

Der Bereitschafts- (Präsenz-) und Überwachungsschaden

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	101
II. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht	103
A. Leistungspflicht für stationäre Überwachungsmassnahmen	103
1. Allgemeines	103
2. Notwendigkeit eines Spitalaufenthalts	105
3. Notwendigkeit eines Heimaufenthalts	106
B. Leistungspflicht für ambulante Überwachungsmassnahmen	107
1. Allgemeines	107
2. Versicherte Überwachungsmassnahmen	108
a) Präventivmassnahmen	108
b) Kontrollen im Zusammenhang mit der Medikamenteneinnahme	109
c) Unterstützung für psychisch kranke Personen	110
d) Intensivpflege	110
(1) Allgemeines	110
(2) Dauernde Überwachungsbedürftigkeit	111
(3) Besonders intensive Überwachung	112
C. Leistungspflicht für eine Überwachungsbedürftigkeit im Rahmen der Hilfslosenentschädigung	113
1. Allgemeines	113
2. Überwachungsbedürftigkeit als Hilflosigkeit	114
a) Allgemeines	114
b) Überwachung und indirekte Dritthilfe	116
c) Überwachung und lebenspraktische Begleitung	117
d) Dauernde persönliche Überwachung	119
(1) Allgemeines	119
(2) Kollektive versus individuelle Aufsicht	119
(3) Persönliche Überwachungsbedürftigkeit	120
(4) Dauerhafte Überwachungsbedürftigkeit	121
III. Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht	122
A. Ersatzfähigkeit des Betreuungs- und Pflegeschadens	122
1. Allgemeines	122
2. Bereitschafts- und Überwachungszeiten	123
a) Allgemeines	123

b) Leistung durch Angehörige	125
B. Zeitliche Bemessung der Bereitschafts- und Überwachungszeit	126
1. Allgemeines	126
2. Ruf- und Arbeitsbereitschaft	127
3. Bereitschafts- und Überwachungszeit während des Tages und der Nacht	127
C. Monetäre Bemessung der Bereitschafts- und Überwachungszeit	128
1. Mehrkosten	128
2. Tatsächlicher Lohnausfall des Angehörigen	128
3. Normative Lohnkosten	128
a) Lohnkosten einer hypothetischen Ersatzkraft	128
b) Angemessene Entschädigung	129
(1) Pflegestundenansatz	129
(2) Haushaltstundenansatz	131
IV. Schadenminderungspflicht	134
A. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht	134
1. Schadenminderungspflicht des Versicherten	134
a) Allgemeines	134
b) Zumutbare Selbsteingliederung	135
c) Angemessenheit der Betreuungs- und Pflegekosten	135
2. Schadenminderungspflicht der Angehörigen des Versicherten	136
a) Allgemeines	136
b) Umfang der Schadenminderungspflicht	137
B. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht	141
1. Wahlrecht des Geschädigten	141
a) Allgemeines	141
b) Wahl der Betreuungs- und Pflegeform	141
c) Wahl der Pflegeperson	141
d) Nichtersatzfähigkeit fiktiver Betreuungs- und Pflegekosten	142
2. Tieferer Betreuungs- und Pflegekosten bei einem Auslandswohnsitz	143
3. Keine Schadenminderungspflicht der Angehörigen des Geschädigten	143
V. Vorteilsausgleichung	145
A. Abzug für den Ohnehinaufwand	145
1. Ohnehinaufwand bei Kindern	145
a) Sozialversicherungsrechtlicher Ohnehinaufwand	145
b) Haftpflichtrechtlicher Ohnehinabzug	147
2. Ohnehinaufwand bei älteren und bereits hilfsbedürftigen Geschädigten	150
B. Kompensation mit dem hauswirtschaftlichen Versorgungsaufwand	150
1. Versorgungsanteil des Geschädigten	150
2. Versorgungsanteil der betreuenden Angehörigen	152
3. Versorgungsanteil von Dritten	153
C. Kompensation mit dem Freizeitgewinn	153
D. Tod des betreuenden Angehörigen	154
Literaturverzeichnis	155

I. Einleitung

Schwere Gesundheitsschäden, namentlich Lähmungen, Schädel-Hirn-Trauma und Demenzerkrankungen, schränken regelmässig die Selbstversorgungsfähigkeit nachhaltig ein. Der davon Betroffene bedarf nicht nur der *Pflege und Betreuung*, sondern auch der steten Überwachung durch eine oder mehrere Personen, die entweder auf Abruf Hilfe leisten oder in der Nähe des Hilfsbedürftigen sich aufhalten müssen, um bei Bedarf einschreiten zu können. Mit *Überwachungs- und Präsenzdienstleistungen* vergleichbar sind *Präventivbesuche*, mit denen das Auftreten von Krankheiten und Pflegebedürftigkeit sowie die Stärkung positiver und die Verminderung negativer Kontextfaktoren bezweckt wird¹. Von 1992 bis 1998 wurde im Rahmen des Nationalfonds Programms NFP 32 untersucht, wie wirksam präventive Beratung und Hausbesuche sind. Es zeigte sich, dass damit die Unabhängigkeit im Alter entscheidend gefördert werden konnte². Mit dieser randomisiert kontrollierten Studie wurde nachgewiesen, dass präventive Hausbesuche bei noch nicht pflegebedürftigen, über 75-jährigen zu Hause Lebenden das Auftreten von Pflegebedürftigkeit auf 3 % beschränken können, während 12 % der nicht besuchten Kontrollbetagten pflegebedürftig wurden und 6 % in ein Pflegeheim eintreten mussten, aber niemand von der besuchten Gruppe. Im Verlaufe von drei Jahren konnten durch die Hausbesuche pro besuchten Betagten Einsparungen von CHF 1'141 erreicht werden, vor allem durch das Vermeiden der kostspieligen Heimaufenthalte³.

Die «Überwachung» von Hilfsbedürftigen, vor allem wenn sie «Rund-um-die-Uhr» zu erfolgen hat, wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf. In sozialversicherungs- und haftpflichtrechtlicher Hinsicht stellt sich vor allem die Frage, ob eine *Ersatzpflicht für die verschiedenen Formen einer Überwachung hilfsbedürftiger Personen* besteht. Aus der arbeitsrechtlichen Perspektive ist unklar, ob es sich bei der Überwachung um *Arbeit auf Abruf, Pikett- oder Bereitschaftsdienst* handelt und wie diese Dienstleistungen zu entlohnen und ruhezeitrechtlich zu quali-

¹ Vgl. ANDERS JENNIFER/SCHMIDT CORDULA/GEBERT ANNE, et al., Beraterhandbuch. Präventive Hausbesuche bei Senioren, Hannover 2009; SCHMOCKER HEIDI, Durchführung präventiver Hausbesuche bei älteren Menschen. Studienergebnisse und Qualitätskriterien, Schlussbericht Projekt Eiger, Bern 1999; SCHMOCKER HEIDI/OGGIER WILLY, et al., Gesundheitsförderung im Alter durch präventive Hausbesuche, Ein neues Betreuungsmodell aus pflegerischer, geriatrischer und ökonomischer Sicht. Schriftenreihe Schweizerische Gesellschaft für Gesundheitspolitik (SGGP) Nr. 62, Muri 2000.

² Vgl. HÖPFLINGER FRANÇOIS/STUCKELBERGER ASTRID, Alter Anziani Vieillesse, Hauptergebnisse und Folgerungen aus dem Nationalen Forschungsprogramm NFP 32, Bern 1999 <http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/nfp_resultate_nfp32_d.pdf>.

³ Vgl. WETTSTEIN ALBERT, Stellenwert der Gesundheit im Alter, in: CHSS 2005/5, 269 ff., 271.

fizieren sind. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der sozialversicherungs- und der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht für Überwachungsmassnahmen zu Gunsten von Geschädigten.

II. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

A. Leistungspflicht für stationäre Überwachungsmassnahmen

1. Allgemeines

Die Unfall- und Krankenversicherung sowie die Invalidenversicherung decken die Behandlungskosten, die im Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung⁴ und der Vornahme von Pflegemassnahmen⁵ entstehen⁶. Die Pflegemassnahmen werden von den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen unterschiedlich benannt. Die Unfallversicherung deckt «Pflegeleistungen»⁷ unter Einschluss der «Hauspflege»⁸, während die Invalidenversicherung «medizinische Massnahmen»⁹ bzw. «Anstalts- oder Hauspflege»¹⁰ und die Krankenversicherung «Pflegemassnahmen»¹¹ bzw. «Massnahmen der Untersuchung und Behandlung»¹² und «Grundpflege»¹³ versichert.

Während die Arztbehandlungskosten vollumfänglich übernommen werden, besteht bei den Pflegekosten eine unterschiedliche Deckung. *Unfall- und Invalidenversicherung* entschädigen nur die Kosten der *Behandlungspflege* und der sog. *akzessorischen Grundpflege*^{14, 15}, während in der obligatorischen *Krankenpflegeversicherung* *Behandlungs- und Grundpflegemassnahmen* generell versichert sind, sofern sie von einem anerkannten Leistungserbringer erbracht werden und eine ärztliche Anordnung besteht¹⁶. Die *Behandlungspflege* bezweckt die

⁴ Vgl. Art. 10 UVG, Art. 25 Abs. 2 lit. a bis e KVG und Art. 14 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVG.

⁵ Vgl. Art. 18 UVV, Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG und Art. 12 f. und Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG.

⁶ Die Pflegemassnahmen werden von den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen unterschiedlich benannt. Die Unfallversicherung deckt «Pflegeleistungen» (Art. 21 Abs. 1 UVG) unter Einschluss der «Hauspflege» (Art. 18 UVV), während die Invalidenversicherung «medizinische Massnahmen» (Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 IVG) bzw. «Anstalts- oder Hauspflege» (Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG) und die Krankenversicherung «Pflegemassnahmen» (Art. 26 Abs. 2 lit. a KVG) bzw. «Massnahmen der Untersuchung und Behandlung» (Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV) und «Grundpflege» (Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV) versichert.

⁷ Vgl. Art. 21 Abs. 1 UVG.

⁸ Vgl. Art. 18 UVV.

⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 IVG.

¹⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG.

¹¹ Vgl. Art. 26 Abs. 2 lit. a KVG.

¹² Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV.

¹³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV.

¹⁴ Vgl. BGE 120 V 280 E. 3b und 116 V 41 E. 5a–c und 7c sowie Urteil EVG vom 18.08.2003 (U 213/02) E. 4.

¹⁵ 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).

¹⁶ Vgl. Art. 7 ff. KLV.

*Behandlung eines Gesundheitsschadens*¹⁷. Dazu zählen beispielsweise die tägliche Verabreichung von Medikamenten und das Anlegen einer Bandage¹⁸ sowie das Katheterisieren oder Klopfen und Pressen der Blase, das Anlegen eines Kondoms mit Urinal und das digitale Stuhlausräumen¹⁹. Die *Grundpflege* umfasst die *Hilfe bei der Vornahme einer elementaren Selbstversorgungstätigkeit*, die der Versicherte selbst nicht mehr ausführen kann²⁰, wie etwa Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen, Betten, Lagern, Bewegungsübungen, Mobilisieren, Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden oder beim Essen und Trinken²¹.

Bei einer stationären Behandlung in einem Spital sind neben der ärztlichen Behandlung und der Pflege auch die *Unterkunft und Verpflegung* mitversichert²². Die Überwachung der Versicherten ist bei einer stationären Unterbringung in einem Spital zwangsläufig mitversichert, da das Spitalpersonal rund um die Uhr anwesend ist. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen in Bezug auf spitalinterne Überwachungsmassnahmen auch im interkantonalen Bereich nicht, da die Differenzzahlungspflicht auch ambulante und teilstationäre Leistungen im Spital betrifft²³.

Hält sich der überwachungsbedürftige Versicherte in einem Pflegeheim auf oder wird er zu Hause betreut, ist demgegenüber die Qualifikation der Überwachungsmassnahmen von entscheidender Bedeutung. Der Aufenthalt in einem Pflegeheim ist zwar wie ein Spitalaufenthalt stationär, gilt sozialversicherungsrechtlich aber als ambulante Betreuung²⁴. Entsprechend werden die Pflegeheimkosten von der Unfall- und der Krankenversicherung nur anteilmässig im Umfang der versicherten Pflegemassnahmen übernommen. Die Unfallversicherer bezahlen die im Zusammenhang mit der Vornahme der versicherten Pflegemassnahmen anfallenden Kosten, die Krankenversicherer leisten eine nach Zeitaufwand abgestufte pauschale *Pflegetaxe*²⁵. Der Versicherte hat die Pensions- und übrigen Betreuungskosten zu bezahlen und mit In-Kraft-Treten der Neuen Pflegefinanzierung ab 1. Januar 2011 zusätzlich zu Franchise und dem allgemeinen

¹⁷ Siehe dazu die in Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ff. KLV aufgeführten Massnahmen.

¹⁸ Vgl. BGE 107 V 136 E. 1b, 106 V 153 E. 2a und 105 V 52 E. 4.

¹⁹ Vgl. BGE 116 V 41 E. 4b.

²⁰ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV.

²¹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV.

²² Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. e KVG, Art. 10 Abs. 1 lit. c UVG sowie Art. 14 Abs. 2 IVG.

²³ Vgl. Urteil EVG vom 21.12.2001 (K 203/98) E. 3.

²⁴ Vgl. Art. 50 KVG.

²⁵ Vgl. z.B. Art. 9 Abs. 4 und Art. 9a Abs. 2 KLV.

Selbstbehalt einen *Pflegekostenselbstbehalt* zu leisten²⁶. Diesbezüglich stellt sich deshalb die grundsätzliche Frage, ob und inwieweit *Bereitschafts- und Überwachungsmaßnahmen als Pflegemaßnahmen* qualifiziert werden können oder eine Hilflosigkeit bzw. einen anderen Leistungstatbestand begründen.

2. Notwendigkeit eines Spitalaufenthalts

Die Leistungspflicht für eine Spitalpflege setzt voraus, dass beim Versicherten eine medizinische oder eine soziale Spitalbedürftigkeit vorliegt. Spitalbedürftigkeit ist einerseits dann gegeben, wenn die notwendigen diagnostischen und therapeutischen Massnahmen nur in einem Spital zweckmässig durchgeführt werden können, andererseits auch dann, wenn die Möglichkeiten ambulanter Behandlung erschöpft sind und nur noch im Rahmen eines Spitalaufenthaltes Aussicht auf einen Behandlungserfolg besteht (sog. medizinische Spitalbedürftigkeit).

Eine Leistungspflicht für den Spitalaufenthalt auch dann bestehen, wenn der Krankheitszustand des Versicherten einen solchen nicht unbedingt erforderlich macht, die medizinische Behandlung jedoch wegen besonderer persönlicher Lebensumstände nicht anders als im Spital durchgeführt werden kann (sog. soziale Spitalbedürftigkeit)²⁷. Eine derartige Spitalbedürftigkeit liegt vor, wenn ein Versicherter wegen seines hohen Alters, seiner familiären Verhältnisse oder weil er alleinstehend ist, keine Möglichkeit hat, die seinem Zustand entsprechende Pflege und Beaufsichtigung zu Hause zu erhalten, oder wenn dies der Familie des Versicherten nicht zugemutet werden kann²⁸.

Ist der Versicherte nicht mehr spital-, aber heim- bzw. spitexbedürftig²⁹, gilt nach der derzeitigen Rechtsprechung eine *Übergangszeit von einem Monat für die Umplatzierung ins Heim*³⁰. Mit In-Kraft-Treten der Neuen Pflegefinanzierung besteht ein *Anspruch auf eine zweiwöchige Akut- und Übergangspflege*³¹. Leistungen der Akut- und Übergangspflege umfassen alle in Art. 7 Abs. 2 KLV aufgeführten Massnahmen (Abklärung, Beratung und Untersuchung sowie Behandlungs- und Grundpflege), welche sich im Anschluss an einen Spitalaufenthalt

²⁶ Vgl. Art. 25a Abs. 5 nKVG.

²⁷ Vgl. BGE 126 V 323 E. 2b und 120 V 206 E. 6a.

²⁸ Vgl. BGE 115 V 38 E. 3b/aa.

²⁹ Für psychiatrische Dauerpatienten gelten, auch wenn der Gesundheitszustand Schwankungen unterworfen ist, prinzipiell die Regeln für Pflegeheimpatienten, sofern nicht vorübergehende Verschlimmerungen des Leidens wieder eine Akutspitalbedürftigkeit bewirken (vgl. BGE 120 V 200 E. 6a und Urteil EVG vom 20.10.2006 [K 20/06] E. 3.1).

³⁰ Vgl. BGE 124 V 362 = RKUV 1999, 31 E. 2c. Siehe ferner Urteil EVG vom 27.12.2000 (K 11/00) E. 3.

³¹ Vgl. Art. 26a Abs. 2 KVG.

halt als notwendig erweisen und die im Spital ärztlich angeordnet³² und von freiberuflichen Pflegefachpersonen, einer Spitex-Organisation oder einem Pflegeheim durchgeführt werden³³. Akut- und Übergangspflege werden nach den *Regeln der Spitalfinanzierung*³⁴ und nicht nach den sonst üblichen Pflgetarifen entschädigt³⁵.

Sowohl im Kontext mit der Spitalbedürftigkeit als auch der Akut- und Übergangspflegebedürftigkeit ist kontrovers, ob eine blossse Überwachungsbedürftigkeit genügt oder eine eigentliche Behandlungsbedürftigkeit erforderlich ist. Zumindest eine soziale Spitalbedürftigkeit ist gegeben, wenn der Versicherte *die seinem Zustand* entsprechende Beaufsichtigung zu Hause nicht erhält oder wenn eine Beaufsichtigung der Familie des Versicherten nicht zugemutet werden kann³⁶. Das EVG hat aber den Standpunkt geschützt, dass keine Spitalbedürftigkeit vorliegt, wenn der Versicherte nur der *Überwachung* und einer *Medikation im Sinne der Ruhigstellung* bedürfe³⁷. Auch eine seit Jahren bestehende *chronifizierte Schizophrenie* führt selbst in fortgeschrittenem Stadium für sich allein nicht zu einer Spitalbedürftigkeit³⁸. Demgegenüber bejaht das EVG eine Spitalbedürftigkeit im Fall einer Mutter, die neben dem Versicherten zwei weitere Kinder betreuen muss und wegen Rückenproblemen nicht voll leistungsfähig ist. Von dieser kann auf Dauer nicht verlangt werden, während rund neun Stunden am Tag bei allen Gelegenheiten darauf zu achten, Bewegungen zu stimulieren, mehrmals täglich die vierzig Minuten dauernde Getränkeaufnahme sowie die ebenfalls zeitraubende Essenseingabe vorzunehmen und den Versicherten auch sonst nahezu rund um die Uhr zu betreuen³⁹.

3. Notwendigkeit eines Heimaufenthalts

Wie bei der Abgrenzung der stationären Unterbringung in einem Spital oder einem Heim stellt sich auch im Verhältnis zwischen der Haus- und der Heimpflege die Frage, welche der beiden Betreuungsformen bei einer Überwachungsbedürftigkeit zweckmässig bzw. wirtschaftlich sind⁴⁰. Im Fall eines Wachkomapatienten ist die Hauspflege unzweckmässig, weshalb der Krankenversicherer

³² Vgl. Art. 25a Abs. 2 nKVG.

³³ Vgl. Art. 7 Abs. 3 nKLV.

³⁴ Siehe Art. 49a nKVG.

³⁵ Vgl. Art. 25a Abs. 2 nKVG.

³⁶ Vgl. BGE 115 V 38 E. 3b/aa.

³⁷ Vgl. Urteil EVG vom 20.10.2005 (K 44/05) E. 2 und vom 14.04.2005 (K 157/04) E. 2.

³⁸ Vgl. Urteil EVG vom 20.10.2006 (K 20/06) E. 3.1.

³⁹ Vgl. Urteil EVG vom 13.09.2004 (I 107/04) E. 3.2.

⁴⁰ Eine tarifbedingte Veränderung der Pflegekosten hat keinen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit (vgl. Urteil SozVersGer ZH vom 28.07.2009 [KV.2008.00073] E. 2.2.2).

nur dann leistungspflichtig ist, wenn der Versicherte in einem Pflegeheim betreut wird⁴¹. Bei einer Versicherten, die an einer Chorea Huntington-Krankheit leidet und bei der eine zeitweise ständige Überwachungsbedürftigkeit vorliegt, sind Spitex- und Heimpflege gleichwertig⁴².

