

Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Droit de la responsabilité civile
et des assurances

Liber amicorum Roland Brehm

Herausgegeben von / Edité par:

Stephan Fuhrer

Christine Chappuis



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Droit de la responsabilité civile et des assurances

Liber amicorum Roland Brehm



Roland Bunker

Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Droit de la responsabilité civile et des assurances

Liber amicorum Roland Brehm

Herausgegeben von / Edité par:

Stephan Fuhrer
Christine Chappuis



Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

Zitiervorschlag: Liber amicorum Roland Brehm

Mode de citation proposé: Liber amicorum Roland Brehm

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2962-6

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Das patchworkartige System der Haftpflicht-Versicherungs-obligatorien	1
RENÉ BECK Maisprach	
Système de management de la qualité et responsabilité du mandataire	21
ALEXANDRE BERNEL Dr en droit, LL.M. (Leicester), Avocat, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne	
Präimplantationsdiagnostik – de lege lata et ferenda	37
CAROLINE BREHM MLaw, Zürich	
Faute et causalité: petit essai sur de grandes notions	53
VINCENT BRULHART Dr. iur. Professeur aux Universités de Lausanne et de Genève, avocat, Lausanne	
Le calcul du dommage selon la <i>Discounted cash flow method (DCF)</i>: vers un calcul abstrait?	65
BENOÎT CHAPPUIS Dr en droit, avocat, Professeur titulaire à l'Université de Genève, Chargé de cours à l'Université de Fribourg, Genève	
La distinction entre l'illicéité et la faute: n'est-il pas temps de renoncer?	83
CHRISTINE CHAPPUIS Dr en droit, Professeure ordinaire à l'Université de Genève, Genève	

L’expertise médicale en Suisse	97
Présentation de l’étude MSG – Un précieux jalon dans l’amélioration et l’accélération des procédures d’indemnisation des dommages corporels	
GUY CHAPPUIS Avocat, Develier	
L’obligation de diminuer le dommage, une façon insidieuse démanteler l’Etat social?	115
JEAN-LOUIS DUC Professeur honoraire de l’Université de Lausanne, Château-d’Oex	
Substanzbeeinträchtigungs- und Funktionsbeeinträchtigungstheorie beim Sachschaden	133
Fata Morganen am juristischen Horizont	
WALTER FELLMANN Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordentlicher Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern, Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Luzern	
Der Abschluss des Versicherungsvertrags nach dem Entwurf zur Totalrevision des VVG	145
STEPHAN FUHRER Prof. Dr. iur., Rodersdorf	
In Erwartung der Revision	157
Zum Regress des Haftpflichtversicherers	
CHRISTOPH K. GRABER Dr. iur., Fürsprecher, Zürich	
GION CHRISTIAN CASANOVA Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich	
Einzelfragen des Internationalen Beweisrechts	167
PASCAL GROLIMUND PD Dr. iur, Advokat, LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten Basel und Zürich, Basel	

Ombudsman oder FINMA?	179
Aspekte des Versicherungsschutzes im Aufsichtsrecht	
HANS-PETER GSCHWIND	
Fürsprecher, FINMA, Bern	
Überlegungen zur Haftung gemäss SVG zwischen Motorfahrzeughaltern bei Verursachung eines Personenschadens durch Verlust der Urteilsfähigkeit	197
STEFAN HOFER	
lic.iur., Advokat, Basel	
MARKUS SCHMID	
lic. iur., Advokat, Basel	
Degré de la preuve en droit de la responsabilité civile, plus particulièrement sous l'angle de la causalité	205
ISABELLE JUVET	
Dr en droit, avocate, Winterthur	
Berechnung des Heimpflegeschiedens	219
Grundsätze und Besonderheiten	
HARDY LANDOLT	
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Glarus	
Überentschädigungsfragen beim Zusammentreffen von Rentenleistungen der Unfallversicherung mit Leistungen der beruflichen Vorsorge	235
Die Entwicklung von Art. 24 f. BVV2 und die Folgen der Änderung bei der inter- und extrasystemischen Koordination	
SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER	
Rechtsanwältin, Luzern	

Le recours de l'assureur bâtiment contre le locataire	247
Etat des lieux et perspectives	
JEAN-FRANÇOIS LÉCHOT	
lic. iur., avocat, Basel	
NICOLAS CAVADINI	
lic. iur., Basel	
Verkehrssicherungspflichten für Bäume	267
JÜRIG NEF	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich	
OR 58 und die öffentlichen Strassen	281
HANS NIGG	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich	
Illicéité de résultat et illicéité de comportement, une distinction dépassée?	293
ALEXIS OVERNEY	
Avocat, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Fribourg et Lausanne	
Médecine esthétique et obligation de résultat	311
ODILE PELET	
Dr en droit, avocate, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, chargée de cours à la Faculté des Sciences de la Vie de l'EPFL, Lausanne	
Entwicklungen aufgrund der Finanzkrise	323
Erfordert der Versicherungerschutz ein sektorübergreifendes Finanzdienstleistungsgesetz mit einheitlichen Vertriebs- und Verhaltensregeln am «Point of Sale»	
STEFAN PLATTNER	
Dr. iur., Advokat, LL.M., Basel	

Consentement du patient	335
D’où vient-on et où va-t-on?	
MAURO POGGIA Avocat, Genève	
Substanziierungspflicht im Regressprozess	349
VOLKER PRIBNOW Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Baden	
ELIANE BENJAMIN lic. iur., Baden	
La prise en charge des frais d’avocat	367
ALAIN RIBORDY Avocat, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Fribourg	
Le mariage, bouclier contre la prescription dans le droit de la circulation routière?	381
BAPTISTE RUSCONI Avocat, Professeur honoraire de l’Université de Lausanne, Lausanne	
Einige Bemerkungen zur vorgängigen Vorlagepflicht der Kranken-Taggeldversicherung nach VVG bei der FINMA	395
ANDREAS SCHEURER Fürsprecher, Biel	
Eingriffsnormen im Versicherungskollisionsrecht des Fürstentums Liechtenstein	405
ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius an der Universität Zürich, Zürich	

