

Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

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

Hardy Landolt*

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

I. Einleitung

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

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

Das zweite Urteil 4C.413/2006 befasste sich ebenfalls mit einem durch ein Garagentor verletztes Kind, das schwere Quetschverletzungen mit einer Zerstörung der Unterschenkelmuskulatur erlitt. Nachdem es erst vier Monate in der Schweiz im Spital war, wurde es an-

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

schliessend nach Belgrad verbracht, wo sich eine einviertel Jahre dauernde Spitalbehandlung anschloss. Betreut wurde das Kind dort von Verwandten der in der Schweiz wohnhaften Eltern.

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

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

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

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

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

suchsschaden verwendet². Im Sinne eines Oberbegriffes kann man den Betreuungsschaden als den Schaden umschreiben, der entsteht, wenn der Geschädigte verletzungsbedingt Sach- und/oder Dienstleistungen benötigt, weil er sich nicht mehr selbstständig oder nur mit erhöhtem Zeitaufwand versorgen kann³. Bestehen die fraglichen Dienstleistungen in Grund- oder Behandlungspflegemassnahmen⁴, liegt ein Pflegeschaden vor, der in den Spital-, Heim- und Haus- (Spitex- und Angehörigenpflegeschieden) sowie Selbstpflegeschieden unterteilt werden kann. Die übrigen Hilfeleistungen machen den eigentlichen Betreuungsschieden aus.

Der Besuchsschieden ist ein typischer Anwendungsfall eines externen Betreuungsschiedens⁵. Die nachfolgenden

die Begriffe des *substituierenden Betreuungs- und des komplementären Betreuungsschiedens bei Spital- oder Heimaufenthalt* des Geschädigten verwendet.

II. Ersatzpflicht für den Pflege- und Betreuungsschieden im Allgemeinen

A. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

1. Pflegeentschiedigung

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

- Die *Invalidenversicherung* sieht eine Hilflosenentschiedigung⁶ sowie einen Intensivpflegezuschlag für Betreuungs-, Pflege- und Überwachungs-massnahmen von Angehörigen und Dritten vor⁷. Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass Pflegeleistungen seit der Einführung des Intensivpflegezuschlags nicht (mehr) als medizinische Massnahme i.S.v. Art. 12 ff. IVG qualifiziert werden können⁸.

- In der *Krankenversicherung* sind Angehörige, die selbst nicht die Zulassungsvoraussetzungen des KVG erfüllen, keine anerkannten Leistungserbringer⁹. Es besteht deshalb für die Angehörigenpflege, selbst gestützt auf die Austauschbefugnis, keine Leistungspflicht¹⁰. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht eine Leistungspflicht nach KVG nur dann, wenn Angehörige, die anerkannte Leistungserbringer und selbstständig erwerbend sind, die versicherten Leistungen erbringen¹¹ oder

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

den Ausführungen befassen sich in einem ersten Teil mit der Ersatzpflicht für den Pflege- und Betreuungsschieden ganz allgemein und in einem zweiten Teil mit der *Ersatzpflichtigkeit des Besuchsschiedens* unter Einschluss von Betreuungsleistungen anstelle oder in Ergänzung des Spital- bzw. Heimpersonals. Zur Umschreibung dieser beiden Leistungsarten werden nachfolgend

Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff., SCHLEICH HANS-WILHELM, Zur schadensersatzrechtlichen Erstattung von Besuchs- und Nebenkosten bei stationärer Heilbehandlung, in: DAR 1988, 145 ff., und SEIDEL HANS-JÜRGEN, Der Ersatz von Besuchskosten im Schadensrecht, in: VersR 1991, 1319 ff.

