angehörige, die im Besitz eines Pflegediploms sind, können eine sog. ZSR-Nummer (Zahlstellenregisternummer) beantragen und im Anschluss wie freiberuflich tätige Pflegefachpersonen abrechnen. Der leistungspflichtige Pflegeaufwand ist gemäss einschlägigem Tarifvertrag³¹ mit CHF 72.- für Behandlungspflege und CHF 66.- für akzessorische Grundpflege sowie CHF 6.- für Sonn- und Feiertags- bzw. Nachtdienste pro Stunde zu entschädigen. Für den Erhalt der ZSR-Nummer hat der Angehörige der *santésuisse* Folgendes nachweisen³²:

- kantonale Berufsausübungsbewilligung,
- Diplom,
- Anerkennung Ausbildungsabschluss SRK (Anerkennungsausweis oder Anerkennungsverfügung),
- Nachweis einer zweijährigen praktischen Tätigkeit zu 100% unter der Leitung einer zugelassenen Pflegefachperson,
- Beitrittserklärung zum Tarifwerk Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK und *santésuisse* mit Visum und Unterschrift von SBK?
- Eröffnung eines AHV-Kontos als selbständig erwerbende Person (Kopie der Anmeldung) und
- bei Teilzeitbeschäftigung Einverständnis des Arbeitgebers oder persönliche schriftliche Erklärung, dass keine Anstellung mehr vorliegt.

Angehörige, die kein Pflegefachdiplom besitzen, erhalten nach pflichtgemäßem Ermessen eine Entschädigung, auf die aber kein Rechtsanspruch besteht³³. Die einschlägigen Empfehlungen Nr. 7/90 der Ad-hoc

HAVE 2011 S. 115, 118

Kommission Schaden UVG³⁴ machen die Entschädigung für Angehörigenpflege davon abhängig, dass ein materieller Schaden (z.B. Lohnausfall des sonst auch erwerbstätigen Ehegatten, Reisespesen von auswärts wohnenden Kindern) nachgewiesen werden kann. Ist dem nicht so, soll eine Entschädigung gewährt werden, wenn die Hilfe eindeutig

³⁰ Vgl. Art. 27 Abs. 1 und 3 ATSG.

³¹ Der UVG-Tarifvertrag kann unter <http://www.sbk-asi.ch/webseiten/deutsch/8dokumente/freiberufliche/Tarifvertrag-Sozialw.pdf> heruntergeladen werden (zuletzt besucht am 18.2.2011).

³² Siehe http://www.santesuisse.ch/de/dyn_output.html?content.void=19446&navid=913 weiterführend (zuletzt besucht am 18.2.2011)

³³ Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.

³⁴ Siehe <http://www.koordination.ch/fileadmin/files/ad-hoc/archiv/07-90-alt-08.pdf> (zuletzt besucht am 18.2.2011).



über das hinausgeht, was man von einem Familienmitglied füglich erwarten darf (z.B. täglich stundenlange Betreuung über eine grössere Zeitspanne hinaus).

Die *Stundenansätze* reichen von CHF 12.- im Jahr 1991³⁵ bis CHF 35.- im Jahr 2010³⁶. In der Praxis wird regelmässig ein Stundenansatz von CHF 25.- herangezogen, wobei dieser Ansatz anhand der Lohnstrukturerhebung (LSE) ermittelt wird bzw. dem gesamtschweizerischen Durchschnitts- bzw. Medianlohn für das Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) der Tätigkeitskategorie "Medizinische, soziale und pflegerische Tätigkeiten" entspricht. Dieser Stundenansatz ist zu tief³⁷; zudem stellt sich die Frage, ob für die Langzeitpflege, namentlich eines Tetraplegikers, die ein gewisses Mass an Qualität erfordert, auf das Anforderungsniveau 4 abgestellt werden darf.

Werden *familienfremde Dritte* (Nachbarn usw.) zugezogen, so ist auf die tatsächlichen Auslagen abzustellen. Entstehen diesen Personen keine Auslagen, so kann je nach Arbeitsaufwand ein Betrag ausgerichtet werden, der indessen pro Tag $\frac{1}{5}$ des höchstversicherten Tagesverdienstes von derzeit CHF 346.-, d.h. also CHF 70.- pro Tag, nicht übersteigen soll.

B. Krankenversicherung

Die Krankenversicherung ist als finale Sozialversicherung sowohl bei einer krankheits- als auch einer unfallbedingten Pflegebedürftigkeit anwendbar, in letzterem Fall aber nur subsidiär zur Unfallversicherung und insoweit die Leistungsvoraussetzungen der Krankenversicherung erfüllt sind³⁸. Im Gegensatz zur Unfallversicherung sind im Anwendungsbereich der Krankenversicherung sowohl Behandlungs- als auch Grundpflegeleistungen³⁹, nicht aber Betreuungs- und Überwachungs- sowie hauswirtschaftliche Leistungen versichert. Die krankenversicherungsrechtliche Pflegeentschädigung setzt zwingend voraus, dass die fraglichen Pflegeleistungen von einem *anerkannten Leistungserbringer* erbracht werden. Dazu zählen Spitäler, Pflegeheime, Spitex-Organisationen und freiberuflich tätige Pflegefachpersonen mit eigener ZSR-Nummer⁴⁰.

Der ab 1. Januar 2011 geltende *Pflegeheimtarif* sieht zwölf Bedarfsstufen bzw. eine monatliche Vergütung von CHF 270.- (Tarifstufe 1: täglicher Pflegebedarf bis 20 Minuten) bis CHF 3240.- (Tarifstufe 12: täglicher Pflegebedarf über 220 Minuten) vor⁴¹. Gemäss dem *Spitextarif* sind für Massnahmen der Abklärung und der Beratung pro Stunde CHF 79.80, für Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung CHF 65.40 und für Massnahmen der Grundpflege CHF 54.60 zu entschädigen⁴². Massgeblich sind Zeiteinheiten von 5 Minuten, wobei pro versicherte Verrichtung mindestens 10 Minuten zu entschädigen sind⁴³. Im Gegensatz zum Spitex unterscheidet der Pflegeheimtarif nicht nach Art der Pflegemassnahme, sondern einzig

35 Vgl. Urteil Versicherungsgericht Zürich vom 23.4.1991 = SG Nr. 764 E. II (CHF 12.- pro Stunde für Spitalgehilfin, die ihren Bruder pflegte).

36 Vgl. Urteil BGer vom 23.7.2010 (8C.896/2009) (vier Stunden pro Tag bei einem Tetraplegiker) und Einspracheentscheid SUVA vom 25.2.2000 (221099.SAM) (vier Stunden pro Tag bei einem Tetraplegiker, CHF 35.- für ausländische Pflegerin mit Diplom in allgemeiner Krankenpflege, die nicht in der Schweiz zugelassen war).

37 Der Medianwert (Männer und Frauen) betrug im Jahr 2008 CHF 27.- (siehe http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_taeutigkeiten.html - zuletzt besucht am 18.2.2011).

38 Vgl. Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG.

39 Vgl. Art. 25a KVG und Art. 7 Abs. 1 KLV.

40 Vgl. Art. 7 Abs. 1 KLV.

41 Vgl. Art. 7a Abs. 3 nKLV.

42 Vgl. Art. 7a Abs. 1 nKLV.

43 Vgl. Art. 7a Abs. 2 nKLV.



nach dem zeitlichen Pflegebedarf pro Tag. Dieser ist denn auch in der Abrechnung aufzuführen⁴⁴.