B. Leistungspflicht für ambulante Überwachungsmassnahmen

1. Allgemeines

Pflegemassnahmen werden am Versicherten *aktiv* ausgeführt. Die KLV führt beispielsweise folgende Pflegeverrichtungen auf⁴³:

- Messung der Vitalzeichen (Puls, Blutdruck, Temperatur, Atem, Gewicht),
- Bestimmung des Zuckers in Blut und Urin,
- Entnahme von Untersuchungsmaterial zu Laborzwecken,
- Massnahmen zur Atemtherapie (wie O²-Verabreichung, Inhalation, einfache Atemübungen, Absaugen),
- Einführen von Sonden oder Kathetern und die damit verbundenen pflegerischen Massnahmen,
- Verabreichung von Medikamenten, insbesondere durch Injektion oder Infusion,
- enterale oder parenterale Verabreichung von Nährlösungen,
- Spülen, Reinigen und Versorgen von Wunden (inkl. Dekubitus- und Ulcus-cruris-Pflege) und von Körperhöhlen (inkl. Stoma- und Tracheostomiepflege) sowie Fusspflege bei Diabetikern,
- pflegerische Massnahmen bei Störungen der Blasen- oder Darmentleerung, inkl. Rehabilitationsgymnastik bei Inkontinenz,
- Hilfe bei Medizinal-Teil- oder -Vollbädern sowie die Anwendung von Wickeln, Packungen und Fangpackungen.

Präventive Kontrollen und Überwachungsmassnahmen erfolgen demgegenüber naturgemäss *passiv*. Der Leistungserbringer wartet extern, bis er vom Versicherten für die Vornahme einer Pflegemassnahme gerufen wird, oder befindet sich beim Versicherten zu Hause und wartet, bis eine Verrichtung wirkt oder vorgenommen werden muss. Rein vom Wortlaut umfassen die vorerwähnten Pflege-

⁴¹ Vgl. Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 3.

⁴² Vgl. RKUV 1999, 64.

⁴³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ff. KLV.

leistungen Wartezeiten nicht. Nur ausnahmsweise erwähnt der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber explizit, dass auch die Überwachung versichert ist. So wird etwa in der KLV die *Überwachung von Infusionen, Transfusionen und Geräten*, die der Behandlung oder der Kontrolle und Erhaltung von vitalen Funktionen dienen⁴⁴. Bei den anderen Pflegeverrichtungen stellt sich aber die Frage, ob Wartezeiten zu entschädigen sind. *Ob und inwieweit diese externen Wartezeiten oder solche beim Versicherten als akzessorische Pflegemassnahmen gelten, ist weitgehend ungeklärt*. Schwierigkeiten bestehen sodann in Bezug auf die Abgrenzung von Wartezeiten bei der Durchführung von Pflegemassnahmen und der übrigen Überwachung von Geschädigten.

Keine medizinische Massnahmen (Behandlungspflege) sind nach der Praxis beispielsweise die ständige Betreuung und Überwachung eines an Autismus erkrankten Versicherten durch seine Eltern während der Schulferien und regelmässigen Wochenendaufenthalten⁴⁵, der allwöchentliche Hütedienst einer Krankenschwester⁴⁶ und die Überwachung eines Versicherten, bei dem unregelmässig, aber wiederkehrend schmerzhaft Blockierungen des Beins auftreten⁴⁷. Bei der von der Sitzwache vorgenommenen Umlagerung und Überwachung des Patienten handelt es sich aber um pflegerische Massnahmen, welche zudem ein normales Ausmass übersteigen, weshalb – im Anwendungsbereich der Zusatzversicherung – eine höhere Pflegetarifstufe gerechtfertigt ist⁴⁸.

2. Versicherte Überwachungsmassnahmen

a) Präventivmassnahmen

Die geltende Regelung kennt nur *ausnahmsweise eine Leistungspflicht für Präventivmassnahmen im Rahmen der ambulanten Pflegeentschädigung*. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten für bestimmte von einem Arzt durchgeführte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zu Gunsten von Versicherten, die in erhöhtem Masse gefährdet sind⁴⁹.

Nach Art. 33 Abs. 2 KVG bezeichnet der Bundesrat in einer Positivliste die Leistungen für medizinische Prävention i.S.v. Art. 26 KVG. Gestützt auf die dem Bundesrat in Art. 33 Abs. 5 KVG eingeräumte Delegationskompetenz hat er

⁴⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 9 KLV.

⁴⁵ Vgl. Urteil EVG vom 28.04.2003 (I 411/01) E. 3.2.

⁴⁶ Vgl. Urteil EVG vom 23.10.2001 (I 643/00) E. 3b.

⁴⁷ Vgl. Urteil Sozialversicherungsgericht des Kt. Zürich vom 28.01.2009 (UV.2007.00455) E. 4.3.

⁴⁸ Vgl. Urteil EVG vom 07.05.2002 (K 41/01) E. 3c.

⁴⁹ Vgl. Art. 26 KVG.

die Befugnis zum Erlass der von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmenden Präventivmassnahmen an das Eidgenössische Departement des Innern subdelegiert⁵⁰.

Der Verordnungsgeber hat die versicherten Präventivmassnahmen als *Positivliste* in Art. 12 KLV im Einzelnen bezeichnet⁵¹, aber weder die präventive Kontrolle des Versicherten noch Überwachungsmassnahmen generell in den Leistungskatalog aufgenommen. Die dort aufgeführten medizinischen Präventionsmassnahmen umfassen⁵²:

- prophylaktische Impfungen⁵³;
- Massnahmen zur Prophylaxe von Krankheiten⁵⁴;
- Untersuchungen des allgemeinen Gesundheitszustandes⁵⁵;
- Massnahmen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten bei bestimmten Risikogruppen⁵⁶;
- Massnahmen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten in der allgemeinen Bevölkerung, einschliesslich Massnahmen, die sich an alle Personen einer bestimmten Altersgruppe oder an alle Männer oder alle Frauen richten⁵⁷.

Die in der KLV einzeln aufgeführten Massnahmen zur frühzeitigen Erkennung dienen der Prävention bestimmter Krankheiten, nicht aber der Prävention einer drohenden Pflegebedürftigkeit. Insbesondere präventive Hausbesuche sind im Verordnungstext nicht erwähnt.

b) Kontrollen im Zusammenhang mit der Medikamenteneinnahme

Versichert sind die Beratung des Versicherten und dessen Angehörigen, insbesondere im Umgang mit Krankheitssymptomen, bei der Einnahme von Medikamenten oder beim Gebrauch medizinischer Geräte, und die Vornahme der notwendigen Kontrollen in Bezug auf die Medikamenteneinnahme und die Bedienung medizinischer Geräte durch die anerkannten Leistungserbringer⁵⁸, insbesondere die Überwachung von Infusionen, Transfusionen und Geräten, die der Behandlung oder der Kontrolle und Erhaltung von vitalen Funktionen die-

⁵⁰ Vgl. Art. 33 lit. d KVV.

⁵¹ Vgl. BGE 129 V 171 E. 3.2.

⁵² Vgl. Art. 12 ff. KLV.

⁵³ Vgl. Art. 12a KLV.

⁵⁴ Vgl. Art. 12b KLV.

⁵⁵ Vgl. Art. 12c KLV.

⁵⁶ Vgl. Art. 12d KLV.

⁵⁷ Vgl. Art. 12e KLV.

⁵⁸ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 KLV.

nen⁵⁹. Im Gegensatz zu den medizinischen Präventionsmassnahmen sind derartige Kontrollbesuche auch dann versichert, wenn sie nicht von einem Arzt, sondern einer anerkannten Pflegefachperson oder einer Spitexorganisation vorgenommen werden oder in einem Pflegeheim notwendig sind.

c) Unterstützung für psychisch kranke Personen

Das Bundesgericht hat 2005 festgestellt, dass auch psychisch Kranke bzw. Demenzkranke Anspruch auf Pflegemassnahmen haben, diese sich aber nicht unbedingt in den in der KLV aufgeführten «klassischen» Pflegemassnahmen der Behandlungs- und Grundpflege erschöpfen⁶⁰. Das Luzerner Gericht erwog, dass im Rahmen der *psychogeriatrischen Grundpflege* auch *Unterstützungs- und Überwachungsmassnahmen* versichert sind. Als Folge dieser Rechtsprechung wurden mit Wirkung ab dem 1. Januar 2007 Ziffern 13 und 15 in Litera b und Ziffer 2 in Litera c von Absatz 2 des Artikels 7 KLV aufgenommen.

Nach diesen Bestimmungen ist auch die *Unterstützung für psychisch kranke Personen in Krisensituationen*, insbesondere zur Vermeidung von akuter Selbst- oder Fremdgefährdung, versichert. Die Massnahmen zur Überwachung und Unterstützung psychisch kranker Personen in der grundlegenden Alltagsbewältigung umfassen namentlich die *Erarbeitung und Einübung einer angepassten Tagesstruktur*, das *zielgerichtete Training zur Gestaltung und Förderung sozialer Kontakte*, die *Unterstützung beim Einsatz von Orientierungshilfen* und *Sicherheitsmassnahmen*⁶¹.

d) Intensivpflege

(1) Allgemeines

Die Invalidenversicherung gewährt medizinische Eingliederungsmassnahmen⁶². Seit dem In-Kraft-Treten der 5. IVG-Revision⁶³ besteht *kein Anspruch auf medizinische Eingliederungsmassnahmen für Erwachsene mehr* bzw. nur noch für Versicherte vor dem vollendeten 20. Altersjahr. Mit Ausnahme derjenigen im Rahmen der *Geburtsgebrechensversicherung*⁶⁴ werden medizinische Massnahmen (Behandlungspflege unter Einschluss der akzessorischen Grundpflege)

⁵⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 9 KLV.

⁶⁰ Vgl. BGE 131 V 178 ff.

⁶¹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 KLV.

⁶² Vgl. Art. 12 ff. IVG.

⁶³ Am 01.01.2008 erfolgt.

⁶⁴ Siehe dazu Art. 13 IVG und BGE 112 V 347 ff. (Leistungspflicht der Geburtsgebrechensversicherung, wenn das Geburtsgebrechen Hauptursache für die notwendigen Behandlungsmassnahmen ist).

zudem nur gewährt, wenn sie nicht auf die Behandlung des Leidens an sich⁶⁵, sondern unmittelbar auf die Eingliederung ins Erwerbsleben oder in den Aufgabenbereich gerichtet und geeignet sind, das rentenrelevante funktionelle Leistungsvermögen dauernd und wesentlich zu verbessern oder vor wesentlicher Beeinträchtigung zu bewahren⁶⁶.

Im Rahmen der 4. IV-Revision ist neben der Entschädigung für lebenspraktische Begleitung auch ein *Intensivpflegezuschlag*⁶⁷ eingeführt worden, der die Hauspflegeentschädigung i.S.v. Art. 4 aIVV ersetzt hat⁶⁸. Die Intensivpflegeentschädigung steht nur *Minderjährigen* zu, die sich nicht in einem Heim aufhalten⁶⁹. Die Intensivpflegeentschädigung wird pro Tag abgerechnet und besteht in einer von der Hilflosenentschädigung unabhängigen Geldleistung⁷⁰.

(2) Dauernde Überwachungsbedürftigkeit

Die «Intensivpflege»⁷¹ umfasst den behinderungsbedingten *Mehrbedarf an Behandlungs- und Grundpflege* und *persönlicher Überwachung* im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen gleichen Alters⁷². Unter der Geltung der früheren Hauspflegeentschädigung i.S.v. Art. 4 aIVV hat das EVG anerkannt, dass bei überwachungsbedürftigen Versicherten, z.B. bei Trisomie 21, auch externe Entlastungsdienste, z.B. in einer Spielgruppe, zum Hauspflegeaufwand zu zählen sind, nicht zuletzt weil auch nichtbehinderte Geschwister Anrecht auf eine ihren Möglichkeiten entsprechende Entwicklung und elterliche Zuwendung haben⁷³.

In zeitlicher Hinsicht wird vorausgesetzt, dass der *Pflege- und Überwachungsmehrbedarf mindestens vier Stunden pro Tag* ausmacht⁷⁴. Wird der Versicherte von den Eltern und extern, z.B. in einer Sonderschule oder Tagesstätte, betreut, ist der *durchschnittliche objektive Betreuungsaufwand* und nicht allein die Be-

⁶⁵ Eine Behandlung des Leidens an sich stellen insbesondere die Behandlung von Verletzungen, Infektionen sowie inneren und parasitären Krankheiten dar (vgl. Art. 2 Abs. 4 IVV).

⁶⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 1 IVG.

⁶⁷ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG und Art. 39 IVV.

⁶⁸ Nach Art. 4 aIVV bestanden jedoch andere Anspruchsvoraussetzungen (vgl. Urteil EVG vom 27.12.2005 [I 231/05] E. 1.4.1).

⁶⁹ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG.

⁷⁰ Der monatliche Intensivpflegezuschlag beträgt bei einem invaliditätsbedingten Mehrbedarf an Behandlungs- und Grundpflege von mindestens acht Stunden pro Tag 60 %, bei einem solchen von mindestens sechs Stunden pro Tag 40 % und bei einem solchen von mindestens vier Stunden pro Tag 20 % des Höchstbetrages der AHV-Altersrente (vgl. Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG).

⁷¹ Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG und Art. 39 Abs. 1 IVV sprechen von «intensiver Betreuung».

⁷² Vgl. Art. 39 Abs. 2 und 3 IVV.

⁷³ Vgl. Urteile EVG vom 14.06.2004 (I 177/01) E. 3.3.1 f. und vom 30.04.2004 (I 378/01) E. 2.3.

⁷⁴ Vgl. Art. 39 Abs. 1 IVV.

treuung in der Sonderschule massgebend⁷⁵. Nicht anrechenbar sind ärztlich verordnete medizinische Massnahmen, die durch medizinische Hilfspersonen vorgenommen werden, sowie pädagogisch-therapeutische Massnahmen⁷⁶.

Der Anspruch auf den pauschalen Intensivpflegezuschlag setzt nicht voraus, dass der Versicherte während bestimmter Stunden am Tag pflegerische Unterstützung benötigt. Mit dem pauschalen Intensivpflegezuschlag soll vielmehr die für die Eltern extrem belastende Tatsache einer darüber hinaus gehenden, *rund um die Uhr notwendigen, invaliditätsbedingten Überwachung* abgegolten werden⁷⁷. Bedarf ein minderjähriger Versicherter infolge Beeinträchtigung der Gesundheit – zusätzlich – einer *dauernden Überwachung*, so kann diese als «Intensivpflege» von *zwei Stunden* angerechnet werden. Eine *besonders intensive behinderungsbedingte Überwachung* ist als «Intensivpflege» von *vier Stunden* anrechenbar⁷⁸.

Eine Überwachung im Zusammenhang mit alltäglichen Lebensverrichtungen kann pauschal bei der Intensivpflegeentschädigung oder bei der Hilflösenentschädigung, nicht aber doppelt berücksichtigt werden⁷⁹. Dies trifft insbesondere für eine vermehrte Aufsicht und Aufmerksamkeit der Betreuungsperson des Versicherten, beispielsweise auf dem Spielplatz, zu⁸⁰. Eine dauernde, aber keine besonders intensive Überwachungsbedürftigkeit besteht bei einem Versicherten, der nach einer Hirnblutung an einer Cerebralparese und Epilepsie leidet und nicht längere Zeit allein gelassen und bei der Nahrungsaufnahme beaufsichtigt werden muss, weil er sonst weglaufen und etwas anderes machen würde⁸¹.

(3) Besonders intensive Überwachung

Eine besonders intensive dauernde Überwachung liegt vor, wenn von der Betreuungsperson überdurchschnittlich hohe Aufmerksamkeit und ständige Interventionsbereitschaft gefordert wird⁸². Eine besonders grosse, mit vier Stunden zu gewichtende Überwachungsintensität ist anzunehmen in schweren Fällen von Autismus, bei denen ein Kind keine fünf Minuten aus den Augen gelassen werden kann und die Eltern permanent intervenieren müssen⁸³. Keine besonders

⁷⁵ Vgl. Urteil BGer vom 05.03.2007 (I 567/06) E. 5.3 und 6.2.

⁷⁶ Siehe Art. 39 Abs. 2 IVV.

⁷⁷ Vgl. Urteil EVG vom 19.12.2006 (I 684/05) E. 4.4.

⁷⁸ Vgl. Art. 39 Abs. 3 IVV.

⁷⁹ Vgl. Urteile BGer vom 17.04.2008 (9C_627/2007) E. 4.4.2 und vom 05.03.2007 (I 567/06) E. 5.2 sowie Urteil EVG vom 06.10.2005 (I 67/05) E. 4.2.

⁸⁰ Vgl. Urteile BGer vom 17.04.2008 (9C_627/2007) E. 4.4.2 und vom 05.03.2007 (I 567/06) E. 5.2.

⁸¹ Vgl. Urteil BGer vom 01.03.2007 (I 386/06) E. 6.2.

⁸² Vgl. Ziffer 8077 KSiH.

⁸³ Vgl. Urteil EVG vom 19.12.2006 (I 684/05) E. 4.4. Siehe ferner Urteile BGer vom 10.01.2008 (I 49/07) E. 6 (bejaht bei schwerem Autismus) und 01.03.2007 (I 386/06) E. 6 (verneint bei Epilepsie).

intensive Überwachungsbedürftigkeit besteht bei einem Versicherten, der an einer angeborenen cerebralen Lähmung (Geburtsgebrechen Ziff. 390 GgV-Anhang) und angeborenen Herz- und Gefässmissbildungen (Geburtsgebrechen Ziff. 313 GgV-Anhang) leidet und einen Kopfschutzhelm tragen muss⁸⁴.

C. Leistungspflicht für eine Überwachungsbedürftigkeit im Rahmen der Hilflosenentschädigung

1. Allgemeines

Eine Hilflosenentschädigung kennen die AHV⁸⁵, IV⁸⁶, Unfall-⁸⁷ und Militärversicherung⁸⁸. Nach Art. 9 ATSG gilt eine Person als hilflos, die wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf. Die spezifischen Ausführungsbestimmungen, z.B. Art. 37 IVV und Art. 38 UVV, erwähnen neben der *Hilfe bei der Verrichtung von alltäglichen Lebensverrichtungen* und der *persönlichen Überwachung* auch die *Pflege* und die *lebenspraktische Begleitung*.

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 die versicherte Person bei allen oder bei der Mehrzahl dieser Teilfunktionen fremder Hilfe bedarf; vielmehr genügt es, wenn sie bei

⁸⁴ Vgl. Urteil EVG vom 19.12.2006 (I 684/05) E. 4.3 ff.

⁸⁵ Vgl. Art. 43bis AHVG und Art. 66bis AHVV.

⁸⁶ Vgl. Art. 42 ff. IVG und Art. 35 ff. IVV.

⁸⁷ Vgl. Art. 26 f. UVG und Art. 37 f. UVV.

⁸⁸ Vgl. Art. 20 MVG.

einer dieser Teilfunktionen regelmässig in erheblicher Weise auf Dritthilfe angewiesen ist⁸⁹.

Die Hilflosenentschädigung ist nicht mit der Behandlungspflege⁹⁰, wohl aber mit der Grundpflegeentschädigung insoweit deckungsgleich, als die Hilfe bei den alltäglichen Lebensverrichtungen, die persönliche Überwachung, die Pflege und/oder die lebenspraktische Begleitung sich mit den Grundpflegeverrichtungen überschneiden können⁹¹. Dies ist etwa bei einer Hilfsbedürftigkeit in Bezug auf die alltäglichen Lebensverrichtungen «Körperpflege» und «Notdurftverrichtung» der Fall. Trotz teilweiser sachlicher Kongruenz entfällt eine Anrechnung in dem Ausmass, als *keine Überentschädigung* vorliegt⁹². Bei einer Tetraplegie «kann keine Rede davon sein, dass die effektiv vollzogenen umfangreichen Pflegeleistungen pauschal durch die Hilflosenentschädigung abgegolten seien»⁹³.

Die Hauspflegeentschädigung der Unfall-, Invaliden- oder Krankenversicherung ist deshalb grundsätzlich zusätzlich zur Hilflosenentschädigung zu gewähren, nicht zuletzt weil die Pflegeentschädigung der Unfall- und Invalidenversicherung ohnehin nur die Behandlungspflegekosten betrifft und zudem in der Unfall- und der Krankenversicherung keine volle Kostenübernahme vorgesehen ist⁹⁴. Eine Überentschädigung besteht auch in Bezug auf eine Heimpflege nicht. Mit der Hilflosenentschädigung hat der Versicherte vorrangig die Pensionstaxe und die nicht versicherten Leistungen, insbesondere auch Hilfeleistungen ausserhalb des Heimes bzw. im Zusammenhang mit persönlichen Angelegenheiten, zu bezahlen⁹⁵. Eine Überentschädigung liegt nur dann und soweit vor, wenn die Pflegeentschädigung und die Hilflosenentschädigung die Heim- und zusätzliche Betreuungskosten im konkreten Einzelfall betragsmässig übersteigen⁹⁶.

2. Überwachungsbedürftigkeit als Hilflosigkeit

a) Allgemeines

Dem Kriterium der Überwachungsbedürftigkeit kommt eine unterschiedliche Funktion zu. Eine *persönliche Überwachungsbedürftigkeit* ist neben einer dauernden Pflegebedürftigkeit eine der zusätzlichen Voraussetzungen für die An-

⁸⁹ Vgl. BGE 117 V 146 E. 2.

⁹⁰ Vgl. Urteil BGE vom 19.06.2007 (U 595/06) E. 3.3.2.