Lex dura sed lex? Zur Vereinbarkeit der (absoluten) Verjährung mit der EMRK	417
FELIX SCHÖBI PD Dr. iur., Bundesrichter, Lausanne	
Das Durlemann-Dilemma	435
Vorschlag zur Ausdehnung der Haftung des Arbeitgebers GERHARD STOESSEL Dr. iur., Rechtsanwalt, M.B.L.-HSG, Küsnacht ZH	
Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht	447
HANS PETER WALTER Prof. Dr. iur. h.c., emeritierter Ordinarius an der Universität Bern, alt Bundesrichter, Bern	
Wie Dinge sich bedingen – Korrelationen in der Entwicklung des Personenschadenrechts	459
STEPHAN WEBER Dr. iur. h.c., Handelsrichter, Schriftleiter HAVE, Eglisau	
La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l’application de l’article 208 al. 2 CO	471
FRANZ WERRO Dr en droit, Professeur à l’Université de Fribourg et au Georgetown University Law center, Washington, DC, Fribourg	
Publikationsverzeichnis Roland Brehm Liste des publications de Roland Brehm	489

Berechnung des Heimpflegeschadens

Grundsätze und Besonderheiten

HARDY LANDOLT

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	219
II.	Begriff des Heimpflegeschadens	220
	1. Allgemeines.....	220
	2. Heimbegriff.....	220
	a) Allgemeines.....	220
	b) Pflegeheim	221
	c) Behinderteneinrichtung, insbesondere Wohnheime.....	223
	aa) Allgemeines.....	223
	bb) Kostenbeteiligung des Wohnsitzkantons.....	223
	cc) Kostenbeteiligung des Geschädigten	224
III.	Berechnungsgrundsätze	226
	1. Ungedekte Heimtaxen	226
	2. Besuchskosten	226
IV.	Besonderheiten.....	227
	1. Wahlfreiheit.....	227
	2. Ausklammerung der Subventionen	228
	3. Anrechnung der Hilflosenentschädigung	230
	4. Teuerungsverlauf.....	230
	5. Kürzung des Haushaltschadens um den Eigenversorgungsanteil.....	232
	6. Kein Wegfall des Heimpflegeschadens bei älteren Geschädigten.....	232

I. Einleitung

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

und Hauspflegeschieden zu unterscheiden, wobei Letzterer in den Spitex- und den Angehörigenpflegeschieden zu unterteilen ist¹. Die vorliegenden Ausführungen befassen sich mit dem Heimpflegeschieden; dargestellt werden die Grundsätze und Besonderheiten seiner Berechnung.

II. Begriff des Heimpflegeschiedens

1. Allgemeines

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*².

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. Mit Erreichen dieser Altersgrenze geht das Handelsgericht Zürich von einem Heimübertritt aus. Es darf nicht angenommen werden, dass der wegfallende Ehegatte bzw. Elternteil durch ein Kind, Geschwister oder andere Angehörige ersetzt und die Hauspflege fortgesetzt wird³.

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 geht⁴.

2. Heimbegriff

a) Allgemeines

Umgangssprachlich wird unter einem «Heim» eine Institution verstanden, in der hilfs-, betreuungs- oder pflegebedürftige Personen dauernd oder vorübergehend stationär untergebracht sind. Gemeinhin werden *Alters-, Pflege-, Wohn- und Jugendheime* unterschieden. Pflegebedürftige Geschädigte halten sich regelmässig in Pflege- oder Wohnheimen auf.

¹ Weiterführend LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2. Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich, S. 67 ff.

² Vgl. LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschieden. Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.01.2006 (4C.283/2005), 27.03.2007 (4C.413/2006) und 25.05.2010 (4A_500/2009), in: HAVE 2011, S. 3 ff.

³ Vgl. Urteil HGer ZH vom 12.06.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 E. VI.

⁴ Vgl. Urteil HGer ZH vom 23.06.2008 (HG030230/U/ei) = SG Nr. 1634 E. 6.8c.

Im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht und das kantonale Subventionsrecht ist zwischen einem *Pflegeheim gemäss KVG* und einem Wohnheim oder einer anderen *Behinderteneinrichtung nach IFEG*⁵ zu unterscheiden⁶. Die Finanzierung des Aufenthalts in einem Pflegeheim und in einer Behinderteneinrichtung richtet sich nach *unterschiedlichen Grundsätzen*. Das kantonale Recht sieht denn auch je Erlasse für Pflegeheime und Behinderteneinrichtungen vor⁷. Für Behinderteneinrichtungen, die ausnahmsweise gleichzeitig auf der Pflegeheimliste geführt werden, finden ausschliesslich die Vorschriften des IFEG und die dazu ergangene kantonale Ausführungsgesetzgebung Anwendung⁸.

b) Pflegeheim

Gemäss Art. 39 Abs. 3 KVG gelten Anstalten, Einrichtungen oder ihre Abteilungen, die der *Pflege und medizinischen Betreuung*⁹ sowie der *Rehabilitation von Langzeitpatienten* dienen, als «Pflegeheim». Heime, bei denen nicht primär Pflege und medizinische Betreuung oder Rehabilitation, sondern eine nichtmedizinische Betreuung im Vordergrund steht, werden von Art. 39 Abs. 3 KVG nicht erfasst. Darunter fallen insbesondere Altersheime ohne Pflegestationen oder Wohnheime für hilfsbedürftige Personen, nicht aber Hospize, die der medizinischen Betreuung todkranker Versicherten dienen¹⁰.

Pflegeheime sind aber nur dann zu Lasten der Krankenversicherung anerkannt, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 1 KVG erfüllen¹¹. Das

⁵ Gemäss Art. 3 IFEG gelten als Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen:

- Werkstätten, die dauernd intern oder an dezentral ausgelagerten Arbeitsplätzen invalide Personen beschäftigen, die unter üblichen Bedingungen keine Erwerbstätigkeit ausüben können,
- Wohnheime und andere betreute kollektive Wohnformen für invalide Personen,
- Tagesstätten, in denen invalide Personen Gemeinschaft pflegen und an Freizeit- und Beschäftigungsprogrammen teilnehmen können.