Werden die an sich versicherten Pflegeleistungen von nicht anerkannten Leistungserbringern, z.B. Behinderteneinrichtungen oder Angehörigen, erbracht, besteht keine Entschädigungspflicht. Eine solche besteht nur, wenn der pflegende Angehörige über eine ZSR-Nummer verfügt⁴⁵. Das Bundesgericht hat eine Leistungspflicht bei einem Ehegatten abgelehnt, der die Voraussetzungen für eine ZSR-Nummer erfüllte, aber eine solche (noch) nicht beantragt hatte⁴⁶. Pflegende Angehörige können von der örtlichen Spitex angestellt werden⁴⁷. Angestellte Angehörige dürfen relativ einfache Grundpflege und/oder Grundpflege in einfachen Situationen⁴⁸, nicht aber Behandlungspflege⁴⁹ erbringen.

Die Neue Pflegefinanzierung führt neu für Heim- und Spitexpflegekosten eine *Selbstzahlung in Bezug auf die "nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten"* von höchstens 20 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages ein und hält

HAVE 2011 S. 115, 119

die Kantone an, die Restfinanzierung der nicht gedeckten Pflegekosten zu regeln⁵⁰. Für Heim- und Spitexpflegebedürftige bedeutet dies, dass sie inskünftig jährlich *maximal CHF 7 884.- (Heimpflege) bzw. CHF 5825.- (Spitexpflege) für versicherte Pflegeleistungen* zusätzlich zu Franchise und allgemeinem Selbstbehalt zu tragen haben.

Unklar ist, was mit den von Sozialversicherungen nicht gedeckten Pflegekosten gemeint ist. Bezieht sich diese Wendung auf die Pflegegesamtkosten unter Einschluss von Lohnausfällen der pflegenden Angehörigen oder nur auf die von den gemäss KVG anerkannten Leistungserbringern erbrachten, aber nicht voll entschädigten Pflegeleistungen? Sind von den ungedeckten Pflegekosten vorab alle sozialen Pflegeversicherungsleistungen, namentlich auch solche, die das KVG nicht vorsieht, wie z.B. die Hilflosenentschädigung, in Abzug zu bringen und die 20% vom verbleibenden Restsaldo zu berechnen? In den Erläuterungen zur Änderung der KVV wird festgehalten, dass unter dem Begriff "Sozialversicherungen" im Wesentlichen die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verstehen und weder Ergänzungsleistungen noch Hilflosenentschädigung vorab in Abzug zu bringen sind⁵¹.

Es obliegt den Kantonen, zu entscheiden, ob der maximale Pflegekostenselbstbehalt verrechnet wird oder nicht. Vereinzelt Kantone, so z.B. der Kanton Zürich, haben entschieden, in Nachachtung des Grundsatzes "ambulant vor stationär" bei einer Hauspflege die Hälfte der Selbstkostenbeteiligung zu übernehmen⁵².

C. Invalidenversicherung

Die Invalidenversicherung übernimmt die *Kosten für medizinische Massnahmen*⁵³ und gewährt minderjährigen Versicherten einen *Intensivpflegezuschlag für Betreuungs-, Pflege- und Überwachungsmassnahmen* von Angehörigen und Dritten zur

44 Vgl. Art. 9 Abs. 2 nKLV.

45 Vgl. BGE 133 V 218 E. 6.

46 Vgl. Urteil BGer vom 10.5.2007 (K 141/06 und K 145/06) E. 5.2.

47 Vgl. Urteil EVG vom 21.6.2006 (K 156/04) = RKUV 2006, 303 E. 4.

48 Vgl. Art. 9a Abs. 1 lit. a und b KLV sowie Urteile EVG vom 25.8.2003 (K 60/03) E. 3.3 und VersGer SG vom 18.8.2006 i. S. L. = SGGVP 2006 Nr. 18.

49 Vgl. Urteil BGer vom 19.12.2007 (9C_597/2007) E. 5.1.

50 Vgl. Art. 25a Abs. 5 nKVG.

51 Vgl. Kommentar EDI Änderungen KVV vom 10.6.2009, S. 3.

52 Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 Pflegegesetz vom 27.9.2010 (ZH).

53 Vgl. Art. 12 ff. IVG.



Hilflosenentschädigung⁵⁴. Das Bundesgericht hat in einem neueren Grundsatzentscheid erwogen, dass die tägliche Krankenpflege nicht zu den medizinischen Massnahmen zählt, weil ihr kein therapeutischer Charakter im eigentlichen Sinn zukommt. Keine medizinischen Massnahmen sind ferner Vorkehren - auch lebenserhaltender Art -, die eine medizinisch nicht geschulte Person auszuführen in der Lage ist oder wenn sie dazu angeleitet werden kann⁵⁵.

Pflegerelevant ist insoweit einzig der den *Minderjährigen zukommende Intensivpflegezuschlag*. Dieser wird gewährt für den Mehrbedarf an Behandlungs- und Grundpflege und für dauernde Überwachung im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen gleichen Alters⁵⁶. Nicht anrechenbar ist der Zeitaufwand für ärztlich verordnete medizinische Massnahmen, welche durch medizinische Hilfspersonen vorgenommen werden, sowie für pädagogisch-therapeutische Massnahmen⁵⁷. Eine intensive Betreuung liegt vor, wenn die versicherten Betreuungsleistungen im Tagesdurchschnitt mindestens vier Stunden ausmachen. Die monatlichen Zuschläge zur Hilflosenentschädigung machen CHF 464.- (ab vier Stunden), CHF 928.- (ab sechs Stunden) und CHF 1392.- (ab acht Stunden) aus.

D. Ergänzungsleistungen

1. Jährliche Ergänzungsleistung

Die versicherten Ergänzungsleistungen bestehen einerseits in einer *jährlichen Ergänzungsleistung*⁵⁸ sowie in einer *Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten*⁵⁹. Bei beiden Leistungen ist das Pflegerisiko mitversichert, aber nicht voll gedeckt. Die jährliche Ergänzungsleistung wird bei *Alleinstehenden* individuell berechnet und entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen⁶⁰.

Bei den *Ausgaben* wird unterschieden, ob der Versicherte in einem Heim oder Zuhause betreut und gepflegt wird. Anrechenbare Ausgaben sind bei Versicherten, die zu Hause wohnen, u.a. der Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf, die Wohnungskosten und die Krankenkassenprämie. Lebt der Versicherte in einem Paar- oder Familienhaushalt, erfolgt eine Gesamtberechnung, in welche die anerkannten Ausgaben und Einnahmen aller Mitglieder des fraglichen Haushalts miteinbezogen werden⁶¹. Bei den Wohnungskosten können behinderungsbedingte Auslagen bis maximal CHF 3600.- für die *Miete einer rollstuhlgängigen* Wohnung zusätzlich zum jährlichen Maximalbetrag berücksichtigt werden⁶². Bewohnt der pflegebedürftige Versicherte eine eigene Wohnung oder ein Eigenheim, sind behinderungsbedingte Investitionen, z.B. für den Einbau und Betrieb eines Treppenlifts, als Gebäudeunterhaltskosten

HAVE 2011 S. 115, 120

bis zum steuerlichen Maximalbetrag anzurechnen, sofern sie nicht als werterhaltend zu qualifizieren sind⁶³.