² Weiterführend KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, 123 ff., LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, Bern 2002, und LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, in: Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, 67 ff., sowie ferner LANDOLT, ZK-K, N 290 ff. zu Art. 46 OR.
³ Das Bundesgericht versteht den Begriff «Pflegeschieden» als Oberbegriff und subsumiert unter den «Betreuungsschieden» nur den Aufwand, «den Angehörige zugunsten der verletzten Person leisten, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens zu mindern» (Urteil BGer vom 25.5.2010 [4A_500/2009] E. 3.3). Zum Betreuungsschieden zählen alle verletzungsbedingt notwendigen Dienstleistungen Dritter, die nicht in eigentlichen Grund- und Behandlungspflegeleistungen bestehen, unabhängig davon, ob sie beim Geschädigten zu Hause (interne Betreuung) oder andernorts (externe Betreuung) erfolgen.
⁴ Vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 lit. b und c KLV.
⁵ Weiterführend LANDOLT, ZK-K, N 139 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR, NEUMANN-DUESBERG HORST, Krankenbesuchskosten als

⁶ Siehe infra Ziffer 2.
⁷ Vgl. Art. 39 IVV.
⁸ Vgl. BGE 136 V 209 ff.
⁹ Vgl. BGE 111 V 324.
¹⁰ Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1b.
¹¹ Vgl. BGE 133 V 218 E. 6. Nach einem 2007 ergangenen Urteil des Bundesgerichts genügt es aber nicht, dass der pflegende Angehörige die materiellen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, dieser muss über eine Abrechnungsnummer verfügen (vgl. Urteil BGer vom 10.5.2007 [K 141/06 und K 145/06] E. 5.2).

Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

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

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

2. Hilflosenentschädigung

Für interne und externe Betreuungsleistungen von Angehörigen bzw. Dritten erhält der Geschädigte eine *Hilflosenentschädigung*. Eine solche kennen AHV¹⁹, Invaliden-²⁰, Unfall-²¹ und Militärversicherung²². Die Bemessung der Hilflosenentschädigung richtet sich in der AHV, Invaliden- und Unfallversicherung nach denselben Kriterien²³. Der Anspruch entsteht bei Eintritt einer Hilflosigkeit²⁴. Eine Person gilt als hilflos, wenn sie wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für all-

tägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf²⁵. Die spezifischen Ausführungsbestimmungen²⁶ erwähnen neben der *Hilfe bei alltäglichen Lebensverrichtungen* und der *persönlichen Überwachung* auch die *Pflege* und die *lebenspraktische Begleitung*²⁷.

Die Hilflosenentschädigung ist nicht mit der Behandlungspflege²⁸, wohl aber mit der Grundpflegeentschädigung, je nachdem, ob und inwieweit alltägliche Lebensverrichtungen mit den Grundpflegeverrichtungen identisch sind, teilweise kongruent²⁹. Eine Überschneidung kann sich in der Regel auf die alltäglichen Lebensverrichtungen «Verrichtung der Notdurft» und «Körperpflege» ergeben. Trotz sachlicher Kongruenz entfällt praxisgemäss eine Anrechnung der Hilflosenentschädigung an die Grundpflegeentschädigung in dem Ausmass, als keine Überentschädigung vorliegt³⁰. Eine Überentschädigung liegt nur dann vor, wenn die Pflegeentschädigung und die Hilflosenentschädigung die Pflegekosten und allfällige zusätzliche Betreuungskosten betragsmässig übersteigen würden³¹.

B. Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht

1. Allgemeines

Der von der Pflege- und Hilflosenentschädigung nicht gedeckte Pflege- und Betreuungsschaden ist von einem allfälligen Haftpflichtigen zu vergüten. Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit von Angehörigendienstleistungen schon im vorletzten Jahrhundert bejaht³² und seither mehrfach bestätigt³³. Der Angehörigenschaden ist entweder ein *Vermögensschaden*, wenn die Pflege- und Betreuungsleistungen beim Angehörigen Kosten verursachen oder ein Erwerbsausfall eintritt, oder ein *normativer Schaden*, weil zwar verletzungsbedingt ein Mehraufwand, nicht aber ein eigentlicher Vermögensschaden eintritt, gleichwohl aber eine Ersatzpflicht im Umfang der eingesparten Substitutionskosten entsteht³⁴.

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

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

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

¹⁵ Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.