⁶ Art. 25a ELV unterscheidet nicht zwischen Pflegeheim und Behinderteneinrichtung. Als Heim gilt jede Einrichtung, die von einem Kanton als Heim anerkannt wird oder über eine kantonale Betriebsbewilligung verfügt. Hat die IV-Stelle eine versicherte Person im Zusammenhang mit der Gewährung einer Hilflosenentschädigung als Heimbewohnerin im Sinne von Artikel 42^{ter} Absatz 2 IVG eingestuft, so gilt sie auch für den Anspruch auf Ergänzungsleistungen als Heimbewohnerin.

⁷ Exemplarisch zum Beispiel der Kanton Zürich: Pflegegesetz vom 27.09.2010 (855.1) und Verordnung über die Pflegeversorgung vom 22.11.2010 (855.11) sowie Gesetz über Invalideneinrichtungen für erwachsene Personen (IEG) vom 01.10.2007 (855.2) und Verordnung über Invalideneinrichtungen für erwachsene Personen (IEV) vom 12.12.2007 (855.21).

⁸ Vgl. z.B. § 1 Abs. 2 des zürcherischen Pflegegesetzes vom 27.09.2010 (855.1).

⁹ Die Pflege und medizinische Betreuung umfasst nicht nur die eigentliche Behandlungs-, sondern auch die allgemeine und sozio-psychiatrische Grundpflege (vgl. Art. 7 Abs. 2 KLV).

¹⁰ Vgl. Urteil EVG vom 19.12.2001 (K 77/00) E. 3b.

¹¹ Vgl. Art. 39 Abs. 3 KVG.

fragliche Pflegeheim muss über eine genügende ärztliche Betreuung¹², erforderliches Fachpersonal¹³ und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen¹⁴, der inner- bzw. interkantonalen Bedarfsplanung entsprechen und zudem einen Leistungsauftrag erhalten haben bzw. auf der kantonalen Pflegeheimliste erwähnt sein¹⁵.

Die für ein Pflegeheim geltenden *Finanzierungsgrundsätze* sind im KVG/KLV und subsidiär dem kantonalen Recht geregelt. Es wird dabei zwischen den Pflege- und den Pensionskosten unterschieden. Die *Pflegekosten* werden durch einen in zwölf Bedarfsstufen gegliederten Pflegebeitrag der Kranken- bzw. des Unfallversicherers¹⁶ für versicherte Grund- und Behandlungspflege von CHF 9.– bis CHF 108.– pro Tag¹⁷, Kostenbeteiligungen des pflegebedürftigen Versicherten (Franchise, allgemeiner Selbstbehalt und dem neu ab 1. Januar 2011 eingeführten Pflegekostenselbstbehalt¹⁸) und kantonale Subventionen gedeckt. Zusätzlich zu den Kostenbeteiligungen dürfen wegen des *Tarifschutzes* keine weiteren Selbstzahlungen für versicherte Pflegeleistungen vom Geschädigten verlangt werden¹⁹. Die *Pensionskosten* tragen der Pflegebedürftige und der Kanton, in welchem sich das Pflegeheim befindet.

¹² Vgl. RSKV 1979, S. 277.

¹³ Vgl. 107 V 54 E. 2a und RSKV 1979, S. 277.

¹⁴ Siehe dazu BGE 115 V 38 E. 9b/aa und 107 V 54 E. 1 und 2.

¹⁵ Vgl. Art. 39 Abs. 3 KVG.

¹⁶ Vgl. BGE 120 V 280 E. 3b und 116 V 41 E. 5a–c und 7c sowie Urteil EVG vom 18.08.2003 (U 213/02) E. 4. Bei der akzessorischen Grundpflege handelt es sich um grundpflegerische Verrichtungen, die im Zusammenhang mit der Durchführung von behandlungspflegerischen Massnahmen anfallen bzw. notwendig sind (siehe Tarifziffer 004 des Tarifvertrages zwischen dem SBK und der Medizinaltarif-Kommission UVG et al. vom 25.10.1999, siehe http://www.sbk-asi.ch/webseiten/deutsch/3freiberufliche_pflegerische_pdf/Tarifvertrag-Sozialw.pdf – zuletzt besucht am 15.12.2011). Akzessorisch ist zum Beispiel die grundpflegerische Körperpflege bzw. -reinigung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV) nach behandlungspflegerischer Darmentleerung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 11 KLV; dazu BGE 116 V 41 E. 5a–c).

¹⁷ Vgl. Art. 25a Abs. 1 und 4 KVG sowie Art. 7 ff. KLV.

¹⁸ Mit In-Kraft-Treten der «Neuen Pflegefinanzierung» am 01.01.2011 wurde neu ein zusätzlich zu Franchise und allgemeinem Selbstbehalt zu leistender Pflegekostenselbstbehalt von 20 % von den nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten eingeführt (siehe Art. 25a Abs. 5 KVG und LANDOLT HARDY, Die neue Pflegefinanzierung, in: SZS 2010, S. 18 ff.). Der maximale Pflegekostenselbstbehalt macht je Tag CHF 15.95 für die Spitex- und CHF 21.60 für die Heimpflege aus. Ein Teil der Kantone sieht in der Einführungsgesetzgebung zur «Neuen Pflegefinanzierung» eine Übernahme des Pflegekostenselbstbehalts beim Hauspflege, regelmässig aber nicht bei einem Pflegeheimaufenthalt, vor (siehe z.B. § 9 Abs. 2 des zürcherischen Pflegegesetzes vom 27.09.2010 [855.1]).

¹⁹ Zusätzliche Entschädigungen dürfen nur für echte Mehrleistungen verlangt werden. Vgl. Urteile BGer vom 12.11.2002 (2P.25/2000) E. 8 und 14 sowie vom 10.07.2007 (9C_103/2007) E. 4.

c) Behinderteneinrichtung, insbesondere Wohnheime

aa) Allgemeines

Die für eine *Behinderteneinrichtung* geltenden Finanzierungsgrundsätze sind im *Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG)* und subsidiär dem kantonalen Recht geregelt.

bb) Kostenbeteiligung des Wohnsitzkantons

Das IFEG sieht in Artikel 7²⁰ eine *Kostenbeteiligung des Wohnsitzkantons* des Behinderten vor, der sich in einer anerkannten Institution aufhält, und zwar unabhängig davon, ob sich die Behinderteneinrichtung in- oder ausserhalb des Wohnkantons befindet. Die Kostenbeteiligung muss so hoch sein, dass «keine invalide Person wegen dieses Aufenthaltes Sozialhilfe benötigt»²¹. Sieht das kantonale Recht die Kostenbeteiligung durch Subventionen an anerkannte Institutionen oder an invalide Personen vor, so muss ein Rechtsanspruch auf diese Subventionen gewährleistet sein²².

