

# § 10 Pflege- und Betreuungsschaden

Hardy Landolt\*

<b>I. Einleitung</b>	469
<b>II. Ersatzfähigkeit und Aktivlegitimation</b>	470
1. Ersatzfähigkeit	470
2. Aktivlegitimation	471
<b>III. Ersatzpflichtiger Betreuungs- und Pflegeaufwand</b>	472
1. Allgemeines	472
2. Betreuungsaufwand	473
a) Allgemeines	473
b) Betreuung in schulischen Belangen	474
c) Betreuung am Arbeitsplatz	475
d) Spital- und Heimbesuche	475
3. Pflegeaufwand	479
a) Allgemeines	479
b) Behandlungspflege	480
c) Grundpflege	481
d) Selbstpflege	481
4. Hauswirtschaftlicher Mehraufwand	482
5. Überwachungsbedarf	482
6. Bedarfsfeststellung	485
a) Individuelle und konkrete Bedarfsermittlung im Einzelfall	485
b) Ausklammerung des Ohnehinaufwandes	486
<b>IV. Schadenberechnung</b>	487
1. Tatsächliche Kosten	487
a) Allgemeines	487
b) Heimaufenthaltskosten	487
2. Normative Kosten	489
3. Fiktive Kosten	490
<b>V. Schadenersatzbemessung</b>	490
1. Ausmass der Schadenminderungspflicht	490
2. Ausklammerung der Subventionen	491
3. Anrechnung der Hilflosenentschädigung	491
4. Wahlrecht zwischen Kapital und Rente	492

\* Ich danke meiner Mitarbeiterin lic. iur. Olga Manfredi für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die damit zusammenhängenden Anregungen.

## Literaturauswahl

BREITSCHMID PETER/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Rechtsfragen zum Heimaufenthalt und dessen Finanzierung, Zürich 2010; HÖPFLINGER FRANÇOIS, Demografische Alterung, Langlebigkeit und Pflegebedürftigkeit, CHSS 2005, 258 ff.; HÖPFLINGER FRANÇOIS/BAYER-OGLESBY LUCY/ZUMBRUNN ANDREA, Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter, Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, Bern 2011; HÖPFLINGER FRANÇOIS/HUGENTOBLER VALÉRIE, Pflegebedürftigkeit in der Schweiz, Prognosen und Szenarien für das 21. Jahrhundert, Bern 2003; DIES, Familiäre, ambulante und stationäre Pflege im Alter, Perspektiven für die Schweiz, Bern 2005; HUBER CHRISTIAN, Das Ausmass des Schadensersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr (zugleich Anmerkung zu OGH, vom 27. April 2006 – 2 Ob 176/05d), ÖJZ 2007, 625 ff.; DERS., Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den «angemessenen marktkonformen Ausgleich» – zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken, Urteil vom 13. November 2007 – 5 U 62/06 –, MedR 2008, 741, MedR 2008, 712 ff. (zitiert: HUBER, Pflege eines Schwerstverletzten); DERS., Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten?, DAR 2010, 677 ff. (zitiert: HUBER, Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen); KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, HAVE 2003, 123 ff.; LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden, gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile 4C.283/2005 vom 18. Januar 2006, 4C.413/2006 vom 27. März 2007 und 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, HAVE 2011, 3 ff. (zitiert: LANDOLT, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden); DERS., Angehörigenschaden: Reflex- oder Dircktschaden – oder sogar beides?, HAVE 1/2009, 3 ff. (zitiert: LANDOLT, Angehörigenschaden); DERS., Bundesgericht, II. Öffentliche Abteilung, Urteil 2P.190/2004 vom 24. November 2004 i.S. X. c. Schulgemeinde C., Schulgemeinden Näfels und Mollis, Erziehungsdirektion des Kanton Glarus und Verwaltungsgericht des Kanton Glarus, AJP 2005, 619 ff. (zitiert: LANDOLT, BGer Schulgemeinden Näfels und Mollis); DERS., Berechnung des Heimpflegeschiedens, Grundsätze und Besonderheiten, in: Fuhrer Stephan/Chappuis Christine (Hrsg.), Liber amicorum Roland Brehm. Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern 2012, 219 ff. (zitiert: LANDOLT, Berechnung des Heimpflegeschiedens); DERS., Das soziale Pflegesicherungssystem, Bern 2002 (zitiert: LANDOLT, Pflegesicherungssystem); DERS., Der Fall Kramis – Pflegeschaden quo vadis?, Anmerkungen zum Urteil des Handelsgerichts Zürich E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001 (publiziert in: plädoyer 6/2001, 66 ff., plädoyer 1/2002, 67 ff., und ZR 2002 Nr. 94) sowie zum in gleicher Sache ergangenen Urteil des BGer 4C.276/2001/rnd vom 26. März 2002 (publiziert und teilweise besprochen in: plädoyer 5/2002, 57 ff., HAVE 4/2002, 276 ff., und Pra 91 [2002] Nr. 212), gleichzeitig eine Kritik am Urteil des Bernischen Appellationshofs 358/II2001 vom 13. Februar 2002 (publiziert in: ZBJV 12/2002, 831 ff.), ZBJV 2003, 394 ff.; DERS., Der Pflegeschaden, Bern 2002 (zitiert: LANDOLT, Pflegeschaden); DERS., Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2. Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, 67 ff. (zitiert: LANDOLT, Pflegeschaden, Personen-Schaden-Forum 2003); DERS., Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, HAVE 2/2011, 115 ff. (zitiert: LANDOLT, Pflegeversicherungsleistungen); DERS., Pflegerecht, Band II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, des haftpflichtrechtlichen Pflegeschadens und der Pflegesozialleistungen, Bern 2002 (zitiert: LANDOLT, Pflegerecht II); DERS., Präsenzzitaufwandschaden, Urteil OGer Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006, HAVE 2007, 35 ff. (zitiert: LANDOLT, Präsenzzitaufwandschaden); DERS., Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige, Urteil OLG Bamberg U 23/05 vom 28. Juni 2005 = VersR 33/2005, 1593 ff., HAVE 2006, 238 ff. (zitiert: LANDOLT, Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige); DERS., Soziale Sicherheit älterer Geschädigten und ihrer Angehörigen, in: Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich 2010, 13 ff. (zitiert: LANDOLT, Soziale Sicherheit älterer Geschädigten); DERS., Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger, AJP 10/2009, 1233 ff. (zitiert: LANDOLT, Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger); DERS., Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, 59 ff. (zitiert: LANDOLT, Pflegenden Angehörige); LANDOLT HARDY/RUGGLI SANDRO, Der Bereitschafts- (Präsenz-) und Überwachungsschaden, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht, Band 1, Zürich 2010, 99 ff.; LATZEL GÜNTHER/ANDERMATT CHRISTOPH/WALTHER RUDOLF, Sicherung und Finanzierung von Pflege- und Betreuungsleistungen bei Pflegebedürftigkeit, Bern 1997;

MÖSLE HANSUELI, Etablissements médico-sociaux et divisions des soins, Système de santé suisse 2001/2002, Solothurn 2001, 90 ff.; PFIFFNER RAUBER BRIGITTE, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege. Zum Behandlungsanspruch von Krankenversicherten im Rahmen der Wirtschaftlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Langzeitpflege, Zürich 2003; DIES., Stossende Ungleichbehandlung in der Pflege. Der Pflegeanspruch nach einem Unfall ist umfangreicher als bei einer Krankheit, HILL 2007, Fachartikel Nr. 3 (zitiert: PFIFFNER RAUBER, Stossende Ungleichbehandlung); SCHÄTZLE MARC, Betreuungsschaden. Marktgerechte Entlohnung und nominallohnindexierte, lebenslängliche Rente. Urteil des BGE vom 26. März 2002, HAVE 2002, 276 ff.; SCHÖN-BAUMANN JAQUELINE, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, CHSS 2005, 274 ff.; WALTHER-MÜLLER PETER U./ WYSS HERBERT, Bildung behinderter Kinder und die Sozialversicherung. Der Beitrag der Invalidenversicherung im Kontext des Bildungssystems, SZS 2004, 275 ff.

## I. Einleitung

Ein haftungsbegründendes Ereignis kann beim Betroffenen zu einer Beeinträchtigung der *Selbstversorgungsfähigkeit* und infolgedessen zu einer *Drittabhängigkeit* führen. Diese Drittabhängigkeit manifestiert sich darin, dass der Geschädigte entweder betreuenerische, pflegerische oder sonstige Dienstleistungen einer Hilfsperson beanspruchen muss (*Dienstleistungsmehrbedarf*), oder auf Hilfsmittel zurückzugreifen hat, welche diese Dienstleistungen substituieren (*Sachleistungsmehrbedarf*). 10.1

Mit den Begriffen des Betreuungs- und Pflegeschadens wird der monetäre Wert dieses behinderungsbedingten Dienst- und Sachleistungsmehrbedarfs bezeichnet, wobei je nach Begriffsumschreibung der einzelnen Dienstleistung der Begriff *Betreuungsschaden* als Oberbegriff für den gesamten Dienstleistungsmehrbedarfsschaden und der Begriff *Pflegeschaden* als spezifische Umschreibung des eigentlichen *Pflegebedarfschadens* dienen. 10.2

Wird nach der Person des Dienstleisters gefragt, welche die Pflege- und Betreuungsdienstleistungen erbringen, sind beim Dienstleistungsmehrbedarfsschaden folgende Schadensposten auseinanderzuhalten: 10.3

- Spitalpflegeschieden = Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Spitalpflegebedürftigkeit eintreten,
- Heimpflegeschieden = Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Heimpflegebedürftigkeit eintreten,
- *Hauspflegeschieden* = Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer *Hauspflegepflegebedürftigkeit* eintreten und
- Selbstpflegeschieden = Geldwert des Selbstversorgungsmehraufwandes.

Der Hauspflegeschieden weist zwei Erscheinungsformen auf. Der *Angehörigenpflegeschieden* entspricht dem Geldwert der von den Angehörigen des Geschädigten unentgeltlich erbrachten Pflege- und Betreuungsleistungen. Werden Pflege und Betreuung beim Geschädigten zu Hause entgeltlich von Dritten, insbesondere von Spitex-Organisationen erbracht, liegt ein *Spitexpflegeschieden* vor. 10.4

10.5

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

10.6 Der Sachleistungsmehrbedarfsschieden umfasst die Kosten von *Hilfsmitteln*, die entweder Pflege- und Betreuungsdienstleistungen Dritter substituieren oder die zusätzlich zu solchen Dienstleistungen erforderlich sind. Die *Pflegehilfsmittel* umfassen etwa Pflegebetten, Duschrollstühle, Transferhilfen, Inkontinenzartikel, Abfuhrmittel, Betteinlagen, Salben oder Hautöle. Nachfolgend wird auf den Sachleistungsmehrbedarfsschieden nicht näher eingegangen, da dieser in der Praxis von untergeordneter Bedeutung ist.