54 Vgl. Art. 39 IVV.

55 Vgl. BGE 136 V 209 ff.

56 Vgl. Art. 39 Abs. 2 und 3 IVV.

57 Vgl. Art. 39 Abs. 2 IVV.

58 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a ELG.

59 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b ELG.

60 Vgl. Art. 9 Abs. 1 ELG.

61 Vgl. Art. 9 Abs. 2 ELG.

62 Vgl. Art. 10 lit. b Ziff. 3 ELG.

63 Siehe Art. 16 ELV und Ziffer 4.3.9 des Kreisschreibens Nr. 11 "Abzug von Krankheits- und Unfallkosten sowie von behinderungsbedingten Kosten vom 31.8.2005" der Eidgenössischen Steuerverwaltung.



Bei Heimbewohnern wird an Stelle des Betrags für den allgemeinen Lebensbedarfs ein Betrag für persönliche Auslagen und an Stelle der Wohnungskosten eine Tagestaxe berücksichtigt⁶⁴. Die Kantone können eine Obergrenze bei den anrechenbaren Tagestaxen vorsehen⁶⁵. Bislang war es den Kantonen nicht untersagt, Tagestaxen vorzusehen, die den Versicherten zum Bezug von Sozialhilfeleistungen zwangen. Seit In-Kraft-Treten der "Neuen Pflegefinanzierung" müssen die anrechenbaren Tagestaxen von Bundesrechts wegen so hoch sein, dass der Versicherte nicht sozialhilfebedürftig wird⁶⁶.

Von den anrechenbaren Ausgaben werden die *anrechenbaren Einnahmen* in Abzug gebracht. Dazu zählen u.a. Erwerbs- und Renteneinkommen sowie Zinserträge. Angerechnet wird ein Fünftel bzw. Zehntel bei Altersrentnern des Vermögens, das über der Vermögensfreigrenze von CHF 37 500.- für Alleinstehende und CHF 60 000.- für Ehegatten liegt. Die für in *selbstbewohntes Wohneigentum investiertes Eigenkapital* bisher geltende Vermögensfreigrenze von CHF 112 500.- wurde mit In-Kraft-Treten der "Neuen Pflegefinanzierung" am 1. Januar 2011 auf CHF 300 000.- erhöht, wenn ein Ehegatte im Heim und der andere Ehegatte in einer selbstbewohnten Liegenschaft lebt bzw. die Ehegatten in einer selbstbewohnten Liegenschaft leben und einer von ihnen Bezüger einer Hilflosenentschädigung der AHV, IV, Unfallversicherung oder Militärversicherung ist⁶⁷. Sind in der Tagestaxe eines Heims oder Spitals auch die Kosten für die Pflege einer hilflosen Person enthalten, so wird die Hilflosenentschädigung der AHV, IV, Militär- oder Unfallversicherung als Einnahme angerechnet⁶⁸.

2. Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten

Eine *Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten* kann von den Bezüger einer jährlichen Ergänzungsleistung beansprucht werden⁶⁹. Auch Heimbewohner sind anspruchsberechtigt⁷⁰. Versicherte, die auf Grund eines Einnahmenüberschusses keinen Anspruch auf eine jährliche Ergänzungsleistung haben, im Übrigen aber alle Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug einer jährlichen Ergänzungsleistung erfüllen, haben Anspruch auf die Vergütung der Krankheits- und Behinderungskosten, die den Einnahmenüberschuss übersteigen⁷¹.

Die vergütbaren Krankheits- und Behinderungskosten werden im Rahmen bundesrechtlicher Vorgaben⁷² durch die Kantone bezeichnet⁷³. Die Kantone haben von Bundesrechts wegen folgende Kosten zu vergüten⁷⁴:

- Kosten für zahnärztliche Behandlung,
- Kosten für Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen,
- Kosten für ärztlich angeordnete Bade- und Erholungskuren,
- Diätkosten,
- Kosten für Transporte zur nächstgelegenen Behandlungsstelle,

64 Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a ELG.

65 Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a ELG. Siehe zum Zweck dieses kantonalen Vorbehalts Urteil EVG vom 21.9.2004 (P 25/04) E. 4.3 und ferner die Übersicht über die im Jahr 2009 geltenden Taxen, in: Mitteilungen vom 10.6.2009 an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen Nr. 251.

66 Vgl. Art. 10 Abs. 2 ELG.

67 Vgl. Art. 11 Abs. 1^{bis} lit. b ELG.

68 Vgl. Art. 15b ELV.

69 Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

70 Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. b ELG.

71 Vgl. Art. 14 Abs. 6 ELG.

72 Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 3 ELG.

73 Vgl. Art. 14 Abs. 2 ELG.

74 Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.



- Hilfsmittel und
- die Kostenbeteiligung nach Artikel 64 KVG.

Die Kantone sind im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben frei, die ersatzfähigen Kosten und die zu ersetzenden Höchstbeträge zu bestimmen⁷⁵. Sie sind insbesondere berechtigt, die Kostenvergütung auf im Rahmen einer wirtschaftlichen und zweckmässigen Leistungserbringung erforderliche Ausgaben zu beschränken.

Bis zum 31. Dezember 2010 wurde der *Erwerbsausfall pflegender Angehöriger* entschädigt, sofern diese nicht in die EL-Berechnung eingeschlossen waren und der Erwerbsausfall sowohl "wesentlich" als auch "länger dauernd" war⁷⁶. Praxisgemäss kann unter Umständen bereits eine Erwerbseinbusse von 10% als erheblich betrachtet werden; ein Ausfall von lediglich fünf Arbeitstagen begründet aber keine dauernde Erwerbseinbusse⁷⁷. *Kosten von Entlastungsaufenthalten* des Versicherten zu Gunsten von Angehörigen sind ebenfalls vergütungsfähig, wenn der Aufenthalt in einem Heim oder Spital oder in Tagesstrukturen erfolgt⁷⁸. Allfällige Kostenbegrenzungen bei einem Daueraufenthalt

HAVE 2011 S. 115, 121

in einem Heim oder Spital gelten auch für vorübergehende Aufenthalte⁷⁹. Die kantonalen Ausführungsbestimmungen verweisen regelmässig auf die früheren bundesrechtlichen Grundsätze, sehen aber mitunter für pflegende Angehörige, unabhängig vom Nachweis eines Erwerbsausfalls, Entschädigungen vor, im Kanton Bern beispielsweise maximal CHF 9600.- pro Jahr⁸⁰. Eine finanzielle Förderung der Angehörigenpflege erfolgt ferner im kantonalen Recht durch *besondere Steuerabzüge*⁸¹ und gesundheitsrechtliche *Pflegeentschädigungen*⁸². Diese werden dabei in der Regel dem pflegenden Angehörigen und zudem unabhängig davon ausgerichtet, ob der Pflegebedürftige die Voraussetzungen der seit 2008 kantonalisierten Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten erfüllt⁸³.

Die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass der pflegende Angehörige einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, ist mit Rücksicht auf die persönlichen, familiären, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse unter Berücksichtigung des Umfangs der zu leistenden Pflege zu beurteilen⁸⁴. Die Verwaltung hat angesichts der Beweisschwierigkeiten den anspruchsbegründenden Sachverhalt der mutmasslichen Erwerbstätigkeit "besonders sorgfältig" zu erheben⁸⁵. Die Annahme einer Erwerbseinbusse gestützt auf statistische Werte ist mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar⁸⁶. Bestanden beim pflegenden Angehörigen vor Beginn des Betreuungsverhältnisses seit Jahren grosse Einkommenschwankungen, ist die Annahme einer Erwerbseinbusse nicht gerechtfertigt⁸⁷.