Die Details der Kostenbeteiligung werden in der *Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) vom 13. Dezember 2002* (Stand 1. Januar 2008) geregelt²³, die an Stelle der Interkantonale Vereinbarung über Vergütungen an Betriebsdefizite und die Zusammenarbeit zu Gunsten von Kinder- und Jugendheimen sowie von Behinderteneinrichtungen (Heimvereinbarung) vom 2. Februar 1984 getreten ist²⁴. Die IVSE bezweckt, die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Förderungsbedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb ihres Wohnkantons ohne Erschwernisse zu ermöglichen, und ist nur auf interkantonale Sachverhalte anwendbar.

Ein *interkantonaler Sachverhalt* liegt vor, wenn eine invalide Person vor ihrem Eintritt in eine Behinderteneinrichtung ihren zivilrechtlichen Wohnsitz nicht in dem Kanton gehabt hat, in dem sich die Einrichtung befindet. Im *in-*

²⁰ Art. 7 IFEG lautet:

¹ Die Kantone beteiligen sich soweit an den Kosten des Aufenthalts in einer anerkannten Institution, dass keine invalide Person wegen dieses Aufenthaltes Sozialhilfe benötigt.

² Findet eine invalide Person keinen Platz in einer von ihrem Wohnsitzkanton anerkannten Institution, die ihren Bedürfnissen in angemessener Weise entspricht, so hat sie Anspruch darauf, dass der Kanton sich im Rahmen von Absatz 1 an den Kosten des Aufenthalts in einer anderen Institution beteiligt, welche die Voraussetzungen nach Artikel 5 Absatz 1 erfüllt.

²¹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 IFEG.

²² Vgl. Art. 8 IFEG.

²³ Siehe dazu <http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse.html> (zuletzt besucht am 15.12.2011).

²⁴ Siehe ferner das bis zum 31.12.2010 geltende Kreisschreiben über die Gewährung von Betriebsbeiträgen an Wohnheime, kollektive Wohnformen und Tagesstätten für Behinderte (Wohnheim-Kreisschreiben [KSWH], gültig ab 01.01.2007).

nerkantonalen Verhältnis dagegen gelten die *Bestimmungen des kantonalen und kommunalen Rechts sowie die bundesrechtlichen Vorgaben*²⁵.

Das IFEG schreibt den Kantonen nicht vor, ob *Versicherungsleistungen oder Subventionen* vorzusehen sind. Festgehalten wird lediglich, dass ein *Rechtsanspruch auf Subventionen* gewährleistet sein muss, wenn das kantonale Recht die Kostenbeteiligung durch Subventionen an anerkannte Institutionen oder an invalide Personen vorsieht²⁶. Damit die Unterbringung von Geschädigten in geeigneten Institutionen sichergestellt ist, verpflichtet der Bundesgesetzgeber die Kantone, ein Bedarfs- und Behindertenkonzept zu erstellen, und den Wohnsitzkanton, im inner- und ausserkantonalen Verhältnis eine Kostenbeteiligung zu erbringen²⁷.

cc) Kostenbeteiligung des Geschädigten

Beim *Aufenthalt in einer ausserkantonalen Behinderteneinrichtung* besteht gemäss Art. 28 Abs. 2 IVSE eine Kostenbeteiligungspflicht der sich dort aufhaltenden erwachsenen Personen. Sie haben die Kosten der Leistungsabgeltung teilweise oder vollständig aus ihrem Einkommen und aus Anteilen des Vermögens zu tragen. Die Berechnung der Kostenbeteiligung erfolgt dabei nach den im Wohnsitz- und nicht den im Standortkanton geltenden Regeln²⁸.

Bei einem *innerkantonalen Aufenthalt* richtet sich eine allfällige Kostenbeteiligung des Behinderten nach dem kantonalen Recht. Die Kantone haben unterschiedliche Regelungen in Bezug auf die im IVSE-Jargon mitunter auch «Eigenleistung» genannte Kostenbeteiligung getroffen. Einige Kantone definieren den Umfang der Eigenleistung; die anderen Kantone verweisen auf die IVSE und erklären diese für anwendbar²⁹.

Bei den Kantonen, welche die Eigenleistung bzw. Kostenbeteiligung des Behinderten regeln, lassen sich mehrere Modelle feststellen:

- *Modell «Betragliche Fixierung»*: Gewisse Kantone, z.B. Luzern und Zug, regeln die Kostenbeteiligung betragsmässig. Im Kanton Luzern gelten nach Hilflosigkeitsgrad abgestufte Maximalselbstbehalte von CHF 112.– (keine Hilflosigkeit) bis CHF 159.– (Hilflosigkeit schweren Grades) sowie

²⁵ Vgl. Kommentar der Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) (gültig ab 01.01.2008, abrufbar unter <http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse/regelwerke.html> [zuletzt besucht am 15.12.2011]) zu Artikel 1 IVSE.

²⁶ Vgl. Art. 8 IFEG.

²⁷ Vgl. Art. 2 und 7 IFEG.

²⁸ Vgl. Art. 28 Abs. 3 IVSE.

²⁹ So etwa der Kanton Bern (siehe Regierungsratsbeschluss vom 10.12.2003 betreffend den Beitritt des Kantons Bern zur Interkantonalen Vereinbarung für Soziale Einrichtungen [IVSE]).

ein Mindestselbstbehalt von CHF 37.– pro Tag³⁰. Im Kanton Zug beträgt die Eigenleistung für den Aufenthalt in einer von der IVSE anerkannten stationären Einrichtung CHF 144.– pro Kalendertag zuzüglich einer allfälligen Hilflosenentschädigung pro Aufenthaltstag, abzüglich CHF 30.– pro Abwesenheitstag³¹.