⁹¹ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5a und b.

⁹² Vgl. BGE 125 V 297 E. 5b.

⁹³ Vgl. BGE 116 V 41 E. 6c.

⁹⁴ Vgl. BGE 116 V 41 E. 6c.

⁹⁵ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c.

⁹⁶ Vgl. Urteil VerwGer GR vom 28.08.2008 (S 07 214) E. 3h.

nahme einer schweren Hilflosigkeit⁹⁷. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 IVV und Art. 38 Abs. 2 UVV müssen zusätzlich zur Hilfsbedürftigkeit in allen alltäglichen Lebensverrichtungen aber nur eine Pflege- oder alternativ eine Überwachungsbedürftigkeit, nicht aber beide gegeben sein⁹⁸. Im Übrigen wertet der Verordnungsgeber eine *dauernde persönliche Überwachungsbedürftigkeit* als gleichwertig mit einem Hilfsbedarf in Bezug auf zwei der sechs alltäglichen Lebensverrichtungen bzw. als leichte Hilflosigkeit⁹⁹. Entsprechend genügt für die Annahme einer mittelschweren Hilflosigkeit, wenn ein Hilfsbedarf statt in Bezug auf vier nur bei zwei alltäglichen Lebensverrichtungen besteht, dafür aber eine dauernde persönliche Überwachung notwendig ist¹⁰⁰. Eine dauernde persönliche Überwachungsbedürftigkeit i.S.v. Art. 37 Abs. 2 lit. b IVV bzw. Art. 38 Abs. 3 lit. b UVV erfordert eine über die bloss *minimale Überwachungsbedürftigkeit* i.S.v. Art. 37 Abs. 1 IVV und Art. 38 Abs. 2 UVV hinausgehende *qualifizierte Überwachungsbedürftigkeit*¹⁰¹. Dass der Verordnungsgeber die dauernde persönliche Überwachungsbedürftigkeit nur als leichte und nicht per se als mittlere Hilflosigkeit qualifiziert, ist verfassungs- und gesetzeskonform¹⁰².

Bei einem *Tetraplegiker* ist irrelevant, ob eine qualifizierte Überwachungsbedürftigkeit vorliegt, da in aller Regel eine dauernde Pflegebedürftigkeit ohne weiteres als gegeben betrachtet werden kann¹⁰³. Die Hilfe bei der Einnahme von *Medikamenten* kann sowohl als dauernde Pflegebedürftigkeit¹⁰⁴ als auch als Überwachungsbedürftigkeit qualifiziert werden¹⁰⁵. Das tägliche Aufreissen einer Medikamentenverpackung begründet eine dauernde Pflegebedürftigkeit¹⁰⁶. Eine rund fünfzehnminütige Überwachung bei der täglichen Medikamenteneinnahme stellt keine dauernde persönliche Überwachung dar¹⁰⁷. Rückenbeschwerden und eine somatoforme Schmerzstörung begründen keinen Überwachungsbedarf in Bezug auf eine regelmässige und korrekte Medikamenteneinnahme¹⁰⁸. Die Luzerner Richter verlangen, dass sich der Versicherte «in einem derart verwirrten

⁹⁷ Die Hilflosigkeit gilt sowohl in der Invaliden- als auch der Unfallversicherung 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 bedarf (vgl. Art. 37 Abs. 1 IVV und Art. 38 Abs. 2 UVV).

⁹⁸ Statt vieler Urteil EVG vom 03.09.2003 (I 214/03) E. 4.

⁹⁹ Vgl. Art. 37 Abs. 3 IVV und Abs. 38 Abs. 4 UVV.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 38 Abs. 3 UVV.

¹⁰¹ Vgl. BGE 107 V 145 E. 1d.

¹⁰² Vgl. z.B. BGE 130 V 61 E. 4.1 und 121 V 90 E. 3b sowie Urteil EVG vom 09.08.2004 (H 66/04) E. 5.1.

¹⁰³ Vgl. Urteil BGer vom 19.06.2007 (U 595/06) E. 3.2.2.

¹⁰⁴ Vgl. Urteil EVG vom 03.09.2003 (I 214/03) E. 4.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil BGer vom 23.09.2003 (I 360/03) E. 4.1.

¹⁰⁶ Vgl. Urteil EVG vom 03.09.2003 (I 214/03) E. 4.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil EVG vom 21.11.2006 (H 4/06) E. 4.2.

¹⁰⁸ Vgl. Urteil EVG vom 23.09.2003 (I 360/03) E. 4.1 f.

Geisteszustand befinden [müsste], dass es ihm nicht mehr möglich wäre, sich selbst um seinen Bedarf an Medikamenten zu kümmern»¹⁰⁹.

b) Überwachung und indirekte Dritthilfe

Die Rechtsprechung differenziert bei der Hilfe in Bezug auf alltägliche Lebensverrichtungen zwischen direkter und indirekter Dritthilfe. Eine *indirekte Dritthilfe* besteht in einer *Überwachung des Versicherten bei der Vornahme der relevanten Lebensverrichtungen*, indem etwa die Drittperson ihn auffordert, eine Lebensverrichtung vorzunehmen, die er wegen seines psychischen Zustandes ohne besondere Aufforderung nicht vornehmen würde¹¹⁰. Die dauernde persönliche Überwachung bezieht sich nicht auf die alltäglichen Lebensverrichtungen und ist deshalb von der indirekten Dritthilfe zu unterscheiden¹¹¹.

Hilfeleistungen, die bereits als direkte oder indirekte Hilfe in einem Bereich der alltäglichen Lebensverrichtung Berücksichtigung gefunden haben, können deshalb bei der Beurteilung der Überwachungsbedürftigkeit nicht nochmals ins Gewicht fallen¹¹². Die wegen der Gefahr von Schwindelanfällen ständige Überwachung beim Duschen ist beispielsweise als indirekte Dritthilfe bei der Lebensverrichtung «Körperpflege» berücksichtigt¹¹³. Als Hilflosigkeit zu berücksichtigen ist ferner die Begleitung eines Versicherten, der an einem Schädel-Hirn-Trauma leidet, zur Bushaltestelle bzw. beim Überqueren einer befahrenen Strasse¹¹⁴. Eine Sturzgefahr betrifft die Lebensverrichtungen «Fortbewegung» – der Versicherte ist auf Hilfe angewiesen, wenn er zu Boden fällt, weil er nicht selbst vom Boden aufstehen kann – und «Aufstehen/Absitzen/Abliegen» – beim Aufstehen von einem Stuhl ist eine kurze Hilfe nötig, weil der Stuhl wackelt – und begründet keine dauernde persönliche Überwachungsbedürftigkeit¹¹⁵.

Bei der dauernden persönlichen Überwachung handelt es sich demgegenüber um eine Art *medizinischer oder pflegerischer Hilfeleistung, welche infolge des physischen, geistigen oder psychischen Zustandes des Versicherten notwendig ist*¹¹⁶. Eine solche Hilfeleistung liegt vor, wenn eine Drittperson beim *Aufstehen in der Nacht* anwesend sein muss. Dies trifft insbesondere zu für die elterliche Hilfe,

¹⁰⁹ Urteil EVG vom 23.09.2003 (I 360/03) E. 4.1.

¹¹⁰ Vgl. z.B. BGE 133 V 472 E. 5.1, 121 V 88 E. 3c sowie 107 V 145 E. 1c und 136 E. 1b.

¹¹¹ Vgl. Urteil BGER vom 05.03.2009 (8C_912/2008) E. 3.2.3 und ZAK 1984, 354 E. 2c.

¹¹² Statt vieler: Urteile BGER vom 15.10.2008 (8C_158/2008) E. 5.2.1 und EVG vom 01.04.2004 (I 815/03) E. 2.

¹¹³ Vgl. Urteil BGER vom 29.10.2007 (I 46/07) E. 4.2.

¹¹⁴ Vgl. Urteil EVG vom 12.11.2002 (I 108/01) E. 4.1 f.

¹¹⁵ Vgl. Urteil EVG vom 11.05.2004 (I 402/03) E. 5.

¹¹⁶ Vgl. Urteil BGER vom 05.03.2009 (8C_912/2008) E. 3.2.3 sowie ferner BGE 107 V 136 E. 1b und ZAK 1990, 44 E. 2c.

den Versicherten nach Erwachen in der Nacht aufzufordern, sich wieder hinzulegen und weiterzuschlafen¹¹⁷, und für die *Überwachung der Nahrungsaufnahme* bei einem Versicherten, der am Prader-Labhart-Willi-Syndrom (PWS) erkrankt ist und an Polyphagie (krankhaft gesteigerte Nahrungsaufnahme infolge Fehlens eines Sättigungsgefühls) leidet¹¹⁸. Diese Form der Überwachung geht über die Hilfsbedürftigkeit im Rahmen der Teilfunktion «Aufstehen/Abiegen» hinaus¹¹⁹.

c) Überwachung und lebenspraktische Begleitung

Mit In-Kraft-Treten der 4. IV-Revision am 1. Januar 2004 wurden die Bestimmungen über die Hilflosenentschädigung geändert¹²⁰. Einerseits wurden die Beträge angehoben¹²¹, andererseits wurden mit der Entschädigung für lebenspraktische Begleitung¹²² und dem Intensivpflegezuschlag zwei neue Versicherungsleistungen eingeführt. Die Entschädigung für lebenspraktische Begleitung stellt ein «zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe»¹²³ dar. Diese Versicherungsleistung steht volljährigen versicherten Personen zu, die ausserhalb eines Heimes leben¹²⁴ und unter das IVG fallen. Verunfallte Versicherte, die sowohl eine Hilflosenentschädigung nach IVG und nach UVG beanspruchen könnten, erhalten ausschliesslich die Hilflosenentschädigung der UV¹²⁵, bei der ein Bedarf an lebenspraktische Begleitung nicht berücksichtigt wird¹²⁶. *Altersrentner*, die auf lebenspraktische Begleitung angewiesen sind, erhalten ebenfalls keine Entschädigung für lebenspraktische Begleitung. Dieser Ausschluss stellt keine verfassungswidrige Diskriminierung dar¹²⁷.

Die Entschädigung für lebenspraktische Begleitung entspricht der Hilflosenentschädigung bei leichter Hilflosigkeit¹²⁸. Besteht eine leichte Hilflosigkeit und ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung, besteht Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung bei mittelschwerer Hilflosigkeit¹²⁹. Ein Bedarf an lebenspraktischer

117 Vgl. Urteil EVG vom 06.10.2005 (I 72/05) E. 3.1.

118 Vgl. Urteil EVG vom 15.12.2003 (I 104/01) E. 4.

119 Vgl. ZAK 1987, 247.

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

121 Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 1 IVG.

122 Vgl. Art. 42 Abs. 3 IVG und Art. 38 IVV.

123 BGE 133 V 450 E. 9.

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

125 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).

126 Vgl. Art. 38 Abs. 1–4 UVV.

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

128 Vgl. Art. 42 Abs. 3 IVG.

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

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

Ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung i.S.v. Art. 42 Abs. 3 IVG liegt vor, wenn eine volljährige versicherte Person 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*¹³⁰. Zu berücksichtigen ist nur diejenige lebenspraktische Begleitung, die regelmässig und im Zusammenhang mit den vorerwähnten Situationen erforderlich ist¹³¹. Nicht darunter fallen insbesondere Vertretungs- und Verwaltungstätigkeiten im Rahmen vormundschaftlicher Massnahmen¹³². Es spielt dabei keine Rolle, ob die «Begleitung» direkt oder indirekt erfolgt. Die Begleitperson kann deshalb die notwendigerweise anfallenden Tätigkeiten auch selber ausführen, wenn die versicherte Person dazu gesundheitsbedingt trotz Anleitung oder Überwachung/Kontrolle nicht in der Lage ist¹³³. Unmassgeblich ist ferner, ob die Hilfeleistungen entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden¹³⁴. Die vom BSV in den Verwaltungsweisungen vorgenommene Konkretisierung der Anwendungsfälle der lebenspraktischen Begleitung sind gesetzes- und verordnungskonform¹³⁵.

Die lebenspraktische Begleitung beinhaltet aber weder die direkte oder indirekte Dritthilfe bei den sechs alltäglichen Lebensverrichtungen noch die Pflege bzw. die Überwachung des Versicherten. Sie stellt vielmehr ein zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe dar¹³⁶. Steht die aktive Betreuung in den drei vorerwähnten Lebensbereichen, primär die Ermöglichung des selbstständigen Wohnens im Vordergrund, ist keine Überwachungsbedürftigkeit anzunehmen. Dies trifft insbesondere für eine Versicherte zu, die an einer präsenilen Demenz vom Alzheimertyp mittelschweren Grades mit einer ausgeprägten Störung des Kurzzeitgedächtnisses, der Handlungsplanung und der Orientierung leidet, physisch

¹³⁰ Vgl. Art. 38 Abs. 1 IVV.

¹³¹ Regelmässigkeit liegt vor, wenn die lebenspraktische Begleitung über eine Periode von drei Monaten gerechnet im Durchschnitt mindestens zwei Stunden pro Woche benötigt wird (vgl. BGE 133 V 450 E. 6.2 und Rz. 8053 KIH).

¹³² Vgl. Art. 38 Abs. 3 IVV.

¹³³ Vgl. BGE 133 V 450 E. 10.2.

¹³⁴ Vgl. BGE 133 V 472 E. 5.3.2.

¹³⁵ Vgl. BGE 133 V 450 E. 9.

¹³⁶ Vgl. BGE 133 V 450 E. 9.

aber an sich fähig ist, die manuellen Verrichtungen der Haushaltsbesorgung vorzunehmen, demenzbedingt aber nur sehr eingeschränkt in der Lage ist, diese Fähigkeit sinnvoll einzusetzen. Muss sie der Ehemann fortwährend instruieren und überwachen oder – letztlich viel effizienter – einzelne Verrichtungen gleich selber vornehmen, ist eine lebenspraktische Begleitung anzunehmen¹³⁷.

d) Dauernde persönliche Überwachung

(1) Allgemeines

Das Vorliegen einer *Überwachungsbedürftigkeit* ist sowohl *Rechts*-¹³⁸ als auch *Tatsachenfrage*¹³⁹ und setzt medizinische Angaben und eine Abklärung vor Ort voraus¹⁴⁰. Die Überwachungsbedürftigkeit ist neu abzuklären, wenn der Versicherte das Heim verlässt und zu Hause bei seinen Eltern lebt¹⁴¹.

(2) Kollektive versus individuelle Aufsicht

Ob eine persönliche Überwachung notwendig ist, ist objektiv nach dem Zustand des Versicherten und nicht nach dessen Aufenthaltsort zu beurteilen¹⁴². Aus einer bloss *allgemeinen und kollektiven Aufsicht* – etwa im Rahmen eines Heims, einer Klinik oder einer Behindertenwerkstätte – kann keine rechtlich relevante Hilfllosigkeit abgeleitet werden¹⁴³. Eine persönliche Überwachung setzt vielmehr die *Notwendigkeit einer auf den Versicherten bezogenen Überwachung* durch eine damit betraute Person voraus, die gezielter als eine kollektive Aufsicht ist¹⁴⁴.

Eine persönliche Überwachungsbedürftigkeit bei einem Heimaufenthalt liegt vor, wenn sich eine auf entsprechende Krankheitsbilder spezialisierte Anstalt zur Überwachung *besonderer Techniken* bedient¹⁴⁵, namentlich wenn beim Essen und auch sonst jemand neben dem Versicherten sitzen muss, um zu kontrollie-

¹³⁷ Vgl. Urteil BGer vom 09.11.2007 (I 1013/06) E. 3–6.

¹³⁸ Rechtsfragen sind, ob eine persönliche Überwachungsbedürftigkeit vorliegt, ob diese dauernd bzw. besonders intensiv ist und ob eine Ohnehinüberwachungsbedürftigkeit besteht (vgl. z.B. Urteile BGer vom 17.04.2008 [9C_627/2007] E. 4.2 und vom 29.10.2007 [I 46/07] E. 6.2).

¹³⁹ Tatsachenfrage ist, welche motorischen Fähigkeiten der Versicherte noch besitzt (vgl. Urteil BGer vom 17.04.2008 [9C_627/2007] E. 4.2).

¹⁴⁰ Statt vieler BGE 130 V 61 E. 6.2 und Urteil BGer vom 05.03.2009 (8C_912/2008) E. 4, 11 und 12 (17-jähriger Versicherter, der an *Trisomie 21 und Zöliakie/Glutenallergie* leidet).

¹⁴¹ Vgl. Urteil BGer vom 05.03.2009 (8C_912/2008) E. 11 und 12.

¹⁴² Vgl. z.B. Urteile BGer vom 05.03.2009 (8C_912/2008) E. 3.2.3 und vom 15.10.2008 (8C_158/2008) E. 5.2.1.

¹⁴³ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 24.08.2009 (8C_310/2009) E. 8 und ZAK 1984, 354 E. 2c sowie ferner ZAK 1986, 484 und ZAK 1970, 301.

¹⁴⁴ Vgl. Urteil BGer vom 15.10.2008 (8C_158/2008) E. 5.2.1.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 31.01.2008 (9C_608/2007) E. 2.2.1.

ren, dass er nicht zu viel isst¹⁴⁶. Keine Überwachungsbedürftigkeit begründen demgegenüber eine *regelmässige Überprüfung und Unterstützung* sowie ein nicht *unbeachtlicher Kontroll- und Hilfsbedarf*, um einen abgerundeten und reibungslosen Ablauf der Verrichtungen im Heim sicherzustellen¹⁴⁷. Dass der Versicherte das Heim nicht ohne Begleitung verlässt und auch sonst nicht alleine unterwegs ist, ist bereits bei der Hilfsbedürftigkeit im Bereich Fortbewegung/Kontaktaufnahme berücksichtigt und stellt keine zusätzliche Überwachungsbedürftigkeit dar¹⁴⁸.

(3) Persönliche Überwachungsbedürftigkeit

Ob und inwieweit eine persönliche Überwachungsbedürftigkeit vorliegt, ist einzelfallweise zu bestimmen. Insbesondere bei autistischen Störungen sind Notwendigkeit und Ausmass der Überwachungsbedürftigkeit auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, weil die autistische Störung eine grosse Variationsbreite aufweist¹⁴⁹. Die Notwendigkeit der persönlichen Überwachung ist dann gegeben, wenn der Versicherte wegen *geistiger Absenzen* nicht während des ganzen Tages allein gelassen werden kann¹⁵⁰ oder dauernd beatmet und infolge einer ausgeprägten *Schwindelanfälligkeit* überwacht werden muss¹⁵¹. Eine anspruchsbegründende Überwachungsbedürftigkeit liegt bei einer 14 ½-Jährigen vor, die unberechenbar ist und bei der eine Gefahr von Tobsuchtsanfällen sowie *Fremd- und Autoaggressionen mit Selbstverletzung* zu jedem Zeitpunkt besteht¹⁵².

Nicht überwachungsbedürftig ist ein Versicherter, der einem inferioren psychorganischen Syndrom (POS) und sekundären Verhaltensauffälligkeiten leidet, gleichwohl aber grundsätzlich fähig ist, die *täglichen Aufgaben und Pflichten selbstständig zu lösen* und den Schulweg selbstständig zu meistern¹⁵³. Trägt ein *hochgradig sehschwacher und schwerhöriger Versicherter*, um in Notfällen rasch Hilfe herbeiholen zu können, einen Telealarm auf sich und ist das Telefon entsprechend eingerichtet, liegt weder eine dauernde noch persönliche Überwa-

¹⁴⁶ Vgl. Urteil BGer vom 15.12.2003 (I 104/01) E. 4.1.2.

¹⁴⁷ Vgl. Urteil BGer vom 31.01.2008 (9C_608/2007) E. 2.2.2.

¹⁴⁸ Vgl. Urteil BGer vom 12.11.2002 (I 108/01) E. 4.2.

¹⁴⁹ Vgl. Urteile BGer vom 10.01.2008 (I 49/07) E. 5.2, vom 29.10.2007 (I 46/07) E. 6.2 und vom 05.03.2007 (I 567/06) E. 6.3 sowie Urteile EVG vom 19.12.2006 (I 684/05) E. 4.4 und vom 06.10.2005 (I 67/05) E. 4.2.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 107 V 136 E. 1b sowie ZAK 1989, 174 E. 3b, ZAK 1986, 484 und ZAK 1980, 68 E. 4b.

¹⁵¹ Vgl. Urteile BGer vom 17.08.2009 (9C_247/2009) E. 3 und EVG vom 05.01.2000 (I 617/98) E. 4b. Keine Überwachungsbedürftigkeit besteht, wenn der Versicherte sich bei Anzeichen von Schwindel setzen kann (vgl. Urteil BGer vom 13.10.2005 [I 431/05] E. 4.2).

¹⁵² Vgl. Urteil BGer vom 15.10.2008 (8C_158/2008) E. 7.1.