## II. Ersatzfähigkeit und Aktivlegitimation

### 1. Ersatzfähigkeit

10.7 Das Bundesgericht und kantonale Gerichte bejahen die *Ersatzfähigkeit* des Betreuungs- und Pflegeschiedens seit je. Art. 46 OR gewährt der verletzten Person insbesondere Anspruch auf Ersatz der Kosten, die sie aufwenden muss, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens einzuschränken. Darunter fallen die tatsächlichen Kosten dauernder Betreuung und Pflege. Aber auch die Pflege zu Hause geht, soweit sie rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses ist, zu Lasten des Haftpflichtigen, und zwar unabhängig davon, ob bereits tatsächlich Kosten entstanden sind oder entstehen werden<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. BGE 28 II 200 ff. (Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau); 33 II 594 ff. (Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben durch Mutter); 35 II 216 ff. (Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte); 57 II 94 ff. (Krankenbesuche des Ehemannes); 97 II 259 ff. (Pflege und Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter); 108 II 422 ff. (Pflege und Betreuung einer 15-jährigen Tochter durch Mutter); BGer 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999 = Pra 88 (1999) Nr. 171 (Pflege und Betreuung eines Knaben durch Eltern) und 4C.276/2001 vom 26. März 2002 = HAVE 2002, 276 ff.; 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2 und 3 = HAVE 2011, 3 (Pflege einer 8-Jährigen mit unfallbedingtem apallischem Syndrom mit Wachkoma durch Eltern); 4A\_48/2010 vom 9. Juli 2010, E. 1.3.4.2 (Abklärung des Betreuungs- und Pflegebedarfs) und BGer 4A\_225/2011 vom 15. Juli 2011, E. 2 (Pflege einer

## 2. Aktivlegitimation

Bei entgeltlich erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen tritt der Schaden beim pflegebedürftigen Geschädigten ein. Er muss die vom (regressierenden) Sozialversicherer ungedeckten Kosten, insbesondere den Selbstbehalt und die Franchise, bezahlen und kann dafür Ersatz verlangen. Werden Pflege- und Betreuungsleistungen von Angehörigen unentgeltlich erbracht, ist die hilfsbedürftige Person geschädigt und damit *aktivlegitimiert*, obwohl der Geschädigte den Angehörigen kein Pflegeentgelt bezahlt<sup>2</sup> und die – betreuenden – Angehörigen selber genutzungsberechtigt sind<sup>3</sup>. 10.8

Die ältere Rechtsprechung erachtete demgegenüber die besuchenden *Angehörigen* als aktivlegitimiert<sup>4</sup>. Die verletzte Person konnte den Besuchsschaden nur dann geltend machen, wenn eine schriftliche Abtretung vorlag<sup>5</sup>. 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 der Angehörigen vom Verletzten gestützt auf die *Geschäftsführung ohne Auftrag* zu ersetzen sind<sup>6</sup>. Diese beiden Auffassungen hat das Bundesgericht in neueren Urteilen bestätigt. Es erachtet den Verletzten nicht nur in Bezug auf den Pflege- und Betreuungsschaden, sondern auch hinsichtlich des Besuchsschadens als aktivlegitimiert und die Geschäftsführung ohne Auftrag im Verhältnis zwischen dem Verletzten und den Angehörigen als anwendbar<sup>7</sup>. 10.9

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 Vor- 10.10

---

8-Jährigen mit unfallbedingtem apallischem Syndrom mit Wachkoma durch Eltern) sowie ferner KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 (Betreuung und Pflege eines Paraplegikers durch Angehörige und Hausangestellte); VwGer BE vom 21. November 1994 i.S. S. (Pflege und Betreuung durch Ehemann); BezGer Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Altstadt Versicherungen (Pflege und Betreuung durch Ehemann); Cours Civiles NE vom 6. November 1995 i.S. B.K. (Pflege und Betreuung durch Angehörige und Dritte); HGer ZH E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 (Pflege und Betreuung einer 21-Jährigen durch Mutter); HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 (Pflege einer Paraplegikerin durch Konkubinatspartner); AppHof BE vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 ff. und 2003, 394 ff. (Besuche und Betreuung eines 8-jährigen Verkehrsunfallopfers durch Mutter); OGer LU 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 (Pflege eines betagten Unfallopfers durch erwachsene Tochter); 11 04 163 vom 27. September 2006 = SG 2008 Nr. 1612 (Pflege eines 20-jährigen Verkehrsunfallopfers mit funktioneller Triplegie und einem schweren Schädelhirntrauma) und 11 08 127 vom 27. August 2009 = LGVE 2010 I Nrn. 12 und 20 (Pflege einer 8-Jährigen mit unfallbedingtem apallischem Syndrom mit Wachkoma durch Eltern) sowie KGer GR ZK2 09 49 vom 23. November 2009, E. II/7 (Betreuung und Pflege durch Angehörige nach Skiunfall).

2 Vgl. z.B. BGE 28 II 200; 35 II 216 und 40 II 68.

3 Statt vieler BGE 112 II 220 ff.

4 Vgl. BGE 57 II 94, 101 E. 3b: «Perché il diritto di farla valere spettava al marito solo, il quale, invece, non si è portato attore.»

5 Vgl. BGE 69 II 324, 334 E. 3a.

6 Gl.M. BGH VII ZR 91/77 vom 12. Dezember 1978 = NJW 1979, 598.

7 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.3 = HAVE 2011, 3; 4C.413/2006 vom 27. März 2007, E. 4.

handensein des *Besuchswillens* 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 *Angehörigen-genugtuung* – von der Aktivlegitimation der Angehörigen ausgegangen werden sollte<sup>8</sup>.

### III. Ersatzpflichtiger Betreuungs- und Pflegeaufwand

#### 1. Allgemeines

- 10.11 Die Schadenersatzpflicht setzt einen objektiv ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsmehrbedarf voraus, der lebenslänglich oder vorübergehend bestehen kann<sup>9</sup>. Es genügt nicht, dass der Geschädigte effektiv *Dritthilfe* beansprucht. Die Dritthilfe muss im Hinblick auf die erlittene Beeinträchtigung der Gesundheit gerechtfertigt sein.
- 10.12 Die Rechtsprechung ist etwa bei folgenden *Gesundheitsschädigungen* von einem ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsbedarf ausgegangen:
- Querschnittlähmung<sup>10</sup>;
  - Hirnschädigung<sup>11</sup>;
  - Gliedmassenverlust<sup>12</sup>;
  - Blindheit<sup>13</sup>;
  - offener Beinbruch<sup>14</sup>.
- 10.13 Das Vorliegen eines objektiven Pflege- und Betreuungsbedarfes begründet keine Haftung für beliebige Dienstleistungen. Zwischen der Pflegebedürftigkeit und den fraglichen Dienstleistungen muss ein *Bedingungsverhältnis* bestehen. Ersatzfähig sind Pflege- und Betreuungsdienstleistungen nur dann, wenn sie geeignet und notwendig sind, um die eingeschränkte Selbstversorgungsfähigkeit des Geschädigten zu kompensieren. *Eignung* und *Notwendigkeit* lassen sich abstrakt nicht umschreiben. Im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage ist eine Ersatzpflicht in jedem Fall immer dann zu bejahen, wenn der Geschädigte für bestimmte

8 S. z.B. LANDOLT, Angehörigenschaden, 3 ff.

9 Vgl. BGE 97 II 259 (42-tägige Hauspflege) und 33 II 594 ff. (drei Monate).

10 Vgl. BGE 35 II 216 ff.; Cours Civiles NE vom 6. November 1995, E. 5 i.S. B. K.; BezGer Afoltern vom 23. November 1994 i.S. Altstadt Versicherungen, 43 ff. E. 7.1; KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16, 20 ff.

11 Vgl. BGE 108 II 422 ff.; HGer ZH E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394; OGer ZG vom 2. September 1997 i.S. K.

12 Vgl. BGE 33 II 594 ff.; 40 II 68 ff.

13 Vgl. BGE 35 II 405 ff.

14 Vgl. BGE 97 II 259, 266 E. III.3.

Dienstleistungen Dritter Pflegeversicherungsleistungen, insbesondere eine *Hilflosenentschädigung*, beanspruchen kann.

Die Rechtsprechung hat die Notwendigkeit u.a. bei folgenden Dienstleistungen bejaht: **10.14**

- der Heilung dienliche Pflegeleistungen, insbesondere Behandlungs- und Grundpflege sowie Krankenbesuche<sup>15</sup>,
- bei notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen, wozu auch ein *Pflegetraining* im Hinblick auf künftige Hauspflege durch Angehörige<sup>16</sup> und die ausserhäusliche Begleitung und Betreuung<sup>17</sup> zählen,
- bei verletzungsbedingt erforderlichen hauswirtschaftlichen *Verrichtungen Dritter*<sup>18</sup> und
- bei verletzungsbedingt erforderlichen *Überwachungs- und Präsenzzeiten*<sup>19</sup>.

Je nach den konkreten Umständen kann eine Notwendigkeit für eine *Angehörigenpflege und -betreuung* trotz stationärer Unterbringung in einem Spital oder einem Pflegeheim bestehen. Dies ist insbesondere der Fall für notwendige Besuche<sup>20</sup>, ein *Pflegetraining*<sup>21</sup> und die spital- bzw. heimexterne Begleitung<sup>22</sup>. **10.15**

## 2. Betreuungsaufwand

### a) Allgemeines

Von den eigentlichen Pflegeleistungen sind die Betreuungsleistungen zu unterscheiden. Diese dienen nicht der eigentlichen Behandlung, sondern bestehen in zusätzlichen Dienstleistungen, die als Folge eines verletzungsbedingten *Funktionsdefizits* erforderlich sind. Die Betreuungsleistungen lassen sich in interne und externe, unmittlere und mittelbare sowie physische und psychische Dienstleistungen unterscheiden: **10.16**

- Die *internen Betreuungsleistungen* erfolgen in der Wohnung des Geschädigten, während die *externen Betreuungsleistungen* ausserhalb der Wohnung erbracht werden. Letztere fallen z.B. bei der ausserhäuslichen Begleitung des Verletzten **10.17**

15 Vgl. BGE 97 II 259, 266 E. 4; OGer ZG vom 2. September 1997 i.S. I.K.; KGer VS vom 10./27. Oktober 1989 i.S. X. (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist nicht erforderlich).

16 Vgl. BGE 108 II 422.

17 Vgl. BGE 35 II 405; BezGer Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Altstadt Versicherungen, 43 ff. E. 7.1; OGer ZH vom 8. Dezember 1995 = ZR 1997, 2 ff.

18 Vgl. BezGer Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Altstadt Versicherungen, 43 ff. E. 7.1; KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16, 20 ff.