- *Modell «Anwendbarkeit der EL-Regelung»*: Andere Kantone verweisen auf die EL-Regelung. Die Kostenbeteiligung des Bewohners umfasst im Kanton St. Gallen beispielsweise die nach den Vorschriften über die Ergänzungsleistungen zur eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung anrechenbare Einnahmen, wobei Renten aus gesetzlich vorgeschriebenen Versicherungen in der Regel zu 80 Prozent angerechnet werden, sowie Ergänzungsleistungen, soweit sie für die Deckung der Heimkosten bestimmt sind³².
- *Modell «Anwendbarkeit der IVSE-Regeln»*: Weitere Kantone verwiesen auf die IVSE-Regeln. Im Kanton Basel-Stadt haben sich die invaliden Erwachsenen im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit an den Kosten der Leistungen zu beteiligen. Ausgenommen sind Werkstätten, in denen die invaliden Erwachsenen einen Lohn erwirtschaften; hier ist keine Kostenbeteiligung vorgesehen. Die finanzielle Leistungsfähigkeit berechnet sich aus dem Einkommen und Vermögen einer Person einschliesslich einem möglichen Anspruch auf Ergänzungsleistungen. Die Kostenbeteiligung des Behinderten muss in der Kostenübernahmegarantie ausgewiesen werden; zudem ist bei der Aufteilung der Kosten auf Kantonsbeitrag und Kostenbeteiligung je nach Art der Leistungen eine Harmonisierung im Geltungsbereich der IVSE anzustreben³³.
- *Modell «Subsidiärklausel»*: Schliesslich enthält das kantonale Recht, so beispielsweise im Kanton Zürich, eine Subsidiärklausel, wonach der Kanton die Kosten der kantonalen Einrichtungen deckt und Kostenanteile bis zur vollen Höhe für die in den Leistungsvereinbarungen geregelten Leistungsabgeltungen und für die Kosten der bewilligten Leistungen von ausserkantonalen Einrichtungen leistet, soweit die Kosten nicht von anderen Leistungspflichtigen zu decken sind³⁴.

³⁰ Siehe §§ 5 und 6 Beschluss über die Beitragsansätze in sozialen Einrichtungen gemäss § 2 des Gesetzes über soziale Einrichtungen (Beitragsbeschluss) vom 11.12.2007 (SRL Nr. 894c).

³¹ Vgl. § 4 Reglement über die Bemessung der Eigenleistung von betreuten Personen an die Kosten für den Aufenthalt in einer sozialen Einrichtung vom 02.02.2011 (861.514).

³² Vgl. Art. 15 Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen IVSE vom 17.01.1989 (387.21).

³³ Siehe § 5 Verordnung betreffend die Kostenübernahme von Leistungen in anerkannten Institutionen für invalide Erwachsene (Kostenübernahmeverordnung) vom 16.10.2007.

³⁴ Vgl. § 16 Gesetz über Invalideneinrichtungen für erwachsene Personen (IEG) vom 01.10.2007 (855.2).

III. Berechnungsgrundsätze

1. Ungedekte Heimtaxen

Die *Berechnung des Heimpflegeschadens* ist solcherart *komplex*. Das Handelsgericht Zürich hat folgende Berechnungsgrundsätze im Zusammenhang mit den ungedeckten Heimtaxen entwickelt³⁵:

- Zunächst sind die vom Geschädigten im Heimeintritts- bzw. Urteilszeitpunkt nach Abzug allfälliger sozialversicherungsrechtlicher Pflegeentschädigungen, insbesondere auch der Hilflosenentschädigung, zu bezahlenden *Pensions-, Betreuungs- und Pflorgetaxen* sowie allfällige weitere Auslagen zu ermitteln.
- Die vom Geschädigten im Zusammenhang mit den sozialversicherungsrechtlicher 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 bringen³⁶.
- 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.
- Der Geschädigte kann wählen, ob er den *kapitalisierten Betrag* oder eine *Pflegeschiedenrente* möchte.

2. Besuchskosten

Die Rechtsprechung hat sei je den *Spitalbesuchsschaden* als ersatzfähig qualifiziert³⁷. Das Bundesgericht hat unlängst auch die *Ersatzpflicht des Heimbesuchsschadens* bejaht, eine solche aber – aus prozessualen Gründen – nur für

³⁵ Vgl. Urteil HGer ZH (zit. Fn 3) E. VI.

³⁶ Das Handelsgericht Zürich geht für das Jahr 2001 von einer Einsparung von CHF 1 465.– und ferner davon aus, dass die Einsparung mit der allgemeinen Teuerung gemäss LIKP steigt (vgl. Urteil HGer ZH [zit. Fn 3] E. VI, S. 44 f.). Das Handelsgericht Zürich geht für das Jahr 2008 davon aus, dass die monatlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz bei tiefen Ansprüchen ca. CHF 2 500.– betragen (vgl. Urteil HGer ZH [zit. Fn 4] E. 6.8/c/dd/bbb).

³⁷ 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 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7.

die Mutter, nicht aber den Vater des wachkomatösen Kindes bejaht³⁸. Die Mutter machte vor dem Luzerner Obergericht einen wöchentlichen Besuchsaufwand von zehn Stunden geltend.

Die Oberrichter zogen von diesem Aufwand den gemäss SAKE in einem Familienhaushalt mit drei Kindern auf ein Kind entfallenden Betreuungsanteil von einer Stunde pro Tag ab und bejahten eine Ersatzpflicht für drei Stunden je Woche berechnet zum Haushaltstundenansatz von CHF 29.–³⁹. Das Bundesgericht beanstandete diesen Entscheid insoweit, als die Vorinstanz einen Zuschlag von 10 % zu den Bruttolohnkosten gewährt und die Abweichung des von der Lehre geforderten Zuschlag von 12 % nicht näher begründet hatte⁴⁰.

Der Besuchsschaden ist mit dem Pflege- und dem übrigen Betreuungsschaden kumulierbar⁴¹. Bei in einem Heim untergebrachten Geschädigten ist neben dem Heimpflege- und dem Heimbesuchsschaden 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 wird⁴². Bei Kindern, die in einem Heim untergebracht sind, bejaht die Rechtsprechung einen Anspruch auf ein Besuchswochenende pro Monat⁴³.