¹⁵³ Vgl. Urteil EVG vom 31.05.2005 (I 565/04) E. 4.1.

chungsbedürftigkeit vor¹⁵⁴. Dasselbe trifft für einen *sturzgefährdeten Versicherten* zu, der noch ohne fremde Hilfe sich in der Wohnung bewegen und die Medikamente selber verwalten kann¹⁵⁵. Keine Überwachungsbedürftigkeit ist schliesslich ausgewiesen bei einer Gefahr eines Thromboserezidivs, die durch die Einnahme von Antikoagulanzen und das Tragen von Stützstrümpfen minimiert werden kann; die Dritthilfe beim Anziehen und Ausziehen der Stützstrümpfe ist bei der entsprechenden Lebensverrichtung zu berücksichtigen¹⁵⁶.

(4) Dauerhafte Überwachungsbedürftigkeit

Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit bedingt nicht, dass die betreuende Person ausschliesslich an die überwachte Person gebunden ist, und hat auch nicht die Bedeutung von «rund um die Uhr», sondern ist als Gegensatz zu «vorübergehend» zu verstehen¹⁵⁷. Muss der Versicherte nur in vereinzelten und vorübergehenden, allerdings regelmässig wiederkehrenden, Situationen, überwacht werden, liegt keine dauernde Überwachungsbedürftigkeit vor¹⁵⁸. Eine dauernde Überwachungsbedürftigkeit ist gegeben, wenn Anfälle zuweilen nur alle zwei bis drei Tage auftreten, aber unvermittelt und oft auch täglich oder täglich mehrmals erfolgen, sodass eine tägliche Überwachung vonnöten ist¹⁵⁹. Keine dauernde Überwachungsbedürftigkeit ist aber gegeben, wenn ein in einem Spital betreuter Oligophrener täglich während rund einer Stunde überwacht werden muss¹⁶⁰.

Angst-Panikerkrankungen mit zeitweiser generalisierter Angst begründen eine dauernde Überwachungsbedürftigkeit¹⁶¹. Eine dauernde Überwachungsbedürftigkeit liegt vor, wenn der Versicherte, der an einer chronischen Angststörung leidet, tagsüber nur 3–4 Stunden und nachts gar nicht allein gelassen werden kann und die Tochter deswegen mit der Versicherten zusammen wohnt und einen Teil ihres Arbeitspensums von zu Hause aus absolviert sowie für die Versicherte bei Abwesenheit jederzeit telefonisch erreichbar ist¹⁶². Neben dem quantitativ notwendigen Zeitaufwand für die Überwachung fällt die Höhe der *Betreuungskosten*, z.B. Aufwendungen für ständiges Pflegepersonal, bedeutender Wäscheverschleiss usw., als zusätzliches Bemessungskriterium in Betracht¹⁶³.

¹⁵⁴ Vgl. Urteil EVG vom 07.06.2004 (H 299/03) E. 3.6.

¹⁵⁵ Vgl. Urteil EVG vom 13.11.2002 (H 306/01) E. 2.3.

¹⁵⁶ Vgl. Urteil EVG vom 06.05.2003 (I 568/02) E. 3.3.

¹⁵⁷ Vgl. BGE 107 V 136 E. 1b und ZAK 1990, 44 E. 2c.

¹⁵⁸ Vgl. Urteil EVG vom 12.02.2004 (I 678/03) E. 2.3.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil BGer vom 15.10.2008 (8C_158/2008) E. 5.2.1 und ZAK 1986, 484 E. 3c.

¹⁶⁰ Vgl. Urteil EVG vom 26.07.2001 (H 84/01) E. 2b.

¹⁶¹ Vgl. Urteil EVG vom 09.08.2004 (H 66/04) E. 5.1.

¹⁶² Vgl. Urteil BGer vom 07.06.2005 (H 163/04) E. 3.3 und 6.

¹⁶³ Vgl. ZAK 1986, 477.

III. Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht

A. Ersatzfähigkeit des Betreuungs- und Pflegeschadens

1. Allgemeines

Der Betreuungs- und Pflegeschaden umfasst die Kosten, die dem Verletzten als Folge eines Dienst- und Sachleistungsmehrbedarfs, der durch eine verletzungsbedingte Hilfsbedürftigkeit hervorgerufen wird, entstehen¹⁶⁴. Der *Dienstleistungsmehrbedarf* umfasst die Betreuungs- und Pflegedienstleistungen, die auf Grund der verletzungsbedingten Hilfsbedürftigkeit erforderlich sind. Ein *Sachleistungsmehrbedarf* entsteht, wenn der Geschädigte Pflegehilfsmittel, z.B. Pflegebetten, Lagerungsmaterial, Bett- und Inkontinenzeinlagen usw., anschaffen muss.

Pflege- und Betreuungsdienstleistungen werden in der Regel entgeltlich erbracht. Dies trifft insbesondere für *Spital-, Heim- und Spitexdienstleistungen* zu. Der Geschädigte, der solche Dienstleistungen in Anspruch nimmt, muss dafür ein Honorar bzw. Vergütung bezahlen. Dieses wird teilweise von den Sozialversicherungen übernommen. Der Geschädigte hat u. U. aber *Selbstbehalte und Fran-chisen* zu tragen¹⁶⁵. Beansprucht er nicht versicherte Dienstleistungen, hat er das Honorar bzw. die Vergütung selbst zu bezahlen. In all diesen Fällen entstehen beim Geschädigten *effektive Mehrkosten*.

Werden Betreuungs- und Pflegedienstleistungen demgegenüber unentgeltlich von Angehörigen des Geschädigten erbracht, entstehen keine Kosten beim Verletzten. Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens gleichwohl schon im vorletzten Jahrhundert bejaht¹⁶⁶ und seither mehrfach bestätigt¹⁶⁷, weshalb der *Angehörigenpflegeschaden* in der Regel einen *normati-*

¹⁶⁴ Vgl. z.B. LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2. Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, 67 ff.

¹⁶⁵ Die am 01.01.2011 in Kraft tretende 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 die Kantone an, die Restfinanzierung zu regeln (siehe Art. 25a Abs. 5 nKVG und LANDOLT HARDY, Die neue Pflegefinanzierung, in: SZS 2010/1, 18 ff.).

¹⁶⁶ Vgl. z.B. BGE 21, 1042/1050 (Pflege durch Ehefrau).

¹⁶⁷ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5 (Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau), 33 II 594 E. 4 (Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben, der Finger verloren hatte, durch Mutter), 35 II 216 E. 5 (Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte), 97 II 259 E. III/3 (Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter) und 108 II 422 (Pflege und Betreuung einer 15-jährigen, die ein Schädel-Hirn-Trauma erlitten hatte, durch Mutter) sowie Urteil BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, 58 = SJZ

ven Schaden darstellt¹⁶⁸. Im Entscheid 4C.412/1998 verwies das Bundesgericht – unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR – noch stark auf den Ermessenscharakter der Schadenberechnung¹⁶⁹, der sich der höchstrichterlichen Kontrolle entziehe, hielt im Kramis-Urteil von 2002 aber zutreffend fest, dass die zutreffende Schadenberechnung eine Rechtsfrage darstelle und mithin überprüfbar sei¹⁷⁰.

2. Bereitschafts- und Überwachungszeiten

a) Allgemeines

Das Bundesgericht hat im Entscheid 28 II 200 in Erwägung 5 die «beständige Überwachung» nebst der Pflege des Geschädigten durch die Ehefrau als ersatzfähig bezeichnet, aber weder in diesem noch in den seither ergangenen Entscheiden grundsätzliche Erwägungen zum Bereitschafts- und Überwachungsschaden angestellt.

In der Schweiz hat sich das Zürcher Handelsgericht im Fall «Kramis» erstmals vertiefter mit diesem besonders anspruchsvollen Schadensposten auseinandergesetzt¹⁷¹. Bei der Bemessung des ersatzfähigen Zeitaufwands stützte sich das Gericht in tatsächlicher Hinsicht auf das für den Pflege- und Betreuungsaufwand erstellte richterliche Gutachten. Dieses befand, dass die schwer an einer Hirnverletzung Geschädigte neben eigentlichen (handfesten) Pflegeleistungen von einer Stunde pro Tag zusätzlich drei bis vier Stunden pro Tag an (entschädigungspflichtigen) erweiterten Pflegeleistungen im Sinne des «Hegens und Pflegens» bedarf¹⁷². Der Gutachter ging im Weiteren aber auch von einer *vollständigen Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit* zumindest tagsüber aus, da die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tags erforderlich ist¹⁷³. Gestützt darauf anerkennt das Gericht zusätzlich zum Bedarf an eigentlichen und erweiterten Pflegeleistungen für die Werktage und am Samstag einen ersatzfähigen Anspruch der Geschädigten auf «allgemeine Betreuung während des Tages» (Bereitschafts- und Überwachungszeit) von 4.5 Stunden¹⁷⁴. Damit setzt es sich in gebotener Weise über die rechtlichen Folgerungen des Gutachters hinsichtlich

1999, 58 und 479 = JdT 2001 I 489 (Pflege und Betreuung eines 5-jährigen Knaben, der ein Schädel-Hirn-Trauma erlitten hatte, durch Eltern).

¹⁶⁸ Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. II/6b/aa.

¹⁶⁹ Vgl. Urteil BGer vom 23.06.1999, Fn. 167 E. 3.

¹⁷⁰ Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002, Fn. 168 E. II/6.

¹⁷¹ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001 (E01/O/HG950440) = plädoyer 2001/6, 66 und 2002/1, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. V. 10 ff.

¹⁷² Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 17.

¹⁷³ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 14 u. 17 f.

¹⁷⁴ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 19.

des entschädigungsfähigen Zeitaufwands hinweg¹⁷⁵. Wohl aufgrund mangelnden Begehrens und Substantiierung der Geschädigten verneint das Gericht einen zusätzlichen Bereitschafts- und Überwachungsbedarf am Sonntag oder sieht diesen lapidar durch die von der Geschädigten geltend gemachten eigentlichen und erweiterten Pflegehandlungen von 4.5 Stunden pro Tag als abgegolten¹⁷⁶. Warum das Gericht zudem einen Bedarf während der Nacht nicht einmal in Erwägung zog, hängt vermutlich wiederum mit der Tatsache zusammen, dass die Geschädigte einen solchen nicht geltend machte und dieser folgerichtig auch nicht zum Beweisthema wurde. Die Ausklammerung des Bereitschafts- und Überwachungsbedarfs an Sonntagen und während der Nacht erscheint bei dieser Sachlage verfahrensrechtlich als korrekt und beweist augenscheinlich die Verantwortung der Rechtsvertretung angesichts der im Haftpflichtprozess geltenden *Dispositions- und Verhandlungsmaxime*.

Das Gericht bemisst also den ersatzfähigen Bereitschafts- und Überwachungsaufwand wöchentlich auf 27 Stunden (6 x 4.5 Stunden). Das Gutachten geht zumindest am Tag von einer dauernden Bereitschafts- und Überwachungszeit aus. Legt man zu Grunde, dass der Tag von 06.00 Uhr bis 22.00 Uhr¹⁷⁷, also 16 Stunden, dauert, besteht wöchentlich ein Bedarf an Bereitschafts- und Überwachung von 112 Stunden. Hiervon ist die der Geschädigten zugesprochene eigentliche und erweiterte Pflegezeit von wöchentlich 31.5 Stunden (7 x 4.5 Stunden) abzuziehen. Damit ergibt sich ein zusätzlicher Bereitschafts- und Überwachungsbedarf am Tag von wöchentlich 80.5 Stunden. Der Anteil des ersatzfähigen, gemessen am tatsächlichen, diesbezüglichen Zeitaufwand beträgt daher 33.5 %. Geht man davon aus, das Gericht hätte bei entsprechendem Begehren und Substantiierung der Geschädigten analog zu den Werktagen und am Samstag auch für den Sonntag einen Bereitschafts- und Überwachungsbedarf im gleichen Umfang zuerkannt, so beträgt der Anteil des ersatzfähigen Bereitschafts- und Überwachungszeit 39 %. Wie bei der Geltendmachung von ersatzfähiger Bereitschafts- und Überwachungszeit während der Nacht entschieden worden wäre, bleibt reine Spekulation und ist daher nicht verwertbar.

Im Gegensatz zur sozialversicherungsrechtlichen Leistungspflicht werden somit Bereitschafts- und Überwachungszeiten haftpflichtrechtlich sowohl von der schweizerischen¹⁷⁸ als auch (schon früher) der deutschen¹⁷⁹ und österreichi-

¹⁷⁵ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 18.

¹⁷⁶ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 19.

¹⁷⁷ Vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 13.11.2007 (5 U 62/06) = BeckRS 2008, 00523 = MedR 2008, 741 = NJW-RR 2008, 620 E. II.3.b.

¹⁷⁸ Vgl. Urteile OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) = HAVE 2007, 35 ff. (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. 8.2., in Bestätigung des Urteils des Amtsgerichts Sursee vom 02.11.2004 (21 01 22) E. 4.5.3.

schen¹⁸⁰ Rechtsprechung als ersatzfähig qualifiziert¹⁸¹, wenngleich keine gefestigte Rechtsprechung besteht und zudem zahlreiche Fragen unterschiedlich beantwortet werden. Nach der zutreffenden Feststellung von Huber ist aktuell ein «Ringens um einen angemessenen marktkonformen Ausgleich» zu konstatieren¹⁸².

b) Leistung durch Angehörige

Von allen Gerichten wird anerkannt, dass auch Bereitschafts- und Überwachungszeiten von Angehörigen, insbesondere von Eltern kleiner¹⁸³ oder erwachsener¹⁸⁴ Kinder und Ehegatten¹⁸⁵ oder erwachsenen Kindern¹⁸⁶, ersatzfähig sind. Es spielt keine Rolle, ob sich mehrere Angehörige die «rund-um-die-Uhr-

(Pflege- und Betreuungsaufwand eines Geschädigten mit schweres Schädel-Hirntrauma mit Hirnstamm-Kontusion sowie initialem Hirnödem, Wirbelverletzungen sowie weitere Frakturen von 5 Stunden pro Tag und einem zusätzlichen Präsenzzeitbedarf von 5.5 Stunden pro Tag alledings unter Berücksichtigung einer u. E. übersetzen jedoch vom Geschädigten im Gerichtsverfahren anerkannten Ohnehin-Anwesenheit seiner Lebenspartnerin/Ehefrau von täglich 8.5 Stunden) und vom 13.10.2004 (11 03 117) E. 4.3. (86-jährige Geschädigte nach linkem Fussknöchelbruch, Bänderriss sowie einer Kontusion des linken Knie; Betreuung durch Tochter, Lohnausfall vier Tage pro Woche) sowie ferner LANDOLT HARDY, Präsenzzeitaufwandschaden bei Angehörigenpflege, Urteil OGER Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163), in: HAVE 2007, 35 ff.

¹⁷⁹ Vgl. Urteile OLG Zweibrücken vom 22.04.2008 (5 U 6/07) = BeckRS 2008, 11967 = MedR 2009, 88 (Bemerkungen von Lothar Jaeger) = NJOZ 2009, 3241 E. II/A (körperlich schwerstbehindertes und nahezu blindes Kind; Berücksichtigung der elterlichen Bereitschaftszeiten zu einem Viertel); OLG Zweibrücken vom 13.11.2007, Fn. 177 E. II.1. (1985 geborene Geschädigte mit Cerebralparese; hälftige Berücksichtigung der Bereitschaftszeiten während des Tages und zu ¼ während der Nacht); OLG Schleswig vom 28.09.2007 (4 U 34/06) = BeckRS 2008, 00060 E. II.1. (1986 geborene Geschädigte mit Cerebralparese, PEG-Sonde, Urin- und Stuhlinkontinenz; Bereitschaftszeit der Eltern 45 Minuten pro Nacht zuzüglich effektive Nachwachskosten); OLG Düsseldorf vom 23.05.2002 (8 U 197/01) = NJW-RR 2003, 90 E. I.2 (spastische Tetraplegie, zwei Stunden pro Nacht), OLG Koblenz vom 18.09.2000 (12 U 1464/99) = BeckRS 2001, 04053 = NJOZ 2002, 292 = VersR 2002, 244 (72-jährige Geschädigte mit Hirnstammtrauma, eine hohe Halsmarkläsion mit hochgradiger Tetraparese bei HWK 2-Fraktur; 2 Stunden pro Tag); OLG Zweibrücken vom 31.10.1988 (1 W 48/88) = NJW-RR 1989, 479, und OLG Bremen vom 21.04.1998 (3 U 45-96) = NJW-RR 1999, 1115 = VersR 1999, 1030 (erwachsener Sohn mit hypoxischem Hirnschaden; 5.5 Stunden pro Nacht).

¹⁸⁰ Vgl. z.B. Urteile OGH vom 27.04.2006 (20b176/05d) und vom 21.05.1987 (80b60/86).

¹⁸¹ Eine Entschädigungspflicht für Angehörigenbetreuung besteht selbst dann, wenn der betreuende Angehörige als Haftpflichtiger für den Betreuungs- und Pflegeschaden einzustehen hat (vgl. z.B. Urteil OGH vom 05.09.1996 [20b2220/96a]).

¹⁸² Vgl. HUBER CHRISTIAN, Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringens um den «angemessenen marktkonformen Ausgleich» – zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken, Urteil vom 13. 11. 2007 – 5 U 62/06 –, MedR 2008, 741, in: MedR 2008/26, 712 ff.

¹⁸³ Vgl. Urteile OLG Zweibrücken vom 22.04.2008, Fn. 179 (Eltern eines Kleinkindes) und OLG Düsseldorf vom 23.05.2002, Fn. 179 (Eltern eines 7-Jährigen).

¹⁸⁴ Vgl. Urteile OLG Zweibrücken vom 13.11.2007, Fn. 177 und OLG Schleswig vom 28.09.2007, Fn. 179.

¹⁸⁵ Vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 31.10.1988, Fn. 179 (Ehefrau eines Rentners).

¹⁸⁶ Vgl. Urteile OGER LU vom 13.10.2004, Fn. 178 E. 4.3 (Tochter betreut 86-jährige Mutter) und OLG Koblenz vom 18.09.2000, Fn. 179 (Betreuung einer 72-jährigen Geschädigten mit Hirnstammtrauma, eine hohe Halsmarkläsion mit hochgradiger Tetraparese bei HWK 2-Fraktur).

Betreuung» teilen¹⁸⁷, eine einzelne Person diese Betreuung erbringt oder Dritte Angehörige entlasten¹⁸⁸.

Die deutschen Gerichte betonen aber einschränkend, dass die «alleinige Rufbereitschaft während der Nacht»¹⁸⁹ bzw. «das bloss *Füreinander-Da-Sein*, die Gegenwart der Eltern in der Nähe ihrer Kinder, z.B. um ihnen in den verschiedenen Situationen beizustehen, selbst dann teilweise Inhalt der elterlichen Personensorge und Ausdruck unvertretbarer, elterlicher Aufwendung (ist), wenn der dafür betriebene Aufwand insgesamt über dasjenige hinausgeht, was Gegenstand des ansonsten selbstverständlichen, originären Aufgabengebiets der Eltern ist»¹⁹⁰. Mit diesen und ähnlichen Formulierungen wird letztlich nur eine Ersatzpflicht für den Ohnehinaufwand¹⁹¹, nicht aber die Ersatzfähigkeit verletzungsbedingter Bereitschaftszeiten an sich verneint.

B. Zeitliche Bemessung der Bereitschafts- und Überwachungszeit

1. Allgemeines

Art und Ausmass der notwendigen Bereitschaftszeiten und Überwachungsmassnahmen sind vom Geschädigten in zumutbarer Weise zu substantiieren. In praktisch allen Fällen werden von den Gerichten entweder Fachärzte, Psychologen¹⁹² oder Pflegefachkräfte¹⁹³ mit der gutachterlichen Feststellung der erforderlichen Bereitschafts- und Überwachungszeiten beauftragt. Das Ergebnis der Begutachtung ist ein *qualifiziertes Aufwandgutachten*¹⁹⁴. Dieses hat sich auf die *Tatfrage* zu beschränken, was tatsächlich an Bereitschaft und Überwachung notwendig ist. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dieser Aufwand ersatzfähig ist, ist demgegenüber *Rechtsfrage*¹⁹⁵.

Im Rahmen von aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen bilden häufig die Abklärungen der vorleistungspflichtigen Sozialversicherer die tatsächliche

¹⁸⁷ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 18.09.2000, Fn. 179 (72-jährige Geschädigte, die zu Hause von den Angehörigen betreut wird).

¹⁸⁸ Vgl. Urteile OLG Schleswig vom 28.09.2007, Fn. 179 (Entlastung durch sporadische Nachtwache) und OLG Koblenz vom 18.09.2000, Fn. 179 (Entlastung durch Sozialstation).

¹⁸⁹ Vgl. OLG Schleswig vom 28.09.2007, Fn. 179 E. II.1b.

¹⁹⁰ Vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 22.04.2008, Fn. 179 E. II.B.2.

¹⁹¹ Vgl. Ziff. V.A.

¹⁹² Vgl. z.B. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn.171 E. II., 6.

¹⁹³ Vgl. z.B. OLG Schleswig vom 28.09.2007, Fn. 179 E. II.3.