75 Vgl. Art. 14 Abs. 2 und 3 ELG.

76 Vgl. Art. 13b aELKV. Siehe z.B. die Anwendungsfälle Urteile BGer vom 10.8.2009 (9C_84/2009) (Pflege durch Mutter), vom 11.2.2009 (8C_773/2008) (Pflege durch Enkelin) und vom 23.11.2007 (8C_227/2007) (Pflege durch Schwester).

77 Vgl. Urteil BGer vom 25.4.2007 (P 18/06) E. 4 und SVR 1998 EL Nr. 10 S. 25.

78 Vgl. Urteil BGer vom 10.8.2009 (9C_84/2009) E. 4.4.

79 Vgl. Urteil BGer vom 21.9.2004 (P 25/04) E. 3 und 4.

80 Vgl. Art. 15 Abs. 3 EV ELG (BE).

81 Siehe z.B. § 42 I d StG AG (CHF 3000.-) und Art. 28 lit. g StG BE.

82 Vgl. § 24 lit. c SPG AG und § 21 lit. b SPV AG (Pflegeentschädigung in der Höhe der maximalen Waisenrente gemäss AHVG), § 11 SpitexG BS und §§ 6 ff. SpitexVO BS (ab einer Stunde Pflegebedürftigkeit pro Tag, maximal 35% des Höchstbetrages der AHV-Rente) und Art. 4 HPfIG FR (Pauschalentschädigung von CHF 25.- pro Tag).

83 Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

84 Vgl. Urteil BGer vom 11.2.2009 (8C_773/2008) E. 5.2.

85 Ibid. E. 5.2

86 Vgl. Urteil BGer vom 23.11.2007 (8C_227/2007) E. 4.3.

87 Vgl. Ibid. E. 4.5.



Die ausgewiesenen Krankheits- und Behinderungskosten werden im Umfang der geltenden *allgemeinen und besonderen Höchstbeträge*, die je nach Hilflosigkeitsgrad abgestuft sind, übernommen. Die Kantone können seit dem 1. Januar 2011 allgemeine und besondere Höchstbeträge festlegen. Die allgemeinen kantonalen Höchstbeträge dürfen folgende Beträge nicht unterschreiten, und zwar bei:

Zu Hause lebenden Personen:

- alleinstehenden und verwitweten Personen sowie Ehegatten von in Heimen oder Spitälern lebenden Personen: CHF 25 000.-,

- Ehepaaren: CHF 50 000.- und

- Vollwaisen: CHF 10 000.-⁸⁸

In Heimen lebenden Personen: CHF 6000.-⁸⁹.

Bei zu Hause lebenden alleinstehenden und verwitweten Personen oder bei zu Hause lebenden Ehegatten von in Heimen oder Spitälern lebenden Personen, denen ein Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung der Invaliden- oder der Unfallversicherung zusteht, erhöht sich der Mindestbetrag von CHF 25 000.- bei schwerer Hilflosigkeit auf CHF 90 000.- bzw. bei mittlerer Hilflosigkeit auf CHF 60 000.-⁹⁰. Dieselbe Erhöhung wird auch bei Bezüglern einer Hilflosenentschädigung der AHV gewährt, die vorher eine Hilflosenentschädigung der IV bezogen haben⁹¹.

Bei zu Hause lebenden Ehepaaren, von denen einer oder beide hilflos sind, erhöht sich der Mindestbetrag von CHF 50 000.- wie folgt⁹²:

Anzahl Personen mit HE	Grad der Hilflosigkeit	Höchstbetrag
beide Ehegatten	je schwer	CHF 180 000.-
	je mittelschwer	CHF 120 000.-
	ein Ehegatte schwer	CHF 150 000.-
	ein Ehegatte mittelschwer	CHF 150 000.-
ein Ehegatte	schwer	CHF 115 000.-
	mittelschwer	CHF 85 000.-

Die besonderen Höchstgrenzen, bei schwer hilflosen Alleinstehenden CHF 90 000.-, bezwecken, pflege- und betreuungsbedürftigen Personen die Gelegenheit zu geben, möglichst lange selbständig wohnen zu können und nicht in ein Heim eintreten zu müssen. Aus diesem Grund beschränkt sich die Erhöhung der allgemeinen Höchstgrenze von CHF 25 000.- auf die Vergütung von Pflege- und Betreuungskosten. Im Unterschied zur allgemeinen Höchstgrenze, bei Alleinstehenden CHF 25 000.-, wird bei der Festlegung der besonderen Höchstgrenze, bei Alleinstehenden maximal CHF 90 000.-, die Hilflosenentschädigung vorab in Abzug gebracht, da die Erhöhung nur in Frage kommt, "soweit die Kosten für Pflege und Betreuung durch die Hilflosenentschädigung nicht gedeckt sind"⁹³.

IV. Hilflosenentschädigung

Für *interne und externe Betreuungsleistungen* von Angehörigen bzw. Dritten erhält der Geschädigte eine

⁸⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. a ELG.

⁸⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. b ELG.

⁹⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 4 ELG und Art. 19b Abs. 1 ELV.

⁹¹ Vgl. Art. 14 Abs. 5 ELG.

⁹² Vgl. Art. 19b Abs. 2 ELV.

⁹³ Art. 3d Abs. 2^{bis} 2. Halbsatz von Satz 1 aELG und ferner Urteil BGer vom 10.8.2009 (9C_84/2009) E. 4.2.



HAVE 2011 S. 115, 122

Hilflosenentschädigung. Eine solche kennen AHV⁹⁴, Invaliden-⁹⁵, Unfall-⁹⁶ und Militärversicherung⁹⁷. Der Anspruch entsteht bei Eintritt einer Hilflosigkeit⁹⁸. Eine Person gilt als hilflos, wenn sie wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf⁹⁹. Die spezifischen Ausführungsbestimmungen¹⁰⁰ erwähnen neben der *Hilfe bei der Verrichtung von alltäglichen Lebensverrichtungen* und der *persönlichen Überwachung* auch die *Pflege* und die *lebenspraktische Begleitung*. Die lebenspraktische Begleitung beinhaltet weder die direkte oder indirekte Dritthilfe bei den sechs alltäglichen Lebensverrichtungen noch die Pflege oder die Überwachung. Sie stellt vielmehr ein zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe dar¹⁰¹.

Die alltäglichen Lebensverrichtungen betreffen sechs Bereiche:

- *Ankleiden und Auskleiden* (inkl. allfälliges Anziehen oder Ablegen der Prothese),
- *Aufstehen, Absitzen und Abliegen* (inkl. ins Bett gehen oder das Bett verlassen),
- *Essen* (Nahrung ans Bett bringen, Nahrung zerkleinern, Nahrung zum Mund führen, Nahrung pürieren und Sondenernährung),
- *Körperpflege* (waschen, kämmen, rasieren, baden/duschen),
- *Verrichten der Notdurft* (Ordnen der Kleider, Körperreinigung/Überprüfen der Reinlichkeit, unübliche Art der Verrichtung der Notdurft), und
- *Fortbewegung* (in der Wohnung, im Freien, Pflege gesellschaftlicher Kontakte).