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

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

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Vgl. Art. 43^{bis} AHVG und Art. 66^{bis} AHVV.

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

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

²² Vgl. Art. 20 MVG.

²³ Vgl. BGE 127 V 115 E. 1d.

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

²⁵ Vgl. Art. 9 ATSG.

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

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

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

²⁹ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5a und b.

³⁰ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c.

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

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

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

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

2. Grundsätze der Ersatzpflicht

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

3. Kognition des Bundesgerichts

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

nicht schadenminderungspflichtig sind, macht das Bundesgericht im Fall 4A_500/2009 unmissverständlich klar: «Die Liberalität der Eltern mindert mithin die Schadenersatzpflicht des Schädigers nicht.»⁴¹

Die drei zu referierenden Urteile belegen, dass das Bundesgericht in Bezug auf den Pflege- und Betreuungsschaden *nicht nur eine Willkür-, sondern eine umfassende Rechtskontrolle* vornimmt, und wie wichtig es ist, vor den kantonalen Gerichten im Rahmen der anwendbaren Zivilprozessordnung die verletzungsbedingt erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen rechtsgenügend zu beweisen. Im Fall 4C.283/2005 misslang etwa der Nachweis, dass die Ehefrau den Verletzten während dessen Rekonvaleszenz betreute⁴², genauso wie im Fall 4A_500/2009, in welchem das Bundesgericht im Rahmen der Willkürkontrolle die kantonale Prozessvorschrift, dass die Eltern keine Beweisaussage betreffend ihres eigenen Betreuungsschadens machen können, nicht beanstandete⁴³. Nach der Meinung der Bundesrichter liegt trotz Art. 42 Abs. 2 OR bzw. des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung kein Verstoß gegen Bundesrecht vor, wenn die kantonale Tatsacheninstanz eine rechtsgenügende Substanziierung des Sachverhalts bereits im Hauptverfahren, vor Durchführung von Beweismassnahmen, verlangt und eine Ergänzung der Substanziierung aufgrund des Beweisverfahrens nicht mehr zulässt⁴⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ Ibid. E. 1.5.

Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

Betreuung durch eine Drittperson tatsächlich angefallen wären, fehlten⁴⁵.

III. Ersatzpflicht für den Besuchsschaden im Besonderen

A. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

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

- Die *Invalidenversicherung* entschädigt Reisekosten, die im Zusammenhang mit Abklärungs- und Eingliederungsmassnahmen anfallen⁴⁶. Das Kreisreiben über die Vergütung der Reisekosten in der Invalidenversicherung (KSVR)⁴⁷ statuiert eine *Entschädigungspflicht auch für Besuche von Angehörigen minderjähriger Versicherter*, die sich in einem Spital aufhalten. Kann oder soll der Versicherte behinderungsbedingt oder aus medizinischen bzw. aus anderen beachtlichen Gründen die Krankenanstalt nicht verlassen, so besteht Anspruch auf Vergütung der Reisekosten einer Besuchsperson an jedem dritten Tag; wann und in welchem Rhythmus diese Besuche stattfinden, ist unerheblich⁴⁸. Der Anspruch ist beschränkt auf Besuche der Eltern oder – bei deren Fehlen – anderer Angehöriger oder Dritter, die als dem versicherten Kind nahestehende Bezugspersonen Elternfunktionen ausüben. Bei Eingliederungsmassnahmen im Ausland besteht kein Anspruch auf Besuchsfahrten⁴⁹. Hat der Versicherte keine solchen Angehörigen, so können bei Vorliegen beachtlicher persönlicher Gründe die Kosten für regelmässige Wochenend- sowie für die Besuchsfahrten des Versicherten nach einem vom Wohnort verschiedenen, regelmässig besuchten anderen Ort, z.B. Wohnort eines Verwandten, vergütet werden⁵⁰. Entschädigt werden die Kosten der öffentlichen Transportmittel 2. Klasse⁵¹, nicht aber Unterkunfts- und Verpflegungskosten⁵².
- Die *Unfallversicherung* vergütet die notwendigen Reisekosten⁵³. Entstehen Reisekosten im Ausland, so werden sie höchstens bis zu einem Fünftel des Höchstbetrages des versicherten Jahresverdienstes