19 Vgl. HGer ZH E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

20 Vgl. dazu unten Rz 10.25.

21 Vgl. BGE 108 II 422.

22 Vgl. BGE 57 II 94; 97 II 259, 265 E. 2.3 f.; 108 II 422; KGer VS vom 2. März/6. Juni 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16, 33 f.

im Zusammenhang mit Therapiebesuchen sowie Freizeit- und Ferienaktivitäten oder bei dessen Betreuung am Arbeitsplatz an. Ein externer Betreuungsbedarf besteht bei *Erblindeten*<sup>23</sup>, *Gelähmten* bzw. zur Fortbewegung auf einen Rollstuhl angewiesenen Geschädigten<sup>24</sup> sowie *Kindern*<sup>25</sup>.

- 10.18** – Als *unmittelbare Betreuungsleistungen* lassen sich Dienstleistungen qualifizieren, welche den Geschädigten betreffen. Müssen Hilfsmittel unterhalten oder hauswirtschaftliche Mehrleistungen erbracht werden, liegen *mittelbare Betreuungsleistungen* vor.
- 10.19** – In der Regel besteht die Betreuung in *physischen Hilfeleistungen*. Ausnahmsweise sind aber auch die Kosten einer *psychischen Unterstützung*, z.B. einer parapsychologischen Betreuung durch einen Geistheiler<sup>26</sup>, ersatzfähig.

b) *Betreuung in schulischen Belangen*

- 10.20** Kinder benötigen je nach der Schwere der Verletzung mitunter auch Hilfe bei der Erledigung von Schulaufgaben. Beeinträchtigt die erlittene Verletzung die frühere Lernfähigkeit, sind unter Umständen sogar besondere *schulische Fördermassnahmen* erforderlich. Die Invalidenversicherung hat traditionsgemäss während Jahrzehnten die schulische Eingliederung der behinderten Kinder im Rahmen von Versicherungsleistungen und Subventionen finanziert<sup>27</sup>.
- 10.21** Im Rahmen der Neuordnung des Finanzausgleiches wurde die *Sonderschulung* bzw. die schulische Eingliederung in den ausschliesslichen Verantwortungsbereich der Kantone übertragen. Die Kantone haben nunmehr seit dem 1. Januar 2008 den verfassungsmässigen Auftrag, für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr zu sorgen<sup>28</sup>. Dieser verfassungsmässige Auftrag korreliert mit dem aus dem *Behindertendiskriminierungsverbot*<sup>29</sup> folgenden Grundrechtsanspruch auf eine integrative Schulung<sup>30</sup>. Die integrierte Sonderschulung in der Regelschule mittels der Behinderung angepassten Massnahmen (Logopädie usw.) und die separierte Sonderschulung in einer externen Institution müssen im konkreten Einzelfall gleichwertig sein<sup>31</sup>.
- 10.22** Die vom zuständigen Kanton nicht erbrachten bzw. finanzierten Betreuungsdienstleistungen stellen einen *Direkt Schaden* des geschädigten Kindes dar. Sieht das kan-

23 Vgl. AmtsGer 21 02 22 Sursee vom 2. November 2004 i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar, 42 E. C/4.5.1 (Röhrenblick); BGE 35 II 405, 411 E. 4.

24 Vgl. BezGer Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1; OGer ZH vom 8. Dezember 1995 = ZR 1997 Nr. 2.

25 Vgl. AppHof BE 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 10 (Schulwegbegleitung und Begleitung zur Therapie); KGer VS vom 1. Dezember 1978 i.S. Jordan c. Mutuelle Vaudoise, E. IV = ZWR 1979, 322.

26 Vgl. AppGer TI vom 12. Februar 1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178.

27 Vgl. Art. 19 und 73 f. aIVG; WALTHER-MÜLLER/WYSS, 275 ff.

28 Vgl. Art. 62 Abs. 3 BV.

29 Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

30 S. LANDOLT, BGer Schulgemeinden Näfels und Mollis, 619 ff.

31 Vgl. LANDOLT, BGer Schulgemeinden Näfels und Mollis, 620.

tonale Schulrecht kein *Regressrecht* für die schulischen *Integrationskosten* vor, können die Kantone nicht auf die Haftpflichtigen Rückgriff nehmen. Erbringen nicht zugelassene Personen, namentlich Eltern, pädagogisch-therapeutische oder andere Förderungsmassnahmen, ist der gesamte Betreuungsaufwand zu entschädigen, wenn die fraglichen Massnahmen notwendig sind und in geeigneter Weise durchgeführt werden. Zu entschädigen sind z.B. tägliche Lese-, Schreib- und Rechenübungen, die Repetition der schulischen Lerninhalte, Erarbeitung und Fortentwicklung des Förderkonzeptes, die Koordination mit den externen Förderungsmassnahmen und die organisatorische Durchführung<sup>32</sup>.

### c) *Betreuung am Arbeitsplatz*

Bei erwerbs- bzw. arbeitsfähigen Geschädigten ist mitunter neben der ausserhäuslichen Begleitung auch eine Betreuung am Arbeitsplatz erforderlich. Erwerbstätige Geschädigte erhalten von der *Invalidenversicherung* lediglich die Kosten von notwendigen Hilfsmitteln am Arbeitsplatz und für *bauliche Vorkehren* zur Überwindung des Arbeitsweges ersetzt<sup>33</sup>. 10.23

Als Direktschaden ersatzpflichtig sind insoweit nicht nur die ungedeckten *Transport- und die Lohnkosten* der Begleitperson, sondern auch die *Betreuungskosten* am Arbeitsplatz. Diese sind jedoch – im Gegensatz zu den übrigen Betreuungs- und Pflegekosten – nach Aktivität bzw. bis zum mutmasslichen Ende der Berufstätigkeit zu kapitalisieren. Arbeitgeber und Arbeitskollegen des Versicherten ist die Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen – über die gesetzliche bzw. vertragliche Lohnfortzahlungspflicht hinaus – nicht zumutbar, sofern deren Beizug einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit beansprucht und entsprechende Lohnkosten für den Arbeitgeber zur Folge hat<sup>34</sup>. 10.24

### d) *Spital- und Heimbesuche*

Die Rechtsprechung hat seit je den *Spitalbesuchsschaden* als ersatzfähig qualifiziert<sup>35</sup>. Das Bundesgericht hat in jüngster Zeit auch die Ersatzpflicht des *Heimbesuchsschadens* bejaht, eine solche aber – aus prozessualen Gründen – nur für die Mutter, nicht aber für den Vater des wachkomatösen Kindes bejaht<sup>36</sup>. Der Besuchsschaden ist mit dem Pflege- und dem übrigen Betreuungsschaden kumulierbar<sup>37</sup>. 10.25

32 Vgl. OLG Bamberg U 23/05 vom 28. Juni 2005 = HAVE 2006, 238 = VersR 2005, 1593.

33 Vgl. Ziff. 13 Anhang HVI.

34 Vgl. EVG I 3/04 vom 27. August 2004, E. 3.1 f. = SVR 2006 IV Nr. 25 (täglich mehrmals erforderliche zeitaufwändige Einsätze von Mitarbeitern der Arbeitgeberin des Versicherten für die Überwindung der Treppe mittels Raupe). S. aber EVG U 107/03 vom 6. Januar 2004, E. 2.4 (Zumutbarkeit von Fahrgemeinschaften).

35 S. BGE 97 II 259, 266 E. III/2–4; 69 II 324, 331 E. 3; 57 II 94, 100 E. 3; AppHof BE 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394; KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7.

36 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.4 und 3.5 = HAVE 2011, 3.

37 S. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 1–3 = HAVE 2011, 3.

- 10.26** Bei in einem Heim untergebrachten Geschädigten ist neben dem Heimpflege- und dem Heimb Besuchsschaden auch und zusätzlich der *Angehörigenpfleges*chaden zu entschädigen, der entsteht, wenn sich der Geschädigte an Wochenenden oder ferienhalber zu Hause aufhält und dort gepflegt und betreut wird<sup>38</sup>. Bei Kindern, die in einem Heim untergebracht sind, bejaht die Rechtsprechung einen Anspruch auf ein Besuchswochenende pro Monat<sup>39</sup>.
- 10.27** Entschädigungspflichtig ist *nur der* komplementäre, nicht aber der substituierende Betreuungsschaden bei einem Heimaufenthalt: «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»<sup>40</sup>. 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 Heimtaxen mitabgegolten werden.
- 10.28** Die bisherigen Urteile haben die Ersatzpflicht lediglich für tatsächlich angefallene Besuchskosten bejaht. Der tatsächliche Besuchsschaden umfasst sowohl *Kosten*, insbesondere Reise-<sup>41</sup>, Unterbringungs-<sup>42</sup>, Verpflegungs-<sup>43</sup> und Kinderbetreuungskosten<sup>44</sup> als auch einen *Erwerbsausfallsschaden* der besuchenden Angehörigen<sup>45</sup>, sofern dieser im Rahmen einer selbständig erwerbenden Tätigkeit nicht durch Voroder Nacharbeit aufgefangen<sup>46</sup> bzw. mit den Arbeitszeiten koordiniert werden kann<sup>47</sup>.
- 10.29** Eine «Normativierung» des Besuchsschadens nahm der Berner Appellationshof im Jahr 2002 vor, indem er eine Ersatzpflicht für den Zeitaufwand der Mutter eines

38 S. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.6 = HAVE 2011, 3.

39 Vgl. OLG Bremen 3 U 165/98 vom 31. August 1999 = VersR 2001, 595.

40 S. OLG Bremen 3 U 165/98 vom 31. August 1999, E. 2.6 = VersR 2001, 595.

41 Vgl. AppGer TI vom 12. Februar 1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178; KGer VS vom 2. März/6. September 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); LG Saarbrücken 14 O 117/87 vom 18. Dezember 1987 = NJW 1988, 2958.

42 Vgl. BGE 108 II 422 = Pra 72 (1983) Nr. 30; AppGer TI vom 12. Februar 1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178.

43 Vgl. KGer VS vom 2. März/6. September 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).

44 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.5 = HAVE 2011, 3; BGH VI ZR 263/88 vom 24. Oktober 1989 = DAR 1990, 58 = NJW 1990, 1037 = VersR 1989, 1308; VI ZR 201/83 vom 21. Mai 1985 = NJW 1985, 2757; VI ZR 303/79 vom 28. Oktober 1980 = VersR 1981, 239.

45 Vgl. BGE 97 II 259, 266 E. 3; 52 II 384, 392 E. 5; KGer VS vom 1. Dezember 1978 i.S. Jordan c. Mutuelle Vaudoise = ZWR 1979, 322 E. IV.

46 Vgl. BGH VI ZR 171/90 vom 19. Februar 1991, E. 2c/dd = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559.

47 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.3 = HAVE 2011, 3.

schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Weges vom und ins Spital und die Besuchszeit, berechnet zum Haushaltstundenansatz von CHF 25 bejahte<sup>48</sup>. Das Bundesgericht bejaht ebenfalls eine Ersatzpflicht für eine «konkrete, durch die Besuche verursachte Beeinträchtigung in der Haushaltsführung»<sup>49</sup>.