Für die Hilfsbedürftigkeit in einer Lebensverrichtung mit mehreren Teilfunktionen ist nicht verlangt, dass der Versicherte bei allen oder bei der Mehrzahl dieser Teilfunktionen fremder Hilfe bedarf; vielmehr genügt es, wenn er bei einer dieser Teilfunktionen regelmässig in erheblicher Weise auf Dritthilfe angewiesen ist¹⁰².

Die Bemessung der Hilflosenentschädigung richtet sich in der AHV, Invaliden- und Unfallversicherung nach denselben Kriterien¹⁰³, unterscheidet sich aber betragsmässig. Unterschieden wird zwischen der Hilflosigkeit schweren, mittleren oder leichten Grades:

Die Hilflosigkeit gilt als schwer, wenn der Versicherte vollständig hilflos ist. Dies ist der Fall, wenn er in *allen alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies der *dauernden Pflege* oder der *persönlichen Überwachung* bedarf¹⁰⁴.

Die Hilflosigkeit gilt als mittelschwer, wenn der Versicherte trotz der Abgabe von Hilfsmitteln

- in den *meisten alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist;

⁹⁴ Vgl. Art. 43^{bis} AHVG und Art. 66^{bis} AHVV.

⁹⁵ Vgl. Art. 42 ff. IVG und Art. 35 ff. IVV.

⁹⁶ Vgl. Art. 26 f. UVG und Art. 37 f. UVV.

⁹⁷ Vgl. Art. 20 MVG.

⁹⁸ Art. 37 UVV, der den Beginn des Anspruchs auf eine Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung an den Beginn eines allfälligen Rentenanspruchs knüpft, ist verfassungs- und gesetzwidrig (vgl. BGE 133 V 42 E. 3).

⁹⁹ Vgl. Art. 9 ATSG.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. Art. 37 IVV und Art. 38 UVV.

¹⁰¹ Vgl. BGE 133 V 450 E. 9.

¹⁰² Vgl. BGE 117 V 146 E. 2.

¹⁰³ Vgl. BGE 127 V 115 E. 1d.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 37 Abs. 1 IVV.



- in mindestens *zwei alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies einer *dauernden persönlichen Überwachung* bedarf; oder
- in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter und überdies dauernd auf *lebenspraktische Begleitung* angewiesen ist¹⁰⁵.

Die Hilflosigkeit gilt als leicht, wenn der Versicherte trotz der Abgabe von Hilfsmitteln:

- in mindestens *zwei alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist;
- einer *dauernden persönlichen Überwachung* bedarf;
- einer durch das Gebrechen bedingten ständigen und *besonders aufwendigen Pflege* bedarf;
- wegen einer schweren Sinnesschädigung oder eines schweren körperlichen Gebrechens nur dank regelmässiger und *erheblicher Dienstleistungen Dritter gesellschaftliche Kontakte* pflegen kann; oder
- dauernd auf *lebenspraktische Begleitung* angewiesen ist¹⁰⁶.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht bei "tiefen" Paraplegien, bei denen eine Rumpfstabilität besteht, *in der Regel von einer leichten Hilflosigkeit* aus¹⁰⁷. Eine derartige Hilflosigkeit besteht bei einem Paraplegiker selbst dann, wenn er voll erwerbstätig ist bzw. keine Rente erhält¹⁰⁸. Bei Tetraplegikern wird demgegenüber von einer Hilflosigkeit schweren Grades

HAVE 2011 S. 115, 123

ausgegangen, weil eine hilflosenrechtlich relevante Pflegebedürftigkeit zusätzlich zur Hilflosigkeit in allen sechs massgeblichen Lebensverrichtungen besteht¹⁰⁹.

Die Höhe der Hilflosenentschädigung beträgt in der Invalidenversicherung bei schwerer Hilflosigkeit 80 Prozent, bei mittelschwerer Hilflosigkeit 50 Prozent und bei leichter Hilflosigkeit 20 Prozent des Höchstbetrages der Altersrente¹¹⁰, was CHF 464.- (leichte Hilflosigkeit), CHF 1160.- (mittlere Hilflosigkeit) und CHF 1856.- (schwere Hilflosigkeit) entspricht. AHV-Bezüger erhalten zwar seit dem 1. Januar 2011 auch bei einer leichten Hilflosigkeit eine Entschädigung; die Höhe der Hilflosenentschädigungen entspricht aber bei Versicherten, die zu Hause leben, der Hälfte der vorerwähnten Beträge. In der Unfallversicherung beträgt die Hilflosenentschädigung bei schwerer Hilflosigkeit das Sechsfache, bei mittelschwerer Hilflosigkeit das Vierfache und bei leichter Hilflosigkeit das Doppelte des Höchstbetrages des versicherten Tagesverdienstes¹¹¹, was CHF 692.- (leichte Hilflosigkeit), CHF 1384.- (mittlere Hilflosigkeit) und CHF 2076.- (schwere Hilflosigkeit) entspricht.

Hält sich eine Bezügerin oder ein Bezüger einer Hilflosenentschädigung zu Lasten der Sozialversicherung in einer Heilanstalt auf, so entfällt der Anspruch auf die Entschädigung für jeden vollen Kalendermonat des Aufenthalts in der Heilanstalt¹¹². Die Hilflosenentschädigung der Invalidenversicherung wird bei einem Heimaufenthalt pro Monat um die Hälfte gekürzt¹¹³. Als Versicherte, die sich in einem Heim

¹⁰⁵ Vgl. Art. 37 Abs. 2 IVV.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 37 Abs. 3 IVV.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 117 V 146 ff. (dieser Fall betraf einen Paraplegiker mit einer *Lähmungshöhe* Th 8).

¹⁰⁸ Vgl. BGE 133 V 42 E. 3.5 und SVR 2005 IV Nr. 4 S. 14.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 19.6.2007 (595/06) E. 3.3.2.

¹¹⁰ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 1 IVG.

¹¹¹ Vgl. Art. 38 Abs. 1 UVV.

¹¹² Vgl. Art. 67 Abs. 2 ATSG.

¹¹³ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 2 IVG.



aufhalten, gelten Personen, welche dort mehr als fünfzehn Nächte in einem Kalendermonat verbringen¹¹⁴. Bei Minderjährigen, die sich in einer Eingliederungsinstitution befinden, wird die Hilflosenentschädigung tageweise gekürzt¹¹⁵.

Hilflosen- und Pflegeentschädigung können grundsätzlich kumuliert werden. Die Hilflosenentschädigung ist nicht mit der Behandlungspflege¹¹⁶, wohl aber mit der Grundpflegeentschädigung teilweise kongruent, je nachdem, ob und inwieweit alltägliche Lebensverrichtungen mit den Grundpflegeverrichtungen identisch sind¹¹⁷. Eine Überschneidung kann sich bei den auf die alltäglichen Lebensverrichtungen "Verrichtung der Notdurft" und "Körperpflege" ergeben. Trotz sachlicher Kongruenz entfällt praxisgemäss eine Anrechnung der Hilflosenentschädigung an die Grundpflegeentschädigung in dem Ausmass, als keine Überentschädigung vorliegt¹¹⁸. Eine Überentschädigung liegt nur dann vor, wenn die Pflegeentschädigung und die Hilflosenentschädigung die Pflegekosten und allfällige zusätzliche Betreuungskosten, unter Einschluss allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen¹¹⁹, betragsmässig übersteigen würden¹²⁰.