vergütet⁵⁴. Weiter gehende Reise- und Transportkosten werden vergütet, wenn es die familiären Verhältnisse rechtfertigen⁵⁵. Die kantonale Rechtsprechung hat – in analoger Anwendung der invalidenversicherungsrechtlichen Regelung – bestätigt, dass im Rahmen der Reisekostenvergütung auch *Anspruch auf Ersatz der Besuchskosten naher Angehöriger* besteht, die den Versicherten im Spital bzw. Heim besuchen⁵⁶.

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

B. Haftungsrechtliche Ersatzpflicht

1. Ersatzpflicht auch für den Heimbesuchsschaden

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

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

⁴⁶ Vgl. Art. 51 IVG und Art. 78 IVV.

⁴⁷ Gültig ab 1.1.2008.

⁴⁸ Siehe BGE 118 V 206 E. 4b und 5b.

⁴⁹ Vgl. Rz 10 KSVR.

⁵⁰ Vgl. Rz 11 und 27 ff. KSVR.

⁵¹ Vgl. Rz 32 KSVR.

⁵² Vgl. Rz 51 KSVR.

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

⁵⁴ Vgl. Art. 20 Abs. 2 UVV.

⁵⁵ Vgl. Art. 20 Abs. 1 UVV.

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

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

⁵⁸ Vgl. Art. 26 Abs. 1 KLV.

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

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

⁶¹ Dazu infra Ziffer III/3/i f.

satz von CHF 27.–⁶². Das Bundesgericht beanstandete diesen Entscheid nicht⁶³.

2. Aktivlegitimation

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

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

3. Rechtsnatur des Besuchsschadens

a) Tatsächlicher Besuchsschaden

Die bisherigen Urteile haben die Ersatzpflicht lediglich für tatsächlich angefallene Besuchskosten bejaht. Der tatsächliche Besuchsschaden umfasst sowohl Kosten, insbesondere Reise-⁶⁹, Unterbringungs-⁷⁰, Verpfle-

gungs-⁷¹ und Kinderbetreuungskosten⁷², als auch einen *Erwerbsausfallschaden* der besuchenden Angehörigen⁷³, sofern dieser im Rahmen einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit nicht durch Vor- oder Nacharbeit aufgefangen⁷⁴ bzw. mit den Arbeitszeiten koordiniert werden kann, wie das Bundesgericht im jüngst ergangenen Urteil rätioniert⁷⁵.

b) Normativer Besuchsschaden

Eine «Normativierung» des Besuchsschadens nahm der Berner Appellationshof im Jahr 2002 vor, indem er eine Ersatzpflicht für den Zeitaufwand der Mutter eines schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Wegs vom und ins Spital und die Besuchszeit, berechnet zum Haushaltstundenansatz von CHF 25.–, bejahte⁷⁶. Dieser Rechtsprechung folgt das Bundesgericht in seinem jüngsten Urteil. Es bejaht explizit eine Ersatzpflicht für eine «konkrete, durch die Besuche verursachte Beeinträchtigung in der Haushaltsführung»⁷⁷. Die Bundesrichter stellen sogar fest, dass es keine Rolle spielt, ob die Beeinträchtigung durch Anstellung von Hilfskräften oder Mehreinsatz der Betroffenen kompensiert wird, und verweisen für die Schadenberechnung auf die Grundsätze des Haushaltsschadens⁷⁸. Diese Klarheit weicht einer gewissen Verwirrung, wenn dieselben Richter wenige Zeilen zuvor erwägen: «Der Ansicht der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, dass der Besuchsschaden als Teil des Pflegeschadens «normativ» nach einem objektiven Wert der Besuche zu bestimmen sei. Besuche im Spital oder Pflegeheim haben ihren Grund in jedem Fall in der persönlichen Beziehung und können nicht als Leistung Dritter bewertet werden; sie haben keinen Marktwert»⁷⁹. Was will das Bundesgericht uns Anwendern damit sagen? Ist der Besuchsschaden nun normativ oder nicht?