¹⁹⁴ Vgl. LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar, N. 241 zu Art. 46 OR mit Hinweisen.

¹⁹⁵ Vgl. HUBER CHRISTIAN, Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den «angemessenen marktkonformen Ausgleich», Fn. 182, 715.

Grundlage. Im Hinblick auf die Bemessung der ersatzfähigen Bereitschafts- und Überwachungszeit steht eine anspruchsbegründende oder -erhöhende *persönliche Überwachungsbedürftigkeit* bei der Ausrichtung einer Hilfslosenentschädigung gemäss AHV, IV, Unfall- und Militärversicherung im Vordergrund¹⁹⁶. Da die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht nur teilweise in Bezug auf Überwachungsleistungen besteht und zudem in der Regel pauschalisierte Leistungen gewährt werden, genügen die sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsunterlagen oft nicht, um daraus das zeitliche Ausmass des gesamten Betreuungs- und Pflegeaufwands feststellen zu können.

2. Ruf- und Arbeitsbereitschaft

Die Bereitschafts- und Überwachungszeiten können in unmittelbarer Nähe bzw. am Aufenthaltsort beim Geschädigten, in der Regel bei ihm Zuhause, oder extern anfallen. Arbeitsrechtlich stellen beide Formen «Pikettendienst» dar¹⁹⁷, wobei in Bezug auf die Anrechnung an die Arbeitszeit der Pikettendienst im Betrieb (sog. Rufbereitschaft¹⁹⁸) und der Pikettendienst ausserhalb des Betriebs (sog. Arbeitsbereitschaft¹⁹⁹) unterschieden werden²⁰⁰.

3. Bereitschafts- und Überwachungszeit während des Tages und der Nacht

Die im Zusammenhang mit der Ruf- und Arbeitsbereitschaft anfallende Bereitschafts- und Überwachungszeit betreffen den Tag (Wachphase) und/oder die Nacht (Ruhephase). Die schweizerische Rechtsprechung qualifiziert beide Arten als grundsätzlich entschädigungsfähig²⁰¹. Die deutsche Praxis demgegenüber ist uneinheitlich. Einmal wird eine Tagespauschale für die Wartezeiten während der Wach- und Ruhephase²⁰² oder nur für die Nachtbereitschaftszeiten²⁰³ zugesprou-

¹⁹⁶ Vgl. Fn. 85–88.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 14 f. ArGV 1.

¹⁹⁸ Volle Anrechnung der gesamten zur Verfügung gestellten Zeit (Art. 15. Abs. 1 ArGV1).

¹⁹⁹ Die zur Verfügung gestellte Zeit ist nur soweit der Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin tatsächlich zur Arbeitsleistung herangezogen wird zuzüglich Wegzeit (Art. 15 Abs. 2 ArGV1).

²⁰⁰ Vgl. Art. 15 Abs. 1 und 2 ArGV 1.

²⁰¹ Vgl. Urteile OGER Luzern vom 27.09.2010, Fn. 178 E. 8.2.; Amtsgericht Sursee vom 02.11.2004, Fn. 178 E. 4.5.3.

²⁰² Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 18.09.2000 Fn. 179 (72-jährige Geschädigte mit Hirnstammtrauma, eine hohe Halsmarkläsion mit hochgradiger Tetraparese bei HWK 2-Fraktur; 2 Stunden pro Tag).

²⁰³ Vgl. Urteile OLG Schleswig vom 28.09.2007, Fn. 179 (1986 geborene Geschädigte mit Cerebralparese, PEG-Sonde, Urin- und Stuhlinkontinenz; Bereitschaftszeit der Eltern 45 Minuten pro Nacht zuzüglich effektive Nachwachskosten) E. II.1b; OLG Düsseldorf vom 23.05.2002, Fn. 179 (spastische Tetraplegie, zwei Stunden pro Nacht) und OLG Bremen vom 21.04.1998, Fn. 179 (erwachsener Sohn mit hypoxischem Hirnschaden, 5,5 Stunden pro Nacht).

chen; ein anderes Mal werden die Wartezeiten während des Tages und der Nacht unterschieden, wobei die Nachtbereitschaftszeiten zu 25 % und die Wartezeiten während der Wachphase mit 50 % berücksichtigt werden²⁰⁴.

C. Monetäre Bemessung der Bereitschafts- und Überwachungszeit

1. Mehrkosten

Unbestritten ist, dass tatsächlich angefallene Kosten für Bereitschaftsdienste, insbesondere Nachtwachen, zu entschädigen sind, sofern und soweit diese notwendig waren²⁰⁵. Dasselbe trifft für effektive Entlastungs-²⁰⁶ bzw. Stellvertretungskosten zu²⁰⁷.

2. Tatsächlicher Lohnausfall des Angehörigen

Gibt der Angehörige eine Arbeitsstelle auf, um sich um den Geschädigten zu kümmern, ist nach der Auffassung des Luzerner Obergerichts nur der Zeitausfall, der für die Erwerbsarbeit verwendet worden wäre, zu entschädigen. Die Zeit, die der Angehörige ohnehin zu Hause verbracht hätte, ist nicht entschädigungspflichtig²⁰⁸. Es wird vom besagten Gericht zudem nicht der tatsächliche Lohnausfall entschädigt, was beim Angehörigenpflegeschieden sonst die Regel ist²⁰⁹, sondern pro Stunde lediglich 44 % des für den Betreuungs- und Pflegeschaden massgeblichen Stundenansatzes²¹⁰.

3. Normative Lohnkosten

a) Lohnkosten einer hypothetischen Ersatzkraft

Vor dem Hintergrund der Normativität des Angehörigenschadens sind nicht nur eigentliche Betreuungs- und Pflegeleistungen am und für den Geschädigten, sondern auch blossere Bereitschafts- und Überwachungszeiten mit den hypotheti-

²⁰⁴ Vgl. Urteile OLG Zweibrücken vom 22.04.2008, Fn. 179 E. II.A (körperlich schwerstbehindertes und nahezu blindes Kind) und OLG Zweibrücken vom 13.11.2007, Fn. 177 E. II.1 und II.3b (1985 geborene Geschädigte mit Cerebralparese).

²⁰⁵ Vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 13.11.2007, Fn. 177 E. II.3a.

²⁰⁶ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 18.09.2000, Fn. 179 (Entlastung durch Sozialstation).

²⁰⁷ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 23 f.

²⁰⁸ Vgl. Urteil OGer LU vom 13.10.2004, Fn. 178 E. 4.3.3.

²⁰⁹ Vgl. Urteil BGer Fn. 168 E. 6b/aa; Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006, Fn. 178 E. 8. (Konkubinatspartner, der seine 50 %-Teilzeitstelle aufgeben hat, um den Geschädigten zu betreuen).

²¹⁰ Vgl. Urteil OGer LU vom 13.10.2004, Fn. 178 E. 4.3.4.

schen Lohnkosten einer Ersatzkraft zu bewerten, da nur so sichergestellt wird, dass der Geschädigte die erforderlichen Dienstleistungen marktkonform einkaufen kann, wenn die Angehörigen wegfallen. Massgeblich ist deshalb der für die fragliche Bereitschafts- und Überwachungszeiten mutmasslich geschuldete arbeitsvertragliche Lohnanspruch für Pikettdienste.

Die Wartezeit ausserhalb des Betriebes gilt arbeitsschutzrechtlich gestützt auf Art. 15 Abs. 2 ArGV zwar nicht als Arbeitszeit, gleichwohl geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung von einer eingeschränkten Lohnpflicht für Wartezeiten, die der Arbeitnehmer bei sich Zuhause verbringt, aus. Die Wartezeit des Arbeitnehmers bei sich Zuhause muss aber nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlöhnt werden. Geht weder aus dem Einzel- noch aus einem Kollektivarbeitsvertrag hervor, wie hoch die Entschädigung sein soll, schuldet der Arbeitgeber das, was üblich bzw. billig ist²¹¹. Die Wartezeit im Betrieb ist demgegenüber zu entlohnen, wenn der Arbeitgeber mit der Zuweisung von Arbeit in Verzug ist²¹² oder die Wartezeit die eigentliche Arbeitsleistung darstellt²¹³.

Wartet der Arbeitnehmer ausserhalb des Betriebs, muss aber innerhalb von 30 Minuten am Arbeitsort eintreffen, besteht ein Anspruch auf eine Zeitgutschrift von 10 % der inaktiven Pikettdienstzeit. Unter inaktiver Pikettdienstzeit wird die für den Pikettdienst aufgewendete Zeit ausserhalb einer Intervention sowie der Zeit für den Arbeitsweg verstanden. Die für die Intervention effektiv aufgewendete Zeit sowie die Wegzeit zählen als Arbeitszeit und werden zur Zeitgutschrift dazugerechnet²¹⁴.

b) Angemessene Entschädigung

(1) Pflegestundenansatz

Je nach dem konkret notwendigen bzw. geleisteten Pikettdienst ist die monetäre Bewertung entsprechend vorzunehmen. Die von der Rechtsprechung beurteilten Fälle betreffen regelmässig Wartezeiten am Aufenthaltsort des Geschädigten. Liegt aber ein Pikettdienst im Betrieb vor, ist die gesamte Wartezeit Arbeitszeit und muss mit dem einer hypothetischen Ersatzkraft geschuldeten Pflegestunden-

²¹¹ Vgl. BGE 124 III 249 E. 3b. Die Zeit des Bereitschaftsdienstes, bei dem der Arbeitnehmer ausserhalb des Arbeitsplatzes und der normalen Arbeitszeit auf Abruf zur Verfügung des Arbeitgebers steht, ist durch angemessene, den Verhältnissen Rechnung tragende Freizeit auszugleichen oder angemessen in Geld zu vergüten (vgl. Art. 10 Abs. 3 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 [SR 221.215.328.4]).

²¹² Vgl. Art. 324 OR.

²¹³ Vgl. Art. 8a Abs. 3 ArGV 2 und Art. 10 Abs. 2 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal, Fn. 211.

²¹⁴ Vgl. Art. 8a Abs. 2 ArGV 2.

ansatz entschädigt werden. Massgeblich sind dabei die öffentlich-rechtlichen Besoldungsvorschriften am Aufenthalts- bzw. Arbeitsort, die gemäss dem Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal auch für stationäre privatrechtlich organisierte Pflegebetriebe gelten²¹⁵. Für ambulante Pflegeverhältnisse gelten die öffentlich-rechtlichen Besoldungsvorschriften zwar nicht direkt, sind aber im Rahmen des Üblichen zu berücksichtigen²¹⁶. Der Pflegestundenansatz ist in jedem Fall in Fällen lang andauernder oder besonders belastender Angehörigenpflege heranzuziehen, nicht zuletzt weil in solchen Fällen nach der Meinung des Bundesgerichts ein Arbeitsvertragsverhältnis gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR anzunehmen ist²¹⁷. Da sich die Löhne diplomierter und nicht diplomierter Pflegekräfte unterscheiden, ist in jedem Einzelfall anhand der konkreten Bedürfnisse zu entscheiden, welches der Vergleichslohn ist²¹⁸. Massgeblicher Vergleichslohn für eigentliche Pflegeleistungen und damit zusammenhängende akzessorische Überwachung ist der leicht erhöhte Einstiegslohn einer diplomierten Pflegefachperson²¹⁹.

<i>Bruttolöhne (Zentralwert) der medizinischen, pflegerischen und sozialen Tätigkeiten mit und ohne Diplom</i>			
	<i>Frauen</i>	<i>Männer</i>	<i>Durchschnitt</i>
Ohne Diplom/Monat	CHF 4'602	CHF 4'643	CHF 4'606
Ohne Diplom/Jahr	CHF 55'224	CHF 55'716	CHF 55'272
Mit Diplom/Monat	CHF 5'450	CHF 6'060	CHF 5'535

²¹⁵ Vgl. Art. 13 Abs. 1 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal, Fn. 211.

²¹⁶ Vgl. Art. 322 Abs. 1 OR.

²¹⁷ Vgl. Urteil EVG vom 15.12.1997 i. S. M. – W. O. = AHI 1998, 153 ff., sowie BGE 90 II 443 und 67 II 200 ff. (Vergütung an Stiefkinder auf Grund von Art. 320 Abs. 2 OR bei Auflösung der Hausgemeinschaft mit dem Stiefvater). In BGE 70 II 21 E. 2 lehnte das Bundesgericht die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR bei einer dreimonatigen Pflege und Betreuung der Mutter durch den Sohn ab.

²¹⁸ Vgl. Urteil OGH vom 26.05.1999 (50b50/99k): «[...] Die Unterscheidung zwischen den Kosten diplomierter Krankenschwestern und den Kosten weniger qualifizierter Pfleger (vgl. 6 Ob 143/98; Harrer a.a.O. Rz 15) ist im vorliegenden Fall nicht von wesentlicher Bedeutung, weil die Betreuung des Kindes nach den Feststellungen des Erstgerichts, falls sie nicht durch die Eltern erfolgt wäre, eine diplomierte Krankenschwester erfordert hätte, dies insbesondere für das Füttern und eventuelle Absaugen von Schleim und Speichel; eine Krankenpflegerin hätte nur die (rein) pflegerischen Maßnahmen übernehmen können. Die Bewertung der Familienpflege hat sich daher hier schon deshalb eher am Entgelt einer diplomierten Krankenschwester zu orientieren als an dem einer angelernten Hilfskraft[...].»

²¹⁹ Vgl. Urteile HGer Zürich, vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 21 und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i. S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb und 5b/bb sowie BGE 35 II 216 E. 5.

Mit Diplom/Jahr	CHF 65'400	CHF 72'720	CHF 66'420
-----------------	------------	------------	------------

Quelle: BFS, Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2006 <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_taeetigkeiten.html>

(2) Haushaltstundenansatz

Sowohl die schweizerische als auch die deutsche Rechtsprechung äussern durchwegs Vorbehalte in Bezug auf eine Heranziehung des Pflegestundenansatzes im Zusammenhang mit der monetären Bewertung von Wartezeiten. Das Obergericht Luzern anerkennt zwar, dass «diesen Leistungen ein gewisser Piktettkarakter nicht abzusprechen ist», ist aber der Meinung, dass «der Vergleich mit dem arbeitsrechtlichen Piktettdienst im Betrieb schon deswegen (hinkt), weil die anwesende Person während der Präsenzzeit andere Arbeiten erledigen oder einem Hobby nachgehen kann»²²⁰.

Die deutschen Gerichte erwägen ähnlich, dass die Eltern «während der Zeiten, in denen lediglich ihre Anwesenheit gefordert ist, regelmässig Tätigkeiten verrichten, die der Führung des Haushalts oder der eigenen Freizeitgestaltung im Hause zuzurechnen sind»²²¹ bzw. «sich auch während der Bereitschaftszeiten nicht ausschliesslich dem (Geschädigten) widmen»²²². Der «Verlustposten» der Eltern besteht nach dem Oberlandesgericht Zweibrücken darin, dass sie in ihrer Bewegungsfreiheit und Freizeitgestaltung eingeschränkt sind²²³.

Entschädigungspflichtige Bereitschafts- und Überwachungszeiten werden deshalb regelmässig mit einem reduzierten Stundenansatz entschädigt, wobei der Ausgangspunkt der Bemessung entweder der Pflegestunden- oder Haushaltschadenansatz ist²²⁴. Das Obergericht Luzern zieht den *Pflegestundenansatz* heran und entschädigt einen *Anteil von 44 %*²²⁵ bzw. *50 %*²²⁶. Ähnlich hat das Oberlandesgericht Schleswig entschieden; dieses Gericht reduziert bei Schwerstpflegebedürftigen den Pflegestundenansatz aber nur um 20 %²²⁷.

²²⁰ Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) = HAVE 2007, 35 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. 8.2.2.

²²¹ Vgl. Urteile OLG Düsseldorf vom 23.05.2002, Fn. 179 E. I.2c., und OLG Koblenz vom 18.09.2000, Fn. 179 244.

²²² Urteil OLG Zweibrücken vom 22.04.2008, Fn. 179 E. II.B.2.

²²³ Vgl. OLG Zweibrücken vom 13.11.2007, Fn. 177 E. II./3b.

²²⁴ Zustimmend KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, 123 ff., 126 und 128, und HUBER CHRISTIAN, Fragen der Schadensberechnung, Wien 1993, 375 f.

²²⁵ Vgl. Urteil OGer LU vom 13.10.2004, Fn. 178 E. 4.3.4.

²²⁶ Vgl. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006, Fn. 178 E. 8.2.2.

²²⁷ Vgl. Urteil OLG Schleswig vom 28.09.2007, Fn. 179 E. II/5.

Das Handelsgericht Zürich bewertet Wartezeiten pro Stunde mit CHF 21.35 brutto bzw. CHF 25.25 brutto-brutto (Fr. 21.35 plus 8,33 % für den 13. Monatslohn und 10 % für Arbeitgeberbeiträge)²²⁸, hauswirtschaftliche Dienstleistungen demgegenüber mit CHF 27 brutto-brutto²²⁹. Die Betreuung von Schwerstpflegebedürftigen, auch wenn man «nur» auf einen Einsatz wartet, weist regelmässig ein *höheres Anforderungsprofil auf als das Besorgen des Haushaltes*. Der Bereitschaftsstundenansatz sollte deshalb höher als bzw. in jedem Fall gleich hoch wie der Haushaltstundenansatz sein. Ein *Qualitätszuschlag zum Haushaltstundenansatz* ist ohnehin gerechtfertigt, wenn die Hausfrau nicht nur Hausarbeiten erledigen, sondern auch Angehörige pflegen und betreuen muss²³⁰.

Ausgangspunkt für die monetäre Bewertung sollten entweder die tatsächlichen Löhne für Pflegefachkräfte am Aufenthaltsort des Geschädigten oder ein gesamtschweizerischer Durchschnittslohn bzw. die vom Bundesamt für Statistik für die Betreuung pflegebedürftiger Haushaltsmitglieder anhand der *SAKE*²³¹-Erhebung errechneten Durchschnittslöhne sein. Die für das Jahr 2004 errechneten Stundenlohnansätze machen CHF 29.80 (netto), CHF 34.40 (brutto) bzw. CHF 50.60 (brutto-brutto bzw. Arbeitskostenansatz) aus²³². Beim Arbeitskostenansatz werden nicht nur die zu bezahlenden Soll-, sondern die geleisteten Ist-Arbeitsstunden und allfällige Stellvertretungskosten berücksichtigt, was vor dem Hintergrund der *normativen Kostenersatzperspektive* folgerichtig ist²³³.

Wird von vornherein nur ein Teil der Wartezeiten als entschädigungspflichtig betrachtet und/oder diese mit einem tieferen Stundenansatz bewertet, als einer externen Ersatzkraft usanzgemäss bezahlt werden müsste, erhält der Geschädigte nicht die mutmasslichen Lohnkosten ersetzt, die er benötigt, um Ersatzkräfte gesetzeskonform entschädigen zu können. Fallen die Angehörigen weg, was in Bezug auf pflegende Eltern spätestens mit Erreichen ihres 70. Altersjahres²³⁴ bzw. mit Erreichen des 30. Altersjahres des geschädigten Kindes²³⁵ der Fall ist, muss letztlich der Staat über Sozialversicherung oder Sozialhilfe für die vom Haftpflichtigen nicht entschädigten Kosten aufkommen. Die monetäre Bewertung der notwendigen Bereitschafts-, Präsenz- und Überwachungszeiten sollte

²²⁸ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2., 21 f.

²²⁹ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. VII.2., 45 ff.

²³⁰ Vgl. Urteil KGer SG vom 07.07.1985 = SJZ 1987, 399 E. 3.

²³¹ Schweizerische Arbeitskräfteerhebung.

²³² Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Arbeitsplatz Haushalt: Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit und deren monetäre Bewertung. Statistische Grundlagen und Tabellen für die Bemessung des Haushaltschadens auf der Basis SAKE 2004 und LSE 2004, Neuenburg 2006, 42, Tabelle 3.1.

²³³ Vgl. LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar, N 1147 ff. zu Art. 46 OR.

²³⁴ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. VI.2.4., 37.

²³⁵ Vgl. Urteil BezGer March vom 21.08.1997 (BZ 95 67), 8 ff.; bestätigt durch Urteil BGer vom 23.06.1999 Fn. 167.

deshalb ausschliesslich im Hinblick auf die arbeitsvertragliche Perspektive erfolgen. Die richterliche Skepsis, Wartezeiten können anderweitig genutzt werden, ist zwar begründet, hat aber nichts mit der Bewertung, sondern mit der Vorteilsausgleichung zu tun²³⁶.

²³⁶ Dazu infra V.B.

IV. Schadenminderungspflicht

A. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht

1. Schadenminderungspflicht des Versicherten

a) Allgemeines

Die «Schadenminderungspflicht» ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dessen Zweck in der Vermeidung unnötiger Kosten besteht. Dieser Rechtsgrundsatz gilt sowohl im Haftungsrecht²³⁷ als auch im Sozial-²³⁸ und dem Privatversicherungsrecht²³⁹. Ihm kommt jedoch je nach Rechtsgebiet eine unterschiedliche Tragweite zu²⁴⁰. Die Schadenminderungspflicht ist zudem keine Rechtspflicht, die von den Behörden zwangsweise durchgesetzt werden kann, sondern vielmehr eine Obliegenheit, deren Verletzung nur zu Rechtsnachteilen führt.