Die bisherige schweizerische Praxis bejaht eine Ersatzpflicht nur für Eltern<sup>50</sup> und Ehegattenbesuche<sup>51</sup>. Mitunter wird sogar nur ein Anspruch auf den Besuch eines Elternteils bejaht, obwohl beide Eltern bzw. Geschwister den Geschädigten besucht haben<sup>52</sup>. Die deutsche Rechtsprechung geht zwar davon aus, dass nicht nur «nächste», sondern auch «nahe» Angehörige besuchsberechtigt sind<sup>53</sup>, schränkt den Ersatzanspruch aber auf medizinisch notwendige Besuchskosten ein<sup>54</sup>. **10.30**

Diese Voraussetzung ist praktisch nicht beweisbar, weshalb in der Regel eine Ersatzpflicht, insbesondere für Besuchskosten von Geschwistern, abgelehnt wird<sup>55</sup>. Immerhin anerkennt die deutsche Rechtsprechung, dass nichteheliche bzw. gleichgeschlechtliche Lebenspartner den Ehegatten gleichgestellt sind<sup>56</sup>. Die Ersatzpflicht hängt zudem nicht davon ab, ob die Partner ständig zusammen gewohnt haben<sup>57</sup>. **10.31**

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 grund- und persönlichkeitsrechtlich geschütztes *Kontaktrecht* zu, das sich letztlich auch in einem *Genugtuungsanspruch* niederschlägt. Genugtuungsberechtigt sind die Angehörigen der *Kernfamilie*, d.h. Ehegatten<sup>58</sup>, Verlobte bzw. Konkubinatspartner<sup>59</sup>, Eltern<sup>60</sup>, Nachkommen<sup>61</sup> sowie Geschwister des Verletzten. Geschwister sind genugtuungsbe-

48 Vgl. AppHof BE 358/II/2001 vom 13. Februar 2002, E. 8 und 12 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394.

49 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.5 = HAVE 2011, 3.

50 Vgl. AppHof BE 358/II/2001 vom 13. Februar 2002, E. 8a = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394.

51 Vgl. BGE 69 II 308, 324 E. 3; 57 II 94, 100 E. 3.

52 Vgl. KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b.

53 Vgl. OLG Düsseldorf 1 U 205/73 vom 18. Juni 1973 = NJW 1973, 2112 (Ersatzpflicht für Flugkosten und Verdienstaussfall der aus dem Ausland anreisenden Tochter der Verletzten wurde anerkannt).

54 Grundlegend BGH VI ZR 171/90 vom 19. Februar 1991, E. 2b = NJW 1991, 2340 = VersR 1991, 559.

55 Vgl. OLG Karlsruhe 10 U 15/97 vom 11. Juli 1997, E. 2 = VersR 1998, 1256; FG München 5 K 2313/06 vom 21. Juni 2007 = BeckRS 2007, 26023733.

56 Vgl. LG Münster 8 S 410/96 vom 12. Juni 1997 = r + s 1997, 460; OLG Nürnberg 11 U 267/95 vom 11. Juli 1995 = ADAJUR Nr. 12662 und 3591 = NZV 1997, 34.

57 Vgl. KG 22 U 39/06 vom 12. März 2009 = NJOZ 2009, 2256.

58 Vgl. z.B. BGE 112 II 220, 225 E. 3; BezGer Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8.

59 Vgl. BGE 114 II 144, 149 E. 3a.

60 Vgl. BGE 129 IV 22 E. 7 = Pra 92 (2003) Nr. 132; BGer 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003, E. 2.2; BGE 88 II 455 E. 5 = Pra 52 (1963) Nr. 48.

61 Vgl. BGE 117 II 50, 56 E. 3; 90 II 79 = Pra 53 (1964) Nr. 83 E. 2; 88 II 455 E. 4 = Pra 52 (1963) Nr. 48; 72 II 165, 170 E. 9; 58 II 244, 248 E. 2; 56 II 267 E. 7 = Pra 19 (1946) Nr. 117; Pra 58 (1932) Nr. 124; 56 (1930) Nr. 74. Es sind keine Gesamtgenugtuung, sondern Einzelgenugtuungen je Kind auszusprechen (vgl. BGE 90 II 79 E. 2 = Pra 53 (1964) Nr. 83).

rechtigt, sofern ein gemeinsamer Haushalt oder eine besonders starke Bindung besteht<sup>62</sup>.

- 10.33** 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 sind<sup>63</sup>. Notwendig sind unter Umständen sogar Besuche von Dritten, z.B. Geschäftspartnern oder engen Mitarbeitern.
- 10.34** Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für den Besuchsschaden mit der Erwägung bejaht, dass Angehörigenbesuche der Heilung förderlich seien<sup>64</sup>. Das Bundesgericht hat zwar auch auf das Erfordernis der medizinischen Notwendigkeit hingewiesen, aber eine nichtmedizinische Notwendigkeit anerkannt und erwohnen, dass sich Elternbesuche als erforderlich erweisen können, «um über die medizinische Behandlung zu bestimmen»<sup>65</sup>.
- 10.35** Die ersatzpflichtige Besuchshäufigkeit lässt sich nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bestimmen. Die Rechtsprechung ist zurückhaltend bis rigide:
- In BGE 99 II 259 ff. wurden die gelegentlichen Spitalbesuche der Mutter einer mit einem offenen Beinbruch im Spital befindlichen erwachsenen Tochter als ersatzfähig bezeichnet.
  - Das Walliser Kantonsgericht hat die Anspruchsberechtigung sehr restriktiv ausgelegt. Anerkannt wurden drei Besuche durch den Vater eines Querschnittgelähmten in einem Monat<sup>66</sup>.
  - Das EVG hat festgestellt, dass Kinder im vorschul- und schulpflichtigen Alter einen Anspruch auf Vergütung der Kosten für Spitalbesuche an jedem dritten Tag haben<sup>67</sup>.
  - Der Berner Appellationshof demgegenüber hat bei Elternbesuchen im Spital während der Akutphase fünf bis sieben Stunden (inklusive Anfahrzeit) pro Tag als ersatzfähig qualifiziert<sup>68</sup>.
  - 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 bezeichnet<sup>69</sup>. Das Luzerner Obergericht kürzte

62 Vgl. BGE 129 IV 22 E. 7 = Pra 92 (2003) Nr. 132; 118 II 404 E. 3b/bb = Pra 83 (1994) Nr. 55 = ZBJV 1994, 283; 89 II 396 E. 3 = Pra 53 (1964) Nr. 31; BGer 6S. 700/2001 vom 7. November 2002, E. 4.3 = Pra 92 (2003) Nr. 122.

63 Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

64 Vgl. BGE 97 II 259, 266 E. III/4.

65 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.3 = HAVE 2011, 3.

66 Vgl. KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b.

67 Vgl. BGE 118 V 206, 212 E. 5c.

68 Vgl. EVG 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394.

69 Vgl. AppHof 11 06 14 BE vom 17. Juni 2008, E. 4.3.1.5.

diesen Anspruch auf drei Stunden pro Woche<sup>70</sup>, was das Bundesgericht nicht be-  
anstandete<sup>71</sup>.

Aus diesen Urteilen geht hervor, dass in der Akutphase ein ausgedehnteres **10.36**  
Besuchsintervall zuzubilligen ist. Beim Eintritt einer schweren Verletzung sollten  
tägliche Besuche in der *Akutphase*<sup>72</sup> und drei Besuche pro Woche während der rest-  
lichen *Rehabilitations- bzw. Aufenthaltsphase*<sup>73</sup> als ersatzfähig betrachtet werden.  
Das im Fall «Hennemuth» bei einem Paraplegiker entschädigte Besuchsintervall  
von drei Besuchen eines Angehörigen pro Monat ist zu streng und wohl darauf zu-  
rückzuführen, dass die Eltern des geschädigten jungen Mannes in Deutschland  
wohnten, er aber in der Schweiz rehabilitiert wurde.

### 3. Pflegeaufwand

#### a) Allgemeines

Die verschiedenen Sozialversicherungszweige sehen im Rahmen des *Heilbehand-* **10.37**  
*lungsanspruchs* eine unterschiedliche Ersatzpflicht für Pflegeleistungen vor. Die  
Unterschiede betreffen sowohl die *anerkannten Pflegeformen* (Spital-, Heim-, Spi-  
tex- und Angehörigen- sowie Selbstpflege) als auch den Umfang der anerkannten  
Pflege (medizinische und nichtmedizinische Pflege).

Unter Pflege wird im krankenversicherungsrechtlichen Kontext die Behandlungs- und **10.38**  
Grundpflege und im unfallversicherungsrechtlichen Kontext die *medizinische Pflege*  
verstanden. Die Behandlungspflege meint Pflegeleistungen, die einen eigentlichen  
Behandlungszweck erfüllen<sup>74</sup>. Im *Krankenversicherungsrecht* besteht eine abschlies-  
sende Aufzählung der versicherten behandlungspflegerischen Verrichtungen<sup>75</sup>, wäh-

70 Vgl. AmtsGer Stadt Luzern 11 08 127 vom 27. August 2009, E. 4.2.4 ff.

71 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.6 = HAVE 2011, 3.

72 S. rechtsvergleichend OLG Köln 11 U 75/00 vom 22. November 2000, E. 3 = BeckRS 2001,  
02698 (täglich bzw. «rund um die Uhr»); OLG Hamm 27 U 7/98 vom 14. Mai 1998, E. 5 =  
BeckRS 1998, 04356 (für die ersten zehn Tage nach dem Unfall ist ein täglicher Besuch sei-  
ner Ehefrau vertretbar, danach aber nicht mehr, zumal eine besondere physische und psy-  
chische Labilität des Klägers, die dergleichen erfordert hätte, nicht nachprüfbar dargetan  
ist); OLG 3 U 176/85 Saarbrücken vom 23. Oktober 1987 = NZV 1989, 26 = BeckRS 2008,  
18882 (tägliche Besuche der Eltern eines wachkomatösen Kindes in den ersten 19 Tagen  
nach dem Unfall).

73 S. rechtsvergleichend OLG Koblenz 12 U 1490/02 vom 13. Oktober 2003, E. 2a/aa =  
NJOZ 2004, 132 (alle zwei Tage); LG Mainz 8 T 144/97 vom 28. Juli 1997 = JurBüro 1998,  
39 (ein bis zwei Besuche monatlich eines im Heim untergebrachten Geschädigten); OLG  
Köln 3 U 146/88 vom 21. März 1989 und LG Aachen 1 O 21/86 vom 5. Juli 1988 = r + s  
1989, 400 (ein maximal dreimaliger Besuch in der Woche durch den Ehemann während  
der stationären Behandlung ist ausreichend); OLG Koblenz 12 U 880/80 vom 23. März  
1981 = VersR 1981, 887 (18-jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschen-  
kels hat wöchentlich Anspruch auf 2 Besuche der Eltern).