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

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

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

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

⁶⁵ Vgl. BGE 69 II 324 E. 3a.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁸ Ibid.

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

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

Der verletzungsbedingt anfallende Besuchsaufwand Angehöriger ist ein solcher typischer normativer Personenschaden. Der höchstrichterliche Duktus ist daher wohl eher im prozessualen Kontext des konkreten Einzelfalls zu sehen. Weil der Erwerbsausfall des besuchenden Vaters im kantonalen Verfahren nicht rechtsgenügend bewiesen wurde, geht es nicht an, mit dem Hinweis auf die Normativität des Besuchsschadens anstelle des nicht bewiesenen Erwerbsausfalls den «Marktwert» der Besuchsleistung einzufordern. Dieser Betrachtungsweise ist nichts weiter hinzuzufügen als die Betonung der anwaltlichen Binsenwahrheit, dass erst der Beweis eine Behauptung zum Recht macht.

c) *Fiktiver Besuchsschaden*

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

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

4. *Ausmass der ersatzpflichtigen Verletztenbesuche*

a) *Besuchsberechtigung*

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

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

⁸⁰ Vgl. z. B. BGE 127 III 403 E. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) *Besuchszweck*

Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für den Besuchsschaden mit der Erwägung bejaht, dass Angehörigenbesuche der Heilung förderlich seien¹⁰⁰. Daraus leiten Lehre¹⁰¹ und kantonale Rechtsprechung mitunter ab, dass für *medizinisch nicht indizierte Besuche* kein Ersatzanspruch besteht¹⁰².

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

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

c) *Besuchshäufigkeit*

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

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

⁹³ Vgl. BGE 114 II 144 E. 3a.

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

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

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

⁹⁷ Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

⁹⁸ Siehe supra Ziffer III/A.

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

¹⁰⁰ Vgl. BGE 97 II 266 E. III/4.

¹⁰¹ Z.B. NEUMANN-DUESBERG HORST, Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff., 455.

¹⁰² Statt vieler Urteile Appellationshof BE vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und KGer VS vom 27.10.1989 i.S. N.

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

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

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

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

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

Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

- In BGE 99 II 259 ff. wurden die gelegentlichen Spitalbesuche der Mutter einer mit einem offenen Beinbruch im Spital befindlichen erwachsenen Tochter als ersatzfähig bezeichnet.
- Das Walliser Kantonsgericht hat die Anspruchsbeziehung sehr restriktiv ausgelegt. Anerkannt wurden drei Besuche durch den Vater eines Querschnittgelähmten in einem Monat¹⁰⁷.
- Das EVG hat festgestellt, dass Kinder im vorschul- und schulpflichtigen Alter einen Anspruch auf Vergütung der Kosten für Spitalbesuche an jedem dritten Tag haben¹⁰⁸.
- Der Berner Appellationshof demgegenüber hat bei Elternbesuchen im Spital während der Akutphase fünf bis sieben Stunden (inklusive Anfahrzeit) pro Tag als ersatzfähig qualifiziert¹⁰⁹.
- Das Amtsgericht Stadt-Luzern hat drei Besuche der Eltern eines im Wachkoma liegenden Kindes pro Woche (inklusive einem wöchentlichen Familienbesuchstag) bzw. wöchentlich insgesamt einen Zeitaufwand von 20 Stunden als der konkreten Situation angemessen bezeichnet¹¹⁰. Das Luzerner Obergericht kürzte diesen Anspruch auf drei Stunden pro Woche¹¹¹, was das Bundesgericht wie ausgeführt nicht beanstandete.