Adressat der Schadenminderungspflicht ist primär der Geschädigte bzw. Versicherte. Dritte tragen nur ausnahmsweise Obliegenheitslasten. Solche bestehen etwa für anerkannte Leistungserbringer²⁴¹ und Arbeitgeber²⁴² des Verletzten, denen der Gesetzgeber verschiedene Mitwirkungspflichten zuweist. Die beteiligten Behörden sind im Rahmen der interinstitutionellen Zusammenarbeit ebenfalls auskunftspflichtig²⁴³. Anderen Drittpersonen, z.B. den Arbeitskollegen des Versicherten, ist die Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen nicht zumutbar, sofern deren Beizug einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit beansprucht und entsprechende Lohnkosten für den Arbeitgeber zur Folge hat²⁴⁴.

²³⁷ Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR und statt vieler Urteil BGer vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 4.

²³⁸ Vgl. z.B. Art. 21 ATSG und BGE 130 V 99 E. 3.2 und 117 V 278 E. 2b.

²³⁹ Vgl. z.B. Art. 61 VVG. Die Schadenminderungspflicht gilt auch für Summenversicherte (BGE 128 III 34 E. 3b).

²⁴⁰ Vgl. BGE 123 V 88 E. 4c.

²⁴¹ Der behandelnde Arzt ist zur Unfallmeldung verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und hat in geeigneter Form abzurechnen (Art. 59 KVV und Art. 69a UVV).

²⁴² Der Arbeitgeber ist zur Überprüfung und Meldung von Nicht- und Betriebsunfällen verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und darüber hinaus auskunftspflichtig (Art. 56 UVV). Im Rahmen der 5. IV-Revision soll die Mitwirkung des Arbeitgebers verstärkt werden. Nach Art. 7c IVG-Entwurf soll der Arbeitgeber aktiv mit der IV-Stelle zusammenarbeiten und bei der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mitwirken.

²⁴³ Vgl. Art. 32 ATSG und Art. 54 UVV.

²⁴⁴ Vgl. Urteil EVG vom 27.08.2004 (I 3/04) = SVR 2006 IV Nr. 25 E. 3.1 f. (täglich mehrmals erforderliche zeitaufwändige Einsätze von Mitarbeitern der Arbeitgeberin des Versicherten für die Überwindung der Treppe mittels Raupe). Siehe aber Urteil EVG vom 06.01.2004 (U 107/03) E. 2.4 (Zumutbarkeit von Fahrgemeinschaften).

b) Zumutbare Selbsteingliederung

Der entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeaufwand umfasst den nach Vornahme zumutbarer Selbsteingliederungsmassnahmen verbleibenden Bedarf an Dritthilfe. Die Selbsteingliederung bezieht sich nicht nur auf die Erhaltung bzw. Verbesserung der Selbstversorgungsfähigkeit, z.B. durch zumutbare Gewichtsreduktion²⁴⁵, sondern auch auf die Anschaffung von geeigneten Hilfsmitteln, wenn dadurch ein Bedarf an Dritthilfe vermieden werden kann²⁴⁶. Dem Geschädigten ist eine Umstellung des Mobiliars bzw. eine andere Raumnutzung zumutbar²⁴⁷. Zumutbar sind ferner geringfügige Massnahmen, so z.B. die Installation eines Föhnes an die Wand²⁴⁸ oder die Schaffung günstiger Lichtverhältnisse und die Neuverlegung oder Beseitigung störender Teppiche²⁴⁹. Überwachungsbedürftigen Versicherten ist es zumutbar, ein Mobiltelefon oder eine Notfall-Funk-Einrichtung am Armband zu tragen, mit welchem bei Bedarf Hilfe von Familienangehörigen, Freunden oder Nachbarn angefordert werden kann²⁵⁰.

c) Angemessenheit der Betreuungs- und Pflegekosten

Dem Versicherten steht keine verfassungsrechtliche²⁵¹, wohl aber eine gesetzliche Wahlfreiheit unter den anerkannten Leistungserbringern zu²⁵². Er kann deshalb grundsätzlich frei wählen, durch wen er sich betreuen und pflegen lässt. Wenn die vom Geschädigten gewählte Betreuungsform, z.B. die Hauspflege teurer als eine andere ebenfalls geeignete Betreuungsform ist, stellt sich die Frage, ob der Geschädigte auf Grund der Schadenminderungspflicht gehalten ist, die billigste Betreuungsform zu wählen.

In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht besteht eine Austauschbefugnis im Verhältnis zwischen der Spitex- und der Heimpflege²⁵³. Der Versicherte hat bei der Wahl einer (weniger) wirtschaftlichen Massnahme Anspruch auf Vergütung derjenigen Kosten, auf die er bei der Wahl der wirtschaftlichen Massnahme Anspruch hätte²⁵⁴. Ist die ambulante Pflege unzweckmässig oder unwirtschaft-

²⁴⁵ Vgl. BGE 102 V 73 E. 2a sowie Urteile EVG vom 20.06.2005 (I 553/04) E. 4, vom 17.09.2002 (I 714/01) E. 4.2, vom 19.07.2001 (I 70/01) E. 3, vom 29.01.2001 (K 171/00) E. 4 und vom 14.07.2000 (I 53/00) E. 4.

²⁴⁶ Vgl. ZAK 1989, 215 E. 2b und 1986, 483 E. 2a.

²⁴⁷ Vgl. Urteil EVG vom 29.01.2002 (I 594/01) E. 2c.

²⁴⁸ Vgl. ZAK 1986, 483 E. 2b.

²⁴⁹ Vgl. Urteil EVG vom 23.09.2003 (I 360/03) E. 3.2.

²⁵⁰ Vgl. Urteil Sozialversicherungsgericht des Kt. Zürich vom 28.01.2009 (UV.2007.00455) E. 4.2.3.

²⁵¹ Vgl. Urteil BGER vom 17.06.2005 (2P.73/2005) E. 5.

²⁵² Vgl. Art. 14 Abs. 3 IVG, Art. 41 KVG und Art. 10 Abs. 2 UVG.

²⁵³ Vgl. BGE 126 V 334 E. 2.

²⁵⁴ Vgl. BGE 126 V 334 E. 2 und 3 sowie Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 4.

lich, können keine Teilleistungen in der Höhe der hypothetischen stationären Pflegekosten verlangt werden²⁵⁵.

Bei *Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege*, d. h. gleicher Wirksamkeit und Zweckmässigkeit, besteht keine absolute Wirtschaftlichkeitsgrenze in dem Sinne, dass ab einer bestimmten Kostendifferenz, beispielsweise 50 %, generell ein grobes Missverhältnis zwischen Spitex- und Heimpflege anzunehmen ist²⁵⁶. Bei Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege wurde der Anspruch auf Spitexleistungen bejaht bei Mehrkosten von 48 %²⁵⁷ und verneint bei drei- bis viermal²⁵⁸ sowie fünfmal höheren Kosten²⁵⁹.

In Fällen, in welchen sich die Spitexpflege als wirksamer und zweckmässiger erwies, wurde die Leistungspflicht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bejaht bei 1,9-mal²⁶⁰ bzw. 2,86-mal höheren Kosten²⁶¹. War die Spitexpflege als erheblich wirksamer und zweckmässiger zu qualifizieren, was namentlich bei Versicherten zutrifft, die noch einer Erwerbstätigkeit nachgingen oder aktiv am gesellschaftlichen und sozialen Leben teilnehmen, wurde der Anspruch selbst in Fällen bejaht, wo die Spitexpflege bis zu 3,5-mal höhere Kosten verursachte²⁶².

2. Schadenminderungspflicht der Angehörigen des Versicherten

a) Allgemeines

Die Angehörigen des Versicherten erbringen regelmässig Schadenausgleichsleistungen. Diese sind neutrale Ersatzleistungen, weil Angehörige nicht haft-, sondern im Rahmen der Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungspflicht von Gesetzes wegen leistungspflichtig sind. Im Verhältnis zu den Sozialversicherern befinden sich die Angehörigen auf derselben Stufe und fragt es sich, welcher der neutralen Ersatzpflichtigen im internen Verhältnis den Schaden zu tragen hat. Das Sozialversicherungsrecht privilegiert die Angehörigen nicht nur bei der Leistungsordnung, indem es für den Angehörigenschaden Versicherungsleistungen vorsieht, sondern auch im Zusammenhang mit einer Leistungskürzung²⁶³. Mitunter ordnet der Gesetzgeber die *Nichtanrechenbarkeit der Verwandtenun-*

²⁵⁵ Vgl. Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 4.

²⁵⁶ Vgl. Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 2.2.

²⁵⁷ Vgl. RKUV 2001, 264 E. 2b.

²⁵⁸ Vgl. RKUV 2001, 19.

²⁵⁹ Vgl. RKUV 1999, 64.

²⁶⁰ Vgl. RKUV 2001, 179.

²⁶¹ Vgl. Urteil EVG vom 02.12.2003 (K 33/02) E. 2.

²⁶² Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b.

²⁶³ Vgl. Art. 21 Abs. 2 und 5 ATSG.

terstützung bzw. die prioritäre Leistungspflicht des Sozialversicherers explizit an²⁶⁴. Die *mehrheitliche Privilegierung der Angehörigen* des Versicherten legt es nahe, *generell* von der *prioritären Leistungspflicht des Sozialversicherers* auszugehen und einen internen Regress bzw. eine Schadenminderungspflicht zu verneinen.

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung betont aber sowohl bei der Invaliditätsbemessung von im Haushalt tätig gewesenen Versicherten als auch bei der hauswirtschaftlichen Hilfsmittelversorgung²⁶⁵ und der Bemessung des Betreuungs- und Pflegeaufwandes²⁶⁶, dass der Umstand, wonach der Versicherte die Hausarbeiten bzw. die Selbstversorgung nur mühsam und mit höherem Zeitaufwand bewältigen kann, nicht leistungserhöhend angerechnet werden kann, und fordert zudem eine Unterstützung durch Familienangehörige, welche weiter geht als im Gesundheitsfall²⁶⁷. Das EVG hat nur sehr selten von den Angehörigen keine hauswirtschaftliche Mehrleistung gefordert²⁶⁸. Die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht wird von den kantonalen Gerichten²⁶⁹ und Teilen der Lehre²⁷⁰ als unzutreffend kritisiert.

b) Umfang der Schadenminderungspflicht

Als schadenminderungspflichtig werden Ehegatten²⁷¹ bzw. Konkubinatspartner²⁷², unmündige²⁷³ und mündige²⁷⁴ Kinder, Eltern²⁷⁵, Schwiegereltern bzw. -

²⁶⁴ Vgl. Art. 3c Abs. 2 lit. a ELG.

²⁶⁵ Vgl. Urteil EVG vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI 2003, 215 E. 2.3.3.

²⁶⁶ Vgl. Urteil BGer vom 09.11.2007 (I 1013/06) E. 7.2 f.

²⁶⁷ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und 130 V 97 E. 3.3.3 sowie Urteile EVG vom 12.05.2005 (I 13/05) E. 2.5, vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3, vom 18.05.2004 (I 457/02) E. 8 und vom 28.02.2003 (I 685/02) E. 3.2.

²⁶⁸ Siehe dazu die Urteile EVG vom 08.02.2006 (I 673/05) E. 2.2 (keine Anrechnung einer hauswirtschaftlichen Mithilfe des Ehemanns) und vom 11.08.2003 (I 681/02) E. 4.4.

²⁶⁹ Vgl. Urteile VersGer SG vom 22.01.2007 (IV 23006/60) E. 2b und vom 26.09.2006 (IV 2006/10) = SGGVP 2006 Nr. 11 E. 4.

²⁷⁰ Siehe z.B. LANDOLT HARDY, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung Sozialversicherungsrechtstagung 2007, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen 2007, 115 ff.

²⁷¹ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 sowie Urteile EVG vom 12.05.2005 (I 13/05) E. 2.5 (arbeitsloser bzw. invalider Ehemann), vom 16.02.2005 (I 568/04) E. 4.2.2, vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3, vom 17.11.2003 (I 467/03) E. 3.2.2, vom 22.09.2003 (I 771/02) E. 2.2, vom 11.08.2003 (I 681/02) E. 5.3, vom 28.02.2003 (I 685/02) E. 4.2.2 ff., vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI 2003, 215 E. 2.3.3, vom 10.12.2002 (I 690/01) E. 6 und vom 04.07.2000 (I 294/99) E. 2b.

²⁷² Vgl. Urteil EVG vom 09.06.2006 (I 252/05) E. 3.

²⁷³ Vgl. Urteile EVG vom 05.12.2006 (I 228/06 und I 245/06) E. 7.1.2, vom 24.03.2005 (I 687/04) E. 3.2, vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3, vom 11.08.2003 (I 681/02) E. 5.2 ff., vom 10.12.2002 (I 690/01) E. 6 und vom 04.07.2000 (I 294/99) E. 2b.

mutter²⁷⁶ und Schwägerin²⁷⁷ sowie Nichten²⁷⁸ bezeichnet. Sogar die Nachbarschaftshilfe wird angerechnet, wenn sie «hie und da» erfolgt²⁷⁹. Das Ausmass der zumutbaren Mithilfe ist anhand einer *Abklärung an Ort und Stelle* zu erheben²⁸⁰ und beurteilt sich im *Zeitpunkt des Verfügungserlasses*²⁸¹.

Die Bundesrichter betonen, dass den Angehörigen durch die vermehrte Mithilfe im Haushalt keine *unverhältnismässige Belastung* entstehen darf²⁸². Ob eine unverhältnismässige Belastung für Angehörige vorliegt, kann erst beurteilt werden, wenn feststeht, inwieweit der Versicherte alleine und bei der im Gesundheitsfall üblicherweise gegebenen An- und Abwesenheit von Familienangehörigen, namentlich auch des Ehemanns, gesundheitsbedingt bei der Erledigung der im Haushalt anfallenden Arbeiten eingeschränkt ist²⁸³.

Eine unzumutbare Belastung bestünde, wenn der Angehörige eine *Erwerbseinbusse* erleiden würde²⁸⁴ oder sogar seine Erwerbstätigkeit aufgeben müsste, um an Stelle der Versicherten den Haushalt zu besorgen²⁸⁵. Auch die *Art und der zeitliche Umfang der Erwerbstätigkeit* des Angehörigen, namentlich ein (über-) langer Arbeitsweg, sind bei der Zumutbarkeitsbeurteilung zu berücksichtigen²⁸⁶. Der Umstand, dass der Angehörige nicht im selben Haushalt wohnt, ist unerheblich, sofern sich Arbeitsplatz bzw. Wohnung des Angehörigen «gleich neben dem Wohnhaus der Familie» der Versicherten befinden²⁸⁷.

Nimmt die Mithilfe des Ehegatten ein «beachtliches Ausmass» an, ist gleichwohl keine unzumutbare Belastung anzunehmen, wenn der Versicherte seinerseits den Ehegatten im Umfang von vier bis fünf Wochenstunden entlastet²⁸⁸. Auch die

²⁷⁴ Vgl. BGE 110 V 318 E. 4 sowie Urteile EVG vom 05.12.2006 (I 228/06 und I 245/06) E. 7.1.2, vom 22.09.2003 (I 771/02) E. 2.2, vom 04.09.2001 (I 175/01) E. 5b und vom 22.02.2001 (I 511/00) E. 3d (im selben Haushalt lebende, arbeitslose Söhne).

²⁷⁵ Vgl. Urteil EVG vom 16.02.2005 (I 568/04) E. 4.2.2 (im selben Haushalt wohnende Eltern) und vom 21.06.2001 (I 29/01) E. 6 (pensionierte Eltern).

²⁷⁶ Vgl. Urteil EVG vom 28.02.2003 (I 685/02) E. 4.2.5 und BGE 110 V 322 E. 4.

²⁷⁷ Vgl. Urteil EVG vom 28.02.2003 (I 685/02) E. 4.2.5. Nicht anrechenbar ist die entlohnte Mithilfe der Schwägerin (Urteil EVG vom 19.10.2004 [I 300/04] E. 6.2.3).

²⁷⁸ Vgl. Urteil EVG vom 11.08.2003 (I 681/02) E. 5.2 f.

²⁷⁹ Vgl. BGE 110 V 318 E. 4.

²⁸⁰ Siehe z.B. Urteil EVG vom 12.05.2005 (I 13/05) E. 2.5 und vom 02.03.2004 (I 462/03) E. 4.2.1.

²⁸¹ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und Urteil EVG vom 18.05.2004 (I 457/02) E. 8.

²⁸² Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und Urteile EVG vom 28.12.2004 (I 704/03) E. 5, vom 04.09.2001 (I 175/01) E. 4b und vom 28.08.1981 (I 3/81) E. 1.

²⁸³ Vgl. Urteil EVG vom 21.02.2005 (I 570/04) E. 5.2.4.

²⁸⁴ Vgl. Urteil EVG vom 17.11.2003 (I 467/03) E. 3.2.2.

²⁸⁵ Vgl. Urteil EVG vom 21.02.2005 (I 570/04) E. 5.2.4.

²⁸⁶ Vgl. Urteil EVG vom 13.05.2002 (I 557/00) E. 3c.

²⁸⁷ Vgl. Urteil EVG vom 04.09.2001 (I 175/01) E. 5b.

²⁸⁸ Vgl. Urteil EVG vom 30.04.2001 (I 215/00) E. 2.

vollumfängliche Berücksichtigung der «Mithilfe der Töchter, welche den Haushalt praktisch alleine führten», ist nicht zu beanstanden²⁸⁹. Bei Eltern, die inzwischen im Pensionsalter stehen, verringert sich das Mass der erwartbaren Mithilfe²⁹⁰. Unzumutbar ist schliesslich auch eine «massgebliche» Mithilfe eines 13-jährigen Sohnes, da in diesem Alter «schulische Belastungen» und «berufliche Weichenstellungen» anstehen²⁹¹.

Zumutbar sind insbesondere:

- die Mithilfe des Ehemanns in den Bereichen Ernährung, Einkauf, Wäsche und Kleiderpflege²⁹², insbesondere Einkäufe und «Taxi-Dienste» an Samstagen²⁹³,
- das Heranziehen des Ehemanns für verschiedene Entlastungen in den Bereichen Einkauf (Tragen von schweren Sachen/Unterstützung bei Grosseinkäufen), Ernährung (Reinigung der Küche etc.), Wohnungspflege und Wäsche (Transport der Wäsche in die Waschküche, Aufhängen der Wäsche, Staubsaugen, Reinigen des Badezimmers etc.) sowie für die Gartenarbeit²⁹⁴,
- die drei bis vier Mal pro Jahr erfolgende Fensterreinigung, Bodenpflege, vermehrte Mithilfe bei der Wohnungspflege, Hilfe beim Heben schwerer Gegenstände sowie einmal pro zwei Wochen notwendige Hilfe beim Tragen der zu waschenden Wäsche²⁹⁵,
- das Tragen von schwereren Sachen vom rund zwei Minuten entfernt gelegenen Einkaufszentrum in die Wohnung, das Transportieren des Wäschekorbs in den Keller und zurück in die Wohnung sowie das Schuheputzen durch den Ehemann und den 1985 geborenen Sohn²⁹⁶,
- das Hinauf- und Hinuntertragen des Wäschekorbs vom Erd- ins Obergeschoss und umgekehrt sowie die Bedienung der Waschmaschine durch den pensionierten Lebenspartner²⁹⁷,
- das Erstellen eines schriftlichen Menüplans durch den Ehegatten²⁹⁸,
- die Mithilfe des invaliden Ehemanns «in einem relativ grossen Umfang» da die verschiedenen Tätigkeiten zeitlich etappiert werden können²⁹⁹,

²⁸⁹ Vgl. Urteil EVG vom 05.12.2006 (I 228/06 und I 245/06) E. 7.1.

²⁹⁰ Vgl. Urteil EVG vom 21.06.2001 (I 29/01) E. 6.

²⁹¹ Vgl. Urteil EVG vom 05.09.2006 (I 132/06) E. 5.2.

²⁹² Vgl. Urteil EVG vom 28.02.2003 (I 685/02) E. 4.2.2 ff.

²⁹³ Vgl. BGE 130 V 97 = SVR 2004 IV Nr. 30 E. 2.3.

²⁹⁴ Vgl. Urteil EVG vom 17.11.2003 (I 467/03) E. 3.2.2.

²⁹⁵ Vgl. Urteil EVG vom 28.05.2004 (I 754/03) E. 3.3.

²⁹⁶ Vgl. Urteil EVG vom 11.08.2003 (I 681/02) E. 5.3.

²⁹⁷ Vgl. Urteil EVG vom 09.06.2006 (I 252/05) E. 3.

²⁹⁸ Vgl. Urteil EVG vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI 2003, 218 E. 2.3.3.