Entschädigungspflichtig ist *nur der komplementäre, nicht aber den substituierende Betreuungsschieden 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.»⁴⁴ 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.

IV. Besonderheiten

1. Wahlfreiheit

Vom Geschädigten kann gestützt auf die Schadenminderungspflicht nicht verlangt werden, stets die *billigste Pflegeform* zu wählen. Betreuungs- und

³⁸ Vgl. Urteil BGer vom 25.05.2010 (4A_500/2009) E. 3.4 und 3.5.

³⁹ Vgl. Urteil OGer LU vom 27.08.2009 (11 08 127) E. 4.2.4 ff.

⁴⁰ Vgl. Urteil BGer vom 25.05.2010 (4A_500/2009) E. 2.5 und 3.5.

⁴¹ Ibid. E. 1 – 3.

⁴² Ibid. E. 2.6.

⁴³ Vgl. Urteil OLG Bremen vom 31.08.1999 (3 U 165/98) = VersR 2001, S. 595.

⁴⁴ Ibid. E. 2.6.

Pflegekosten sind deshalb vom Haftpflichtigen grundsätzlich unabhängig davon zu entschädigen, ob eine billigere Pflegealternative besteht⁴⁵.

Die kantonale Rechtsprechung erachtet sogar «Doppelkosten» als mit dem Schadenminderungsgebot vereinbar. Der im Heim untergebrachte Geschädigte kann sowohl den Heimpflege- und den Besuchsschaden als auch den Hauspflegeschieden, der bei Wochenend- und Ferienaufenthalten zu Hause entsteht, geltend machen⁴⁶.

Soweit die vom Geschädigten gewählte Pflegeform mit dem *sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot* vereinbar ist, kann die Schadenminderungseinrede nicht erhoben werden. Bei Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege, d. h. gleicher Wirksamkeit und Zweckmässigkeit, besteht keine absolute Wirtschaftlichkeitsgrenze in dem Sinne, dass ab einer bestimmten Kostendifferenz, beispielsweise 50 %, generell ein grobes Missverhältnis zwischen Spitex- und Heimpflege anzunehmen ist⁴⁷.

Bei Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege wurde der Anspruch auf Spitexleistungen bejaht bei Mehrkosten von 48 %⁴⁸ und verneint bei drei- bis viermal⁴⁹ sowie fünfmal höheren Kosten⁵⁰. In Fällen, in welchen sich die Spitexpflege als wirksamer und zweckmässiger erwies, wurde die Leistungspflicht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bejaht bei 1,9-mal⁵¹ bzw. 2,86-mal höheren Kosten⁵².

War die Spitexpflege als erheblich wirksamer und zweckmässiger zu qualifizieren, was namentlich bei Versicherten zutrifft, die noch einer Erwerbstätigkeit nachgingen oder aktiv am gesellschaftlichen und sozialen Leben teilnehmen, wurde der Anspruch selbst in Fällen bejaht, wo die Spitexpflege bis zu 3,5-mal höhere Kosten verursachte⁵³.

2. Ausklammerung der Subventionen

Je nach Aufenthaltsort trägt das Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde) einen Teil der Heimkosten mittels Subventionen, die dem jeweiligen Heim als Defizitgarantie, pauschale Subvention pro Bewohner oder bedarfsabhängige

⁴⁵ Vgl. Urteile BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 E. 6b/cc sowie OGer LU vom 27.08.2009 (11 08 127) E. 5.1 und und HGer Zürich (zit. Fn 3) E. V/2; rechtsvergleichend Urteil OGH vom 26.05.1999 (5 Ob 50/99k) = ZVR 1999 Nr. 109, S. 375.

⁴⁶ Vgl. Urteil OGer LU vom 27.08.2009 (11 08 127) E. 4 und 5.

⁴⁷ Vgl. Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 2.2.

⁴⁸ Vgl. RKUV 2001, S. 264 E. 2b.

⁴⁹ Vgl. RKUV 2001, S. 19.

⁵⁰ Vgl. RKUV 1999, S. 64.

⁵¹ Vgl. RKUV 2001, S. 179.

⁵² Vgl. Urteil EVG vom 02.12.2003 (K 33/02) E. 2.

⁵³ Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b.

Subvention ausgerichtet werden⁵⁴. Die bislang in Bezug auf die per 31. Dezember 2010 abgeschafften IV-Subventionen umstrittene Frage, ob Subventionen regressfähig sind, stellt sich nunmehr für die kantonalen Subventionen in gleicher Weise.

Das Bundesamt für Sozialversicherungen regressierte seit Einführung der Sonderschulbeiträge⁵⁵ für diese, nicht aber für Bau- und Betriebsbeiträge⁵⁶. Ab 1996 weigerte sich ein Haftpflichtversicherer, regressweise Sonderschulbeiträge zu entschädigen, worauf das Bundesamt für Sozialversicherungen Rechtsanwalt Lukas DENGGER beauftragt hat, gutachterlich abzuklären, ob Sonderschulbeiträge sowie Bau- und Betriebsbeiträge regressfähig seien.

Gemäss Gutachten DENGGER vom 23. Oktober 1998 hängt die Regressfähigkeit entscheidend davon ab, wer subventionsberechtigt ist. Hinsichtlich der Heimsubventionen (Bau-, Einrichtungs- und Betriebsbeiträge) wird im Gutachten DENGGER festgestellt, dass nicht der Versicherte, sondern die Institution anspruchsberechtigt und deshalb von vornherein kein Regress möglich sei. Selbst wenn würde ein Regress davon abhängen, dass die Subvention «individualisiert» bzw. festgestellt werden könnte, welcher Anteil auf den Geschädigten entfällt, was nach der Meinung DENGGER nur in Bezug auf Betriebs-, nicht aber Bau- und Einrichtungsbeiträge möglich wäre⁵⁷.