V. Entschädigung für lebenspraktische Begleitung

Die Entschädigung für lebenspraktische Begleitung stellt ein "zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe"¹²¹ für *psychisch und physisch Behinderte* dar¹²². Diese Versicherungsleistung steht volljährigen Versicherten zu, die ausserhalb eines Heimes leben¹²³ und unter das IVG fallen. Verunfallte Versicherte, die sowohl eine Hilflosenentschädigung nach IVG und nach UVG beanspruchen könnten, erhalten ausschliesslich die Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung¹²⁴, bei der ein Bedarf an lebenspraktische Begleitung nicht berücksichtigt wird¹²⁵. *Altersrentner*, die auf lebenspraktische Begleitung angewiesen sind, erhalten ebenfalls keine Entschädigung für lebenspraktische Begleitung. Dieser Ausschluss stellt keine verfassungswidrige Diskriminierung dar¹²⁶.

Die Entschädigung für lebenspraktische Begleitung entspricht der *Hilflosenentschädigung bei leichter Hilflosigkeit*¹²⁷. Liegen eine leichte Hilflosigkeit und ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung vor, besteht Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung bei mittelschwerer Hilflosigkeit¹²⁸. Ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung ist im Gegensatz zur Überwachungs- und Pflegebedürftigkeit keine alternative Voraussetzung für die Annahme einer schweren Hilflosigkeit, weshalb Versicherte, die begleitet werden, zusätzlich überwachungs- oder

114 Vgl. BGE 132 V 321 E. 6 und 7.

115 Vgl. Art. 42^{bis} Abs. 4 IVG.

116 Vgl. Urteil BGer vom 19.6.2007 (U 595/06) E. 3.3.2.

117 Vgl. BGE 125 V 297 E. 5a und b.

118 Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c.

119 Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG.

120 Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c und Urteil VerwGer GR vom 28.8.2008 (S 07 214) E. 3h.

121 BGE 133 V 450 E. 9.

122 Vgl. Urteile BGer vom 23.10.2007 (I 317/06) E. 4.3.2, vom 23.7.2007 (I 211/05) E. 2.2.3 und vom 17.10.2005 (I 528/05) E. 1.

123 Vgl. Art. 42^{bis} Abs. 5 IVG und Art. 38 Abs. 1 IVV.

124 Vgl. Art. 66 Abs. 3 ATSG. Der Versicherte kann von der AHV oder der IV den Betrag der Hilflosenentschädigung beanspruchen, den diese Versicherungen dem Versicherten ausrichten würden, wenn er keinen Unfall erlitten hätte, wenn die Hilflosigkeit nur zum Teil auf einen Unfall zurückzuführen ist (vgl. Art. 38 Abs. 5 UVV).

125 Vgl. Art. 38 Abs. 1-4 UVV.

126 Vgl. BGE 133 V 569 E. 5.3 und 5.5.

127 Vgl. Art. 42 Abs. 3 IVG.

128 Vgl. Art. 37 Abs. 2 lit. c IVV.



pflegebedürftig sein müssen, um eine Hilflosenentschädigung schweren Grades zu erhalten.

HAVE 2011 S. 115, 124

Ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung liegt vor, wenn ein volljähriger Versicherter ausserhalb eines Heimes lebt und infolge Beeinträchtigung der Gesundheit ohne Begleitung einer Drittperson nicht *selbstständig wohnen* kann, für *Verrichtungen und Kontakte ausserhalb der Wohnung* auf Begleitung einer Drittperson angewiesen oder ernsthaft gefährdet ist, sich *dauernd von der Aussenwelt zu isolieren*¹²⁹. Nicht darunter fallen insbesondere Vertretungs- und Verwaltungstätigkeiten im Rahmen vormundschaftlicher Massnahmen¹³⁰. Zu berücksichtigen ist nur diejenige lebenspraktische Begleitung, die regelmässig und im Zusammenhang mit den vorerwähnten Situationen erforderlich ist. Regelmässigkeit liegt vor, wenn die lebenspraktische Begleitung *über eine Periode von drei Monaten gerechnet im Durchschnitt mindestens zwei Stunden pro Wochen* benötigt wird¹³¹.

Es spielt dabei keine Rolle, ob die "Begleitung" direkt oder indirekt erfolgt. Die Begleitperson kann deshalb die notwendigerweise anfallenden Tätigkeiten auch selber ausführen, wenn der Versicherte dazu gesundheitsbedingt trotz Anleitung oder Überwachung/Kontrolle nicht in der Lage ist¹³². Unmassgeblich ist ferner, ob die Hilfeleistungen entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden¹³³. Die vom BSV in den Verwaltungsweisungen vorgenommene Konkretisierung der Anwendungsfälle der lebenspraktischen Begleitung sind gesetzes- und verordnungskonform¹³⁴.

VI. Pflegehilfsmittel

Eine Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit zieht normalerweise Kosten für Pflegehilfsmittel (Pflegebett, Rollstuhl, Duschrollstuhl etc.) nach sich. Zudem fallen für die Inkontinenzpflege sowie die Dekubitusprophylaxe je nach Art der Lähmung Auslagen an. Die Pflegehilfsmittel werden einerseits von der Krankenversicherung im Rahmen der Mittel und Gegenstände-Liste (sog. MiGel-Liste)¹³⁵ und andererseits von der Invalidenversicherung übernommen. Der Versicherte hat Anspruch auf die in den jeweiligen Hilfsmittellisten aufgeführten Hilfsmittel¹³⁶, unabhängig davon, ob er das fragliche Hilfsmittel oder ein gleichwertiges Hilfsmittel bereits angeschafft hat¹³⁷.

Die Hilfsmittellisten, insbesondere die im Anhang zur HVI enthaltene Liste, sind insofern abschliessend, als sie die in Frage kommenden Hilfsmittelkategorien aufzählen. Dagegen ist bei jeder Hilfsmittelkategorie zu prüfen, ob die Aufzählung der einzelnen Hilfsmittel (innerhalb der Kategorie) ebenfalls abschliessend oder bloss exemplifikativ ist¹³⁸. Die jeweiligen Hilfsmittel können entweder in natura - leihweise oder zu Eigentum - in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgeben¹³⁹ oder - im Bereich der Invaliden- und Militärversicherung - als Geldleistung (Amortisationsbeiträge, Ersatzleistung bzw. Entschädigung für Dienstleistungen

¹²⁹ Vgl. Art. 38 Abs. 1 IVV.

¹³⁰ Vgl. Art. 38 Abs. 3 IVV.

¹³¹ Vgl. BGE 133 V 450 E. 6.2.

¹³² Vgl. BGE 133 V 450 E. 10.2.

¹³³ Vgl. BGE 133 V 472 E. 5.3.2.

¹³⁴ Vgl. BGE 133 V 450 E. 9.

¹³⁵ Anhang 2 zur KLV (verfügbar unter <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04184/index.html> (zuletzt besucht am 18.2.2011)).

¹³⁶ Vgl. Art. 21 f. IVG und HVI, Art. 11 UVG und HVUV, Art. 21 MVG.

¹³⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 5 HVI.

¹³⁸ Vgl. BGE 121 V 260 E. 2b und Art. 2 Abs. 5 HVI.