- die Übernahme einer Vielzahl schwerer Arbeiten, insbesondere die Entnahme von Wäschestücken aus dem Tumbler, durch den im Haus lebenden Sohn³⁰⁰,
- das Aufräumen des eigenen Zimmers, Einkäufe, Abwasch, Pflanzengiessen etc. durch den 1992 geborenen Sohn³⁰¹,
- die Pflege der Haustiere durch jüngere Kinder³⁰²,
- die Mithilfe der 26-jährigen Tochter im Umfang von ca. drei bis vier Stunden wöchentlich in den Bereichen «Wohnungspflege» und «Einkauf und weitere Besorgungen» sowie das Beziehen des eigenen Betts und die Hilfe beim Kauf von Kleidern³⁰³,
- die Mithilfe der im gleichen Haus, aber nicht im selben Haushalt lebenden ältesten Tochter bei den Einkäufen und Besorgungen, nicht zuletzt deshalb, weil sich Versicherte und Tochter die Benützung eines Autos teilen³⁰⁴, und
- das Holen von Nahrungsmitteln aus der Tiefkühltruhe³⁰⁵.

Bei einer Versicherten, die an einer präsenilen Demenz vom Alzheimertyp mittelschweren Grades mit einer ausgeprägten Störung des Kurzzeitgedächtnisses, der Handlungsplanung und der Orientierung leidet, kann nicht verlangt werden, dass Angehörige, welche die aufwändige Begleitung der Versicherten zu Hause und bei der Pflege von Kontakten und Aktivitäten ausser Haus erbringen, zusätzlich den gesamten Haushalt erledigen³⁰⁶. Unter dem Titel der Schadenminderungspflicht darf in jedem Fall nicht danach gefragt werden, ob sich ein Familienmitglied finden lässt, das allenfalls für eine ersatzweise Ausführung der entsprechenden Teilfunktion in Frage kommt³⁰⁷. Von einer Mutter, die neben dem Versicherten zwei weitere Kinder betreuen muss und wegen Rückenproblemen nicht voll leistungsfähig ist, kann auf Dauer ebenfalls nicht verlangt werden, während rund neun Stunden am Tag bei allen Gelegenheiten darauf zu achten, Bewegungen zu stimulieren, mehrmals täglich die vierzig Minuten dauernde Getränkeinnahme sowie die ebenfalls zeitraubende Essenseingabe vorzunehmen und den Versicherten auch sonst nahezu rund um die Uhr zu betreuen³⁰⁸.

²⁹⁹ Vgl. Urteil EVG vom 12.05.2005 (I 13/05) E. 2.5. In E. 2.6.4 wird eine vollständige Kompensation in Bezug auf den Einkauf angenommen.

³⁰⁰ Vgl. Urteil EVG vom 24.03.2005 (I 687/04) E. 3.2.

³⁰¹ Vgl. Urteil EVG vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3 und vom 31.08.2004 (I 784/03) E. 4.2.1.

³⁰² Vgl. Urteil EVG vom 31.08.2004 (I 784/03) E. 4.2.1.

³⁰³ Vgl. Urteil EVG vom 13.09.2004 (I 253/04) E. 5.3.1.

³⁰⁴ Vgl. Urteil EVG vom 31.08.2004 (I 784/03) E. 4.2.1.

³⁰⁵ Vgl. Urteil EVG vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI 2003, 218 E. 2.3.3.

³⁰⁶ Vgl. Urteil BGer vom 09.11.2007 (I 1013/06) E. 7.3.

³⁰⁷ Vgl. Urteil BGer vom 10.09.2007 (I 609/06) E. 9.

³⁰⁸ Vgl. Urteil EVG vom 13.09.2004 (I 107/04) E. 3.2.

B. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht

1. Wahlrecht des Geschädigten

a) Allgemeines

Bei der Auswahl von Pflegeform und -person steht dem Geschädigten ein Wahlrecht zu. Gestützt auf die Schadenminderungspflicht insbesondere nicht verlangt werden, dass sich ein Geschädigter in ein (billigeres) bzw. nicht in ein (teureres) Pflegeheim begibt³⁰⁹. Die sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage³¹⁰ hat – vor dem Hintergrund des Regressrechtes – zudem zur Folge, dass das haftpflichtrechtliche Wahlrecht mindestens das umfasst, was sozialversicherungsrechtlich versichert ist. Dem Geschädigten ist insoweit auch in haftpflichtrechtlicher Hinsicht ein Wahlrecht für bis zu 350 % teurere Pflegeformen anzuerkennen, wenn die in Frage stehenden Pflegeformen gleich zweckmässig sind.

b) Wahl der Betreuungs- und Pflegeform

Der Geschädigte kann gestützt auf das persönlichkeitsrechtliche Wahlrecht zwischen der Heim-, Spitex- oder Angehörigenpflege wählen. Die kantonale Rechtsprechung erachtet sogar «Doppelkosten» als mit dem Schadenminderungsgebot vereinbar. Der im Heim untergebrachte Geschädigte kann sowohl den Heimpflege- und den Besuchsschaden als auch den Hauspflegeschieden, der bei Wochen- und Ferienaufenthalten zu Hause entsteht, geltend machen³¹¹.

c) Wahl der Pflegeperson

Schwerstpflegebedürftige Geschädigte, die sich zu Hause betreuen lassen, steht zudem das Recht zu, sich nicht nur von Angehörigen, sondern auch von entgeltlich arbeitenden Pflegefachkräften pflegen zu lassen³¹². Ein Wahlrecht besteht auch in Bezug auf die Art des Pikettdienstes. Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, einen externen Pikettdienst beizuziehen³¹³. Wählt der Geschädigte entgeltlich

³⁰⁹ Vgl. Urteile HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2, 15, und OGH vom 26.05.1999 (5 Ob 50/99k) = ZVR 1999 Nr. 109, 375 ff.

³¹⁰ Vgl. supra IV.A.

³¹¹ Vgl. Urteil OGer LU vom 27.08.2009 (11 08 127) E. 4 und 5.

³¹² Vgl. BGE 35 II 216 ff. und Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i. S. O. H. und P. H., 20 ff. (beide Fälle betrafen Paraplegiker).

³¹³ Vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 13.11.2007 (5 U 62/06) = BeckRS 2008, 00523 = MedR 2008, 741 = NJW-RR 2008, 620 E. II/3a: «Die Einrichtung einer Rufbereitschaft dergestalt, dass eine Betreuungsperson sich außerhalb des Hauses befindet und erst nach dem Notruf kommt, ist nicht praktikabel und wird den Bedürfnissen der Klägerin nicht gerecht. Die Tatsache, dass die Klägerin im Haushalt ihrer Eltern lebt und dort in inzwischen massgeblichem Umfang Fremdbetreuung in Anspruch nimmt, verursacht zwar erhebliche Kosten, die möglicherweise höher sind, als die Unterbringung in einem Wohnheim für Behinderte. Auf

arbeitende Pflegefachkräfte fragt es sich, ob die erforderlichen Betreuungs- und Pflegeperson(en) auf *Lohn- oder Honorarbasis* am Markt eingekauft werden dürfen.

In den Vergütungen der selbstständigerwerbenden Pflegebetriebe sind *Betriebskosten* und ein *Gewinnanteil* eingerechnet, während diese bei den Löhnen weitgehend entfallen. Die vorerwähnten *Pflegestundenansätze* sind deshalb im Vergleich zu den *Pflegetarifen* tiefer. Die in Art. 9a KLV vorgesehenen Rahmentarife machen für Grundpflege in einfachen und stabilen Situationen CHF 30 bis 48.50 und für Grundpflege in instabilen und komplexen Situationen sowie für Behandlungspflege CHF 45 bis 70 aus. Diese Pflegetarife werden mit In-Kraft-Treten der Neuen Pflegefinanzierung per 1. Januar 2011 leicht erhöht. Ähnliche Vergütungsansätze sieht der Vertrag zwischen dem Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer und dem Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger vom 16.05.1997 vor.

Die normative Perspektive heischt den Rechtsanwender, die mutmasslichen «Marktkosten» für die monetäre Bemessung heranzuziehen. Je nach dem, ob der Geschädigte in der Lage ist, selbst Personal anzustellen oder nicht, der Verfügbarkeit von freiberuflichen Pflegefachkräften am Wohnort des Geschädigten und den offerierten Pflegeeinsatzzeiten wird sich der Geschädigte für die freiberufliche oder die arbeitsvertragliche Variante oder eine Mischform entscheiden³¹⁴. Ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorbehalten, wird man dem Geschädigten auch diesbezüglich ein Wahlrecht bis zur vorerwähnten Unangemessenheitsgrenze von 350 % zubilligen dürfen.

d) Nichtersatzfähigkeit fiktiver Betreuungs- und Pflegekosten

Der Geschädigte kann zwar Ersatz für *normative, nicht aber fiktive Pflegekosten* beanspruchen³¹⁵. Ersatzfähig sind nur notwendige Pflege- und Betreuungsdienste-

Letzteres muss sich die Klägerin aber nicht verweisen lassen. Jedenfalls solange sie noch zur Schule geht, liegt in der gewählten Lebensführung kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht der Klägerin.»

³¹⁴ Siehe z.B. Urteil HGER ZH vom 12.06.2001, Fn. 171, wo eine Mischform Ausgangspunkt der Schadenberechnung war.

³¹⁵ Siehe z.B. Urteil OGH vom 10.09.1998 (6Ob143/98t): «Im vorliegenden Fall ist eben die Tätigkeit der Mutter des Klägers in medizinisch-technischer Hinsicht nicht mit der Tätigkeit von mehreren Fachkräften gleichwertig, und zwar weder zeitlich noch qualitativ, weil im «Halbschlaf», erschöpft und übermüdet nicht eine vollwertige Fachkraft, die regelmäßig abgewechselt wird, ersetzt werden kann. Einer Einzelperson ist es physisch nicht möglich, 6 Arbeitskräfte zu ersetzen. Damit läuft die Rechtsfrage aber auch hier darauf hinaus, ob der Verletzte, der sich mit einer (vom Ergebnis und aus schadenersatzrechtlicher Sicht gesehen) «Minderleistung» (die menschlich gesehen selbstverständlich als Höchstleistung zu qualifizieren ist) begnügt, Geldersatz für eine tatsächlich nicht erbrachte, medizinisch-technische Volleistung verlangen darf. Die Frage ist im Anschluss an die Entscheidung des verstärkten Senates zu den fiktiven Heilungskosten zu verneinen.»

leistungen, die tatsächlich entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wurden³¹⁶. Nicht in Anspruch genommene Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, z.B. unterlassene Spitalbesuche und dank staatlicher Subventionen eingesparte Pflegekosten, sind nicht ersatzpflichtig, auch wenn sie normalerweise bei einer Pflegebedürftigkeit der vorliegenden Art anfallen.

2. Tiefere Betreuungs- und Pflegekosten bei einem Auslandsitz

Der in der Schweiz wohnhafte bzw. aufenthaltsberechtigte Geschädigte hat sich tiefere Betreuungs- und Pflegekosten, die bei einer Wohnsitzverlegung ins Ausland entstehen würden, nicht anrechnen zu lassen, weil er nicht verpflichtet ist, seinen bisherigen (schweizerischen) Wohnsitz an einen billigeren (ausländischen) Pflegeort zu verlegen³¹⁷. Ebenso ist er nicht verpflichtet, ausländische Pflegeunternehmen zu berücksichtigen, die ihre Dienste in der Schweiz zu Dumping-Preisen anbieten.

Geschädigte, die im Ausland wohnhaft sind, haben sich demgegenüber die tieferen Betreuungs- und Pflegekosten anrechnen zu lassen³¹⁸. Bei Geschädigten, die über ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen, aber im Ausland leben, ist ab dem Zeitpunkt auf die höheren schweizerischen Betreuungs- und Pflegekosten abzustellen, in dem eine Rückkehr in die Schweiz überwiegend wahrscheinlich ist. Bei Kindern und Jugendlichen erfolgt eine Rückkehr in die Schweiz frühestens mit dem Erreichen des 30. Altersjahrs. Bei hirntraumatisch Verletzten, bei denen ein Heimübertritt wahrscheinlich ist, ist eine Rückkehr aber unwahrscheinlich³¹⁹.

3. Keine Schadenminderungspflicht der Angehörigen des Geschädigten

Die Bejahung einer Ersatzpflicht für unentgeltliche Betreuungs- und Pflegeleistungen von Angehörigen schliesst eine Schadenminderungspflicht der Angehörigen a priori aus. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht bereits 1902 – notabene am Tag der Arbeit – bei einer unentgeltlich ihrem dauernd überwachungsbedürftigen Ehemann pflegenden Ehefrau festgestellt³²⁰. Der Berner Appellationshof entlastet demgegenüber den Haftpflichtigen zu Unrecht zu Lasten der beistandsverpflichteten Eltern unter Hinweis auf Art. 276 ZGB. Die Berner

³¹⁶ Vgl. Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR.

³¹⁷ Vgl. Urteil BGER vom 23.06.1999, Fn. 167 E. 2c.

³¹⁸ Vgl. Urteil OGH vom 21.03.2001 (30b193/00d; Betreuung des pflegebedürftigen Kindes durch die grosseltern in Jugoslawien).

³¹⁹ Vgl. Urteil BGER vom 23.06.1999, Fn. 167 E. 3.

³²⁰ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

Richter gehen von der grundsätzlichen Nichtersatzfähigkeit des unfallbedingten Betreuungs- und Haushaltsmehraufwands aus und verlangen von den Eltern sogar «für eine gewisse Zeit» sogar, dass sie einen «ganz erheblichen zusätzlicher Betreuungsaufwand» entschädigungslos erbringen³²¹.

Dieser Auffassung kann nur insoweit zugestimmt werden, als ohnehin erbrachte Betreuungs- und Pflegeleistungen nicht ersatzfähig sind. Angehörige sind aber nicht verpflichtet, den Haftpflichtigen zu entlasten; eine Selbsttragung des Schadens durch Angehörige, ohne dass sie haftpflichtig wären, ist nicht nur ethisch verwerflich, sondern auch deshalb abzulehnen, weil Angehörige wegfallen können. Eine eigentliche Schadenminderungspflicht der Angehörigen besteht nur bei den Schadensposten, die sich durch ihr Verhalten bestimmen, wie das z.B. beim Besuchsschaden der Fall ist. Der besuchende Angehörige ist deshalb insbesondere verpflichtet, die Arbeits- den Besuchszeiten anzupassen³²².

³²¹ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 E. 6 und 9.

³²² Vgl. Urteil BGH vom 19.02.1991 (VI ZR 171/90) = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559.

V. Vorteilsausgleichung

A. Abzug für den Ohnehinaufwand

1. Ohnehinaufwand bei Kindern

a) Sozialversicherungsrechtlicher Ohnehinaufwand

Die Hilflosenentschädigung wird frühestens ab der Geburt gewährt. Der Anspruchsbeginn im ersten Lebensjahr hängt insoweit nicht vom Ablauf der sechsmonatigen Wartefrist ab. Bei Versicherten, welche das erste Lebensjahr noch nicht vollendet haben, entsteht der Anspruch aber erst, sobald voraussichtlich während mehr als zwölf Monaten eine Hilflosigkeit besteht³²³. Nach Vollendung des ersten Lebensjahres entsteht der Anspruch nach Ablauf der sechsmonatigen Wartefrist seit Geltendmachung³²⁴.

Bei Minderjährigen ist nur der Mehrbedarf an Hilfeleistung und persönlicher Überwachung im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen gleichen Alters zu berücksichtigen³²⁵. Das Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH³²⁶) umschreibt den diesbezüglichen Mehraufwand – im Zusammenhang mit der Bestimmung der Hilflosigkeit – wie folgt (Anhang III KSIH):

- *An- und Auskleiden*: Mit 3 Jahren kann sich ein Kind an- und ausziehen, wobei es für einzelne Handreichungen, wie Knöpfe öffnen und schliessen, auf Hilfe angewiesen ist. Die Schuhe zieht es am richtigen Fuss an, merkt sich die Vorder- und Rückseite der Kleider. Mit 6 Jahren kann es die Schuhe binden (massgebend bei Kindern, welche behinderungsbedingt Schnürschuhe tragen müssen). Ein Mehraufwand wird anerkannt beim Anlegen von Prothesen, insbesondere bei starker Spastizität (z.B. CP).
- *Aufstehen, Absitzen und Abliegen*: Mit 10 Monaten sitzt das Kind recht gut frei (am Boden und auf dem Schooss der Mutter) und in seinem Kinderstuhl besonders sicher. Mit 14 Monaten steht es ohne Hilfe auf. Mit 23 Monaten setzt es sich allein auf einen Stuhl oder an den Tisch. Als Mehraufwand ab 4 Jahren gilt ein regelmässiges Aufstehen nachts, um das Kind anzubinden.
- *Essen*: Mit 20 Monaten kann das Kind zuverlässig mit dem Löffel umgehen und ebenso mit der Tasse, die es aufhebt und wieder hinstellt, wenn es daraus

³²³ Vgl. Art. 42^{bis} Abs. 3 IVG.

³²⁴ Vgl. Art. 42 Abs. 4 i.V.m. Art. 29 Abs 1 IVG.

³²⁵ Vgl. Art. 37 Abs. 4 und Art. 39 Abs. 2 IVV.

³²⁶ Stand 01.02.2010.

getrunken hat. Mit 2 ½ Jahren braucht es beim Essen von zerkleinerter Nahrung nur noch selten Hilfe. Mit 5 ½ Jahren kann es die Speisen selber zerkleinern (ausgenommen Fleisch). Der Umgang mit dem Besteck bereitet keine Probleme mehr. Mit 8 Jahren isst das Kind selbstständig inkl. Fleisch zerkleinern. Als Mehraufwand zu berücksichtigen sind: pürierte Nahrung, Breinahrung, Sondenernährung, Überwachung wegen Erstickungsgefahr beim Essen (z.B. bei Epilepsie³²⁷) oder das Zubereitenmüssen vermehrter Mahlzeiten (z.B. bei Stoffwechsel- und Magendarmkrankheiten).

- *Waschen, Kämmen, Baden/Duschen*: Mit 6 Jahren lässt sich das Kind bei der Körperpflege nicht mehr gerne helfen. Kontrolle ist jedoch noch nötig. Haarwaschen und Kämmen ist noch nicht selbstständig möglich. Als Mehraufwand ab 3 Jahren anerkannt ist bei Schwerstbehinderten (Lähmungen, CP), wenn zwei Personen zum Baden erforderlich sind, weil das Kind nicht selber in der Wanne sitzen und beim Waschen nicht mithelfen kann, und bei Epileptikern für die persönliche Überwachung (Ertrinkungsgefahr beim Baden oder sturzbedingte Verletzungsgefahr beim Duschen).
- *Verrichten der Notdurft*: Mit 2 ½ Jahren benötigt das Kind tagsüber mehrheitlich keine Windeln mehr. Mit 4 Jahren sind nachts keine Windeln mehr erforderlich, da in der Regel nicht mehr genässt wird. Mit 6 Jahren kann sich das Kind selber reinigen (Kindergartenalter). Als Mehraufwand zu berücksichtigen sind: manuelle Darmausräumung, regelmässiges Katheterisieren, tägliche Massagen der Bauchdecke, zeitaufwendige Einläufe, überaus häufiges Wechseln der Windeln wegen auf die Einnahme von Antibiotika zurückzuführenden Pilzbefalls, erschwertes Wickeln bedingt durch die hohe Spastizität bereits ab dem 2. Altersjahr³²⁸.

Gemäss diesen Richtlinien ist in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht eine persönliche Überwachungsbedürftigkeit bei Kindern vor sechs Jahren in der Regel zu verneinen³²⁹. Eine Überwachungsbedürftigkeit vor Erreichen des sechsten Lebensjahrs besteht nur bei erethischen und autistischen Kindern. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass eine Überwachungsbedürftigkeit auch im Falle eines 2 ½-jährigen Kindes gegeben ist, das sich bedingt durch eine starke Reflex-tätigkeit in eine Zwangsstellung manövrieren kann, welche den Schluckvorgang blockiert und damit die Erbrechens- und Erstickungsgefahr erhöht³³⁰. Eine stän-

³²⁷ ZAK 1986, 484.

³²⁸ ZAK 1989, 173.

³²⁹ Vgl. Urteile BGer vom 01.12.2008 (8C_562/2008) E. 2.3 und EVG vom 19.12.2006 (I 684/05) E. 4.4.

³³⁰ Vgl. ZAK 1989, 173 f. E. 3b.

dige Überwachung begründet auch die nicht altersentsprechende Notwendigkeit, alle drei bis vier Stunden eine Nährlösung zuzuführen³³¹.