Im Gutachten DENGGER wird auf den sozialpolitischen Umstand hingewiesen, dass die öffentliche Hand zunehmend sparen muss und sich deshalb bei einer zeitgemässen Auslegung der Regressvorschriften die Frage aufdrängt, ob der blosser Umstand der Objektfinanzierung die Regressfähigkeit ausschliessen soll⁵⁸. Soweit ersichtlich hat das Bundesamt für Sozialversicherungen weder gegenüber Haftpflichtigen für erbrachte Subventionen zu regressieren versucht noch wurde die Frage der Regressfähigkeit von Subventionen gerichtlich geklärt.

Das Handelsgericht Zürich hat im Fall «Kramis» erwogen, dass der Geschädigte, weil nicht subventionsberechtigt, nicht Ersatz der vom Gemeinwesen einem Heim geleisteten Subventionen vom Haftpflichtigen geltend machen kann⁵⁹. Die Kantone behelfen sich seit dem 1. Januar 2011 in Bezug auf die *Subventionen für Behinderteneinrichtungen* mittels einer Kostenbeteiligung des Geschädigten oder Subsidiärklauseln⁶⁰.

Obwohl wie bisher der Bund den Heimen Subventionen ausgerichtet werden, wird damit die (umstrittene) Nichtregressfähigkeit durch die Einführung von Kostenbeteiligungen (faktisch eine Subventionskürzung) «umgangen».

⁵⁴ Richtet sich die Höhe der Subvention nach dem persönlichen Bedarf der Heimbewohner spricht man von subjektorientierter Objektfinanzierung.

⁵⁵ Vgl. Art. 19 aLVG.

⁵⁶ Vgl. Art. 73 aLVG.

⁵⁷ Vgl. Gutachten Lukas DENGGER vom 23.10.1998, S. 12 ff.

⁵⁸ Ibid., S. 17 ff.

⁵⁹ Vgl. Urteil HGer Zürich (zit. Fn 3) E. VI, S. 42.

⁶⁰ Dazu supra Ziffer II/2/c/cc.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Durchbrechung der zumindest für Sozialversicherungsleistungen geltenden Regeln zulässig ist und wie detailliert das kantonale Recht die Kostenbeteiligung zu regeln hat. Zudem ist entgegen der handelsgerichtlichen Rechtsprechung von der *Ersatzfähigkeit der Kostenbeteiligung des Geschädigten, die bei einem Aufenthalt in einer Behinderteneinrichtung an Stelle der Subventionen treten*, auszugehen.

3. Anrechnung der Hilflosenentschädigung

Die Hilflosenentschädigung ist nicht mit der Behandlungspflege⁶¹, wohl aber mit der Grundpflegeentschädigung, je nachdem, ob und inwieweit alltägliche Lebensverrichtungen mit den Grundpflegeverrichtungen identisch sind, teilweise kongruent⁶². Eine Überschneidung kann sich in der Regel auf die alltäglichen Lebensverrichtungen «Verrichtung der Notdurft» und «Körperpflege» sowie das für eine schwere Hilflosigkeit qualifizierende Merkmal der «Pflegebedürftigkeit»⁶³ ergeben. Das Bundesgericht hat eine Kürzung der Hilflosenentschädigung mittleren Grades von CHF 15.– pro Tag als zulässig erachtet⁶⁴.

Eine Überentschädigung liegt nur dann vor, wenn die Pflegeentschädigung und die Hilflosenentschädigung die Pflegekosten und allfällige zusätzliche Betreuungskosten betragsmässig übersteigen würden⁶⁵. Eine allfällige Überentschädigung liegt zudem erst in dem Masse vor, als die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen den wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger *Einkommenseinbussen von Angehörigen* übersteigen⁶⁶.

4. Teuerungsverlauf

Die Rechtsprechung stellt bei der Hochrechnung der aktuellen Pflorgetaxe bis zum Zeitpunkt des zu erwartenden Heimeintritts auf die *allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten* von jährlich 5,5 %, bei der Pensionstaxe auf die Teue-

⁶¹ Vgl. Urteil BGer vom 19.06.2007 (U 595/06) E. 3.3.2.

⁶² Vgl. BGE 125 V 297 E. 5a und b.

⁶³ Die Hilflosigkeit gilt sowohl in der Invaliden- als auch der Unfallversicherung als schwer, wenn der Versicherte vollständig hilflos ist. Dies ist der Fall, wenn er in allen alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies der dauernden Pflege oder der persönlichen Überwachung bedarf (vgl. Art. 37 Abs. 1 IVV und Art. 38 Abs. 2 UVV). Bei einem Tetraplegiker kann in aller Regel eine dauernde Pflegebedürftigkeit ohne weiteres als gegeben betrachtet werden kann (Vgl. Urteil BGer vom 19.06.2007 [U 595/06] E. 3.2.2).

⁶⁴ Vgl. BGE 127 V 94 E. 5d.

⁶⁵ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c und Urteil VerwGer GR vom 28.08.2008 (S 07 214) E. 3h.

⁶⁶ Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG.

rung gemäss *Landesindex der Konsumentenkosten (LIK)*⁶⁷ ab⁶⁸. Die Teuerung der Gesundheitskosten, mithin das jährliche Kostenwachstum der Gesundheitskosten insgesamt, entspricht aber nicht der *Teuerung der ungedeckten Heimpflegekosten*, die der Geschädigte zu tragen hat. Diese bestimmt sich danach, wie viel die Pflege- und Pensionstaxe sowie die Selbstbehaltkosten pro Jahr ansteigen.

Die Pensions- und sonstige Kosten, die dem Heimbewohner verrechnet werden, hängen davon ab, wie viel die Heimkosten insgesamt ansteigen und wie viel der Kanton mittels Subventionen übernimmt. Die Heimkosten setzen sich im Wesentlichen durch die *Lohnkosten des Personals* sowie die *Bau-, Einrichtungs- und Betriebskosten* des Heims zusammen. Bei den Lohnkosten fällt die Teuerung gemäss dem Nominal- bzw. Reallohnindex⁶⁹ an, während sich die Amortisations- und Betriebskosten nach Massgabe der Bauteuerung⁷⁰ und des Anstiegs der Konsumentenkosten verändern. Die *Teuerung der Heimkosten* kann insoweit als *Durchschnitt der Teuerung gemäss Reallohn- und Bauteuerungsindex sowie Landesindex der Konsumentenkosten* verstanden werden.