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

75 Vgl. BGE 136 V 172 E. 4.3 = Pra 99 (2010) Nr. 135; BGer 9C\_702/2010 vom 21. Dezember  
2010, E. 4.2.2.

rend das *Unfallversicherungsrecht* keine Legaldefinition für die medizinische Pflege kennt<sup>76</sup>.

b) *Behandlungspflege*

- 10.39** Die *Behandlungspflege* ist eine *medizinische Pflege*, deren Zweck die Heilung darstellt. Mit der Grundpflege werden pflegerische Verrichtungen verstanden, die erforderlich sind, weil sich der Verletzte nicht mehr selber versorgen kann. Behandlungspflegerischer Natur sind die beim Vorliegen eines Hirntumors erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit der Kontrolle der Ausscheidung (Durchfall), die Temperaturkontrolle, die Beurteilung von Allgemeinzustand/Kreislaufkontrolle/Schmerzerfassung sowie die Lagerung/Hilfestellung bei Aspirationsgefahr und Shuntlagerung. Schwierigkeiten bereitet demgegenüber die leistungsrechtliche Einordnung der Hilfestellungen rund um das chemotherapiebedingte Erbrechen mit einem Aufwand von zwei bis fünf Stunden pro Nacht; das Bundesgericht qualifizierte auch diese Leistungen, unter Einschluss der Wartezeiten, als *Behandlungspflege*<sup>77</sup>.
- 10.40** Zur medizinischen Pflege zählen ferner die tägliche Verabreichung von Medikamenten und das Anlegen einer Bandage<sup>78</sup> sowie das Katheterisieren oder Klopfen und Pressen der Blase, das Anlegen eines Kondoms mit Urinal und das digitale Stuhlausräumen<sup>79</sup>. Massnahmen, die im Zusammenhang mit alltäglichen Lebensverrichtungen erbracht werden, oder der Führung des Haushaltes oder der Besorgung von alltäglichen Angelegenheiten dienen, sind nicht zur medizinischen Pflege zu zählen. Diese begründen, soweit die vorerwähnten Voraussetzungen erfüllt sind, eine *Hilflosigkeit*<sup>80</sup>.
- 10.41** Die Unterscheidung in Behandlungs- und Grundpflege ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Bei der *Behandlungspflegeliste* gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV handelt es sich um eine positive Liste, weshalb nur explizit aufgeführte Leistungen versichert sind<sup>81</sup>, während die *Grundpflegeliste* exemplarisch ist<sup>82</sup>. Für behandlungs- und grundpflegerische Leistungen gelten sodann unterschiedliche *Tarife*<sup>83</sup>, weshalb sie auch haftpflichtrechtlich unterschiedlich zu entschädigen sind. Schliesslich ist die *Hilflosenentschädigung* nur mit der Grund-, nicht aber der *Behandlungspflege* sachlich kongruent<sup>84</sup>.

76 BGE 116 V 41, 47 E. 5a.

77 Vgl. BGer 9C\_43/2012 vom 12. Juli 2012, E. 4.1.2.

78 Vgl. BGE 107 V 136, 138 E. 1b; 106 V 153, 156 E. 2a; 105 V 52, 56 E. 4.

79 Vgl. BGE 116 V 41, 46 E. 4b.

80 Vgl. BGE 131 V 178, 185 E. 2.2.3.

81 Vgl. BGE 136 V 172 = Pra 99 (2010) Nr. 135.

82 Vgl. BGer 9C\_702/2010 vom 21. Dezember 2010, E. 4.2.2.

83 Vgl. Art. 7a Abs. 1 KLV.

84 Vgl. BGer 9C\_43/2012 vom 12. Juli 2012, E. 4.1.1.

### c) Grundpflege

Bei der Grundpflege wird zwischen der allgemeinen Grundpflege und den Massnahmen zur *Überwachung* und *Unterstützung* psychisch kranker Personen in der grundlegenden *Alltagsbewältigung*<sup>85</sup> unterschieden: **10.42**

- Zur *allgemeinen* Grundpflege zählen 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 Trinken<sup>86</sup>. **10.43**
- Die *Massnahmen zur Überwachung* und *Unterstützung* psychisch kranker Personen umfassen u.a. die Erarbeitung und Einübung einer angepassten Tagesstruktur, zielgerichtetes Training zur Gestaltung und Förderung sozialer Kontakte, Unterstützung beim Einsatz von Orientierungshilfen und Sicherheitsmassnahmen<sup>87</sup>. **10.44**

### d) Selbstpflege

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Ersatzfähigkeit des normativen Angehörigenpflegeschadens anerkannt und unbestritten<sup>88</sup>. Bislang wurde noch nicht entschieden, ob auch der Selbstversorgungsmehraufwand bzw. der normative Selbstpflegeschaden ersatzpflichtig ist. Gegen eine Ersatzpflicht des Selbstversorgungsmehraufwandes spricht der Umstand, dass der blosser Zeitverlust (sprich: Freizeitverlust) kein materieller Schaden ist, wohl aber ein Umstand darstellt, der bei der Bemessung des immateriellen Schadens zu berücksichtigen ist. Betrifft die Selbstversorgung einen Zeitraum, in welchem der Geschädigte erwerbstätig oder hauswirtschaftlich tätig gewesen wäre, ist eine Entschädigung ausgeschlossen, weil der Geschädigte für diesen Zeitraum entschädigt wird und es ihm zumutbar ist, den Zeitgewinn mit dem Selbstversorgungsmehraufwand zu kompensieren<sup>89</sup>. **10.45**

Trotz dieser Vorbehalte ist eine Ersatzpflicht für den normativen Selbstpflegeschaden zu bejahen. Beim Haushaltschaden wird der hauswirtschaftliche Selbstversorgungsmehraufwand (zeitlicher Mehraufwand für hauswirtschaftliche Verrichtungen, die der Verletzte ausführt) entschädigt<sup>90</sup>. Aus Gründen der Gleichbehandlung ist deshalb auch der Selbstpflegemehraufwand zu entschädigen. Der pflegerische Selbstversorgungsmehraufwand wird sodann bei der Hilflofenentschädigung leistungserhöhend angerechnet, insbesondere bei einer unüblich auszuführenden Selbstpflege<sup>91</sup>, wie das insbesondere für das Ausräumen des Darms von Hand zu- **10.46**

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

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

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

88 Vgl. z.B. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.2 = HAVE 2011, 3.

89 Vgl. ZK-LANDOLT, Art 46 OR N 391 und Art. 47 OR N 177.

90 Statt vieler BGE 127 III 403, 404 E. 4a.

91 Vgl. BGE 121 V 88, 93 E. 6b/c; 106 V 153, 156 E. 2; EVG H 128/03 vom 4. Februar 2004, E. 3.1; AHI-Praxis 1996, 170; EVG vom 18. April 2002, I.660/01 E. 2.b.a.a.

trifft<sup>92</sup>. Von der Ersatzfähigkeit ist in jedem Fall dann auszugehen, wenn der Geschädigte berechtigt wäre, die fragliche Pflegeverrichtung, z.B. die Dekubitusprophylaxe bzw. -pflege<sup>93</sup>, durch Dritte vornehmen zu lassen. Die Rechtsprechung behauptet ein solches *Substitutionsrecht* insbesondere bei Querschnittgelähmten<sup>94</sup>.

#### 4. Hauswirtschaftlicher Mehraufwand

- 10.47** Pflege- bzw. betreuungsbedürftige Geschädigte sind in der Regel nicht mehr in der Lage, ihren Haushalt selber zu führen. Der durch die eingeschränkte *Haushaltarbeitsfähigkeit* im *Validenhaushalt* entstehende Haushaltschaden ist zu entschädigen. Das Opfer hat einen opferhilferechtlichen Anspruch auf Ersatz des normativen Haushaltschadens<sup>95</sup>. Die Pflege- bzw. Betreuungsbedürftigkeit kann darüber hinaus mit einem hauswirtschaftlichen Mehraufwand im Invalidenhaushalt, z.B. mit vermehrtem Waschen von Kleidern bei Inkontinenz oder einem Putzmehraufwand, verbunden sein. Der hauswirtschaftliche Mehraufwand im Invalidenhaushalt ist – zusätzlich zum Haushaltschaden – entschädigungspflichtig<sup>96</sup>.
- 10.48** Ein *hauswirtschaftlicher Mehraufwand* ist nur solange möglich, als der Geschädigte zu Hause betreut wird. Der behinderungsbedingte Mehraufwand und der mit dem Haushaltschaden abzugeltende hauswirtschaftliche Versorgungsaufwand des Geschädigten fallen weg, wenn dieser in einem Spital bzw. Heim betreut und gepflegt werden muss und regelmässig auch hauswirtschaftlich versorgt wird<sup>97</sup>. In diesem Fall ist der effektive Besuchsschaden als Besuchsschaden und der hauswirtschaftliche Versorgungsaufwand, den der Geschädigte für Dritte erbracht hätte, als Haushaltschaden zu entschädigen.

#### 5. Überwachungsbedarf

- 10.49** Das Bundesgericht hat bereits vor über hundert Jahren die «beständige Überwachung» nebst der Pflege des Geschädigten durch die Ehefrau als ersatzfähig bezeichnet<sup>98</sup>, aber in den seither ergangenen Entscheiden keine grundsätzlichen Erwägungen zum *Bereitschafts-, Präsenz- und Überwachungsschaden* angestellt<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> Vgl. ZAK 1981, 387.

<sup>93</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 10 KLV.

<sup>94</sup> Vgl. BGE 35 II 216, 222 E. 5; HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 (Pflege einer Paraplegikerin durch den Konkubinatspartner); KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb und 5b/bb.

<sup>95</sup> Vgl. BGE 131 II 656, 664 E. 6.

<sup>96</sup> ZK-LANDOLT, Art. 46 OR N 1283 ff.; unklar HGer ZH E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 (Hilfe bei der Führung eines Einpersonenhaushalts im Umfang von 18,5 Stunden pro Woche).

<sup>97</sup> Vgl. BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002, E. 5 = Pra 91 (2002) Nr. 212 = plädoyer 5/2002, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 (Bemerkungen von LANDOLT HARDY).

<sup>98</sup> Vgl. BGE 28 II 200, 213 E. 5.

<sup>99</sup> Weiterführend LANDOLT/RUGGLI, 99 ff.