Nach Erreichen des sechsten Lebensjahrs begründen praxisgemäss Mukoviszidose³³², Heim- oder Peritonealdialyse³³³, Blindheit und hochgradige Sehschwäche sowie schwere Körperbehinderungen³³⁴ sowie schwere Hörschädigungen, bei denen es regelmässiger und erheblicher Dienstleistungen der Eltern oder Dritter zur Förderung der Kommunikationsfähigkeit bedarf³³⁵, eine leichte Hilflosigkeit. Minderjährige mit PEP-Maske bzw. Peritonealdialyse begründen längstens einen Anspruch bis zum vollendeten 15. Altersjahr³³⁶. Bei Taubblinden und Tauben mit hochgradiger Sehschwäche kann ab dem sechsten Altersjahr eine schwere Hilflosigkeit angenommen werden³³⁷.

Ein praktisch ständiger Hörkontakt ist auch bei gesunden Kleinkindern bis 21 Monate üblich und erforderlich. Ein permanenter Sichtkontakt ist demgegenüber als persönliche Überwachung zu berücksichtigen, muss aber durch einen fachärztlichen medizinischen Bericht dokumentiert sein. Keine Überwachung stellt eine besonders hohe Aufmerksamkeit und Interventionsbereitschaft von Eltern dar³³⁸.

b) **Haftpflichtrechtlicher Ohnehinabzug**

Bei Kindern, namentlich auch Säuglingen, besteht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge kein Behandlungspflegebedarf nach der Geburt, weshalb der verletzungsbedingte Bedarf an Behandlungspflege und ein allfälliger akzessorischer Überwachungsbedarf vollumfänglich zu entschädigen ist. Abgrenzungsprobleme stellen sich demgegenüber in den drei Bereichen Grundpflege, Betreuung und nicht akzessorischer Überwachung, da Kleinkinder alltägliche Lebensverrichtungen nicht selbstständig ausführen können und überwacht werden müssen.

Entgegen der im sozialversicherungsrechtlichen Kontext geäusserten Auffassung des Bundesgerichts, wonach bis zum sechsten Lebensjahr ohnehin eine persönliche Überwachungsbedürftigkeit bestehe, geht das Oberlandesgericht Zweibrücken in haftpflichtrechtlicher Hinsicht davon aus, dass ein gesundes Kind im

³³¹ Vgl. Urteil EVG vom 23.01.2003 (I 231/02) E. 4.2.

³³² Vgl. Rz 8060 KSIH.

³³³ Vgl. Rz 8063 KSIH.

³³⁴ Vgl. Rz 8065 und 8068 KSIH.

³³⁵ Vgl. Rz 8067 KSIH.

³³⁶ Vgl. Rz 8063 KSIH.

³³⁷ Vgl. Rz 8056 KSIH.

³³⁸ Vgl. Urteil BGer vom 26.02.2009 (9C_431/2008) E. 4.4.3.

ersten Lebensjahr keiner «Rund um die Uhr»-Betreuung bedürfe³³⁹. Ein Abzug ist erst ab dem zweiten Lebensjahr zulässig, wobei der Ohnehinaufwand für ein gesundes Kind mit 300 Minuten pro Tag im zweiten Lebensjahr und mit 225 Minuten im dritten Lebensjahr beziffert wird³⁴⁰.

Ähnliche Werte verwendet das Oberlandesgericht Schleswig: im ersten Lebensjahr 295 Minuten pro Tag, im zweiten Lebensjahr 258 Minuten pro Tag, im dritten Lebensjahr 158 Minuten pro Tag, im vierten Lebensjahr 142 Minuten pro Tag, im fünften Lebensjahr 127 Minuten pro Tag, im sechsten Lebensjahr 112 Minuten pro Tag, im siebten Lebensjahr 96 Minuten pro Tag, im achten Lebensjahr 78 Minuten pro Tag, im neunten Lebensjahr 61 Minuten pro Tag, im zehnten Lebensjahr 43 Minuten pro Tag und im elften Lebensjahr 25. 8 Minuten pro Tag³⁴¹.

Der Ohnehinaufwand bei Kindern kann auch durch eine Gegenüberstellung des Gesamtkinderversorgungsaufwands vor und nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses ermittelt werden. Der durchschnittliche Gesamtkinderversorgungsaufwand gesamt bzw. pro Altersabschnitt vor Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses lässt sich anhand der SAKE-Erhebung bestimmen. Diesem ist der tatsächliche Gesamtkinderversorgungsaufwand nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses gegenüberzustellen.

³³⁹ Vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 22.04.2008, Fn. 179 E. II/A/2a.

³⁴⁰ Ibid. E. II.A.2b.

³⁴¹ Vgl. Urteil OLG Schleswig vom 28.09.2007, Fn. 179 E. II/3.

<i>Durchschnittlicher Kinderversorgungsaufwand gemäss SAKE 2007³⁴²</i>				
	<i>Essen geben, waschen, ins Bett bringen</i>	<i>Spielen, Hausaufgaben machen</i>	<i>Beglei- tung, Transport</i>	<i>Total</i>
Alleinerziehende Mütter – ein Kind (T 20.4.2.13)	7.1	10.3	1.2	18.6
Alleinerziehende Väter – ein Kind (T 20.4.2.14)	()	8.1	0.9	9.0
Alleinerziehende Mütter – zwei und mehr Kinder (T 20.4.2.13)	7.0	9.3	1.2	17.5
Alleinerziehende Väter – zwei und mehr Kinder (T 20.4.2.14)	()	6.5	0.6	7.1
Paarhaushalt mit einem Kind – Mütter (T 20.4.2.7)	11.7	12.9	1.3	25.9
Paarhaushalt mit einem Kind – Väter (T 20.4.2.10)	6.4	9.2	1.2	16.8
Paarhaushalt mit zwei Kin- dern – Mütter (T 20.4.2.8)	8.8	11.6	1.5	21.9
Paarhaushalt mit zwei Kin- dern – Väter (T 20.4.2.11)	4.5	8.3	1.0	13.8
Paarhaushalt mit drei und mehr Kindern – Mütter (T 20.4.2.9)	7.6	10.4	1.8	19.8
Paarhaushalt mit drei und mehr Kindern – Väter (T 20.4.2.12)	3.7	7.1	1.2	12.0

³⁴² Vgl. Bundesamt für Statistik, Veränderung beim Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit: 1997–2007. Zeitvergleiche zu den Resultaten aus dem Modul «Unbezahlte Arbeit» 1997, 2000, 2004 und 2007 der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE), Neuenburg 2009. Die detaillierten Tabellen nach einzelnen Tätigkeiten der Haus- und Familienarbeit unter: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/04/blank/dos/haushaltsschaden.html>>

c) Ohnehinaufwand bei älteren und bereits hilfsbedürftigen Geschädigten

Die Problematik des Ohnehinaufwands stellt sich auch bei älteren bzw. bereits hilfsbedürftigen Geschädigten. Bei Geschädigten, die bereits hilfsbedürftig sind, kann die Körperverletzung zu einer Erhöhung des bereits bestehenden Betreuungs- und Pflegeaufwands führen. Der Haftpflichtige ist für diesen Mehraufwand vollumfänglich ersatzpflichtig. Wurde das Ausmass des Mehraufwands durch einen Vorzustand nachteilig beeinflusst, ist die Ersatzpflicht bzw. eine allfällige Reduktion nach den für die *konstitutionelle Prädisposition* geltenden Schadenersatzregeln zu beurteilen. Leidet der Geschädigte an einer Altersdemenz, die innerhalb von 15 Monaten ohnehin zu einer Pflegebedürftigkeit geführt hätte, besteht keine Ersatzpflicht ab diesem Zeitpunkt³⁴³.

Eine bloss *theoretische Betreuungs- bzw. Pflegewahrscheinlichkeit* genügt nicht. Ein Abzug ist erst dann gerechtfertigt, wenn der Geschädigte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohnehin betreuungs- oder pflegebedürftig geworden wäre³⁴⁴. Eine derartige überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht bei einer im Urteilszeitpunkt 84-jährigen Geschädigten nicht³⁴⁵, die im Unfallzeitpunkt an einer Sehstörung litt, aber körperlich rüstig war bzw. ihre Einkäufe noch selbst erledigen konnte und sich nach dem Unfall von ihren sehr erheblichen Verletzungen sowie von späteren schweren Belastungen (Thrombose, Lungenentzündung sowie eine Gallen- und Blinddarmoperation) jeweils körperlich gut erholt hat³⁴⁶.

B. Kompensation mit dem hauswirtschaftlichen Versorgungsaufwand

1. Versorgungsanteil des Geschädigten

Der Geschädigte könnte als Arbeitgeber entlohnte Arbeitnehmer anhalten, während Wartezeiten Pausen zu beziehen oder andere Arbeiten, insbesondere hauswirtschaftliche Arbeiten, auszuführen. Entsprechend ist von einer Kompensation des Bereitschafts- und Überwachungsaufwands im Umfang des mutmasslichen Haushaltführungsaufwands des Geschädigten im Validenhaushalt und des behin-

³⁴³ Vgl. Urteil OGer LU vom 13.10.2004, Fn. 178 E. 3.4 und 3.5.

³⁴⁴ Eine altersungsbedingte Pflegebedürftigkeit tritt statistisch erst ab dem 75. Altersjahr signifikant in Erscheinung; die Pflegebedürftigkeitsquote beträgt in dieser Altersgruppe aber gleichwohl nur 23,4 % (Männer: 21,2 %, Frauen: 25,9 %; vgl. dazu SCHÖN-BAUMANN JAQUELINE, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005, 274 ff., 275).

³⁴⁵ Die Heimeintrittswahrscheinlichkeit steigt erst ab Alter 90 über 50 % (siehe dazu die Statistiken «Ständige Wohnbevölkerung» und «Statistik der sozialmedizinischen Institutionen» des Bundesamtes für Statistik).

³⁴⁶ Vgl. Urteil OLG Hamm vom 27.11.2006 (6 U 64/97) = BeckRS 2006 14144 = LSK 1999, 330322 = NZV 1998, 372 = r + s 1998, 371 E. II/B.

derungsbedingten Haushaltsführungsmehraufwands auszugehen³⁴⁷. Dies lässt das Handelsgericht Zürich aber aussen vor, wenn es vom wöchentlichen Präsenzzeit-aufwand von 27 Stunden den anfallenden Haushaltsführungsaufwand von 20 Stunden (entspricht angeblich dem Aufwand für die Mutter und die Geschädigte gemeinsam) in Abzug bringt³⁴⁸. Gemäss SAKE-Erhebung 2007³⁴⁹ liegt nämlich der durchschnittliche Haushaltsaufwand einer alleinlebenden Frau bis zu einem Alter von 44 Jahren erheblich unter 20 Stunden pro Woche³⁵⁰. Wendet man zudem konsequent den im Grundsatz unbestrittenen normativen Charakter des Angehörigenpflegeschadens an, so ist zu bezweifeln, ob überhaupt eine Kompensation aus arbeitsvertragsrechtlichen Gründen zulässig ist. Das arbeitgeberische Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR wird wohl erheblich belastet, wenn man einer Pflegefachperson zugleich während der Bereitschaft und Überwachung Hausarbeiten zuweist³⁵¹.

Selbst wenn man die Kompensation als rechtmässig betrachtet, ist zu beachten, dass die Angehörigen in der Zukunft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wegfallen und eine an ihrer Stelle eingesetzte Pflegefachkraft einen höheren Stundenlohn verdient als derjenige einer fiktiven Ersatzkraft zur Haushaltsführung. Nimmt man daher eine Kompensation vor, so hat diese so zu erfolgen, dass in einem ersten Schritt der Überwachungsschaden mit dem Pflegestundenansatz berechnet und in einem zweiten Schritt der Anteil des zu kompensierenden Haushaltschadens, berechnet mit dem Haushaltstundenansatz, in Abzug gebracht wird.

Bei Kindern ist der Versorgungsanteil, der sich mutmasslich je nach familiärer Konstellation ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses anhand der SAKE-Erhebung 2007³⁵² berechnen lässt, in Abzug zu bringen. Bei mehreren Kindern ist zu entscheiden, ob der höhere Versorgungsanteil des ersten Kindes oder der tiefere Versorgungsanteil nachgeborener Kinder in Abzug zu bringen ist. Da einheitliche Lösungen anzustreben sind und der Versorgungsaufwand der

³⁴⁷ Vgl. Urteile OGer Luzern vom 27.09.2006, Fn. 178 E. 8.2 und HGer ZH vom 12.06.2001, Fn. 171 E. V.2. 19.

³⁴⁸ Vgl. Urteil HGer ZH, Fn. 171 E. V.2. 19.

³⁴⁹ Vgl. Bundesamt für Statistik, Fn. 342.

³⁵⁰ Vgl. Bundesamt für Statistik, Fn. 342, T 20.4.2.3 (14.7 Stunden pro Woche bis zum Alter von 29 Jahren, 15.9 Stunden pro Woche bis zum Alter von 44 Jahren).

³⁵¹ Vgl. STREIF ULIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich 2006, N 3 zu Art. 321d OR mit Hinweisen (Ein Chefmetzger musste es sich nicht bieten lassen, nur noch als «Bankmetzger 2» eingesetzt zu werden; ebenso wenig musste sich ein Mechaniker die Weisung befolgen, die Toiletten der Arbeitgeberin zu putzen).

³⁵² Vgl. Bundesamt für Statistik, Fn. 342.

Kinder ohnehin angefallen wäre, rechtfertigt sich eine *Kompensation des Erst-kindversorgungsanteils*.

<i>Haushaltstyp</i> <i>SAKE 2007</i>	<i>Versorgungsaufwand</i> <i>Mann</i> <i>(100 % erwerbstätig)</i>	<i>Versorgungsaufwand</i> <i>Frau</i> <i>(50 % erwerbstätig)</i>	<i>Versorgungs-</i> <i>aufwand</i> <i>je Kind</i>
Eiipersonenhaus- halt	14.3 Std./W	19.5 Std./W	0 Std./W
Paarhaushalt	15.1 Std./W	23.5 Std./W	0 Std./W
Familienhaushalt (1 Kind)	24.4 Std./W	40.8 Std./W	9.3 Std./W 17.3 Std./W = 26.6 Std./W
Familienhaushalt (2 Kinder)	25.2 Std./W	43.5 Std./W	0.8 Std./W 2.7 Std./W = 3.5 Std./W
Familienhaushalt (3 Kinder)	24.4 Std./W	47.9 Std./W	– 0.8 Std./W 4.4 Std./W = 3.6 Std./W

Besteht neben dem Überwachungsbedarf ein eigentlicher Pflegeaufwand, kann nur die Differenz zwischen Wartezeit und eigentlichen Pflegeaufwand vom Versorgungsanteil in Abzug gebracht werden, weil der Angehörige nicht gleichzeitig den Geschädigten pflegen und Hausarbeiten erledigen kann.

2. Versorgungsanteil der betreuenden Angehörigen

Wird der Geschädigte von Angehörigen betreut, die nicht mit ihm zusammen leben, darf der Versorgungsanteil des betreuenden Angehörigen, den diese in *ihrem eigenen Haushalt* aufwenden müssen, nicht vom Präsenzzeitaufwand in Abzug gebracht werden. Bestand demgegenüber vor dem Unfall bereits eine *Wohngemeinschaft zwischen dem Geschädigten und dem betreuenden Angehörigen*, kann auch der Versorgungsanteil des betreuenden Angehörigen, z.B. der Mutter, von den Wartezeiten in Abzug gebracht werden, da es dem betreuenden Angehörigen zumutbar ist, nicht nur für den Geschädigten, sondern auch für sich selbst Hausarbeiten zu verrichten, während er in der Nähe des Geschädigten anwesend sein muss, zumal er für die fragliche Zeitspanne entschädigt wird. Eine Kompensation ist in zeitlicher Hinsicht aber nur bis zum mutmasslichen

Ende der Wohngemeinschaft (im Validenfall) zulässig. Handelt es sich beim betreuenden Angehörigen um die Eltern, fällt eine Kompensation nach Erreichen des 25. Altersjahres des Geschädigten weg.

3. Versorgungsanteil von Dritten

Bislang mussten sich die Gerichte noch nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob auch die Versorgungsanteile nicht betreuender Angehöriger, z.B. des erwerbstätigen Vaters oder des Geschwisters des Geschädigten, mit den Bereitschaftszeiten verrechnet werden dürfen. Für eine Kompensation spricht der Umstand, dass Hausarbeiten regelmässig allen Haushaltmitgliedern zu Gute kommen. Gegen eine Anrechnung lässt sich argumentieren, dass der Geschädigte als Haushaltsschaden nur den auf von ihm anteilmässig für Dritte erbrachten Versorgungsanteil entschädigt erhält und eine Verrechnung ohnehin nur dann in Frage kommt, wenn im Umfang der Versorgungsanteile Dritter überhaupt noch nicht kompensierte Wartezeiten bestehen. Kinder scheiden ohnehin spätestens mit Erreichen des 25. Altersjahres aus dem elterlichen Haushalt aus, weshalb eine Kompensation, wenn überhaupt nur für den Partner des Geschädigten, in Frage kommt.

C. Kompensation mit dem Freizeitgewinn

Mitunter berücksichtigen die Gerichte auch den Umstand, dass der betreuende Angehörige während der Wartezeiten beim Geschädigten sich erholen, z.B. nachschlafen, oder einem Hobby nachgehen kann³⁵³. Da eine Beeinträchtigung der Freizeitmöglichkeit nur einen immateriellen Schaden bzw. genugtuungsrelevanten Umstand bildet, nicht aber einen eigentlichen materiellen Schaden³⁵⁴, sollte auch der *Freizeitgewinn des betreuenden Angehörigen*, letztlich ein immaterieller Dritt Vorteil, nicht zu Lasten des Geschädigten berücksichtigt werden. Die Kompensation eines Freizeit- oder Erholungsgewinns setzt zudem voraus, dass der gesamte Bereitschaftsbedarf pro Tag als entschädigungspflichtig qualifiziert wird. Wird z.B. die Präsenz während der Nacht bei der Schadenberechnung mit dem Argument, der Angehörige könne zwischen den Nachteinsätzen ausruhen, nur teilweise berücksichtigt oder die nächtliche Bereitschaft sogar per se als nicht entschädigungsfähig qualifiziert, rechtfertigt sich *kein zusätzlicher Vorteilsabzug während der Wartezeiten unter Tag*. Besteht eine Überwachungsbedürftigkeit rund um die Uhr und wird der Bereitschaftsbedarf pro Tag als entschädigungsfähig qualifiziert, spricht nichts dagegen, von den nach Abzug der

³⁵³ Vgl. z.B. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006, Fn. 178 E. 8.2.2.

³⁵⁴ Vgl. BGE 115 II 474 E. 3a.

eigentlichen Betreuung und Pflege noch verbleibenden Wartezeiten die Nachtruhe des Geschädigten bzw. des betreuenden Angehörigen abzuziehen. Vom verbleibenden Zeitaufwand ist der hauswirtschaftliche Kompensationsabzug zu machen.

D. Tod des betreuenden Angehörigen

Beim widerrechtlich verursachten Tod eines betreuenden Angehörigen, sind dessen Pflege-, Betreuungs- und Überwachungsdienste als Versorgungsleistungen bei der Berechnung des Versorgungsausfallschadens des Betreuten³⁵⁵ zu berücksichtigen³⁵⁶, sofern die vom Angehörigen geleisteten Betreuung- und Pflegeleistungen nicht bereits beim Haushaltschaden berücksichtigt und vor dem Tod abgegolten worden sind. Der monetäre Wert der wegfallenden Dienstleistungen des Getöteten entspricht den mutmasslichen oder tatsächlichen Lohnkosten professioneller Ersatzkräfte³⁵⁷. Der Betreute muss sich die Pflegekostenentschädigungen anrechnen lassen, die er von den für seine Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit leistungspflichtigen Sozialversicherern bzw. Haftpflichtigen erhält. In Bezug auf Pflege-, Betreuungs- und Überwachungsdienste rechtfertigt sich eine hohe Versorgungsquote, da der betreute Angehörige in der Regel keine Unterhaltsleistungen erbracht hat und infolge des Todes Mehrkosten, z.B. infolge Umlatzierung in ein Heim, zu tragen hat³⁵⁸.

³⁵⁵ Vgl. Art. 45 Abs. 3 OR.

³⁵⁶ Siehe z.B. Urteil BGH vom 06.10.1992 (VI ZR 305/91) = DAR 1993, 25 = MDR 1993, 124 = NJW 1993, 124 = VersR 1993, 56 (Ersatzanspruch des behinderten Ehemannes für Pflegekosten bei Tötung der Ehefrau).

³⁵⁷ Vgl. Urteil OGH vom 10.12.1999 (20b338/99s) E. 2.

³⁵⁸ Wendet eine Ehefrau täglich 15 Stunden für die Pflege ihres erkrankten, nahezu gehunfähigen Ehemannes und die Haushaltsführung auf, so sind darin weit über das gesetzliche Mass hinausgehende Unterhaltsleistungen zu sehen; im Falle der Tötung dieser Ehefrau durch einen Dritten ist abzuwägen, ob der Schadensersatzanspruch des Ehemannes aufgrund des Wegfalls der eigenen Unterhaltungspflicht gemindert ist. (vgl. Urteil OLG Zweibrücken vom 31.10.1988 [1 W 48/88] = NJW-RR 1989, 479).