Bei einer angenommenen *Betriebsdauer eines Heims von 50 Jahren* ergeben sich für die drei vorgenannten Indices folgende jährliche Teuerungsraten:

<i>Index</i>	<i>Stand 1960</i>	<i>Stand 2010</i>	<i>Prozentuale Veränderung</i>
LIK	184,6	758,8	311,1 % pro Jahr 6,2%
Reallohnindex	147	298	102,7 % pro Jahr 2 %
Zürcher Bauteuerungsindex	219,7	1042,6	374,6 % pro Jahr 7,5 %
Durchschnitt			pro Jahr 5,23 %

Die vom Handelsgericht Zürich angenommene Teuerungsrate von 5,5 % mag unzutreffend berechnet worden sein, betragsmässig ist sie vertretbar, wenn auf einen langen Zeithorizont abgestellt und angenommen wird, der Teuerungsverlauf in der Vergangenheit entspreche dem zukünftigen. Das Handelsgericht Zürich hat im Jahr 2008 in Bezug auf die Pflegekosten eine

⁶⁷ Siehe <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/05/02.html> (zuletzt besucht am 15.12.2011).

⁶⁸ Vgl. Urteil HGer ZH (zit. Fn 3) E. VI, S. 44.

⁶⁹ Dazu http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnentwicklung/nach_branche.html (zuletzt besucht am 15.12.2011).

⁷⁰ Siehe dazu http://www.baudokumentation.ch/7/staticpage/00/00/30/index_7.html (zuletzt besucht am 15.12.2011).

jährliche Teuerungsrate von 3,2 % für Österreich (Land Vorarlberg) bestätigt⁷¹.

Da sich die Lebenshaltungskosten nach Massgabe des Landesindex der Konsumentenpreise um 2,53 %, die Heimkosten aber um 5,5 % pro Jahr erhöhen, entsteht in Bezug auf den für eingesparte Lebenshaltungskosten zwar in Abzug zu bringenden, als Heimkosten aber gleichwohl zu finanzierenden Betrag ein *Finanzierungsschaden* von 2,97 % für eingesparte Lebenshaltungskosten.

5. Kürzung des Haushaltschadens um den Eigenversorgungsanteil

Mit dem *Haushaltschaden* wird die *beeinträchtigte Arbeitskraft im mutmasslichen Validenhaushalt* entschädigt, während mit dem Heimpflegeschieden die zusätzlichen Kosten der behinderungsbedingten Pflege und Betreuung im Heim abgegolten werden. Der Geschädigte, der verletzungsbedingt stationär im Spital oder in einem Heim untergebracht ist, erhält Pensions- und Pflegeleistungen. Die *Pensionsleistungen* decken den *hauswirtschaftlichen Selbstversorgungsaufwand* ab, weshalb unter diesem Titel kein Haushaltschaden geltend gemacht werden kann⁷².

Hätte der Verletzte für andere Haushaltsmitglieder den Haushalt besorgt, wird ein Haushaltschaden für den *Drittversorgungsausfall* geschuldet. Im Zeitpunkt des mutmasslichen Heimeintritts fällt deshalb der Haushaltschaden nicht gänzlich weg, sondern reduziert sich lediglich um den *Eigenversorgungsanteil der im Heim befindlichen Person*⁷³. Dieser entspricht dem hauswirtschaftlichen Versorgungsaufwand eines Einpersonenhaushalts gemäss der SAKE-Erhebung 2007⁷⁴.

6. Kein Wegfall des Heimpflegeschiedens bei älteren Geschädigten

Bei älteren Geschädigten stellt sich die Frage, ob der Heimpflegeschieden wegfällt, weil der Geschädigte ohnehin in absehbarer Zeit pflegebedürftig geworden wäre. Leidet der Geschädigte an einer Altersdemenz, die innerhalb von 15 Monaten ohnehin zu einer Pflegebedürftigkeit geführt hätte, besteht keine Ersatzpflicht ab diesem Zeitpunkt⁷⁵.

⁷¹ Vgl. Urteil HGer ZH (zit. Fn 4) E. 6.8c.

⁷² Vgl. z.B. LANDOLT HARDY, *Pflegerecht*. Band II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, des haftpflichtrechtlichen Pflegeschadens und der Pflegesozialleistungen, Bern 2002, N 722.

⁷³ A.A. Urteile BGer vom 22.12.2004 (4C.327/2004) E. 6.2 und HGer Zürich (zit. Fn 3) E. VIII.

⁷⁴ Siehe dazu <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/04/blank/dos/haushaltschaden.html> (zuletzt besucht am 15.12.2011).

⁷⁵ Vgl. Urteil OGer LU vom 13.10.2004 (11 03 117) E. 3.4 und 3.5.

Eine bloss *theoretische Betreuungs- bzw. Pflegewahrscheinlichkeit* genügt demgegenüber nicht. Ein Abzug ist erst dann gerechtfertigt, wenn der Geschädigte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohnehin betreuungs- oder pflegebedürftig geworden wäre⁷⁶.

Eine derartige überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht bei einer im Urteilszeitpunkt 84-jährigen Geschädigten nicht⁷⁷, 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 hat⁷⁸.

⁷⁶ Eine alterungsbedingte Pflegebedürftigkeit tritt statistisch erst ab dem 75. Altersjahr signifikant in Erscheinung; die Pflegebedürftigkeitsquote beträgt in dieser Altersgruppe aber gleichwohl nur 23,4 % (Männer: 21,2 %, Frauen: 25,9 %; vgl. dazu SCHÖN-BAUMANN JAQUELINE, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005, S. 274 ff., 275).

⁷⁷ Die Heimeintrittswahrscheinlichkeit steigt erst ab Alter 90 über 50 % (siehe dazu die Statistiken «Ständige Wohnbevölkerung» und «Statistik der sozialmedizinischen Institutionen» des Bundesamtes für Statistik).

⁷⁸ Vgl. Urteil OLG Hamm vom 27.11.2006 (6 U 64/97) = NZV 1998, S. 372 = r + s 1998, S. 371 E. II/B.