In der Schweiz hat sich das Zürcher Handelsgericht im Fall «Kramis» erstmals vertiefter mit diesem besonders anspruchsvollen *Schadensposten* auseinandergesetzt<sup>100</sup>. Bei der Bemessung des ersatzfähigen Präsenzzeitaufwands erwog das Gericht, dass die an einer schweren Hirnverletzung leidende Geschädigte neben eigentlichen Pflegeleistungen von einer Stunde pro Tag zusätzlich drei bis vier Stunden pro Tag an Anwesenheits- und Überwachungsleistungen im Sinne des «Hegens und Pflegens» bedarf<sup>101</sup>. 10.50

Bereitschafts- und Überwachungszeiten werden haftpflichtrechtlich nicht nur von der schweizerischen<sup>102</sup>, sondern auch von der deutschen<sup>103</sup> und der österreichischen<sup>104</sup> Rechtsprechung als ersatzfähig qualifiziert, wenngleich keine gefestigte Rechtsprechung besteht und zudem zahlreiche Fragen unterschiedlich beantwortet werden. Eine Entschädigungspflicht für Angehörigenbetreuung besteht selbst dann, wenn der betreuende Angehörige als Haftpflichtiger für den Betreuungs- und Pflegeschaden einzustehen hat<sup>105</sup>. Von allen Gerichten wird anerkannt, dass auch Bereitschafts- und Überwachungszeiten von Angehörigen, insbesondere von Eltern kleiner<sup>106</sup> oder er- 10.51

100 Vgl. HGer ZH E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001, E. V.10 ff. = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

101 Vgl. HGer ZH E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001, 17 E. V.2 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

102 Vgl. HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.8 = SG 2010 Nr. 1634 (Ersatzpflicht bejaht für 182.5 Stunden Präsenzaufwand im Monat bei einer Paraplegikerin); OGer Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006, E. 8.2 = HAVE 2007, 35 ff. (Pflege- und Betreuungsaufwand eines Geschädigten mit schweres Schädel-Hirntrauma mit Hirnstammkontusion sowie initialem Hirnödem, Wirbelverletzungen sowie weitere Frakturen von 5 Stunden pro Tag und einem zusätzlichen Präsenzzeitbedarf von 5.5 Stunden pro Tag unter Berücksichtigung einer vom Geschädigten im Gerichtsverfahren anerkannten Ohnehin-Anwesenheit seiner Lebenspartnerin/Ehefrau von täglich 8.5 Stunden); 11 03 117 vom 13. Oktober 2004, E. 4.3 (86-jährige Geschädigte nach linkem Fussknöchelbruch, Bänderriß sowie einer Kontusion des linken Knies; Betreuung durch Tochter, Lohnausfall vier Tage pro Woche).

103 Vgl. OLG Zweibrücken 5 U 6/07 vom 22. April 2008, E. II/A = BeckRS 2008, 11967 = MedR 2009, 88 = NJOZ 2009, 3241 (körperlich schwerstbehindertes und nahezu blindes Kind; Berücksichtigung der elterlichen Bereitschaftszeiten zu einem Viertel); OLG Schleswig 4 U 34/06 vom 28. September 2007, E. II.1 = BeckRS 2008, 00060 (1986 geborene Geschädigte mit Cerebralparese, PEG-Sonde, Urin- und Stuhlinkontinenz; Bereitschaftszeit der Eltern 45 Minuten pro Nacht zuzüglich effektive Nachwachskosten); OLG Düsseldorf 8 U 197/01 vom 23. Mai 2002, E. I.2 = NJW-RR 2003, 90 (spastische Tetraplegie, zwei Stunden pro Nacht); OLG Koblenz 12 U 1464/99 vom 18. September 2000 = 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 1 W 48/88 vom 31. Oktober 1988 = NJW-RR 1989, 47; OLG Bremen 3 U 45–96 vom 21. April 1998 = NJW-RR 1999, 1115 = VersR 1999, 1030 (erwachsener Sohn mit hypoxischem Hirnschaden; 5.5 Stunden pro Nacht).

104 Vgl. z.B. OGH 2Ob176/05d vom 27. April 2006; 8Ob60/86 vom 21. Mai 1987.

105 Vgl. z.B. OGH 2Ob2220/96a vom 5. September 1996.

106 Vgl. OLG Zweibrücken 5 U 6/07 vom 22. April 2008 = BeckRS 2008, 11967 = MedR 2009, 88 = NJOZ 2009, 3241 (Eltern eines Kleinkindes); OLG Düsseldorf 8 U 197/01 vom 23. Mai 2002 = NJW-RR 2003, 90 (Eltern eines 7-Jährigen).

wachsener<sup>107</sup> Kinder, Ehegatten<sup>108</sup> oder erwachsenen Kindern<sup>109</sup>, ersatzfähig sind. Es spielt auch keine Rolle, ob sich mehrere Angehörige die «Rund-um-die-Uhr-Betreuung» teilen<sup>110</sup>, eine einzelne Person diese Betreuung erbringt oder Dritte Angehörige entlasten<sup>111</sup>.

- 10.52** 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 *Pikettdienste* dar<sup>112</sup>, wobei in Bezug auf die Anrechnung an die Arbeitszeit der Pikettdienst im Betrieb (sog. *Rufbereitschaft*) und der Pikettdienst ausserhalb des Betriebs (sog. *Arbeitsbereitschaft*) unterschieden werden<sup>113</sup>. Die Arbeitsbereitschaft ist durch angemessene, den Verhältnissen Rechnung tragende Freizeit auszugleichen oder angemessen in Geld zu vergüten<sup>114</sup>. Die Rufbereitschaft demgegenüber ist voll zu entlönnen, wenn der Arbeitgeber mit der Zuweisung von Arbeit in Verzug ist<sup>115</sup> oder die Wartezeit die eigentliche Arbeitsleistung darstellt<sup>116</sup>.
- 10.53** Die schweizerische Rechtsprechung qualifiziert alle Arten als grundsätzlich entschädigungsfähig<sup>117</sup>. Sowohl die schweizerische als auch die deutsche Rechtsprechung äussern aber durchwegs Vorbehalte in Bezug auf eine Heranziehung des ungekürzten *Pflegestundenansatzes* im Zusammenhang mit der monetären Bewertung von Wartezeiten. Das Obergericht Luzern anerkennt zwar, dass «diesen Leistungen ein gewisser Pikettcharakter nicht abzusprechen ist», ist aber der Meinung, dass «der Vergleich mit dem arbeitsrechtlichen Pikettdienst im Betrieb schon deswegen fraglich ist, weil die anwesende Person während der Präsenzzeit andere Arbeiten

107 Vgl. HGer ZH E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001, 17 E. V.2 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

108 Vgl. OLG Zweibrücken 1 W 48/88 vom 31. Oktober 1988 = NJW-RR 1989, 479 (Ehefrau eines Rentners).

109 Vgl. OGer LU 11 03 117 vom 13. Oktober 2004, E. 4.3 (Tochter betreut 86-jährige Mutter); OLG Koblenz 12 U 1464/99 vom 18. September 2000 = BeckRS 2001, 04053 = NJOZ 2002, 292 = VersR 2002, 244 (Betreuung einer 72-jährigen Geschädigten mit Hirnstammtrauma, eine hohe Halsmarkläsion mit hochgradiger Tetraparese bei HWK 2-Fraktur).

110 Vgl. OLG Koblenz 12 U 1464/99 vom 18. September 2000 = BeckRS 2001, 04053 = NJOZ 2002, 292 = VersR 2002, 244 (72-jährige Geschädigte, die zu Hause von den Angehörigen betreut wird).

111 Vgl. OLG Schleswig 4 U 34/06 vom 28. September 2007 = BeckRS 2008, 00060 (Entlastung durch sporadische Nachtwache); OLG Koblenz 12 U 1464/99 vom 18. September 2000 = BeckRS 2001, 04053 = NJOZ 2002, 292 = VersR 2002, 244 (Entlastung durch Sozialstation).

112 Vgl. Art. 14 f. ArGV 1.

113 Vgl. Art. 15 Abs. 1 und 2 ArGV 1.

114 Vgl. Art. 10 Abs. 3 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971 (SR 221.215.328.4).

115 Vgl. Art. 324 OR.

116 Vgl. Art. 8a Abs. 3 ArGV 2 und Art. 10 Abs. 2 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971.

117 Vgl. OGer Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006, E. 8.2 = HAVE 2007, 35; AmtsGer Sursee 21 02 22 vom 2. November 2004 i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobilier, E. 4.5.3.

erledigen oder einem Hobby nachgehen kann»<sup>118</sup>. Dieses Gericht zieht zwar den Pflegestundenansatz heran, entschädigt aber nur einen Anteil von 44 %<sup>119</sup> bzw. 50 %<sup>120</sup>.

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 muss<sup>121</sup>. Die im Jahr 2008 vom Handelsgericht Zürich modifizierte Praxis, Präsenzleistungen voll gemäss Mittelwert des Stundenlohns einer diplomierten Pflegeperson und einer Pflegehilfe zu entschädigen, verdient daher der uneingeschränkten Zustimmung<sup>122</sup>. 10.54

## 6. Bedarfsfeststellung

### a) Individuelle und konkrete Bedarfsermittlung im Einzelfall

Art und Ausmass der notwendigen Pflege-, Betreuungs- und Bereitschaftszeiten sind vom Geschädigten in zumutbarer Weise zu substantiieren und zu beweisen. In praktisch allen Fällen werden von den Gerichten entweder Fachärzte, Psychologen<sup>123</sup> oder Pflegefachkräfte<sup>124</sup> mit der gutachterlichen Feststellung des Betreuungs- und Pflegeaufwands beauftragt. Das Bundesgericht betont, dass «kein Weg daran vorbeiführt, den Betreuungsschaden individuell und konkret zu ermitteln, wozu die Einholung eines Gutachtens angebracht ist»<sup>125</sup>. 10.55

Der Betreuungs- und Pflegebedarf wird im Rahmen der jeweiligen sozialversicherungsrechtlichen Deckung von der IV, Kranken- und Unfallversicherern festgestellt. Wie auch immer der sozialversicherungs- und haftpflichtrechtliche Betreuungs- und Pflegebedarf festgestellt wurde, die jeweiligen Ergebnisse sind nicht eins zu eins übertragbar. Einem im Haftpflichtprozess eingeholten Gerichtsgutachten zu dem im Einzelfall erforderlichen Pflegeaufwand kommt sozialversicherungsrechtlich nur insofern Beweiskraft zu, als die darin enthaltenen Erfahrungssätze und Schlussfolgerungen der gesetzlichen Regelung von Art. 7 Abs. 2 KLV und den vertraglichen Vereinbarungen des massgebenden *Tarifvertrages* entsprechen<sup>126</sup>. 10.56

118 OGer Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006, E. 8.2.2 = HAVE 2007, 35.

119 Vgl. OGer LU 11 03 117 vom 13. Oktober 2004, E. 4.3.4.

120 Vgl. OGer LU 11 04 163 vom 27. September 2006, E. 8.2.2 = HAVE 2007, 35.

121 Vgl. KGer SG vom 7. Juli 1985, E. 3 = SJZ 1987, 399.

122 Vgl. HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.7d = SG Nr. 1634.

123 Vgl. z.B. HGer ZH E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001, 6 E. II = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

124 Vgl. z.B. OLG Schleswig 4 U 34/06 vom 28. September 2007, E. II.3 = BeckRS 2008, 00060.

125 Vgl. BGer 4A.48/2010 vom 9. Juli 2010, E. 1.3.4.2.

126 Vgl. BGer K 141/06 vom 10. Mai 2007 und K 145/06 vom 10. Februar 2007, E. 3.2.3.

b) *Ausklammerung des Ohnehinaufwandes*

- 10.57** Im Zusammenhang mit der Feststellung des entschädigungspflichtigen Mehrbedarfs ist der *Ohnehinaufwand* in Abzug zu bringen. 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. Der Ohnehinaufwand bei Kindern ist durch eine Gegenüberstellung des Gesamtkinderversorgungsaufwands vor und nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses gemäss den statistischen Erfahrungswerten der SAKE zu ermitteln<sup>127</sup>.
- 10.58** 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 Zeitpunkt<sup>128</sup>.
- 10.59** 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 wäre. Eine altersbedingte 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 %)<sup>129</sup>. Eine derartige überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht bei einer im Urteilszeitpunkt 84-jährigen Geschädigten nicht, 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 hat<sup>130</sup>. Die *Heimeintrittswahrscheinlichkeit* steigt erst ab Alter 90 über 50 %<sup>131</sup>.