¹³⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 3 IVG.



Dritter)¹⁴⁰ entschädigt werden. Die Invalidenversicherung hat die in der Hilfsmittelliste unter Ziffer 14 erwähnten und nachfolgend aufgeführten Pflegehilfsmittel (Hilfsmittel für die Selbstvorsorge) abzugeben:

- 14.01 WC-Dusch- und WC-Trockenanlagen sowie Zusätze zu bestehenden Sanitäreinrichtungen: - sofern die versicherte Person ohne einen solchen Behelf nicht zur Durchführung der betreffenden Körperhygiene fähig ist. Die Abgabe erfolgt leihweise.
- 14.02 Krankenheber: - Zur Verwendung im privaten Wohnbereich. Die Abgabe erfolgt leihweise.
- 14.03 Elektrobetten (mit Aufzugbügel, jedoch ohne Matratze und sonstiges Zubehör): - Zur Verwendung im privaten Wohnbereich für Versicherte, die darauf angewiesen sind, um zu Bett zu gehen und aufzustehen. Die Abgabe erfolgt leihweise. Dauernd Bettlägerige sind vom Anspruch ausgeschlossen. - Vergütet wird der Kaufpreis eines Bettes bis zum Höchstbeitrag von 2500 Franken. Der Beitrag an die Auslieferungskosten des Elektrobettes beträgt 250 Franken.
- 14.04 Invaliditätsbedingte bauliche Änderungen in der Wohnung: - Anpassen von Bade-, Dusch- und WC-Räumen an die Invalidität, Versetzen oder Entfernen von Trennwänden, Verbreitern oder Auswechseln von Türen, Anbringen von Haltestangen, Handläufen und Zusatzgriffen, Entfernen von Türschwellen oder Erstellen von Schwellenrampen, Installation von Signalanlagen für hochgradig Schwerhörige, Gehörlose und Taubblinde. Der Höchstbeitrag für Signalanlagen beträgt 1300 Franken.
- 14.05 Treppenfahrstühle und Rampen: - Für Versicherte, die ohne einen solchen Behelf ihre Wohnstätte nicht verlassen können. - Wird anstelle eines Treppenfahrstuhls ein Treppenlift eingebaut, so beträgt der Höchstbeitrag 8000 Franken. In diesem Fall besteht kein Anspruch auf Vergütung von Reparaturkosten. Die Abgabe erfolgt leihweise.
- 14.06 Assistenzhund für körperbehinderte Personen, - sofern die Eignung der versicherten Person als Assistenzhundhalterin erwiesen ist und sie dank dieser Hilfe eigenständiger zu Hause leben kann. Der Anspruch besteht nur für schwer körperbehinderte Erwachsene, die

¹⁴⁰ Vgl. Art. 21^{bis} Abs. 1 und 2 IVG sowie Art. 21 Abs. 2-4 MVG.



eine Entschädigung für eine Hilflosigkeit mittleren oder schweren Grades beziehen. Die Versicherung leistet zum Zeitpunkt der Abgabe des Assistenzhundes einen Pauschalbetrag von 15 500 Franken, der sich wie folgt zusammensetzt: 12 500 Franken für die Anschaffungskosten und 3000 Franken für Futter- und Tierarztkosten. Die Leistung kann maximal alle acht Jahre eingefordert werden, für jeden Hund jedoch nur einmal.

HAVE 2011 S. 115, 125

Einen darüber hinaus gehenden Pflegehilfsmittelkatalog kennen weder die AHV noch die Unfallversicherung. Pflegebedürftige AHV-Rentner erhalten entweder im Rahmen der Besitzstandswahrung die bisher von der Invalidenversicherung abgegebenen Pflegehilfsmittel oder sind auf die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten verwiesen. Die bis 31. Dezember 2010 geltende ELKV sah unter diesem Titel die leihweise Abgabe (*) bzw. die Abgabe zu Eigentum folgender Pflegehilfsmittel vor:

- Atmungsapparate bei Ateminsuffizienz (Ziffer 20*),
- Inhalationsapparate (Ziffer 21*),
- Automatische Zusätze zu Sanitäreinrichtungen, sofern ein Versicherter ohne diesen Behelf allein nicht zur betreffenden Körperhygiene fähig ist (Ziffer 22*),
- Krankenheber, sofern ärztlich bescheinigt ist, dass ein Krankenheber für die Hauspflege notwendig ist (Ziffer 23*),
- Elektrobetten, sofern ärztlich bescheinigt ist, dass ein Elektrobett für die Hauspflege eine absolute Notwendigkeit darstellt (Ziffer 24*),
- Nachtstühle (Ziffer 25),
- Coxarthrosestühle (Ziffer 26*) und
- Aufzugständer (Bettgalgen) (Ziffer 27*).

Die Kantone sind spätestens mit Wirkung ab 1. Januar 2011 gehalten, eine Vergütungspflicht für notwendige, zweckmässige und wirtschaftliche Hilfsmittel, namentlich Pflegehilfsmittel, vorzusehen, wobei sie den Umfang festlegen können¹⁴¹. Die meisten Kantone führen die frühere Pflegehilfsmittel-Liste der ELKV fort.

VII. Entschädigung für Dienstleistungen Dritter

Invaliden-¹⁴² und Militärversicherung¹⁴³ sehen einen Anspruch auf Dienstleistungen Dritter vor. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Versicherte die Voraussetzungen für die Abgabe eines bestimmten Hilfsmittels, namentlich auch, sofern erforderlich, eine dauernde existenzsichernde Erwerbstätigkeit ausführt¹⁴⁴, erfüllen würde, dieses aber wegen Gegebenheiten, die in seiner Person liegen, nicht benützen kann¹⁴⁵. An Stelle des Hilfsmittels erhält der Versicherte in einem solchen Fall eine Geldleistung.

¹⁴¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. f ELG.

¹⁴² Vgl. Art. 21^{bis} Abs. 2 IVG. Die Regeln der IV gelten sinngemäss auch für die AHV (vgl. Art. 4 HVU).

¹⁴³ Vgl. Art. 21 Abs. 4 MVG.

¹⁴⁴ Vgl. 118 V 200 E. 3c.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 112 V 11 E. 1a und EVGE 1968, S. 272.



Die monatliche Vergütung für die Dienstleistungen Dritter darf weder den Betrag des monatlichen Bruttoerwerbseinkommens des Versicherten noch den anderthalbfachen Mindestbetrag der ordentlichen einfachen Altersrente, d.h. CHF 1740.-, übersteigen¹⁴⁶. Hätte der Versicherte Anspruch auf ein Hilfsmittel, kann dieses aber nicht selber bedienen, z.B. selbst ein Motorfahrzeug lenken, sind ihm die Substitutionskosten bis zum vorerwähnten Maximalbetrag zu entschädigen. Ist der Versicherte bereits mit Hilfsmitteln, z.B. einem Hörgerät, adäquat versorgt, können auf Grund der substitutiven Natur keine zusätzlichen Dienstleistungen Dritter, z.B. eines Gebärdendolmetschers, gewährt werden¹⁴⁷. Die Dienstleistung Dritter darf lediglich den Ausfall gewisser Teile oder Funktionen des menschlichen Körpers kompensieren, um den Versicherten zu befähigen, den Arbeitsweg zurückzulegen oder berufliche Funktionen wahrzunehmen¹⁴⁸.