Aus diesen Urteilen geht hervor, dass in der Akutphase ein ausgedehnteres Besuchsintervall zuzubilligen ist. Beim Eintritt einer schweren Verletzung sollten *tägliche Besuche in der Akutphase*¹¹² und *drei Besuche pro Woche während der restlichen Rehabilitations- bzw. Aufenthaltsphase*¹¹³ als ersatzfähig betrachtet werden.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b.
¹⁰⁸ Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c.
¹⁰⁹ Vgl. Urteil vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394.
¹¹⁰ Vgl. Urteil vom 17.6.2008 (11 06 14) E. 4.3.1.5.
¹¹¹ Vgl. Urteil vom 27.8.2009 (11 08 127) E. 4.2.4 ff.
¹¹² Siehe rechtsvergleichend Urteile OLG Köln vom 22.11.2000 (11 U 75/00) = BeckRS 2001, 02698 E. 3 (täglich bzw. «rund um die Uhr»), OLG Hamm vom 14.5.1998 (27 U 7/98) = BeckRS 1998, 04356 E. 5 (Für die ersten zehn Tage nach dem Unfall ist ein täglicher Besuch seiner Ehefrau vertretbar, danach aber nicht mehr, zumal eine besondere physische und psychische Labilität des Klägers, die dergleichen erfordert hätte, nicht nachprüfbar dargetan ist.) und OLG Saarbrücken vom 23.10.1987 (3 U 176/85) = NZV 1989, 26 = BeckRS 2008, 18882 (tägliche Besuche der Eltern eines wachkomatösen Kindes in den ersten 19 Tagen nach dem Unfall).
¹¹³ Siehe rechtsvergleichend Urteile OLG Koblenz vom 13.10.2003 (12 U 1490/02) = NJOZ 2004, 132 E. 2a/aa (alle zwei Tage), LG Mainz vom 28.07.1997 (8 T 144/97) = JurBüro 1998, 39 (ein bis zwei Besuche monatlich eines im Heim untergebrachten Geschädigten) sowie OLG Köln vom 21.3.1989 (3 U 146/88) und LG Aachen vom 5.7.1988 (1 O 21'86) = r + s 1989, 400 (Ein maximal dreimaliger Besuch in der Woche durch den Ehemann während der stationären Behandlung ist ausreichend.) und OLG Koblenz vom 23.3.1981 (12 U 880/80) = VersR 1981, 887 (18-jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschenkels hat wöchentlich Anspruch auf 2 Besuche der Eltern).

Das im Fall «Hennemuth» bei einem Paraplegiker entschädigte Besuchsintervall von drei Besuchen eines Angehörigen pro Monat ist zu streng und wohl darauf zurückzuführen, dass die Eltern des geschädigten jungen Mannes in Deutschland wohnten, er aber in der Schweiz rehabilitiert wurde.

IV. Koordination zwischen Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden

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

Die Bundesrichter erachten aber *nur den komplementären, nicht aber den substituierenden Betreuungsschaden bei einem Heimaufenthalt* als ersatzfähig: «Wenn die Eltern anlässlich ihrer Besuche auch für die Pflege der Beschwerdeführerin sorgen und das Heimpersonal insoweit entlasten, kann die Beschwerdeführerin diesen freiwillig geleisteten Aufwand ihrer Eltern nicht noch einmal zum Ersatz verstellen.»¹¹⁸ Ersatzfähig sind nur Betreuungs- und Pflegeleistungen, die nicht durch die Pflege- und Pensionstaxe abgedeckt sind. Im Einzelfall muss deshalb anhand des Heimunterbringungsvertrages festgestellt werden, welche *Betreuungsleistungen* vom Heim geschuldet und durch die *Pensionstaxe* mitabgegolten werden. Die versicherten *Pflegeleistungen* werden pauschal durch die *Pflegetaxe* des Kranken- bzw. Unfallversicherers entschädigt¹¹⁹; nicht versicherte Pflegeleistungen können wegen des Tarifschutzes nicht zusätzlich dem Geschädigten verrechnet werden.

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

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

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

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

¹¹⁸ Ibid. E. 2.6.

¹¹⁹ Vgl. z.B. Art. 9a KLV.