---

127 S. LANDOLT/RUGGLI, 99 ff.

128 Vgl. OGer LU 11 03 117 vom 13. Oktober 2004, E. 3.4 und 3.5.

129 Vgl. dazu SCHÖN-BAUMANN, 275.

130 Vgl. OLG Hamm 6 U 64/97 vom 27. November 2006, E. II/B = BeckRS 2006, 14144 = LSK 1999, 330322 = NZV 1998, 372 = r + s 1998, 371.

131 S. dazu die Statistiken des Bundesamtes für Statistik «Ständige Wohnbevölkerung» <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/02/blank/data/01.html>> (besucht am: 13. Februar 2014) und «Statistik der sozialmedizinischen Institutionen» <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/02.html>> (besucht am: 13. Februar 2014).

## IV. Schadenberechnung

### 1. Tatsächliche Kosten

#### a) Allgemeines

Wird der Geschädigte entgeltlich betreut oder gepflegt, sind die tatsächlich anfallenden Kosten zu entschädigen, die von den Sozialversicherungen nicht übernommen werden. Dazu zählen insbesondere *Franchisen* und *Selbstbehalte*, die im Zusammenhang mit sozialversicherungsrechtlichen *Pflegeentschädigungen* anfallen, und die Kosten von *Nichtpflichtleistungen*. Die tatsächlich angefallenen zukünftig anfallenden Kosten sind je nach Dauer der Hilfsbedürftigkeit befristet oder unbefristet nach Mortalität zu kapitalisieren. 10.60

#### b) Heimaufenthaltskosten

Der Heimpflegeschieden besteht in den von den privaten Schaden- und Sozialversicherern nicht gedeckten Pflege- und Betreuungskosten, die bei einem Heimaufenthalt entstehen, sowie in den Besuchskosten der nächsten Angehörigen<sup>132</sup>. Bei schwerverletzten Geschädigten, die zu Hause gepflegt werden, geht die Rechtsprechung davon aus, dass allfällige Angehörige bis zu ihrem 70. Altersjahr in der Lage sind, die Betreuung und Pflege zu Hause zu erbringen. 10.61

Es darf nicht angenommen werden, dass der wegfallende Ehegatte bzw. Elternteil durch ein Kind, Geschwister oder andere Angehörige ersetzt und die Hauspflege fortgesetzt wird<sup>133</sup>. Ob diese Regel auch für den Geschädigten selbst gilt und demzufolge von einem *Heimübertritt* mit Erreichen des 70. Altersjahres der betreuenden Angehörigen und/oder des Geschädigten auszugehen ist, hat das Zürcher Handelsgericht im Kramis-Urteil offengelassen. In einem neueren Fall erwog das Handelsgericht Zürich, dass eine querschnittgelähmte Geschädigte spätestens mit Erreichen des 75. Altersjahrs ins Heim geht<sup>134</sup>. 10.62

Die für ein Pflegeheim geltenden *Finanzierungsgrundsätze* sind im KVG/KLV und subsidiär im kantonalen Recht geregelt. Für *Behindertenwerkstätten* und *Wohnheime* gilt demgegenüber das IFEG. Bei einem Aufenthalt in einem *Pflegeheim* wird zwischen den Pflege- und den Pensionskosten unterschieden: 10.63

- Die Pflegekosten werden durch einen in zwölf Bedarfsstufen gegliederten *Pflegebeitrag* der Kranken- bzw. des Unfallversicherers<sup>135</sup> für versicherte Grund- und Behandlungspflege von CHF 9–108 pro Tag<sup>136</sup>, Kostenbeteiligungen des pflegebedürftigen Versicherten (Franchise, allgemeiner Selbstbehalt und dem neu ab 1. Januar 2011 eingeführten *Pflegekostenselbstbehalt*) und kantonale Sub-

132 Vgl. LANDOLT, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden, 3 ff.

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

134 Vgl. HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.8c = SG 2010 Nr. 1634.

135 Vgl. BGE 120 V 280, 284 E. 3b; 116 V 41, 47 E. 5a–c und 7c; EVG U 213/02 vom 18. August 2003, E. 4.

136 Vgl. Art. 25a Abs. 1 und 4 KVG sowie Art. 7 ff. KLV.

ventionen gedeckt. Zusätzlich zu den Kostenbeteiligungen dürfen wegen des *Tarifschutzes* keine weiteren Selbstzahlungen für versicherte Pflegeleistungen vom Geschädigten verlangt werden. Zusätzliche Entschädigungen dürfen nur für echte Mehrleistungen geltend gemacht werden<sup>137</sup>.

- Die Pensionskosten tragen der Pflegebedürftige und der Kanton, in welchem sich das Pflegeheim befindet.

**10.64** Die Berechnung des Heimpflegeschadens ist solcherart komplex. Das Handelsgericht Zürich hat folgende Berechnungsgrundsätze im Zusammenhang mit den ungedeckten Heimtaxen entwickelt<sup>138</sup>:

- Zunächst sind die vom Geschädigten im Heimeintritts- bzw. Urteilszeitpunkt nach Abzug allfälliger sozialversicherungsrechtlicher Pflegeentschädigungen, insbesondere auch der Hilflosenentschädigung, zu bezahlenden *Pensions-, Betreuungs- und Pfl egetaxen* sowie allfällige weitere Auslagen zu ermitteln.
- Die vom Geschädigten im Zusammenhang mit den sozialversicherungsrechtlichen Pflegeentschädigungen zu tragenden Selbstzahlungen (Franchise, allgemeiner Selbstbehalt und Pflegekostenselbstbehalt bei einem Pflegeheimaufenthalt einerseits und Kostenbeteiligung bei einem Aufenthalt in einer Behinderteneinrichtung andererseits) sind, soweit sie nicht ohnehin angefallen wären, hinzuzurechnen.
- Die infolge des Heimaufenthalts eingesparten *Lebenshaltungskosten* sind in Abzug zu bringen. Das Handelsgericht Zürich geht für das Jahr 2001 von einer Einsparung von CHF 1465 und ferner davon aus, dass die Einsparung mit der allgemeinen Teuerung gemäss LIKP steigt. Für das Jahr 2008 betragen die monatlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz bei tiefen Ansprüchen ca. CHF 2500<sup>139</sup>.
- Der Saldo ergibt den *Heimpflegedirektschaden*, der nach Massgabe der jeweiligen Teuerung für ungedeckte Heimtaxen, Selbstzahlungen und Lebenshaltungskosten bis Ende Mortalität (bei dauerhafter Pflegebedürftigkeit) bzw. befristet bis zum mutmasslichen Heimaustritt zu kapitalisieren ist.

**10.65** Die Rechtsprechung stellt bei der Hochrechnung der aktuellen Pfl egetaxe bis zum Zeitpunkt des zu erwartenden Heimeintritts auf die allgemeine *Teuerung* der *Gesundheitskosten* von jährlich 5,5 %, bei der Pensionstaxe auf die Teuerung gemäss Landesindex der Konsumentenkosten (LIKP) ab<sup>140</sup>. Das Handelsgericht Zürich hat im Jahr 2008 in Bezug auf die Pflegekosten eine jährliche Teuerungsrate von 3,2 % für Österreich (Land Voralberg) bestätigt<sup>141</sup>.

137 Vgl. BGer 2P.25/2000 vom 12. November 2002, E. 8 und 14; 9C\_103/2007 vom 10. Juli 2007, E. 4.

138 Vgl. HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634; E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001, E. VI = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

139 Vgl. HGer ZH E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001, 44 f. E. VI = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394; HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.8/c/dd/bbb = SG 2010 Nr. 1634.

140 Vgl. HGer ZH E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001, 44 E. VI = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

141 Vgl. HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.8c = SG 2010 Nr. 1634.

## 2. Normative Kosten

Werden an sich ersatzpflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen von Dritten, insbesondere Angehörigen, unentgeltlich erbracht, sind diese gleichwohl zu entschädigen, da sich unter dem Gesichtspunkt des *Vorteilsausgleichs* derartige freiwillige Leistungen nicht zu Gunsten des Schädigers auswirken sollen, wenn der Leistende nicht diesen, sondern den Geschädigten begünstigen will<sup>142</sup>. 10.66

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; mittlerweile wurde von der Rechtsprechung auch geklärt, dass auch *Stellvertretungskosten* zu berücksichtigen sind<sup>143</sup>. Es ist auf die tatsächlichen Kosten abzustellen, die eine entsprechende Betreuung verursachen würde, bzw. auf deren Marktwert<sup>144</sup>. 10.67

Der Pflegebedarf ist mit dem *Einstiegslohn einer diplomierten Pflegefachperson*, der übrige Angehörigenaufwand mit dem *Haushaltstundenansatz* zu bewerten. Das Handelsgericht Zürich hat 2008 in einem Fall, in welchem der Konkubinatspartner die querschnittgelähmte Geschädigte (Paraplegie Th 9) pflegte und betreute, präzisiert, dass unter Einstiegslohn ein Stundenansatz eines diplomierten Krankenpflegers im 1.–5. Berufsjahr als Orientierungsmassstab dienen soll<sup>145</sup>. Betreuungsleistungen, die zwar keine eigentliche Pflegequalität aufweisen, aber doch von spezieller Natur sind und zum Teil nachts erbracht werden müssen, und sich deshalb klar von gewöhnlicher Hausarbeit unterscheiden, sind mit dem Pflegestundenansatz zu bewerten<sup>146</sup>. 10.68

Das Kantonsgericht Graubünden ist 2009 von einem Stundenansatz für das Jahr 2005 von CHF 38.36 brutto-brutto für Betreuungs- und Pflegeleistungen, die von Angehörigen ausgeführt wurden, ausgegangen<sup>147</sup>. Das Bundesgericht hat in einem Fall, der Art. 18 Abs. 2 UVV betraf, einen Stundenansatz von CHF 35 für Angehörigenpflege (Basis: 1999/2000) nicht beanstandet<sup>148</sup>. Der Pflegestundenansatz brutto-brutto dürfte aktuell rund CHF 40 betragen. Der Haushalt- bzw. Betreuungsstundenansatz demgegenüber macht CHF 30 aus<sup>149</sup>. Die zukünftigen Pflegekosten sind nach Massgabe der zu erwartenden *Lohnentwicklung im Pflegesektor* zu bestimmen, wobei die Berechnungsgrundsätze des Lohnausfallschadens – auch hinsichtlich der Realloohnerhöhung – analog heranzuziehen sind. 10.69

142 Vgl. BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.4 ff. = HAVE 2011, 3.

143 BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 5.

144 BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.1.

145 Vgl. HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.7b = SG 2010 Nr. 1634.

146 HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.7 d/aa.

147 Vgl. KGer GR ZK2 09 49 vom 23. November 2009, E. 7c/cc. Dazu ferner BGer 4A\_244/2010 vom 12. Juli 2010.

148 S. BGer 8C\_896/2009 vom 23. Juli 2010, E. A und 5.1.

149 Vgl. BGE 131 III 360 E. 8.3 = Pra 95 (2006) Nr. 18; KGer SG vom 11. Juni 2007 i.S. X. c. Schulgemeinde Y., E. III/2 = SG Nr. 1613 (CHF 27 für Betreuungsleistungen der Mutter seit 2005).