Die Hilfsmittelverordnung erwähnt insbesondere folgende Dienstleistungen Dritter¹⁴⁹:

- *Transport und Begleitung von Behinderten vom Wohn- zum Arbeitsort* anstelle eines Motorfahrzeuges oder eines Blindenführhundes, insbesondere auch Taxikosten,

- *Vorlesen von berufsnotwendigen Texten* zur Ermöglichung der Berufsausübung im Falle von Blindheit oder hochgradiger Sehbehinderung¹⁵⁰,

- *Dolmetschen von speziell anspruchsvollem Gesprächs-/Lernstoff*, wenn dies für die Berufsausübung oder den Schulbesuch im Falle von Gehörlosigkeit oder schwerer Hörbehinderung notwendig ist.

Gemäss dem Wortlaut des Verordnungstextes können nur berufsnotwendige Hilfsmittel, nicht aber andere Hilfsmittel, insbesondere solche im hauswirtschaftlichen Aufgabenbereich und Pflegehilfsmittel, substituiert werden, was die Frage nach der Rechtmässigkeit der Benachteiligung nicht erwerbstätiger Versicherter aufwirft.

Bei *Bürohilfskräften* ist zu unterscheiden, ob die Hilfskraft anstelle eines Hilfsmittels, das einen behinderungsbedingten Funktionsausfall des Versicherten, z.B. den Verlust der Sehkraft, substituiert, tätig ist oder nur Tätigkeiten ausführt, die der nur noch teilerwerbsfähige Versicherte behinderungsbedingt noch ausführen könnte bzw. ausgeführt hätte. Letztere Tätigkeiten stellen, auch wenn sie unter der Anleitung und Aufsicht

HAVE 2011 S. 115, 126

des Versicherten erfolgen, und zeitlich relativ kurz dauern, z.B. ca. zwei Wochenstunden, keine Dienstleistung Dritter dar¹⁵¹.

Haben Versicherte für die Erwerbstätigkeit in einem *Landwirtschafts- oder Gewerbebetrieb* Anspruch auf ein *kostspieliges Hilfsmittel*, das von der Invalidenversicherung nicht zurückgenommen oder nur schwer wieder abgegeben werden kann, so kann an Stelle des vom Versicherten angeschafften Hilfsmittels ein selbstamortisierendes *Darlehen* ausgerichtet werden¹⁵². Die Darlehenssumme verringert sich jährlich, je nach Abschreibungsdauer der Investitionen. Fallen die Anspruchsvoraussetzungen vor Ablauf der Abschreibungsdauer dahin, ist der Versicherte gegenüber der Invalidenversicherung zur Rückzahlung der Restschuld verpflichtet¹⁵³.

¹⁴⁶ Vgl. Rz. 1042 KHMI und Anhang 1 Ziff. 6.4.

¹⁴⁷ Vgl. Urteil EVG vom 17.3.2005 (I 354/03) E. 3.4.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 112 V 11 E. 1b und 96 V 84.

¹⁴⁹ Vgl. Rz. 1037 KHMI.

¹⁵⁰ Siehe dazu Urteil BGer vom 18.9.2009 (9C_493/2009) E. 5.2.2.3.

¹⁵¹ Vgl. BGE 112 V 11 E. 2 und 96 V 84.

¹⁵² Vgl. Art. 21^{bis} Abs. 2^{bis} IVG.

¹⁵³ Vgl. Urteil BGer vom 25.01.2008 (9C_592/2007) E. 3.2 und Botschaft vom 21.2.2001 über die 4. Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung = BBl 2001, S. 3205 ff., 3264.



VIII. Betreuungsgutschriften

Die Betreuungsgutschriften bestehen in einer jährlichen Rentengutschrift für Angehörige, die hilflose Personen im gleichen Haushalt betreuen, sofern diese mindestens in *mittlerem Grad* hilflos sind¹⁵⁴. Die Rechtsprechung hat gezeigt, dass es genügt, wenn die betreute Person hilflos ist und eine Hilflosenentschädigung der AHV/IV oder der Unfallversicherung¹⁵⁵ beanspruchen könnte. Ob sie tatsächlich eine Hilflosenentschädigung bezieht, ist unerheblich¹⁵⁶. Der Anspruch auf Anrechnung der Betreuungsgutschriften ist bei der kantonalen Ausgleichskasse am Wohnsitz der betreuten Person anzumelden; eine rückwirkende Geltendmachung ist während längstens fünf Jahren möglich¹⁵⁷. Die Anmeldung ist sowohl von der betreuenden als auch von der betreuten Person oder deren gesetzlichen Vertreter zu unterzeichnen¹⁵⁸.

Als Angehörige gelten abschliessend Urgrosseltern, Grosseltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatte, Geschwister, Kinder, Stiefkinder und Enkelkinder. Die Betreuungsgutschrift kann durch eine betreuende Person frühestens ab dem der Vollendung des 17. Altersjahres folgenden Kalenderjahres bis längstens zum 31. Dezember des Kalenderjahr, welches dem Eintritt des Versicherungsfalles Alter vorangeht, beansprucht werden. Der Anspruch steht nicht dem betreuungsbedürftigen Versicherten, sondern den ihn pflegenden Angehörigen zu.

Das *Erfordernis des gemeinsamen Haushaltes* mit der betreuten Person ist erfüllt bei gleicher Wohnung, einer anderen Wohnung im gleichen Gebäude oder einer Wohnung in einem anderen Gebäude auf demselben oder einem benachbarten Grundstück¹⁵⁹. Bei einer Entfernung von 800 Metern zwischen dem Haus der betreuenden und der Wohnung der pflegebedürftigen Person kann nicht mehr von einem benachbarten Grundstück bzw. von einem gemeinsamen Haushalt gesprochen werden¹⁶⁰. Der betreuende Angehörige muss zudem nicht permanent im gemeinsamen Haushalt wohnen, sich aber überwiegend dort aufhalten. Das Erfordernis des überwiegend gemeinsamen Haushaltes ist ab einem *Aufenthalt von insgesamt rund 180 Tagen im Jahr* erfüllt.

Die Betreuungsgutschrift wird unabhängig von der Betreuungs- und Pflegeintensität egalitär ausgerichtet und entspricht dem Betrag der dreifachen minimalen jährlichen Altersvollrente im Zeitpunkt der Entstehung des Rentenanspruchs, aktuell sind das CHF 41 760¹⁶¹. Bei verheirateten Personen wird die Betreuungsgutschrift während der Kalenderjahre der Ehe hälftig aufgeteilt¹⁶². Treffen die Anspruchsvoraussetzungen für mehrere Angehörige zu, ist die Betreuungsgutschrift durch die Anzahl Anspruchsberechtigter aufzuteilen und mit dem entsprechenden Bruchteil auf dem individuellen Konto (IK) der betreffenden Person einzutragen¹⁶³.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 29^{septies} AHVG und Art. 52g ff. AHVV.

¹⁵⁵ Siehe BGE 127 V 113 ff.

¹⁵⁶ Vgl. BGE 126 V 435 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 29^{septies} Abs. 5 AHVG.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 52i AHVV.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 52g AHVV.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 129 V 352 ff.

¹⁶¹ Vgl. Art. 29^{septies} Abs. 4 AHVG.

¹⁶² vgl. Art. 29^{septies} Abs. 6 AHVG.

¹⁶³ Vgl. Art. 52i AHVV.