### 3. Fiktive Kosten

- 10.70** Der Geschädigte kann zwar Ersatz für *normative, nicht aber fiktive Pflegekosten* beanspruchen<sup>150</sup>. Ersatzfähig sind nur notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, die tatsächlich entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wurden<sup>151</sup>. 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.

## V. Schadenersatzbemessung

### 1. Ausmass der Schadenminderungspflicht

- 10.71** Vom Geschädigten kann gestützt auf die *Schadenminderungspflicht* nicht verlangt werden, stets die billigste Pflegeform zu wählen. Betreuungs- und Pflegekosten sind deshalb vom Haftpflichtigen grundsätzlich unabhängig davon zu entschädigen, ob eine billigere Pflegealternative besteht<sup>152</sup>.
- 10.72** 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 Hauspflegeschaden, der bei Wochenend- und Ferientaufenthalten zu Hause entsteht, geltend machen<sup>153</sup>. Das Handelsgericht Zürich erwog 2008, dass die Hauspflege durch Angehörige auch dann geschuldet ist, wenn diese Pflegeform zwei bis zweieinhalb Mal soviel wie eine Heimversorgung kostet<sup>154</sup>. Diese Rechtsprechung befindet sich in guter sozialversicherungsrechtlicher Gesellschaft, die eine Unwirtschaftlichkeit der Hauspflege im Vergleich zu einer Heimunterbringung erst bei dreieinhalb Mal so hohen Kosten bejaht<sup>155</sup>.
- 10.73** 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 verlegen<sup>156</sup>. Ebenso ist er nicht verpflichtet, ausländische Pflegeunternehmen

150 S. z.B. OGH 6Ob143/98 t vom 10. September 1998.

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

152 Vgl. BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002, E. 6b/cc = Pra 91 (2002) Nr. 212 = plädoyer 2002, 57 = HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394; OGer LU 11 08 127 vom 27. August 2009, E. 5.1; HGer Zürich E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001, E. V/2 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394; rechtsvergleichend OGH 5 Ob 50/99k vom 26. Mai 1999 = ZVR 1999 Nr. 109, 375.

153 Vgl. OGer LU 11 08 127 vom 27. August 2009, E. 4 und 5.

154 Vgl. HGer ZH HG030230/U/ei vom 23. Juni 2008, E. 6.4 d/cc = SG 2010 Nr. 1634.

155 Vgl. BGE 126 V 334, 342 E. 3b.

156 Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999, E. 2c = Pra 88 (1999) Nr. 171 = plädoyer 5/1999, 58 = SJZ 1999, 58 und 479 = JdT 2001 I 489.

zu berücksichtigen, die ihre Dienste für entsandte ausländische Arbeitnehmer in der Schweiz zu Minimalpreisen anbieten.

Geschädigte, die im Ausland wohnhaft sind, haben sich demgegenüber die tieferen **10.74** Betreuungs- und Pflegekosten anrechnen zu lassen<sup>157</sup>. 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 unwahrscheinlich<sup>158</sup>.

## 2. Ausklammerung der Subventionen

Je nach Aufenthaltsort trägt das Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde) einen Teil **10.75** der Heimkosten mittels Subventionen, die dem jeweiligen Heim als Defizitgarantie, pauschale Subvention pro Bewohner oder bedarfsabhängige Subvention ausgerichtet werden. Das Handelsgericht Zürich hat im Fall «Kramis» erwogen, dass der Geschädigte, weil nicht subventionsberechtig, nicht Ersatz der vom Gemeinwesen einem Heim geleisteten Subventionen vom Haftpflichtigen geltend machen kann<sup>159</sup>. Die Kantone sehen in Bezug auf die *Pflege- und Betreuungskosten subventionen* zunehmend *Regress- oder Subsidiärklauseln* vor<sup>160</sup>.

## 3. Anrechnung der Hilflosenentschädigung

Die Hilflosenentschädigung ist in Abzug zu bringen, soweit sie mit dem **10.76** Betreuungs- und Pflegeschaden kongruent ist und sozialversicherungsrechtlich nicht schon an den Grundpflegeentschädigungen angerechnet wurde. Leistungen behandlungspflegerischer Natur sind mit der Hilflosenentschädigung und dem *Intensivpflegezuschlag* nicht kongruent, weshalb deren Einbezug in die *Überentschädigungsberechnung* ausser Betracht fällt<sup>161</sup>.

Leistungen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV sind demgegenüber **10.77** «weitgehend gleichartig» mit der Hilfe bei der Verrichtung *alltäglicher Lebensverrichtungen*<sup>162</sup>. Nicht unter die Grundpflege gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV fallen jedoch Dienstleistungen Dritter zur Kontaktnahme mit der Umwelt<sup>163</sup>. Eine Überschneidung der Hilflosenentschädigung und der Grundpflege kann sich in Bezug

157 Vgl. OGH 3Ob193/00d vom 21. März 2001 (Betreuung des pflegebedürftigen Kindes durch die Grosseltern in Jugoslawien).

158 Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999, E. 3 = Pra 88 (1999) Nr. 171 = plädoyer 5/1999, 58 = SJZ 1999, 58 und 479 = JdT 2001 I 489.

159 Vgl. HGer Zürich E01/O/HG950440 vom 12. Juni 2001, 42 E. VI = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

160 Vgl. LANDOLT, Berechnung des Heimpflegeschadens, 219 ff.

161 Vgl. BGer 9C\_43/2012 vom 12. Juli 2012, E. 4.1.2; U 595/06 vom 19. Juni 2007, E. 3.3.2.

162 Vgl. BGE 125 V 297, 304 E. 5a.

163 BGE 125 V 297, 304 E. 5a.

auf die anderen alltäglichen Lebensverrichtungen, insbesondere derjenigen der «Verrichtung der Notdurft» und der «Körperpflege», sowie das für eine schwere Hilflosigkeit qualifizierende Merkmal der «Pflegebedürftigkeit» ergeben. Bei einem Bezüger einer Hilflosenentschädigung schweren Grades, der zu Hause gepflegt wurde, erlaubte das Bundesgericht eine anteilmässige Anrechnung der Hilflosenentschädigung<sup>164</sup>.

- 10.78** In die sozialversicherungsrechtliche Überversicherungsrechnung miteinzubeziehen sind nicht nur die nachgewiesenen tatsächlichen Mehrkosten, z.B. für Kleiderreinigung, Hygieneartikel oder hauswirtschaftliche Verrichtungen, sondern auch die erfahrungsgemäss anfallenden sonstigen Kosten; diese Letzteren wurden für das Jahr 1999 auf CHF 15 pro Tag festgesetzt, was zur Folge hatte, dass 56 % der Hilflosenentschädigung nicht angerechnet werden konnten<sup>165</sup>. Bei Heimbewohnern führt das Zusammenfallen von Hilflosenentschädigungen mit den Leistungen der Krankenversicherung in aller Regel zu keiner *Überentschädigung*, weil den Betroffenen ungedeckte Kosten entstehen, die höher sind als die Hilflosenentschädigung der AHV oder der IV<sup>166</sup>.
- 10.79** Die nach der sozialversicherungsrechtlichen *Überversicherungskürzung* noch zur Verfügung stehende Hilflosenentschädigung ist vom Grundpflege- und Betreuungsschaden, nicht aber vom Besuchsschaden in Abzug zu bringen.

#### 4. Wahlrecht zwischen Kapital und Rente

- 10.80** Dem Geschädigten steht ein Wahlrecht zwischen *Kapital* oder *Rente* zu<sup>167</sup>. Dieses Wahlrecht besteht auch in Bezug auf den Betreuungsschaden und Pflegeschaden<sup>168</sup>. Der Geschädigte kann bis zum Abschluss des (erstinstanzlichen) Verfahrens eine Änderung der *Abgeltungsform* bzw. eine Änderung des Rechtsbegehrens verlangen, soweit er sich innerhalb des eingeklagten tatsächlichen Klagefundaments bewegt<sup>169</sup>. Der Geschädigte hat entsprechend seiner Wahl ein Rechtsbegehren zu formulieren. Verlangt er beispielsweise eine Betreuungs- und Pflegeschadenrente, kann das Rechtsbegehren lauten<sup>170</sup>:

**Rechtsbegehren** Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ab dem <Datum> bis an sein Lebensende jeweils eine monatliche Pflege- und Betreuungsschadenrente von CHF <Betrag>, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten jeden Monats, zu bezahlen.

Die Rente basiert auf dem Totalnominallohnindex des Bundesamtes für Statistik für das Jahr <Jahrzahl>. Die erste Anpassung hat am <Datum> zu erfolgen. Die Rente wird alsdann auf den <Datum> jedes Jahres dem Stand des Vorjahres angepasst.

164 S. BGE 127 V 94 ff.

165 Vgl. BGE 127 V 94, 100 E. 5c.

166 Vgl. BGE 125 V 297, 304 E. 5. S. ferner VGer GR S 09 37 vom 18. August 2009, E. 2.

167 Vgl. BGE 125 III 312, 320 E. 6c, ferner Art. 36 Abs. 2 EleG.

168 Vgl. HGer Zürich E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001, E. VI/1 = plädoyer 2001, 66 und 2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

169 Vgl. AmtsGer Sursee 21 02 22 vom 2. November 2004 i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar, 47 E. C/4.10.2.

170 Vgl. HGer ZH E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394.

Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{neue Rente} = \frac{\text{neuer Index} \times \text{ursprüngliche Rente}}{\text{alter Index}}$$

In Anbetracht der letztlich unbekanntem zukünftigen Entwicklung der sozialversicherungsrechtlichen Pflegeleistungen und der zunehmend kantonalisierten Subventionen und Restkostenfinanzierungsvorschriften ist an Stelle einer Abfindung eine fortlaufende *Schadensliquidierung* zu prüfen, wobei diesbezüglich sicherzustellen ist, dass der *Schadenersatzanspruch* nicht verjährt. **10.81**